

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA EMPRESA HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. POR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES A ELEGIR SUMINISTRADOR DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

Expte. SNC/DE/0117/14

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

Dña. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla.

Dña. Clotilde de la Higuera González.

D. Diego Rodríguez Rodríguez.

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 25 de abril de 2016.

Visto el expediente relativo al procedimiento sancionador incoado a HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. por presunta vulneración del derecho de los consumidores a elegir suministrador de energía eléctrica, la Sala de Supervisión Regulatoria acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Denuncias presentadas ante la CNE y CNMC:

1.- DENUNCIA FORMULADA POR [...].

Con fecha 28 de diciembre de 2012 tuvo entrada en el registro de la CNE, escrito de la comercializadora [...], denunciando determinadas actuaciones de diversas comercializadoras que estarían obstaculizando el cambio de suministrador de consumidores asociados a sus redes, infringiendo la normativa vigente. En particular, el escrito denuncia que la distribuidora HIDROELÉCTRICA EL CARMEN S.L, estaría incurriendo en las siguientes irregularidades en relación al cambio de suministrador:

- Ausencia de respuesta o irregularidades en los plazos aplicados por la distribuidora a la hora de cumplir con sus obligaciones de gestión de cambio de suministrador. Dichas obligaciones vienen establecidas en el Artículo 41.1 apartado p) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.
- Imposición de requisitos no conformes a la normativa vigente.
- Incumplimiento de la obligación de remisión de información previo requerimiento por parte de la Administración, incluida la Comisión Nacional de Energía, según se establece en el artículo 61.a 5 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

Con el fin de poder evaluar la actuación de la denunciada, y en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional undécima, tercero 1, función 22 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, con fecha 25 de abril de 2013 la CNE requirió a la distribuidora [...], a fin de que, en relación a las solicitudes de cambio de suministrador formuladas por [...], y para cada uno de los CUPS señalados, respondiera a las cuestiones siguientes:

[...]

1. Indique, en su caso, la(s) fecha(s) de solicitud de cambio de suministrador asociados a dichos CUPS.
2. Indique cuál es la comercializadora que suministraba a estos CUPS el día de la primera solicitud de cambio de comercializador de [...].
3. Indique la fecha de contestación a cada una de las solicitudes así como el plazo transcurrido en número de días desde la solicitud de cambio de comercializador de [...] hasta la respuesta, o justifique, en su caso, la ausencia de contestación
4. Justifique, en su caso, el haberse emitido una contestación superando los plazos previstos en el Real Decreto 1435/2002 o en el Real Decreto RD 1164/2001. Justifique, en su caso, los incumplimientos de plazos en las aceptaciones y activaciones o rechazos.
5. Indique, en su caso, las fechas de cambio efectivo de suministrador así como el plazo transcurrido en número de días desde la primera solicitud de cambio de comercializador de [...] hasta la activación del contrato ATR a favor de esta comercializadora para suministrar a sus clientes.

[...]

1. Indique, en su caso, la(s) fecha(s) de solicitud de cambio de suministrador asociada(s) a este CUPS.
2. Indique cuál es la comercializadora que suministraba a este CUPS el día de la primera solicitud de cambio de comercializador de [...].
3. Justifique, en su caso, por qué solicita el Acta de Puesta en Marcha en las solicitudes de cambio de suministrador sin cambio de condiciones contractuales asociadas a las condiciones particulares del contrato ATR para activar el cambio. Justifique la razón por la que puede seguir siendo suministrado por el anterior comercializador a la solicitud de cambio de comercializador de [...] sin, a su entender, cumplir la legislación vigente en relación al APM y no puede ser suministrado por [...] en esta misma situación.
4. Indique si ha realizado alguna gestión con el suministrador anterior a la solicitud de cambio de suministrador de [...], al objeto de solucionar la ausencia de APM. Justifique documentalmente y con fechas su respuesta.
5. Indique, en su caso, la fecha de cambio efectivo de suministrador así como el plazo transcurrido en número de días desde la solicitud de cambio de comercializador de [...] hasta la activación del contrato ATR a favor de esta comercializadora para suministrar a este CUPS.

Con fecha 22 de mayo de 2013, HIDROELECTRICA EL CARMEN, S.L. contestó al requerimiento anterior, justificando su actuación en que ninguno de los consumidores indicados por [...] había contratado el suministro con esa comercializadora. Afirma que la referida comercializadora no disponía de las correspondientes autorizaciones y que se solicitaron cambios de comercializadora en contra de la voluntad de los consumidores. A tal efecto acompaña dos escritos de sendos consumidores suscritos con fecha de 16 de mayo de 2013, con la misma redacción, en los que los titulares manifiestan que en ningún momento habían suscrito contratos de suministro eléctrico con la comercializadora [...] y que, como consecuencia de lo anterior, en ningún caso habían autorizado a dicha comercializadora para que en su nombre solicitara el cambio de comercializadora a su favor. Cabe señalar que uno de los consumidores que suscriben el citado documento no se corresponde con ninguno de los puntos de suministro incluidos en la denuncia de [...].

A la vista de la contestación de HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. la CNE con fecha 28 de junio de 2013, requirió a [...] para que aportara información que acreditara la disponibilidad del consentimiento del consumidor para llevar a cabo el cambio de suministrador en relación con los CUPS [...].

Con fecha 9 de julio de 2013 tuvo entrada en el registro de la CNE escrito de contestación de [...] al requerimiento anterior, en el que adjunta toda la

documentación que obra en su registro respecto a la contratación de los puntos de suministro siguientes:

[...]

Respecto de los anteriores puntos de suministro [...] aporta, en todos los casos:

- Contrato de suministro debidamente firmado por el Gerente de las referidas empresas.
- Solicitud de acceso, también firmada.
- Copia del CIF de las sociedades y del DNI de los firmantes.
- Factura de suministro eléctrico de un periodo anterior.

Asimismo, manifiesta los siguientes aspectos que, según [...], trascienden de la respuesta de HIDROELÉCTRICA EL CARMEN S.L.:

La citada compañía distribuidora persiste en contactar directamente con los consumidores conectados a su red de distribución obviando el principio de interlocutor único. Argumenta que esta actuación tiene implicaciones incluso a efectos de competencia.

La citada compañía distribuidora raya la mala fe al presentar escritos fechados el 16 de mayo de 2013 sobre contrataciones de mayo y julio de 2012 (y casi un año después de la solicitud de los accesos por [...]) es decir, estos escritos han sido solicitados expresamente a dichos consumidores por parte de HIDROELÉCTRICA EL CARMEN al objeto de excusar sus incumplimientos normativos

La citada compañía distribuidora, nuevamente rayando la mala fe, eleva una observación general respecto a la falta de consentimiento de [...] al cambio de suministrador y sin embargo sólo aporta dos escritos que corroboran una aseveración tan seria (uno de ellos, de [...]) que ni siquiera se corresponde con los puntos de suministro afectados).

2.- DENUNCIA DE UN PARTICULAR, SOBRE LA SOLICITUD DE CAMBIO DE SUMINISTRADOR A FAVOR DE LA COMERCIALIZADORA [...].

Con fecha 2 de enero de 2013 tuvo entrada en el registro de la CNE escrito de un consumidor, titular del CUPS [...], en el que denuncia que HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. estaría presuntamente obstaculizando el cambio de suministrador dado que el citado consumidor había firmado un contrato de suministro con [...] en el mes de junio de 2012.

En el marco de las funciones de supervisión llevadas cabo por la CNE, [...] informó a la extinta CNE que la solicitud de cambio de suministrador a que se refiere el párrafo anterior se efectuó el 11 de junio de 2012 sin obtener respuesta por parte de HIDROLÉCTRICA EL CARMEN, S.L., siendo reiterada dicha solicitud el 27 de noviembre de 2012, sin recibir igualmente respuesta.

Adicionalmente a lo anterior [...]. informó a la CNE de la existencia de otros consumidores con los que había formalizado contrato de suministro de energía, que se encontrarían en la misma situación. Las situaciones de solicitudes de cambio de suministrador no atendidas por HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, o en un caso atendida fuera de plazo, eran las siguientes:

[...]

A la vista de lo anterior, el 20 de diciembre de 2013, el Director de Energía de la CNMC¹, en el marco de las competencias que tiene legalmente atribuidas, envía un escrito a HIDROLÉCTRICA EL CARMEN, S.L. solicitando información adicional para que, en su caso, justificara los posibles incumplimientos de los plazos de cambio de suministrador en relación a los CUPS señalados.

En respuesta a dicho requerimiento, HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L., mediante escrito de 13 de enero de 2014, justifica que, pese a no haber tramitado los cambios de suministrador, este hecho no sería sancionable y en todo caso sería imputable a [...] por no haber aportado los contratos de los consumidores afectados a efectos de que HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. pudiera acreditar la existencia de consentimiento para el cambio. Argumenta, asimismo que la Dirección General de Política Energética y Minas no ha establecido los protocolos de intercambio de información que son válidos para el cambio de suministrador.

3.- DENUNCIA DE UN PARTICULAR, SOBRE LA SOLICITUD DE CAMBIO DE SUMINISTRADOR, EN RELACION CON UN CONTRATO SUSCRITO CON LA COMERCIALIZADORA DE [...].

Con fecha 19 de noviembre de 2013 ha tenido entrada en el registro de la CNMC, escrito de un consumidor, titular del punto de suministro CUPS [...], en el que denuncia que HIDROELECTRICA EL CARMEN estaría obstaculizando el cambio de suministrador por un contrato que había firmado con [...] (se entiende que se refiere a la comercializadora de [...]), así como otras

¹ Por Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, el día 7 de octubre de 2013 entró en funcionamiento la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que asume las funciones anteriormente desempeñadas por la CNE, que se extingue (D.A. segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC) y, singularmente, la supervisión de los sectores energéticos (artículo 7, funciones 4, 11, 13 y 15).

cuestiones sobre incumplimientos de plazos regulados sobre actuaciones en el equipo de medida y baja de contrato. En el referido escrito, el consumidor argumenta haber sido informado por parte de la citada comercializadora de que HIDROELECTRICA EL CARMEN, S.L. no permite el cambio.

Asimismo, aporta escrito de denuncia formulada ante las autoridades competentes de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, con el siguiente texto:

Estimados señores: Tras conversación telefónica con Consejería de Industria Guadalajara quiero dejar constancia por escrito que tras enviar Burofax el día 11/10/2013 a Hidroeléctrica El Carmen de Aranzueque para que dieran de baja el suministro de energía y posteriormente hablar con ellos telefónicamente, se niegan a dar de baja mi contrato de luz, a día de hoy sigue dada de alta la luz en el domicilio. Ruego me digan cómo proceder ya que no quiero tener ningún tipo de vínculo con esta compañía, además de querer contratar luz con otra compañía, HIDROELECTRICA EL CARMEN tampoco me ha permitido ningún tipo de cambio. Gracias y saludos

4.- DENUNCIA DE UN PARTICULAR SOBRE LA FALTA DE RESPUESTA A DOS SOLICITUDES DE CAMBIO DE SUMINISTRADOR, A FAVOR DE [...] Y [...].

Con fecha 19 de septiembre de 2014 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito un consumidor, titular del punto de suministro [...] denunciando la reiterada obstaculización al cambio de comercializadora eléctrica, por parte de HIDROELECTRICA EL CARMEN. El denunciante señala al respecto haber remitido una primera solicitud de cambio en el mes de febrero de 2014 a favor de [...], y una segunda solicitud con fecha 11 de julio de 2014 a favor de [...], sin que en ninguno de los dos casos se obtuviera respuesta alguna por parte de HIDROELECTRICA EL CARMEN. Relata, asimismo, no haber recibido respuesta alguna a las sucesivas reclamaciones efectuadas a la citada compañía, tanto telefónicas como a través de fax y correo electrónico.

Alude este mismo consumidor a las existencia de numerosas quejas sobre las mismas prácticas de HIDROELECTRICA EL CARMEN, S.L. exteriorizadas por los usuarios a través de en los foros sociales existentes en internet.

SEGUNDO.- Incoación del procedimiento sancionador:

De conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), el Director de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos

sancionadores, previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), acordó incoar, con fecha 29 de octubre de 2014, un procedimiento sancionador (con la referencia SNC/DE/0117/14) a la empresa HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. por presunta vulneración del derecho de los consumidores a elegir suministrador de energía eléctrica. Esta conducta se encontraba tipificada como infracción grave por el artículo 61.a 23 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre que se mantiene en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, bajo cuya vigencia presuntamente continúa desarrollándose la infracción, que tipifican “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”.

El Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado a HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. quien recibió la notificación el 24 de noviembre de 2014. Por medio de ese escrito se confería a esta empresa un plazo de quince días hábiles para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba. Fue igualmente notificado a los denunciantes.

TERCERO.- Alegaciones de HIDROELÉCTRICA EL CARMEN.

El 29 de diciembre de 2014 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. en relación con el acuerdo de incoación, cuyo resumen es el siguiente:

- Con carácter preliminar, realiza una serie de consideraciones sobre el procedimiento genérico seguido por la distribuidora ante las solicitudes de cambio de suministrador.
- En primer lugar, un análisis de las catorce solicitudes de cambio de suministrador que dieron lugar a la incoación del procedimiento, que vendrían a acreditar que la empresa «no ha vulnerado el derecho de ningún consumidor conectado a su red de distribución a elegir el suministrador de energía eléctrica»:

1. Por lo que se refiere a la denuncia de [...], alega que «las cinco solicitudes de cambio de suministrador [...] no eran acordes con la voluntad de los clientes», argumentando al respecto que «como demuestran las declaraciones de los clientes afectados [...] nunca fue su intención contratar a [...] como comercializadora. Si así hubiese sido, nunca se habrían dirigido a HEC afirmando lo contrario. Ante esta situación y por petición expresa de los cinco consumidores afectados [...] mi representante rechazó las cinco solicitudes de [...] objeto del procedimiento sancionador que nos ocupa», resultando que los hechos relativos a los cinco casos son anteriores al 28 de diciembre de 2012, fecha de entrada en el Registro de la denuncia de [...].
2. Sobre los casos relativos a [...], alega que «analizaremos las circunstancias concurrentes en cada una de estas siete solicitudes de [...] y, como resultado de este análisis, podremos concluir que todas ellas fueron atendidas por HEC en plazo y conforme a los términos previstos en la normativa aplicable», argumentando falta de constancia de la solicitud de cambio en tres casos, cambio cuando se tuvo constancia de la solicitud en dos casos y denegación por suministro cortado por impago en dos casos. Según resulta de los hechos concurrentes y conforme consta en el acuerdo de incoación, los hechos relativos a estos siete casos son todos anteriores a la fecha de 5 de junio de 2013.
3. En relación con la denuncia de un particular sobre el contrato suscrito con la comercializadora [...], alega que la solicitud del denunciante se refería «a dar de baja mi contrato de la luz». HEC es una compañía distribuidora entre cuyas funciones [...] no se encuentra, recibir, autorizar o denegar las solicitudes de baja voluntaria del contrato de suministro que pueda enviar un consumidor a la compañía comercializadora que tenga contratada». Al respecto, el particular denunciante envió un burofax en fecha 11 de octubre de 2013 a HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. «para que dieran de baja el suministro de energía», según hace constar en su escrito.
4. Por lo que respecta a la denuncia de un particular sobre dos solicitudes sucesivas de cambio de suministrador, una primera en febrero de 2014 a favor de [...] y una segunda de julio de 2014 a favor de [...], alega que «no recibió ninguna solicitud de Iberdrola de cambio de suministrador» y que «en cambio, sí recibió una solicitud de cambio de suministrador de [...] y, dentro del plazo legalmente previsto, realizó el cambio de suministrador con fecha 1 de septiembre de 2014». En relación con la citada denuncia, consta incorporado a las actuaciones previas copia del contrato suscrito por el cliente denunciante con [...] de fecha 14 de julio de 2014 en lo que se refiere a las condiciones particulares y de fecha 17

de septiembre de 2014 por lo que respecta a las condiciones generales (folios 117 a 119 del expediente). Asimismo, en el documento 1 de la reclamación presentada por el denunciante, éste afirma que «Me indican en [...] que lo normal es que el cambio operativo se realice para el cierre del actual periodo bimestral de facturación (01 julio-31 de agosto)», folio 115 del expediente.

- Como segunda alegación, HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. plantea la falta de normativa que regule con carácter general el procedimiento de cambio de suministrador.

- En tercer lugar, alega que «La actuación de HEC no puede subsumirse en el tipo infractor previsto en el Acuerdo de Incoación: vulneración del principio de tipicidad». Al respecto, HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. argumenta que «No parece que la conducta de mi mandante pueda quedar encajada en la infracción descrita en el artículo 65.25 de la LSE si no es forzando su interpretación de manera incompatible con los más elementales y básicos principios por los que se rige el Derecho Sancionador en un Estado de Derecho que se precie de tal condición», añadiendo que «Como se ha expuesto anteriormente, la conducta de mi representada que esa Comisión considera que puede ser una infracción es aquella relacionada con sus actuaciones por las que los abonados supuestamente no pueden cambiarse de comercializador, suscribir contratos con ellos o lo acaban haciendo en plazos superiores a los legalmente previstos». Tras señalar lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 66 de la Ley del Sector Eléctrico, concluye que «si la conducta de mi mandante se considera una infracción, con rigor jurídico sólo puede ser subsumida en alguno de los dos tipos infractores leves que se han mencionado anteriormente. Incluir su conducta en cualquier otro tipo infractor, incluido el recogido en el artículo 65.25 de la LSE al que se refiere el Acuerdo de Incoación, constituye una flagrante violación del principio de tipicidad». Por último alega al respecto que «no hay que olvidar que cuando una misma conducta puede subsumirse en varios tipos infractores, el Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión (STS 25 de junio 1997 (RJ 1997\5310)) afirmando que *"es más correcto elegir la infracción específica a la genérica"*. Entre encuadrar la conducta de mi mandante en el artículo 65.25 de la LSE como una posible infracción de las normas de protección al consumidor, a hacerlo con arreglo a los apartados 1 y 3 del artículo 66, como infracciones leves, estas dos son mucho más específicas que la primera y son de aplicación estrictamente a aquellas conductas relacionadas con el cambio de suministrador en las que presuntamente habría incurrido mi mandante».

En cuarto lugar, HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. alega que «La eventual sanción que se imponga a HEC deberá ser conforme con el principio de proporcionalidad y con los criterios de graduación de las sanciones previstos en la LSE».

Expuestas las anteriores alegaciones, HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. concluye su escrito solicitando que «acuerde archivar el presente procedimiento sin imponer sanción alguna [...] o, en su defecto, atendiendo a las circunstancias concurrentes y al principio de proporcionalidad, tipifique su infracción como leve y proponga imponer una sanción mínima, teniendo en cuenta el ínfimo beneficio que se haya podido obtener con la conducta infractora».

CUARTO.- Propuesta de Resolución formulada por el Instructor.

El 1 de octubre de 2015 el Director de Energía, como instructor del Procedimiento, formuló propuesta de Resolución proponiendo el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. Dicha Propuesta de Resolución fue notificada a HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. el 9 de octubre de 2015, quien no efectuó alegaciones con respecto a la misma.

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 y alegaciones que conforman el expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

QUINTO.- Acuerdo de recalificación de los hechos.

El 10 de marzo de 2016 la Sala de Supervisión Regulatoria acordó recalificar los hechos objeto del procedimiento, considerando que en los mismos concurrían los requisitos de tipicidad y culpabilidad, y valorando a este respecto la sanción a imponer en la cuantía de cincuenta mil (50.000) euros.

Con respecto a este Acuerdo de recalificación, y conforme a lo dispuesto en el artículo 20.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, se dio audiencia a HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. por plazo de quince días hábiles, lo que se efectuó mediante escrito notificado con fecha 14 de marzo de 2016.

Con fecha 6 de abril de 2016 se ha recibido en la CNMC escrito de alegaciones de HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. en relación con el Acuerdo de recalificación. En dicho escrito, además de reiterar la misma argumentación mantenida en su escrito de 29 de diciembre de 2014 en relación con los hechos por los que fue incoado el procedimiento sancionador, alega en contra de la recalificación efectuada por la Sala de Supervisión Regulatoria. Considera, en particular, que es necesario que la Sala, antes de recalificar los hechos, pregunte y requiera al órgano instructor para que lleve a cabo pruebas de instrucción complementarias. Asimismo, sostiene que la recalificación

efectuada por la Sala es ilegal, por contravenir el artículo 138.2 de la Ley 30/1992.

SEXTO.- Informe de la Sala de Competencia.

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

HECHOS PROBADOS

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

HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L., en su condición de empresa distribuidora de energía eléctrica, ha cometido diversas actuaciones tendentes a obstaculizar el derecho de los consumidores conectados a sus redes a elegir suministrador de energía eléctrica.

Estas prácticas se han evidenciado en relación con los consumidores que se identifican a continuación con sus correspondientes Códigos Unificados de Puntos de Suministro (CUPS).

[...]

Estos cinco CUPS se corresponden con los hechos denunciados por r[...]. A este respecto, no es aceptable el argumento de defensa planteado por HIDROELECTRICA EL CARMEN, S.L. por el que pretender argumentar la inexistencia de consentimiento por parte de los titulares de dichos puntos de suministro, para efectuar dicho cambio. Esta Comisión no puede aceptar como válidos a estos efectos los documentos presentados por HIDROELECTRICA EL CARMEN, S.L. a los folios 33, 34, 232, 233, 234 y 235. Según se desprende de los folios 19 a 27 las solicitudes de cambio de suministrador fueron remitidas por [...] con fechas 31 de julio de 2012, 3 de agosto de 2012 y 8 de febrero de 2012 respectivamente. Está acreditado en este procedimiento que, en ese momento, [...] disponía en su poder de la documentación acreditativa de la existencia del consentimiento por parte de los respetivos consumidores (folios 49 a 95).

Sin embargo HIDROELECTRICA EL CARMEN S.L. aporta a este procedimiento documentos presuntamente firmados por los titulares de

los puntos de suministro señalados, todos ellos de fechas muy posteriores (16 de mayo de 2013, 9 de octubre de 2013 y 17 de octubre de 2013) que contradirían la existencia de dicho consentimiento. Estos documentos de defensa, además de haber sido suscritos mucho después del momento en el que la distribuidora tenía la obligación de tramitar el cambio, fueron expedidos después que la CNE dirigiera a HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. el oficio de 24 de abril de 2013 (folio 28 y 29), a fin de recabar información sobre las denuncias recibidas. Llama asimismo la atención que sea idéntico el texto de los escritos remitidos por dos clientes distintos: [...] (folio 33) y [...] (folio 34, si bien este último es ajeno a los hechos del procedimiento incoado). Igualmente debe hacerse notar que los documentos emitidos por los otros clientes, [...], se emiten “según conversación telefónica mantenida con Vds”, expresión que evidencia que dichos documentos fueron emitidos a instancia de la compañía distribuidora.

[...]

Estos siete CUPS se corresponden con las denuncias relativas a solicitudes de cambio de suministrador a favor de la empresa [...]. Los argumentos de defensa esgrimidos por HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. no han servido para desvirtuar los hechos denunciados. En este sentido, esta Sala ha tenido en consideración que en el escrito de 13 de enero de 2014 (folio 103 y siguientes) HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. argumentaba en su defensa no haber tramitado esas solicitudes de cambio de suministrador por no haber recibido fehacientemente la acreditación del consentimiento del cliente y sostener en definitiva que tales hechos no serían sancionables. Este argumento como se razonará más adelante, no es aceptable. Posteriormente en el escrito de fecha 29 de diciembre de 2014 HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. cambia su argumentario de defensa para negar haber recibido cinco de las referidas solicitudes de cambio (folios 180 y 181), o bien señalar haber respondido a [...] que de dos de ellas ([...]) se encontraban en situación de corte por impago, situación que, al margen de encontrarse huérfana de toda prueba, no sería un motivo de denegación del cambio.

13.- CUPS [...]

En el escrito de alegaciones de HIDROELECTRICA EL CARMEN, S.L. (folio 181) se niega haber tenido constancia por medios fehacientes de ninguna solicitud para el punto de suministro, por lo que consecuentemente no se pudo realizar cambio de suministro alguno. Y

en relación con la solicitud de baja, la inculpada atribuye tal responsabilidad a la sociedad comercializadora del grupo.

No cabe obviar sin embargo la solicitud de baja de la consumidora viene motivada por que la interesada no desea tener *“ningún tipo de vínculo con esta compañía, además de querer contratar luz con otra compañía, HIDROELÉCTRICA EL CARMEN tampoco me ha permitido ningún tipo de cambio”* (folio 107). Manifiesta a este respecto la consumidora que HIDROELÉCTRICA EL CARMEN *“NO me deja cambiarme de compañía ([...] me envía carta diciéndome que HIDROELÉCTRICA no permite el cambio)”*, interesando por este hecho la actuación de los servicios de la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla-La Mancha como se desprende del folio 108.

14.- [...]

HIDROELECTRICA EL CARMEN, S.L. (folio 182) manifiesta que el cambio de comercializador fue finalmente llevado a cabo por la compañía distribuidora a favor de [...], limitándose a afirmar que este hecho se produjo con fecha 1 de septiembre de 2014, si bien esta afirmación se contradice con la documentación aportada por el denunciante junto a su denuncia, de fecha posterior, 18 de septiembre de 2014, en la que aporta justificantes de reclamaciones formuladas con fecha 11 de septiembre y 17 de septiembre del mismo año (folios 120 a 124). Por otro lado, el inculpado no aporta ningún elemento de prueba que acredite tal circunstancia, ni tampoco puede ser objeto de contraste a través de la información obrante en la CNMC puesto que no consta la remisión del SIPS, al menos, en ese período.

Adicionalmente, en esa misma documentación se refiere la falta de contestación a un primer intento de cambio de suministrador a favor de [...], de febrero de 2014, sobre el que el denunciante ha acompañado reclamación formulada a través de correo electrónico con fecha 20 de marzo de 2014 (folio 125), dirigida a la misma dirección de correo empleada por la propia HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. para sus comunicaciones con el propio denunciante (folio 126).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

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

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones graves tipificadas por el artículo 65.25, materia objeto del presente procedimiento. En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y de acuerdo con lo establecido 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 II del título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de esta Ley 24/2013, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de dieciocho meses.

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

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

Los hechos probados en el presente procedimiento sancionador han de ser considerados como una infracción de carácter continuado tipificada por el artículo 65.25 de la Ley 24/2013 (antiguo artículo 61.23 de la Ley 54/1997 derogada por la anterior).

A los efectos que aquí interesan, estos preceptos tipifican *“El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad de las obligaciones (...) 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 Ley 24/2013 explica con suma claridad que entre estas medidas de protección al consumidor se encuentra el derecho de éstos a elegir suministrador de electricidad. Este derecho se encuentra expresamente previsto en el artículo 44.1 c) y k) de la Ley 24/2013, al igual que lo estaba anteriormente en el artículo 44.2 de la Ley 54/1997 de 26 de diciembre. La Exposición de Motivos de la citada Ley 24/2013 afirma que: *“El título VIII relativo al suministro de energía eléctrica se estructura en dos capítulos. El*

capítulo 2 referido al suministro de los usuarios y a la gestión de la demanda eléctrica en el que se profundiza en las medidas de protección al consumidor siguiendo las directrices de la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009. De este modo, al derecho ya recogido actualmente de poder elegir suministrador pudiendo contratar la energía directamente en el mercado o a través de un comercializador, se añaden, entre otros, el de recibir el servicio con los niveles de seguridad, regularidad y calidad que se determinen, ser suministrados a unos precios fáciles y claramente comparables, transparentes y no discriminatorios, y disponer de procedimientos para tramitar sus reclamaciones...”

El derecho del consumidor a elegir suministrador se traduce en la correlativa obligación de las empresas distribuidoras, en la red de distribución que gestionan, de “cumplir con los requisitos y obligaciones que se establezcan reglamentariamente para las actuaciones que les corresponden en relación con los cambios de suministrador y, en concreto, cumplir con los plazos y recibir la información que se determine relativa a los citados cambios de suministrador” (artículo 40.2 p), así como de “aplicar las medidas adecuadas de protección del consumidor de acuerdo con lo establecido reglamentariamente” (artículo 40.2 l). Sin ánimo de extender innecesariamente la cita normativa, cabe aludir también al Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, en el que se regulan las condiciones y plazos para proceder al cambio de suministrador.

Es un hecho indiscutible que el derecho de los consumidores a elegir suministrador de electricidad se configura, tanto en la Ley nacional como en la normativa comunitaria, como el elemento capital de la liberalización del sector eléctrico. La Directiva 2009/72/CE centra su esfuerzo liberalizador en conseguir que la posibilidad de elección de suministrador sea una realidad. El Considerando 3 reflexiona en este sentido, al afirmar que “sólo un mercado interior plenamente abierto que permita a todos los ciudadanos de la Unión elegir libremente a sus suministradores y a todos los suministradores abastecer libremente a sus clientes es compatible con las libertades (entre otras, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios) que el Tratado garantiza a los ciudadanos de la Unión”.

Bajo esta filosofía, el artículo 3 de la Directiva en su apartado 7, dispone que “(...) Los Estados miembros velarán por que los clientes cualificados (condición que alcanza en España a todos los consumidores) puedan cambiar fácilmente de suministrador si así lo desean”, señalando el apartado 5 a) que el cambio debe efectuarse en un plazo de tres semanas.

Los hechos probados en el presente procedimiento sancionador no se circunscriben a meros retrasos en los plazos de contestación o en los plazos

² En el capítulo I del Título VIII se integra el artículo 44.

establecidos en la normativa para llevar a cabo los cambios de suministrador de energía eléctrica. Antes al contrario, se ha revelado por parte de HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. una voluntad reiterada, exteriorizada a través de actuaciones de distinto tipo, de no atender (que no de retrasar) las solicitudes de cambio de suministrador que le llegaban de distintas empresas comercializadoras. Se considera, por ello, adecuada la tipificación de la conducta como una infracción continuada grave del referido artículo 65.25, en tanto que las actuaciones revelan un claro incumplimiento en la aplicación de las medidas de protección al consumidor, una de las cuales constituye, como ya se ha dicho, el derecho de éste a elegir suministrador de energía eléctrica.

En este supuesto es necesario resaltar el hecho de que los clientes de HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. a los que se refiere este procedimiento, estaban siendo suministrados por la empresa comercializadora de su grupo (HIDROELECTRICA EL CARMEN ENERGÍA, S.L.). La intención HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L., como compañía distribuidora de electricidad, al evitar dar respuesta a los cambios de suministro solicitados por empresas competidoras, no es otra que preservar el negocio de la comercialización dentro de su propio grupo empresarial, tratando con ello de impedir que sus clientes acepten otras ofertas comerciales.

Esta voluntad no se revela sólo de la comisión de las actuaciones, sino de las propias alegaciones expresadas por HIDROELECTRICA EL CARMEN, S.L. Esta empresa justifica su negativa a dar trámite a las solicitudes de cambio de suministrador recibidas, en su consideración de que algunos de los clientes no habían dado su conformidad a dicho cambio de suministro (folio 30 a 39 y folio 176).

A estos efectos, HIDROELECTRICA EL CARMEN, S.L. argumenta que *“es una pequeña empresa dedicada a la actividad de distribución eléctrica, desarrollando la misma en un ámbito rural, en el que lleva décadas haciéndolo. Esto supone que prácticamente conozca a todos y cada uno de los abonados que están enganchados a su red de distribución y que sea la depositaria de la confianza de cada uno de ellos en el sector eléctrico. Al contrario de lo que ocurre respecto de las grandes empresas distribuidoras, a las que los abonados no tienen acceso, en el caso de mi mandante, cuando hay un problema, una desconfianza o una incidencia, acuden a contárselo y ponerlo en su conocimiento. Caben dos opciones: o no hacer nada o reaccionar y en la medida de lo posible tutelar al abonado que está sufriendo la incidencia o el abuso”*.

Manifestaciones como las que acaban de exponerse, contenida al folio 174 del expediente, no se compadecen ni con el procedimiento ni con la filosofía del derecho a la libre elección de suministrador de electricidad, puesto que un derecho que la Ley concede a los consumidores no puede quedar al arbitrio de la compañía distribuidora, menos aun si ésta pertenece al mismo grupo de la

empresa comercializadora saliente, atribuyéndose una labor que la normativa no le reconoce de pretendida fiscalización de las actuaciones de otras empresas comercializadoras.

El escrito presentado el 6 de abril de 2016 insiste en esta cuestión, afirmando respecto de su distribuidora que *“aquí no hay sutiles y finas distinciones entre distribuidor y comercializador, la empresa eléctrica es la de “toda la vida y a ella acuden quienes tienen un problema con la luz”, obviando las distintas obligaciones que la Ley hace recaer en unas y en otras.*

Sin perjuicio de que esta Sala deba recordar que no le corresponde al distribuidor realizar actuación de verificación alguna respecto de la válida emisión del consentimiento por parte del consumidor (aspecto este que atañe exclusivamente al comercializador entrante entre cuyas obligaciones se encuentra la de disponer en todo momento de la documentación que acredite dichos extremos), cabe señalar que esa acusación de falta de consentimiento que llega a ser calificada en los escritos como *“abuso”*, se está vertiendo sobre cinco supuestos en los que consta acreditado que el consentimiento de los clientes existía a la fecha de la solicitud de cambio (folios 49 a 95).

De nuevo, en el folio 103 y siguientes HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L., justifica que, pese a no haber tramitado los cambios de suministrador, este hecho no sería sancionable y en todo caso sería imputable a la comercializadora (en ese caso [...]) por no haber aportado los contratos de los consumidores afectados a efectos de que HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L pudiera acreditar la existencia de consentimiento para el cambio.

HIDROELECTRICA EL CARMEN, S.L. parece olvidar que las funciones de verificación del efectivo consentimiento del consumidor le correspondían hasta el 1 de julio de 2014 a la oficina de Cambios de Suministrador (OCSUM) creada por la Ley 17/2007 de 4 de julio, y tras la extinción de ésta, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, arrogándose “un papel como garante del normal funcionamiento del sector eléctrico en el medio rural”, pero olvidando que entre sus obligaciones como empresa distribuidora se encuentra la de atender las solicitudes de cambio de suministrador que le sean efectuadas, y hacerlo dentro de los plazos más breves posibles que la Directiva y la Ley nacional establecen en un máximo de 21 días. A este respecto, no cabe aceptar el argumento de la sociedad contenido en los folios 173 y siguientes) en el que la misma invoca un necesario margen de error en la tramitación de las solicitudes de cambio. Incide de nuevo sobre este tema en el escrito de 6 de abril de 2016. Sin embargo, el documento al que alude HIDROELECTRICA EL CARMEN, S.L. (*“Estudio de verificación del consentimiento efectivo del consumidor respecto al cambio de comercializador de electricidad y gas”*) no tiene por objeto las obligaciones de los distribuidores en los procesos de cambios de suministro, sino que refiere a las labores de verificación de la existencia del consentimiento, cuya responsabilidad

corresponde al comercializador entrante y no a la distribuidora encargada de efectuar el cambio.

La propuesta del órgano instructor advierte expresamente de este ilícito proceder al señalar al folio 246 que *“Ello, sin dejar de reiterar que HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L., como empresa distribuidora, no puede imponer a la comercializadora que le solicite un cambio de suministrador la carga de acreditar ante ella el consentimiento del cliente para dicho cambio, como requisito previo para tramitarlo, advertencia que esta distribuidora habrá de tener en cuenta en sus futuras actuaciones.”*

Por este motivo, esta Sala no puede compartir el criterio del órgano instructor de que tal conducta no pueda considerarse como el incumplimiento de la aplicación de una medida de protección al consumidor, en tanto que lo que agrede esta actuación es el derecho de éste a elegir suministrador (artículo 44.1 c de la Ley 24/2013), y no el mero cumplimiento de los plazos (artículo 44.1.k).

En otras ocasiones puestas de manifiesto en el presente expediente, HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. justifica su falta de respuesta a las solicitudes de cambio de suministrador en otros argumentos igualmente inaceptables como es la falta de acta de puesta en marcha del punto CUPS [...] (folio 26 y 178), argumento que además de ser silenciado durante seis meses (la solicitud le fue remitida con fecha 8 de febrero de 2012 y se opuso con fecha 8 de agosto de 2012 la falta de Acta de puesta en Marcha), no impidió que la comercializadora de su grupo, HIDROELÉCTRICA EL CARMEN ENERGÍA S.L. facturara al titular con fecha 1 de marzo de 2012 la cantidad de [...] € por la energía eléctrica consumida entre el 01/01/12 y 29/02/12 (folio 95), esto es después incluso de haber recibido de [...] el cambio de suministro sobre este punto. También se escuda en la situación de corte por impago (folio 179 y 180), que no constituye motivo válido de denegación de cambio de suministrador.

Así pues, esta Sala considera acreditada la comisión, con carácter continuado, de prácticas tendentes a obstaculizar el cambio de suministrador por parte de los consumidores conectados a su red lo cual supone la vulneración del derecho de éstos a elegir suministrador de energía eléctrica. Estas actuaciones determinan el incumplimiento de la aplicación de las medidas de protección al consumidor. Por consiguiente, la conducta señalada es típica y culpable.

Cabe señalar que cualesquiera de los hechos individualmente considerados, podrían constituir una infracción del referido artículo 65.25, en tanto en cuando cada uno de los consumidores, individualmente considerados, son merecedores de las garantías que la Ley les concede. Sin embargo, esta Comisión ha estimado que la repetición de este tipo de conductas obstaculizadoras, en una pluralidad de situaciones, reveladoras de una misma

intención de impedir el cambio, debe ser considerada como una infracción continuada.

A estos efectos procede referirse a la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección cuarta, de 17 diciembre de 2014. Esta sentencia, además de recordar el mejor trato que la consideración de infracción continuada atribuye al infractor, al referirse a los requisitos de la continuidad (existencia de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión) considera que basta con la *“conurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a la pluralidad de acciones de suerte que estas pierden su sustancialidad para aparecer como ejecución parcial y fragmentada de una sola y única programación de los mismos”*.

Más clara resulta aún el carácter de continuado en la pluralidad de conductas obstaculizadoras que fue valorada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección tercera) del Tribunal Supremo, de 13 de noviembre de 2013 (RJ 2013/7383):

“La realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, debe ser objeto de una repuesta punitiva única y no de tantas cuantos actos ilícitos se hayan cometido, conforme previene el artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. Cuestión distinta es que dicha respuesta única pueda tomar nota de la repetición y continuidad en el tiempo de los actos ilícitos para modular la intensidad de la sanción que el conjunto de todos ellos merezca.

Hasta tal punto ello es así que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con acierto, no dudó en utilizar la categoría de “infracción continuada” para los incumplimientos de “Telefónica de España, S.A.U.” que fueron objeto del expediente al que puso fin la resolución de 16 de noviembre de 2006, aun siendo muy variados los actos ilícitos en él comprendidos. Precisamente por considerar que todos ellos, referidos a la conducta reiterada de “Telefónica de España, S.A.U.” respecto de diversos (la práctica totalidad) operadores, tenían no sólo una base común sino un mismo designio obstaculizador del acceso de éstos al bucle de abonado, según un plan preconcebido o en aprovechamiento de la ocasión que le facilitaba su posición de titular de la red, precisamente por estas razones, decimos, y a la vista de que aquellos actos infringían el mismo precepto legal, impuso una única sanción.”

Esta Comisión no puede pasar por alto que con fecha 2 de diciembre de 2014 la Sala de Supervisión Regulatoria de esta CNMC puso fin al procedimiento sancionador SNC/DE/009/14, mediante Resolución por la que sancionaba a HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. por la denegación de acceso a su base de datos de puntos de suministro desde septiembre de 2013 hasta abril de 2014, tipificada como infracción grave por el artículo 61.a).14 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, y artículo 65.21 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, imponiendo a dicha empresa el pago de una multa de 70.000 euros.

En dicha resolución se considera como hechos probados las múltiples comunicaciones efectuadas por OCSUM solicitando acceder a la base de datos de HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. y la falta de atención a estas solicitudes, la demora en la respuesta o el establecimiento de obstáculos para el acceso. En dicha ocasión, esta Sala ya valoraba en la resolución, al folio 20, la existencia de una intención o propósito de obstaculizar los cambios de suministrador, señalando que “la existencia de tal intencionalidad no significa que el propósito que se tiene se consiga siempre o en todo caso, pero el propósito se tiene; que se intente obstaculizar no significa que siempre se consiga evitar”³.

En la referida Resolución de 2 de diciembre de 2014 esta CNMC declaró como hecho probado (apartado segundo) que “*la conducta desarrollada evita perder el control que el grupo empresarial tiene sobre los consumidores conectados a su red de distribución. En efecto, conforme a los datos aportados por el Operador del Sistema, de los [...] consumidores que aproximadamente están conectados a la red de distribución de Hidroeléctrica El Carmen, S.L., [...] son comercializados por la comercializadora Hidroeléctrica El Carmen Energía, S.L.*”

IV. SOBRE LA RECALIFICACIÓN DE LOS HECHOS ACORDADA POR LA SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA.

En el escrito de alegaciones con fecha de entrada 6 de abril de 2016. HIDROELECTRICA EL CARMEN, S.L. se opone a la recalificación que ha sido efectuada por esta Sala en su acuerdo de 10 de marzo de 2016.

³ En el ejercicio del deber de publicidad que incumbe a este organismo en virtud del artículo 37 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, esta Resolución se encuentra publicada en el sitio web de la CNMC (<http://cnmc.es/es/es/cnmc/ficha.aspx?num=SNC/DE/0009/14&ambito=Sancionadores%20Ley%2030&p=0>)

Se significa que esta resolución ha sido recurrida ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en cuya pieza de medidas cautelares se ha acordado la suspensión de la ejecución de la misma.

El artículo 20.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto) atribuye al órgano competente para resolver el procedimiento sancionador la facultad de recalificar los hechos determinados en la instrucción del procedimiento, como consecuencia de la diferente valoración jurídica que dicho órgano haga de los mismos respecto a la valoración efectuada por el órgano instructor:

“En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo los que resulten, en su caso, de la aplicación de lo previsto en el número 1 de este artículo [sobre actuaciones complementarias], con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndosele un plazo de quince días.”

La Sala de Supervisión Regulatoria es el órgano con competencia para resolver el presente procedimiento. Al amparo de lo dispuesto en el precepto anterior, la Sala dictó Acuerdo de fecha 10 de marzo de 2016, recalificando los hechos objeto de procedimiento sancionador.

El acuerdo de la Sala no ha modificado los hechos determinados en la fase de instrucción sino que esgrime, en relación a los mismos y a los argumentos de defensa planteados por el interesado, una valoración jurídica diferente a la contenida en la propuesta de resolución del órgano instructor de fecha 1 de octubre de 2015, cuyo objeto y contenido es el de proponer a la Sala la adopción de una resolución de sobreseimiento y archivo. La Sala, en el ejercicio de sus competencias, puede apartarse libremente del sentido de dicha propuesta si estima, como aquí ha sucedido, que los hechos sí son constitutivos de ilícito administrativo y entiende que no son admisibles los argumentos de defensa expuestos por el inculpado. Todo ello fue puesto de manifiesto a los interesados con fecha 14 de marzo de 2016 a fin de que pudieran formular las correspondientes alegaciones en el ejercicio de su derecho de defensa.

Por consiguiente, esta Sala ha actuado dentro de los límites que le permite el artículo 138.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, efectuando una recalificación motivada de los hechos objeto del procedimiento, con audiencia a la empresa interesada, por lo que no cabe apreciar infracción alguna del principio acusatorio.

Como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sección tercera, en su Sentencia de 15 de diciembre de 2014, *“una cosa es que no se puedan introducir nuevos hechos por el órgano competente para resolver y otra muy distinta que éste tenga que seguir necesariamente y en todo caso la valoración del instructor en relación a los mismos (...)”*.

Finalmente, cabe señalar que no procede atender la solicitud contenida en el escrito de alegaciones presentado por HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. con fecha 6 de abril de 2016, a fin de que se practiquen determinadas actuaciones probatorias. Ya se ha señalado que la Sala no ha considerado necesaria la práctica de diligencia probatoria adicional alguna para entender que los hechos que han sido puestos de manifiesto en el expediente sancionador son constitutivos de infracción administrativa. Pero, en todo caso, tampoco ha de estimarse que la solicitud formulada por HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. pueda tener cabida en el momento procedimental en el que se encuentra el presente expediente, conforme a lo previsto Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

V. SOBRE LA 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 pasivo al que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la Jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”*.

Este precepto debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual *“la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable”* (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, y 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª).

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

b) Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso:

La conducta desarrollada por HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. es reprochable a título sancionador: Como se ha señalado anteriormente, la normativa hace recaer en las empresas distribuidoras diversas obligaciones que son de esencial importancia en la consecución del mercado liberalizado de la energía eléctrica. Una parte importante de éstas se refieren a la correcta atención de las solicitudes de cambio de suministrador que reciban.

Pues bien, la conducta desarrollada por HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. implica una culpabilidad a título intencionado o doloso, ya que, de forma consciente, ha realizado una diversidad de actuaciones tendentes a obstaculizar los cambios de suministrador, hasta el punto de que algunos de los que han sido objeto de denuncia no consta que finalmente fueran ejecutados.

Los argumentos expuestos por HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. a lo largo del procedimiento no pueden considerarse válidos para justificar su actuación o para atenuar el elemento de la culpabilidad.

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

La sanción que lleva aparejada la comisión de una infracción grave es la imposición de una multa no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67.1 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico

El artículo 67.4 de la Ley 24/2013 ordena graduar las sanciones atendiendo a los criterios siguientes:

4. En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los siguientes criterios:
 - a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.
 - b) La importancia del daño o deterioro causado.
 - c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro.
 - d) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.
 - e) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.
 - f) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma entidad cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.
 - g) El impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.

h) Cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el mayor o menor grado de reprobabilidad de la infracción.

Con respecto a estas circunstancias, es evidente que la conducta de HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L. no ha implicado un peligro para la vida o salud de las personas, la seguridad de las cosas o el medio ambiente, ni la existencia de perjuicios en la continuidad y regularidad del suministro, ni tampoco ha tenido impacto en la sostenibilidad económica del sistema.

Por otra parte, se ha tenido en consideración que el expediente sancionador, aun cuando revela una práctica continuada susceptible de poder afectar a una generalidad indeterminada de consumidores, se constriñe a los [...] casos de solicitudes de cambio de suministrador analizados. Este número de casos representa un porcentaje ostensiblemente bajo [...] en proporción al volumen de clientes conectados a sus redes, que asciende a [...].⁴

En razón de las circunstancias concurrentes en el presente caso, procede aplicar lo dispuesto en el artículo 67.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

A la vista de cuanto antecede, se considera procedente proponer una multa de **50.000 (cincuenta mil) euros**, que se sitúa en el umbral inferior del grado mínimo de las infracciones leves (artículo 67.1 c).

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que la empresa HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, 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 de la realización de actuaciones que suponen la vulneración del derecho de los consumidores a elegir suministrador de energía eléctrica, lo que constituye un incumplimiento en la aplicación de las medidas de protección al consumidor.

SEGUNDO.- Le imponga, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **50.000 (cincuenta mil) euros**.

⁴ Cifra de puntos de suministro activos. Fuente: la propia empresa en el Formulario 1 de la Circular 4/2015.

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.