

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A JOSE MANUEL ASENCIO OSUNA POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE REMISIÓN DE INFORMACIÓN REQUERIDA POR LA ORDEN ITC/2308/2007, DE 25 DE JULIO.

SNC/DE/0023/14

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. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 3 de noviembre de 2016

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 116.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Escrito de denuncia*

El 17 de marzo de 2014 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de denuncia de [CONFIDENCIAL] contra la estación de servicio titularidad de D. José Manuel Asencio Osuna situada en la calle Real x/n de la localidad de Fuente de Cantos (Badajoz) mediante la que ponía en conocimiento de la CNMC que «*se viene observando de forma reiterada en el tiempo, incumplimiento por parte del denunciado de la citada Orden ITC /2308/2007, de 25 de julio, sin responder con su obligación de comunicar al Ministerio de Industria los precios de venta al público de los productos petrolíferos que sirve en su punto de suministro*». Además, se «*ha venido repostando gasolina 95 en numerosas ocasiones a un precio diferente al publicado en el geoportal [...], bien porque éste no manda la*

información en tiempo y forma, o por comunicar unos precios al Ministerio y vender a otros en su punto de venta».

Del análisis de la información de los datos que posee la CNMC relativos a las instalaciones de suministro a vehículos, obtenidos a través del sistema de información habilitado al efecto por esta Comisión para el acceso y explotación del contenido de la información procedente de la Orden ITC 2308/2007, de 25 de julio, por la que se determina la forma de remisión de información al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio sobre las actividades de suministro de productos petrolíferos (en adelante, «Orden ITC/2308/2007»), se comprobó la existencia de cierta indisponibilidad e incorrección en la información que JOSÉ MANUEL ASENCIO OSUNA estaba obligado a remitir al MINETUR en virtud de los artículos 4 y 5 de la Orden ITC/2308/2007 en los términos establecidos en su artículo 6 y en su anexo 1.

SEGUNDO. Incoación del procedimiento sancionador

De conformidad con el artículo 13 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora («RD 1398/1993») y el artículo 110, apartados f) y s), de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos («Ley 34/1998»), el Director de Energía de la CNMC acordó, con fecha 21 de septiembre de 2015, incoar expediente sancionador a JOSE MANUEL ASENCIO OSUNA como persona presuntamente responsable del incumplimiento de la obligación de remitir la información requerida por la Orden ITC/2308/2007.

En este sentido, el Acuerdo de incoación imputaba a JOSE MANUEL ASENCIO OSUNA, en particular, el incumplimiento de la remisión de:

- i. La información sobre el precio de los carburantes y combustibles recogida en el Anexo I.1.1: *“Precios y otras informaciones con periodicidad semanal mínima”*. En concreto, JOSE MANUEL ASENCIO OSUNA habría incumplido con esta obligación un total de las seis (6) semanas siguientes
 - La semana 53 del año 2013 (30/12/2013 - 05/01/2014).
 - Las semanas 10 y 11 del año 2014 (03/03/2014 - 16/03/2014).
 - La semana 22 del año 2014 (26/05/2014 - 01/06/2014).
 - La semana 41 del año 2014 (06/10/2014 - 12/10/2014).
 - La semana 31 del año 2015 (27/07/2015 - 02/08/2015).

- ii. La información sobre cantidades vendidas que se detalla en el Anexo I.1.3: *“Remisión anual de cantidades vendidas”*. En este caso, el incumplimiento de JOSE MANUEL ASENCIO OSUNA se concreta para las ventas correspondientes a dos (2) años: 2013 y 2014.

El Acuerdo de incoación precalificó estos hechos como una presunta infracción administrativa grave tipificada en las letras f) y s) del artículo 110 de la Ley del Sector de Hidrocarburos.

Dicho Acuerdo fue notificado a JOSE MANUEL ASENCIO OSUNA el 28 de septiembre de 2015 confiriéndole un plazo de quince días hábiles para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba. Asimismo, el acuerdo fue notificado el 20 de octubre de 2015 para su conocimiento al denunciante, de conformidad con el artículo 11.2 del RD 1398/1993.

TERCERO. Escrito de alegaciones de JOSE MANUEL ASENCIO OSUNA

El 6 de octubre de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de JOSE MANUEL ASENCIO OSUNA (folios 18 y 19) en los siguientes términos:

«Los precios de los productos petrolíferos que se sirven al público [...] se envían tanto semanalmente como cada vez que cambian a la página web del Ministerio. Si en algún momento [...] no han llegado, ha sido por problemas informáticos que nuestros propios equipos pudieran haber tenido o por causas de la red. Quizás nuestro fallo ha sido el no comprobar si esa remisión se ha efectuado correctamente, sin embargo nuestro ordenador no nos indica que hubiera algún fallo o que no hubiera llegado [...]. Si en algún momento se ha repostado gasolina 95 a un precio diferente al publicado, sería debido a este motivo [...]. Si algún cliente se ha sentido perjudicado por este motivo, estamos dispuestos a compensar económicamente [...].

Con respecto al envío de cantidades vendidas anuales de los años 2013 y 2014 entendemos que ha ocurrido el mismo error informático [...] ya que como pueden observar, anualmente se envían dichas cantidades.

Por todo ello solicito se entiendan los motivos expresados ya que nunca se ha actuado de mala fe ya que las cantidades suministradas en esta estación de servicio son mínimas y en ningún momento se ha cometido fraude alguno, sino [...] un error de la informática».

CUARTO. Propuesta de Resolución

El 24 de febrero de 2016 el Director de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado (folios 20 a 28). De forma específica, por medio de dicho documento, el Director de Energía acordó proponer a la Sala de Supervisión Regulatoria que:

1º.- Declare que JOSE MANUEL ASENCIO OSUNA es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en las letras f) y s) del artículo 110 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de remisión de información requerida por la Orden ITC/2308/2007, de 25 de julio, por la que se determina la forma de remisión de información al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio sobre las actividades de suministro de productos petrolíferos.

2º.- Le imponga una sanción consistente en el pago de una multa de mil ochocientos euros (1.800 €).

La Propuesta de Resolución fue notificada a JOSE MANUEL ASENCIO OSUNA el 3 de marzo de 2016. En la misma se confirió un plazo de alegaciones de quince días hábiles.

Con fecha 16 de marzo de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, mediante el que JOSE MANUEL ASENCIO OSUNA ratifica lo argumentado en el escrito de alegaciones presentado al acuerdo de incoación y solicita que *“las infracciones que se hayan podido cometer sean consideradas como leves teniendo en cuenta la no intencionalidad de causar ningún perjuicio, ya que nuestra gasolinera es muy modesta y suministramos al cabo del día muy poco combustible.”*

QUINTO.- Elevación del expediente al Consejo

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el Director de Energía, mediante escrito de 30 de marzo 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.

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, 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:

JOSE MANUEL ASECIO OSUNA ha incumplido su obligación de remitir la información exigida por la Orden ITC/2308/2007, de 25 de julio, por la que se determina la forma de remisión de información al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio sobre las actividades de suministro de productos petrolíferos. En particular,

- JOSE MANUEL ASECIO OSUNA no envió información sobre precios durante las siguientes seis (6) semanas:
 - La semana 53 del año 2013 (30/12/2013 - 05/01/2014).
 - Las semanas 10 y 11 del año 2014 (03/03/2014 - 16/03/2014).
 - La semana 22 del año 2014 (26/05/2014 - 01/06/2014).
 - La semana 41 del año 2014 (06/10/2014 - 12/10/2014).
 - La semana 31 del año 2015 (27/07/2015 - 02/08/2015).
- De igual manera, JOSE MANUEL ASECIO OSUNA no remitió la información de ventas anuales correspondientes a dos años: 2013 y 2014.

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 116.3.b) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones previstas en las letras f) y s) del artículo 110 de la misma Ley. En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este procedimiento.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE

El procedimiento aplicable es el establecido en el artículo 11 y siguientes del RD 1398/1993, norma que resulta aplicable a tenor de la DT 3ª, apartado a), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común («A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior»). Por otro lado, los principios de la potestad sancionadora, previstos en los artículos 127 a

138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («Ley 30/1992»), figuran ahora en los artículos 25 a 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público («Ley 40/2015»).

Asimismo resulta de aplicación, en cuanto a normas de procedimiento se refiere, lo dispuesto en el Título VI de la Ley del Sector de Hidrocarburos, en particular, lo establecido en su artículo 115.2, donde se determina un plazo máximo de dieciocho meses para resolver y notificar la resolución del expediente.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

La Orden ITC/2308/2007 determina, en su artículo 3, los sujetos obligados al envío de información y establece, en lo que al presente procedimiento sancionador interesa, que:

1. Quedan sujetos a las obligaciones de envío de información que se establecen por esta Orden:

[...]

c) Los titulares de las instalaciones de distribución al por menor que no formen parte de la red de distribución de un operador al por mayor».

Por su parte el artículo 4 de la citada Orden establece, respecto de los suministros para vehículos e instalaciones terrestres que son sujetos obligados al envío de información los siguientes:

Estarán obligados a remitir la información que se determina en esta sección los sujetos mencionados en el artículo 3 en la medida en que suministren a vehículos e instalaciones terrestres habilitadas al efecto.

El artículo 5 se refiere a la información a remitir y el modo de remisión en los siguientes términos:

Los sujetos obligados remitirán la información relativa a precios, cantidades, descuentos y datos básicos de las instalaciones, con el formato establecido en el anexo I.1, que incluye asimismo el procedimiento a seguir para su remisión.

Al respecto, el artículo 6.1 de la Orden ITC/2308/2007 establece lo siguiente sobre la frecuencia y plazos de envío de la información de precios:

1. La información a que hace referencia el artículo 5, se remitirá de acuerdo al formato del anexo I.1.1 todos los lunes o día hábil posterior en el supuesto de ser festivo y cuando se produzca un cambio, con una antelación máxima de 3 días respecto la fecha de aplicación de los nuevos precios y, como mínimo, una hora antes de su aplicación efectiva.

Asimismo el artículo 6.3 de la Orden ITC/2308/2007 establece lo siguiente sobre la frecuencia y plazos de envío de la información de ventas anuales:

3. La información a que hace referencia el artículo 5 deberá remitirse de acuerdo al formato del anexo I.1.3 [remisión anual de información de cantidades vendidas], anualmente dentro de los primeros 40 días naturales del año. El envío de datos se referirá a los datos del año anterior.

Por lo que respecta al presente caso, la Orden ITC/2308/2007 determina en su artículo 19 que:

De conformidad con el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, el incumplimiento de la obligación de información recogida en esta orden, tanto en los plazos establecidos como en el correcto contenido de los datos requeridos o la forma de enviarlos, será considerada infracción administrativa grave de acuerdo con el artículo 110, apartados e) y k) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

A tal efecto, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional undécima.tercero.1.11 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, corresponde a la Comisión Nacional de Energía acordar la iniciación de los expedientes sancionadores y realizar la instrucción de los mismos.

Tal remisión a los apartados e) y k) del artículo 110 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, debe entenderse hecha a los apartados f) y s) del mismo artículo que, actualmente, disponen lo siguiente:

f) El incumplimiento de cuantas obligaciones de remisión de información se deriven de aplicación de la normativa vigente o resulten del previo requerimiento por parte de la Administración, incluida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos o el Gestor Técnico del Sistema.

[...]

s) El incumplimiento de cuantas obligaciones formales se impongan a quienes realicen actividades de suministro al público de productos petrolíferos o gases combustibles por canalización en garantía de los derechos de los consumidores y usuarios.

Considerando los hechos probados y el tipo infractor puesto de manifiesto, procede concluir que JOSE MANUEL ASECIO OSUNA ha incurrido en una conducta típica constitutiva de infracción grave, consistente en el incumplimiento de la obligación de remitir la información requerida por la Orden ITC/2308/2007.

Contrariamente a lo que sostiene JOSE MANUEL ASECIO OSUNA en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, las circunstancias

descritas en el mismo (errores informáticos), aun cuando hubieran sido acreditados, no determinan una modificación en la tipificación de los hechos probados ni devienen en la consideración de los mismos como infracción leve.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN

a) Consideraciones generales:

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

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, 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*». En términos similares, el artículo 28.1 de la nueva Ley 40/2015 señala: «*Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa*».

Lo anterior debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual «*la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable*»¹.

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

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

¹ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo e 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.

voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe.

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

La diligencia que es exigible a los sujetos obligados al envío de información regulados en el artículo 3 de la Orden ITC/2308/2007, a los efectos de desempeñar su actividad, implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos, entre las que se encuentra la ya mencionada obligación de remisión de determinada información.

La conducta desarrollada por JOSE MANUEL ASECIO OSUNA implica una culpabilidad a título de culpa, ya que incumplió sus obligaciones normativas de remisión de información semanal de precios durante un total de 6 semanas y al no remitir la información de ventas anuales respecto de dos ejercicios, en los términos expuestos tanto en los antecedentes como en los hechos probados de la presente Resolución. Dicha conclusión no se ve en absoluto modificada por la simple alegación, no acreditada, de eventuales fallos informáticos o eventual reconocimiento de eventual existencia de falta de cautela u observancia que le es debida, en su condición de sujeto al que se le exige el puntual cumplimiento de sus obligaciones de información.

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

De acuerdo con el artículo 113 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, la sanción que lleva aparejada la comisión de una infracción grave es la imposición de una multa de hasta 6.000.000 de euros.

El artículo 131.3 de la Ley 30/1992, relativo al principio de proporcionalidad, reunía los criterios generales para la graduación de la sanción a aplicar, actualmente previstos en el artículo 29 de la Ley 40/2015. Por su parte, la Ley del Sector de Hidrocarburos contiene también los criterios específicos que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de imponer las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas en el sector. Así, el artículo 113.3 de la citada ley establece que «*La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a criterios de proporcionalidad y a las circunstancias especificadas en el artículo anterior*».

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 112 de la citada Ley, estas circunstancias son las siguientes:

Para la determinación de las correspondientes sanciones se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

- a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.*
- b) La importancia del daño o deterioro causado.*
- c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro a usuarios.*
- d) El grado de participación y el beneficio obtenido.*
- e) La intencionalidad o reiteración en la comisión de la infracción.*
- f) La reiteración por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.*

De este modo, a los efectos de graduar el importe de la multa a JOSE MANUEL ASENCIO OSUNA, se tiene en cuenta que el incumplimiento se refiere a la falta de remisión de información de precios y que la falta se produjo únicamente durante 6 semanas, y a la ausencia de remisión de información sobre cantidades vendidas durante 2 anualidades, así como la naturaleza del operador sancionado (correspondiendo diferenciar entre operador al por mayor y titular de la gestión de la instalación). Además, se toma en consideración el hecho de que el incumplimiento de la obligación de remisión de información por parte de JOSE MANUEL ASENCIO OSUNA no ha supuesto peligro para la vida o la salud de las personas, o la seguridad o el medio ambiente. Asimismo, la importancia del daño o deterioro causado es reducida, no concurre perjuicio alguno para la continuidad y regularidad del suministro, JOSE MANUEL ASENCIO OSUNA participa en grado de autora de la infracción cometida, no cabe apreciar obtención de beneficio alguno y no concurre ninguna de las demás circunstancias –intencionalidad dolosa o reiteración-.

Atendidas las anteriores circunstancias y considerando el principio de proporcionalidad, se sanciona a JOSE MANUEL ASENCIO OSUNA con una mil ochocientos euros (1.800 €). Este importe está dentro del umbral inferior y, dentro de éste, en cuantía mínima, del límite de 6.000.000 de euros que señala la Ley para las infracciones graves.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que JOSE MANUEL ASENCIO OSUNA es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en las letras f) y s) del

artículo 110 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de remisión de información requerida por la Orden ITC/2308/2007, de 25 de julio, por la que se determina la forma de remisión de información al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio sobre las actividades de suministro de productos petrolíferos.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **mil ochocientos euros (1.800 €)**.

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.