
RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A. POR FALTA DE CONTESTACIÓN A UN REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN RELATIVO A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

SNC/DE/057/15

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA

D^a María Fernández Pérez

CONSEJEROS

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO DE LA SALA

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 18 de octubre de 2016

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Envío de requerimiento de información*

El 25 de julio de 2013, el Consejo de la CNE acordó la apertura de un periodo de información previa para conocer las circunstancias en que se prestaba por parte de los comercializadores de gas y electricidad el servicio de atención a consumidores finales («SAC»).

En el marco de dicho expediente, el 24 de septiembre de 2013 la CNE remitió a Gas Natural Comercializadora, S.A. un requerimiento de información sobre el funcionamiento de su servicio de atención a los consumidores finales, a fin de que proporcionase datos sobre el número de consultas y reclamaciones atendidas (requerimiento efectuado con la referencia 1/2013). Según expresaba el requerimiento, *“El objetivo de este análisis se centra en la atención a los clientes domésticos, por tanto, cuando alguna de las respuestas difiera en función de la tipología*

de cliente, se deberá proporcionar la respuesta que corresponde a los clientes domésticos”.

El requerimiento se refería a los sectores de gas natural y de electricidad, indicando a los comercializadores cómo había de procederse si la respuesta difería en función del sector: “...si la respuesta a las preguntas siguientes difiere en función del suministro de gas o electricidad, facilite ambas respuestas”.

Dicho requerimiento se notificó a Gas Natural Comercializadora el 30 de septiembre de 2013 en su domicilio de Avenida de América, 38, de Madrid (el domicilio que figura asociado a esta comercializadora en el listado de comercializadores¹).

No se recibió respuesta alguna a este requerimiento de parte de Gas Natural Comercializadora.

SEGUNDO. Reiteración del requerimiento de información

Ante la falta de contestación de Gas Natural Comercializadora, la CNMC (que, en el marco de lo establecido en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, asume, desde su puesta en funcionamiento el 7 de octubre de 2013², las funciones de la CNE) reiteró el requerimiento mediante un escrito de 7 de marzo de 2014. En este escrito, se indicaba expresamente que el requerimiento previo no había sido contestado, y se advertía, además, que el incumplimiento de los requerimientos de información es susceptible de sanción:

«(...)

Por lo tanto, se le reitera el requerimiento practicado para que en el plazo de un mes desde la recepción del presente escrito dé respuesta al cuestionario que le adjuntamos, respecto del cual no se ha recibido contestación en el plazo facilitado en el primer requerimiento de información.

(...)

Se señala que el incumplimiento del presente requerimiento podrá dar lugar a la apertura del correspondiente procedimiento sancionador al amparo del Título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y del Título VI de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos».

La reiteración del requerimiento se notificó a Gas Natural Comercializadora el 10 de marzo de 2014 en el mismo domicilio que el requerimiento previo (Avenida de América, 38, de Madrid).

¹ Listado que esta Comisión debe publicar (así se preveía en el artículo 45.5 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y se prevé en el artículo 46.4 de la vigente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico). El listado está publicado en www.cnmc.es.

² Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, por la que se determina la fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC.

Tampoco se recibió respuesta alguna a esta reiteración del requerimiento.

TERCERO. *Aprobación del informe de supervisión de los servicios de atención al cliente de las empresas comercializadoras*

Sobre la base de la información obtenida de las comercializadoras mediante los requerimientos de información efectuados (referencia 1/2013), se elaboró un informe de supervisión de los servicios de atención al cliente de las empresas comercializadoras de gas y electricidad (INF/DE/045/15). La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó dicho informe el 23 de julio de 2015.³

CUARTO. *Incoación del procedimiento sancionador*

De conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (aprobado por el 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 los procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), acordó el 18 de diciembre de 2015 incoar un procedimiento sancionador contra Gas Natural Comercializadora, S.A.

Dicha incoación se refería a la presunta infracción grave consistente en el incumplimiento del requerimiento de información antes indicado, y de su reiteración, realizado en el marco del expediente 1/2013 acerca de la prestación del servicio de atención a los clientes. Según se indicaba expresamente en el Acuerdo de incoación, este incumplimiento, en lo que afectaba al sector eléctrico (al que se circunscribe el Acuerdo de incoación), se encontraba tipificado en el artículo 61.a).5 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (vigente en el momento del primer requerimiento), y está, asimismo, tipificado, con idéntico tenor, en el artículo 65.6 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (vigente al tiempo de la reiteración del requerimiento).

El acuerdo de incoación del procedimiento sancionador se notificó a Gas Natural Comercializadora el 11 de enero de 2016 confiriéndole un plazo de quince días hábiles para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba.

QUINTO. *Alegaciones de Gas Natural Comercializadora al Acuerdo de incoación*

³ El informe se encuentra publicado en el sitio web de la CNMC (www.cnmc.es).

El 27 de enero de 2016 se recibió en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones de Gas Natural Comercializadora al Acuerdo de incoación del procedimiento. Mediante este escrito se solicita, con carácter principal, que se acuerde el sobreseimiento y archivo de este expediente sancionador.

Gas Natural Comercializadora comienza sus alegaciones cuestionando la existencia de infracción, y considerando, en consecuencia, que en el procedimiento sancionador incoado se vulnera el principio de tipicidad. A su juicio, *«lo que se está sancionando es la no contestación de [Gas Natural Comercializadora] y no la falta de remisión de información, y esa acción de no contestación no está tipificada como infracción grave»*. Según Gas Natural Comercializadora, esta empresa *«ya había proporcionado toda la información que le había sido requerida con anterioridad por [esta Comisión] acerca de la prestación del [servicio de atención a los clientes] informando expresamente de que su ámbito no es el doméstico sino el industrial/mayorista»*. Gas Natural Comercializadora cita dos casos previos al requerimiento de información objeto de este expediente en los que la CNE le requirió información relacionada con los servicio de atención a los clientes y en cuyas respuestas Gas Natural Comercializadora le puso de manifiesto su condición de comercializadora mayorista o de grandes clientes⁴. Por este motivo, Gas Natural Comercializadora considera que su empresa *«no era destinatario correcto del requerimiento sino que fue requerida por error»*.

En este sentido, ante la recepción del requerimiento de información, Gas Natural Comercializadora considera que *«Tenía la opción poco diplomática de contestar "ha habido un error y este requerimiento no nos aplica" o simplemente hacer lo que pedía el requerimiento que era sólo proporcionar la respuesta que corresponde a los clientes domésticos, esto es, ninguna»*. Finaliza Gas Natural Comercializadora la primera parte de sus alegaciones indicando que las comercializadoras del Grupo Gas Natural con clientes domésticos sí que respondieron al requerimiento de información en el expediente 1/2013.

Por otra parte, en el segundo apartado de sus alegaciones, Gas Natural Comercializadora cuestiona la validez de la reiteración del requerimiento por adolecer de *«errores de base (art. 58 y 59 Ley 30/92) no siendo posible la correcta identificación de su destinatario ni tampoco la correcta recepción por dicho sujeto»*, motivo por el que considera que no debe tenerse en cuenta a la hora de resolver este expediente ni usarse como agravante.

En los apartados tercero y cuarto de sus alegaciones, Gas Natural Comercializadora defiende la falta de antijuridicidad en su conducta, entendida como contrariedad a Derecho de la acción, y la falta de concurrencia de

⁴ Un requerimiento para actualizar los números de atención telefónica, que Gas Natural Comercializadora contestó el 18 de julio de 2012, y un requerimiento de información para que acreditara determinados requisitos de su servicio de atención a los clientes, que a Gas Natural Comercializadora contestó el 30 de abril de 2013.

culpabilidad. Gas Natural Comercializadora considera que su conducta estuvo justificada al haber proporcionado la información previamente, al no ser la destinataria natural del requerimiento por error de la CNMC, al seguir las indicaciones del propio requerimiento (solicitaba exclusivamente información referida a clientes domésticos) y al no haber tenido consecuencias en el informe elaborado por la CNMC. Gas Natural Comercializadora manifiesta, en línea con lo ya señalado, lo siguiente: *«...la omisión no es de dar información, todo lo contrario: en cuanto al fondo, es decir, a la obligación de dar información para el servicio de atención al cliente, esa obligación sí la cumplió mi mandante tal y como consta debidamente acreditado. La omisión es por no responder al requerimiento erróneamente enviado a su atención y cumpliendo las propias indicaciones de la CNMC.»*

Con carácter subsidiario a su pretensión principal, Gas Natural Comercializadora solicita para el caso de que se declare la existencia de una infracción administrativa, la no imposición de multa alguna; y, más subsidiariamente y en el caso de que se acuerde imponer una multa, se acuerde la imposición de la correspondiente a las infracciones leves en su grado mínimo.

SEXTO. Incorporación de documentación

Mediante diligencia de 6 de abril de 2016 se incorporaron al procedimiento las últimas cuentas anuales depositadas por Gas Natural Comercializadora en el Registro Mercantil (correspondientes al año 2014) a los efectos de permitir la correcta determinación de la cuantía de la sanción que hubiera de imponerse a dicha empresa conforme al artículo 67.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

SÉPTIMO.- Propuesta de Resolución

El 28 de abril de 2016 el Director de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, el Director de Energía propuso adoptar la siguiente resolución:

“Vistos los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, el Director de instrucción de energía de la CNMC

ACUERDA PROPONER

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

PRIMERO. Declare que GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A. es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.6 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de su obligación de remisión de información a requerimiento previo por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ámbito de sus funciones de supervisión de las medidas de protección de los consumidores de electricidad.

SEGUNDO.- Imponga, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de diez mil (10.000) euros.”

La Propuesta de Resolución fue notificada a Gas Natural Comercializadora el 12 de mayo de 2016, a quien se confirió un plazo de alegaciones de quince días hábiles.

OCTAVO.- Alegaciones de Gas Natural Comercializadora a la Propuesta de Resolución

El día 30 de mayo de 2016 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de Gas Natural Comercializadora, por medio del cual esta empresa efectúa alegaciones a la Propuesta de Resolución. En su escrito de alegaciones, Gas Natural Comercializadora muestra su disconformidad con los hechos probados, y, en línea con sus alegaciones previas (relativas al Acuerdo de incoación del procedimiento), alega vulneración del principio de legalidad, ausencia de tipicidad de la conducta, ausencia de culpabilidad y arbitrariedad, así como falta de proporcionalidad, en la cuantificación de la sanción.

Gas Natural Comercializadora solicita a la CNMC lo siguiente:

“SOLICITAMOS que se tenga por presentado este escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución en tiempo y forma, se admita y tras los trámites legales oportunos, se dicte Resolución acordando la inexistencia de infracción y, en consecuencia, el sobreseimiento y archivo del expediente sancionador frente a GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A. sin sanción alguna.

Subsidiariamente, en el caso hipotético de declararse la existencia de una infracción administrativa, esta parte SOLICITA que se acuerde la no imposición de sanción económica alguna.

Más subsidiariamente a lo anterior, y para el caso hipotético de estimarse necesaria la imposición de una sanción económica, esta parte SOLICITA que le sea impuesta la sanción correspondiente para las infracciones leves en su grado mínimo.”

NOVENO.- Elevación del expediente al Consejo

La Propuesta de Resolución y las alegaciones recibidas fueron remitidas a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el Director de Energía, mediante escrito de fecha 10 de junio de 2016, junto con el resto de documentos 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.

DÉCIMO.- Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y de lo establecido en el artículo 14.2.b) del

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

HECHOS PROBADOS

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

Primero.- Gas Natural Comercializadora no contestó al requerimiento de información efectuado por la CNE el 24 de septiembre de 2013, relativo al servicio de atención a los clientes (ref.: 1/2013).

Segundo.- Gas Natural Comercializadora tampoco contestó a la reiteración del anterior requerimiento, efectuada por la CNMC el 7 de marzo de 2014 (ref.: 1/2013).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC

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

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones graves consistentes en el incumplimiento de los requerimientos de información efectuados por este Organismo (incumplimiento tipificado en el artículo 65.6 de la mencionada Ley 24/2013). En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este procedimiento.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el capítulo III del título X de la Ley 24/2013, 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, normativa vigente en el momento de iniciación del procedimiento.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

La disposición adicional undécima⁵ de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, atribuía a la CNE, la potestad de supervisar las medidas de protección de los consumidores de electricidad. Dicha función de supervisión –considerada tanto específicamente como en relación con las diversas actuaciones que se corresponden en general con el mercado minorista– ha sido asumida también por la CNMC, de acuerdo los apartados 11, 13, 14 y 15 del artículo 7 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC⁶; hay que señalar que esta Ley 3/2013 dispone, asimismo, en su artículo 28, que *“Toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de la protección de la libre competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para el desarrollo de las funciones de dicha Comisión”*.

⁵ Apartado tercero, función vigésimo novena: *“Supervisar las medidas de protección de los consumidores de gas y electricidad, determinando los sujetos a cuya actuación sean imputables deficiencias en el suministro a los usuarios. Asimismo podrá realizar propuestas normativas en relación con los requisitos de calidad de servicio, suministro y medidas de protección a los consumidores al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a las Administraciones de las Comunidades Autónomas.”*

⁶ Art. 7 de la Ley 3/2013:

“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del sector eléctrico y del sector del gas natural. En particular, ejercerá las siguientes funciones:

(...)

11. Supervisar la adecuación de los precios y condiciones de suministro a los consumidores finales a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, y sus normativas de desarrollo y publicar recomendaciones, al menos anualmente, para la adecuación de los precios de los suministros a las obligaciones de servicio público y a la protección de los consumidores.

(...)

13. Determinar los sujetos a cuya actuación sean imputables deficiencias en el suministro a los usuarios, proponiendo las medidas que hubiera que adoptar.

14. Garantizar la transparencia y competencia en el sector eléctrico y en el sector del gas natural, incluyendo el nivel de los precios al por mayor, y velar por que las empresas de gas y electricidad cumplan las obligaciones de transparencia.

15. Supervisar el grado y la efectividad de la apertura del mercado y de competencia, tanto en el mercado mayorista como el minorista, incluidas entre otras, las reclamaciones planteadas por los consumidores de energía eléctrica y de gas natural, y las subastas reguladas de contratación a plazo de energía eléctrica.

(...)”

Por su parte, el artículo 43.6 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, contempla también que la CNMC supervise la efectividad y aplicación de las medidas de protección de los consumidores⁷.

Pues bien, en el ejercicio esta función de supervisión, la CNE primero, y la CNMC después, requirieron información a los comercializadores sobre el funcionamiento de sus servicios de atención a clientes.

Tanto la Ley 54/1997, en vigor cuando Gas Natural Comercializadora desatendió el primer requerimiento, como la Ley 24/2013, en vigor cuando aquél se reiteró, tipifican como una infracción grave el incumplimiento de la obligación de remitir información a requerimiento previo de la CNE o CNMC en el ámbito de sus funciones:

- *“El incumplimiento de cuantas obligaciones de remisión de información se deriven de la aplicación de la normativa vigente o resulten del previo requerimiento por parte de la Administración, incluida la Comisión Nacional de Energía, o del Operador del Sistema o del Operador del mercado, en el ámbito de sus funciones. Asimismo, se considerará infracción grave el incumplimiento por parte de los sujetos del sistema de sus obligaciones de información o comunicación a otros sujetos del sistema. También se considerará infracción grave la no remisión de la información en la forma y plazo que resulte exigible.” (Art. 65.a).5 de la Ley 54/1997)*
- *«El incumplimiento de cuantas obligaciones de remisión de información se deriven de la aplicación de la normativa vigente o resulten del previo requerimiento por parte de la Administración Pública, incluida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, o del Operador del Sistema o del Operador del mercado, en el ámbito de sus funciones. Asimismo, se considerará infracción grave el incumplimiento por parte de los sujetos del sistema de sus obligaciones de información o comunicación a otros sujetos del sistema. También se considerará infracción grave la no remisión de la información en la forma y plazo que resulte exigible. Todo ello cuando no hubiera sido expresamente tipificado como muy grave.» (Art. 65.6 de la Ley 24/2013)*

Para tipificar la conducta de Gas Natural Comercializadora resulta de aplicación la Ley 24/2013, vigente en el momento en que resultó consumada la conducta infractora, al no contestar a la reiteración del requerimiento.

Por lo tanto, de acuerdo con los hechos probados, Gas Natural Comercializadora ha incumplido la obligación de remitir la información requerida por este Organismo en el expediente 1/2013, relativo a los servicios de atención de clientes, conducta tipificada como la infracción grave prevista en el artículo 65.6 de la Ley 24/2013.

⁷ “La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia supervisará la efectividad y la aplicación de las medidas de protección a los consumidores y podrá dictar resoluciones jurídicamente vinculantes tendentes al cumplimiento de las mismas.”

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN Y AUSENCIA DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

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.

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»*⁸.

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

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

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

En el presente caso concurre culpabilidad imputable a Gas Natural Comercializadora por la falta de contestación del requerimiento efectuado.

En concreto, Gas Natural Comercializadora actuó de forma negligente al no contestar (o, como alternativa, no oponerse en debida forma) al requerimiento de información de este Organismo y a su posterior reiteración.

⁸ 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.

Como ya se señaló en la Propuesta de Resolución⁹, en ningún caso correspondía a Gas Natural Comercializadora determinar por sí sola si ella era, o no, destinataria natural del requerimiento de información; especialmente si se tiene en cuenta que la decisión de esta empresa iba a ser la de no dar ningún tipo de contestación o explicación al respecto.

La decisión de omitir contestación al Organismo encargado de supervisar los sectores energéticos no se corresponde con la diligencia exigible a un sujeto de esos sistemas. Menos aún puede ser considerado un actuar diligente la decisión de persistir en no contestar cuando se recibe una reiteración del requerimiento (la cual expresamente advierte de la posibilidad de sancionar la omisión de respuesta).

Concurre por tanto culpabilidad de Gas Natural Comercializadora en la comisión de la infracción.

V. CONSIDERACIÓN DE LAS ALEGACIONES EFECTUADAS CON RESPECTO A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

De modo esencial, en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, Gas Natural Comercializadora niega el segundo de los hechos probados (el relativo a la reiteración del requerimiento), alega ausencia de tipicidad de la conducta, ausencia de culpabilidad y falta de proporcionalidad en la cuantificación de la sanción.

Se hace valoración, seguidamente, de estas alegaciones.

V.1. Valoración de las alegaciones de Gas Natural Comercializadora relativas a los hechos probados.

Al respecto del primero de los hechos declarados probados (el que tiene que ver con el escrito inicial de requerimiento de información), Gas Natural Comercializadora manifiesta lo siguiente: “..., reconocemos como correcta y cierta la notificación del requerimiento de información enviado el 25 de julio de 2013. Este hecho es indiscutido.” (Folio 296 del expediente administrativo)

Con respecto al segundo de los hechos declarados probados (el que tiene que ver con la reiteración del requerimiento de información), Gas Natural Comercializadora niega haber recibido esa reiteración: “..., no hay prueba que acredite de manera irrefutable e indubitada que se ha cumplido con la exigencia legal de “constancia de la recepción por el interesado o su representante”. Es más, insistimos en que nunca llegó a su destino.” (Folio 296 del expediente administrativo)

⁹ Página 7 de la Propuesta de Resolución, que se corresponde con el folio 286 del expediente administrativo.

Esta afirmación no se sostiene si se observa (ver folio 17 del expediente) el sello de recepción que consta en la notificación en cuestión, que consiste en el sello corporativo del grupo Gas Natural Fenosa en el que expresamente está identificado, como lugar de recepción, el edificio de Av. de América, 38, de Madrid (es decir, el domicilio publicado de Gas Natural Comercializadora).

Ahora bien, si se sigue el razonamiento que realiza Gas Natural Comercializadora, se observa que, en realidad, esta empresa no cuestiona el hecho de la recepción (pues es claro que la notificación fue recibida) sino, más bien, que el escrito de notificación fuera realizado correctamente. Gas Natural Comercializadora afirma, en este sentido, lo siguiente: *“Pues bien, los hechos demuestran que la reiteración del requerimiento realizado en fecha de marzo de 2014 (documento nº6 del escrito de alegaciones nuestro), no se notificó correctamente, no existiendo constancia cierta de su recepción por el interesado. En concreto la carta se envió a “EMPRESA COMERCIALIZADORA”, esto es, una denominación genérica de una actividad que no identificativa en absoluto al destinatario concreto.”* (Folio 295 del expediente)

Ha de indicarse, sin embargo, que el hecho de que, por motivos de gestión de pluralidad de escritos de contenido idéntico, el escrito de reiteración conste dirigido de forma genérica a las empresas comercializadoras no es obstáculo para apreciar que, en lo que interesa a este procedimiento, el mismo fue dirigido a Gas Natural Comercializadora, siendo efectivamente recibido (como se puede comprobar del folio 17 del expediente) en el domicilio específico indicado para esta concreta comercializadora del grupo Gas Natural Fenosa. Es de destacar, además, que se trata de un escrito que identifica otro previo de la misma referencia (1/2013) que no había sido contestado (datos que, precisamente, según reconoce el imputado, le constaban conocidos, pues no discute haber recibido el requerimiento inicial y no haber dado contestación al mismo).

Manifiesta Gas Natural Comercializadora que *“Lo que no deja de sorprendernos es la causa de este hecho, es decir, si la CNMC sabía bien el nombre de la empresa como lo demuestra en la primera carta, ¿por qué cuando hace una reiteración no identifica adecuadamente a la empresa a la que previamente había notificado el requerimiento?”*. A este respecto, téngase en cuenta simplemente que el primer requerimiento se efectuó por correo certificado, y que la reiteración fue gestionada de forma diferente, siendo notificada por mensajero.

Dos alegaciones complementarias efectúa el imputado con relación a esta cuestión, que, a su juicio, abundan en la falta de validez de la reiteración: *i)* que ha de tenerse en cuenta que el domicilio social y fiscal de Gas Natural Comercializadora está en Barcelona, y *ii)* que el sello de recepción que consta en la notificación no identifica expresamente a esta empresa, sino, de una forma genérica, a “Gas Natural Fenosa”.

Estas alegaciones no pueden ser estimadas:

➤ *Sobre el domicilio de Gas Natural Comercializadora:*

Que el domicilio social y fiscal de Gas Natural Comercializadora, S.A. esté en Barcelona no implica que al mismo hayan de dirigirse las notificaciones, cuando resulta que esta empresa tenía señalado el domicilio de Avenida de América, 38, de Madrid, a los efectos del listado de comercializadores.

De hecho, para la tramitación de este expediente, se observa que la empresa ha señalado como domicilio de notificaciones uno que tampoco está en Barcelona: En los dos escritos de alegaciones que ha presentado (ver, en concreto, folios 45 y 294), esta empresa señala como domicilio a efectos de notificaciones de este expediente el de Avenida de San Luis, 77 de Madrid (otro edificio que el grupo Gas Natural Fenosa tiene en la ciudad de Madrid).

En definitiva, una cosa es el domicilio social y fiscal y otra domicilio a efectos de notificaciones en relación con el ejercicio de las funciones que competen a este Organismo.

Pues bien, a este respecto, se comprenderá, con respecto a los hechos objeto de este procedimiento, que, tratándose de un requerimiento realizado en un expediente que se efectúa de oficio (en el que no constan actuaciones previas de la empresa interesada), la CNMC acudiera al domicilio que parece publicado en el listado de comercializadoras, listado que se publicaba al amparo de la conforme al artículo 45.5 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y que se continúa publicando al amparo del 46.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

A diferencia de las otras tres comercializadoras con que cuenta el grupo Gas Natural Fenosa (Gas Natural SDG, S.A., Gas Natural Servicios SDG, S.A. y Gas Natural S.U.R. SDG, S.A.), el domicilio publicado de Gas Natural Comercializadora (así como el que tenía la ya desaparecida Gas Natural Electricidad SDG, S.A.¹⁰) está en la ciudad de Madrid, y, en concreto, en la Avenida de América.

Así, pues, la reiteración del requerimiento se dirigió, como el propio requerimiento inicial, al domicilio de Avenida de América, 38, de Madrid, el domicilio señalado específicamente para la comercializadora Gas Natural Comercializadora, S.A.

➤ *Sobre el sello de registro:*

¹⁰ Empresa que se dio de baja en diciembre de 2012.

En cuanto a lo que consta en el sello de recepción, hay que indicar que eso es cuestión organizativa del grupo Gas Natural Fenosa. Es cierto que en el sello de recepción consta la referencia genérica al grupo (*“Gas Natural Fenosa”*), figurando en el mismo, en la parte de abajo, la dirección del edificio de Avenida de América de Madrid.

De entrada, debe señalarse que ése es exactamente el mismo sello que consta en la notificación inicial de requerimiento (ver folio 16 del expediente), cuya validez no cuestiona Gas Natural Comercializadora. Es más, es exactamente el mismo sello que consta, asimismo, en la notificación del Acuerdo de incoación de este procedimiento (ver folio 44 del expediente): El Acuerdo de incoación se dirige al domicilio de la Avenida de América de Madrid, y Gas Natural Comercializadora lo recibe poniendo justamente el sello que tiene (el sello del que se viene hablando): uno en el que se destaca el logo de *“Gas Natural Fenosa”* y en el que debajo consta escrito *“Avda. América, 38 – 2028 Madrid”*.

Gas Natural Comercializadora recibe, indudablemente, esta notificación del Acuerdo de incoación, y realiza luego alegaciones, en las que, como se ha dicho, señala como domicilio a efectos de notificaciones el de la Avenida de San Luis de Madrid. Como consecuencia de ello, la Propuesta de Resolución se notifica ya a esa empresa en tal domicilio de Avenida de San Luis de Madrid. Se observa que en esta otra notificación consta un sello en el que, nuevamente, lo que se indica es *“Gas Natural Fenosa”* (tampoco figura la indicación *“Gas Natural Comercializadora, S.A.”*) y en el que simplemente consta debajo *“Av. San Luis, 77 – 28033 Madrid”* (ver folio 293). Es evidente que Gas Natural Comercializadora recibe esta notificación de la Propuesta de Resolución y realiza las alegaciones correspondientes, que son las que aquí se están valorando.

Así, pues, al recibirse la reiteración del requerimiento en el domicilio de Avenida de América, 38, de Madrid, la recepción se hizo contar con el sello de registro que se utiliza habitualmente por Gas Natural Comercializadora, y por diferentes filiales de Gas Natural Fenosa, es decir el sello que identifica al grupo y al domicilio concreto de recepción, que, precisamente, como ya se ha indicado, es justamente el domicilio que, de modo singular, se corresponde con Gas Natural Comercializadora.

En definitiva, el primer requerimiento y su reiteración constan notificados en el mismo lugar (el edificio del grupo Gas Natural Fenosa que está en la Avenida de América de Madrid, que es el domicilio publicado -singularmente- para la comercializadora Gas Natural Comercializadora, S.A.), y la acreditación de ambas notificaciones se corresponde con el medio a través del cual Gas Natural Comercializadora reconoce el recibo de notificaciones. La reiteración sólo se diferencia del primer requerimiento en que consta dirigida de forma genérica a *“empresas comercializadoras”*, pero es una notificación que se hace llegar en

concreto, y por lo que aquí interesa, al domicilio de Gas Natural Comercializadora, identificando un requerimiento previo que precisamente esta empresa no había sido contestado (requerimiento –este sí- que la empresa reconoce que le constaba recibido y que no había sido contestado), y en la que se advierte de las consecuencias sancionadoras que puede tener no contestar:

“(…)

En el marco de dicho procedimiento se le requirió para que en el plazo de 2 meses informase a esta Comisión sobre el funcionamiento de su servicio de atención al cliente (SAC) para los consumidores finales y proporcionase diversos datos sobre el número de consultas y reclamaciones atendidas.

Trascurrido el plazo indicado en dicho requerimiento de información no se ha recibido contestación alguna de su empresa comercializadora.

Por lo tanto, se le reitera el requerimiento practicado para que en el plazo de 1 mes desde la recepción del presente escrito dé respuesta al cuestionario que le adjuntamos, respecto del cual no se ha recibido contestación en el plazo facilitado en el primer requerimiento de información.

“(…)

Se señala que el incumplimiento del presente requerimiento podrá dar lugar a la apertura del correspondiente procedimiento sancionador al amparo del Título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y del Título VI de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos.” (Folios 17 y 18 del expediente administrativo)

De este modo, a la vista del contenido de la reiteración del requerimiento, Gas Natural Comercializadora tenía claros motivos para sentirse compelido a responder.

V.2. Valoración de las alegaciones de Gas Natural Comercializadora relativas a la falta de tipicidad.

Gas Natural Comercializadora considera que la conducta no es típica porque entiende que se ha cumplido con el requerimiento al no enviar información. En este sentido, razona que, dado que el requerimiento se indica que sólo se envíe información relativa a clientes domésticos, y puesto que la Propuesta de Resolución reconoce que Gas Natural Comercializadora no era destinatario natural del requerimiento, no puede reconocerse la existencia de infracción.

Frente a este razonamiento, se ha de indicar que el artículo 65.6 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, tipifica el incumplimiento de las obligaciones de remitir la información derivadas de un requerimiento de información. En lo que respecta a la CNMC, y a su actuación en el ámbito del sector eléctrico, ese precepto tipifica la infracción del deber de colaboración que, en el artículo 28 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC, se impone a toda persona física o jurídica.

En este marco, Gas Natural Comercializadora no puede pretender que el requerimiento se cumpla mediante su no contestación, si no media una declaración del sujeto requerido de que el requerimiento no le es aplicable. El listado de comercializadores que la CNMC publica conforme a lo establecido en el artículo 46.4 de la Ley 24/2013 ¹¹ (anteriormente, conforme al artículo 45.5 de la Ley 54/1997 ¹²), aporta los datos del comercializador y, respecto de su actividad, sólo informa –de acuerdo con lo que se prevé en el artículo 72.1 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre¹³- acerca del ámbito geográfico de su actuación (en el caso de Gas Natural Comercializadora: “N”, *Nacional*). En la misma línea, el modelo de comunicación de inicio y de declaración responsable que, de acuerdo con los anexos del Real Decreto 1955/2000, presenta un comercializador eléctrico no permite identificar un segmento de negocio de la actividad (si se comercializa sólo a otras comercializadoras, o si se comercializa a los consumidores, y, en tal caso, a qué tipo de consumidores), de suerte que dicho comercializador queda habilitado para desarrollar cualquier segmento de esa actividad, siendo el propio desarrollo de la misma, en cada momento, el que lo va definiendo.

El imputado alega que *“en el requerimiento primero de la CNMC se instruye expresamente para que sólo se envíe la información relativa y circunscrita a los clientes domésticos”*. Sin embargo, y al margen de que además hay un segundo requerimiento que claramente impele a contestar expresamente (la realidad de cuya recepción por parte de Gas natural Comercializadora ya se ha dejado clara), hay que destacar que ese primer requerimiento en ningún momento expresa que no se deba dar contestación alguna cuando no se tienen clientes domésticos, indicando, en realidad, algo muy diferente:

“En el marco de dicho procedimiento se le requiere para que en el plazo de 2 meses informe a la CNE sobre el funcionamiento de su servicio de atención al cliente (SAC) para los consumidores finales y proporcione diversos datos sobre el número de consultas y reclamaciones atendidas. El objetivo de este análisis se centra en la atención a los clientes domésticos, por tanto, cuando alguna de las respuestas difiera en función de la tipología de cliente, se deberá proporcionar la respuesta que corresponde a los clientes domésticos.” (Folio 1 del expediente administrativo.)

¹¹ *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia publicará en su página web un listado que contendrá los comercializadores que, de acuerdo al presente artículo, hayan comunicado al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y, en su caso, a la Administración competente, el inicio de su actividad y que no hayan comunicado el cese de la misma.”*

¹² *“La Comisión Nacional de Energía publicará en su página web un listado que contendrá los comercializadores que, de acuerdo al artículo 44.3 de la presente Ley, hayan comunicado a la Administración competente y, en todo caso, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio el inicio de su actividad y que no hayan comunicado el cese de la misma.”*

¹³ *“La comunicación de inicio de la actividad de comercialización, que especificará el ámbito territorial en que se vaya a desarrollar la actividad, corresponde realizarla ante la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.”*

Finalmente, ha de aclararse que no obsta a las conclusiones anteriores el hecho de que, con anterioridad a las notificaciones que son objeto de este procedimiento, Gas Natural Comercializadora hubiese remitido ciertas comunicaciones a la CNE en relación con el servicio de atención a clientes. Ninguna de esas comunicaciones –aunque relacionadas con el servicio de atención de los clientes- tiene el mismo objeto que el de los requerimientos del expediente 1/2013: De hecho, la primera de las comunicaciones (de julio de 2012) realiza la identificación de un número de teléfono, y la segunda (de abril de 2013) identifica los canales de comunicación con los clientes.

Es cierto que en estas comunicaciones se indica que –en concreto, en el caso de la primera de ellas- el número de teléfono señalado es para clientes mayoristas (*“900 100 264 para clientes mayoristas de Gas Natural Comercializadora”*, ver folio 70 del expediente), y, en el caso de la segunda, que *“Gas Natural Comercializadora, S.A. atiende a los clientes del segmento de grandes clientes”* (ver folio 72 del expediente). Ahora bien, como ya se ha dicho, la habilitación que tiene una comercializadora eléctrica alcanza, para el ámbito territorial publicado, a todo el segmento de actividad de comercialización, quedando a la voluntad de la empresa decidir, o cambiar, su ámbito de material negocio. De este modo, aunque en el pasado la empresa se dedicara a *grandes consumidores*, y suponiendo que lo hiciera con carácter exclusivo, ello no sería una garantía cierta de que lo siguiera haciendo al tiempo del requerimiento objeto del procedimiento (septiembre de 2013) o de su reiteración (marzo de 2014).

V.3. Valoración de las alegaciones de Gas Natural Comercializadora relativas a la falta de culpabilidad y proporcionalidad.

Gas Natural Comercializadora considera que no concurre culpabilidad y que se infringe el principio de proporcionalidad.

Respecto de la culpabilidad, ya se ha dicho que no es acorde a la diligencia exigible omitir cualquier tipo de contestación a un requerimiento, más aún cuando se reitera el mismo con advertencia de sanción.

Es claro, no obstante, que el reproche sancionador que puede hacerse es exclusivamente a título de negligencia (y no de *dolo*, pues no hay una intencionalidad maliciosa –en el sentido de querer hurtar a la CNMC determinada información- en la falta de contestación). Ello ha de tener su correspondiente valoración en la graduación de la sanción.

Precisamente, a este respecto de la cuantificación de la multa, Gas Natural Comercializadora considera que la Propuesta de Resolución infringe el principio de proporcionalidad y que se incurre en arbitrariedad. Manifiesta que, puesto la Propuesta de Resolución califica expresamente de “insignificante” el daño causado, no está justificada la imposición de una multa de 10.000 euros.

Esta Sala, valorando la alegación del imputado, considera, de acuerdo con lo que se indicará en el fundamento siguiente, que procede rebajar la cuantía de la multa propuesta.

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

El artículo 67.1 de esta Ley 24/2013 prevé una multa no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros por las infracciones graves. No obstante, en atención a las circunstancias concurrentes, el artículo 67.3 permite determinar la cuantía de la sanción aplicando la correspondiente a la sanción que precede en gravedad. Asimismo, la sanción no podrá superar el 10 % del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor (artículo 67.2).

El artículo 67.4 de la citada Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la sanción:

«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.»*

Esta Sala, atendiendo a la naturaleza de la infracción cometida, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, considera oportuno imponer una sanción por debajo de 600.001 euros, al amparo de lo establecido en el artículo 67.3 de la Ley 24/2013, imponiendo, en concreto, una multa de **1.500 (mil quinientos) euros**.

Esta cuantía, situada en el umbral inferior, y dentro de éste en cuantía mínima respecto de la sanción legalmente prevista, se considera proporcionada en consideración a la negligencia que muestra el imputado por motivo de su falta de atención a los requerimientos que realiza este Organismo en el ejercicio de su función de supervisión del mercado. Dicha negligencia resulta reprochable conforme a lo expresado en los fundamentos de derecho IV y V, y teniendo en cuenta las características subjetivas de la empresa comercializadora (la cifra de

negocio del sujeto infractor fue, en 2014, de 7.983.802,00 euros; ver folio 118 del expediente administrativo).

Resta por señalar que la cuantía indicada se encuentra dentro del límite del 10% del importe neto de esa cifra de negocio, que acaba de indicarse (7.983.802,00 euros).

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A. es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.6 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de la falta de contestación al requerimiento de información realizado por la CNE el 24 de septiembre de 2013 en relación con el servicio de servicio de atención a consumidores y a su reiteración efectuada el 7 de marzo de 2014.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **mil quinientos (1.500) euros**.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

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