
RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA EMPRESA GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A. (actualmente NATURGY IBERIA, S.A.) POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

SNC/DE/020/18

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sanchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 28 de febrero de 2019

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 116 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES

PRIMERO. Denuncia ante la CNMC

El 1 de agosto de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC el escrito de denuncia de 24 de julio anterior, de una asociación, en el que informaba a esta Comisión de los siguientes hechos:

- Que habían tenido conocimiento de que algunos consumidores en mercado libre de gas con tarifa referenciada a la Tarifa de Último Recurso (en adelante TUR), estaban recibiendo comunicaciones comerciales por parte de GAS NATURAL SERVICIOS, SDG, S.A (GAS NATURAL SERVICIOS) cuya denominación social actual es NATURGY IBERIA, S.A. (o NATURGY) en las que se les ofrecía el cambio a otra tarifa, concretamente la Estable Economy con 5,26 €/mes de término fijo y

0,05875 €/kW/h consumido de término variable, todos ellos precios sin incluir los impuestos.

- Que tal ofrecimiento se realizaba sin indicar con claridad la repercusión económica del cambio ofrecido que, en opinión de la asociación de consumidores denunciante, era más gravosa económicamente que la TUR de menos de 5.000 kw/h, concretamente un 15,9% más caro el término fijo y un 14,6% más gravoso en el término variable por consumo.
- Que, por otra parte, la redacción de la comunicación da a entender que solo se podría mantener la tarifa actual, referenciada a la TUR mediante llamada a un teléfono gratuito. Concretamente el párrafo denunciado señala lo siguiente: *“Si tuvieras dudas o la tarifa propuesta no fuera de tu interés y quisieras mantener tu tarifa actual, puedes llamarnos al teléfono 900 649 276. Estaremos encantados de atenderte”*.

La denuncia viene acompañada de la indicada comunicación comercial.

En dicha comunicación se incluyen varias referencias en negrita. Son, en particular, relevantes las siguientes menciones:

-Estabilidad es sinónimo de tranquilidad.

*-la tarifa actual... **está sometida a las variaciones trimestrales que sufre la referida tarifa (TUR)***

*-hemos apostado por un **precio estable**.*

*-**Te recomendamos** la tarifa Estable Economy*

*-Estos precios y su descuento asociado se aplicarán a partir de tu próxima renovación. De este modo **tu consumo se facturará a un precio estable** y con la libertad de cambiar de tarifa **gratuitamente** cuando quieras.*

*-Si tuvieras dudas o la **tarifa propuesta** no fuera de tu interés y quisieras **mantener tu tarifa actual**, puedes llamarnos al teléfono 900 649 276. Estaremos encantados de atenderte.*

Las negritas están en el original.

La comunicación comercial estaba firmada por el Director de Mercado Residencial y Pequeño Comercial de GAS NATURAL SERVICIOS.

SEGUNDO. Información previa

El 18 de octubre de 2017, el Director de Energía procedió a iniciar un período de información previa mediante un requerimiento dirigido a GAS NATURAL SERVICIOS en el que se solicitaba información sobre los siguientes aspectos:

1. Número de comunicaciones remitidas a clientes de los grupos de peaje 3.1 y 3.2 por las que se envía una carta similar a la “carta comunicación cambio tarifa” que se adjunta con el escrito de FACUA, desde el 1 de enero de 2017 hasta la recepción de esta comunicación. Indique igualmente el ámbito geográfico de los clientes a los que se envió la comunicación y en su caso distribución provincial de los envíos de comunicación.
2. Explique si ha habido algún criterio de selección de clientes en el envío de la citada comunicación por parte de su empresa.
3. Evolución mensual del número de clientes de gas de los grupos 3.1 y 3.2 de GAS NATURAL SERVICIOS durante el año 2017, con el siguiente desglose
 - N° de clientes que tienen contratado un producto con tarifa a precio variable referenciado a TUR.
 - N° de clientes con un producto a precio variable referenciado a otro índice.
 - N° de clientes con un producto a precio fijo anual (como la Tarifa Estable o Estable Economy).
 - N° de clientes con un producto con un importe mensual fijo (denominadas “planas” como la Gas Mini, Media o Maxi).
 - N° de clientes con otro tipo de tarifas, con indicación de las mismas.

El 28 de noviembre de 2017, tras pedir una ampliación de plazo, tuvo entrada en el Registro de la Comisión el escrito de GAS NATURAL SERVICIOS en el que da respuesta al requerimiento efectuado por el Director de Energía.

Tras insistir en que la comunicación sólo se envió a los clientes de mercado libre con tarifa referenciada a la TUR, indica en respuesta lo siguiente:

- A la primera pregunta, que desde el 1 de enero de 2017 hasta la fecha de recepción de la comunicación se han remitido un total de **48.700 comunicaciones**. Las comunicaciones se remitieron a clientes de todo el ámbito nacional.
- A la segunda cuestión, se indica que se seleccionaron clientes tipo 3.1 y 3.2 cuyos contratos de gas natural finalizaban en los dos meses siguientes al envío de la misma. Las comunicaciones se remitieron únicamente entre el 5 de junio y el 5 de julio de 2017.

- A la tercera cuestión, aporta los datos en los cuales se puede apreciar el aumento de clientes en tarifas estables frente a tarifas indexadas, de los cuales 161.928 proceden, según su declaración, de otras comercializadoras y, por tanto, **31.390 procedentes de la propia comercializadora.**

TERCERO. Incoación del procedimiento sancionador

Con fecha 15 de marzo de 2018 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, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («Ley 3/2013») y en el artículo 23.f) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Estatuto de la CNMC»), acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.L., por presunto incumplimiento de las medidas de protección de los consumidores.

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban como infracción grave prevista en el artículo 110 t) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, *“El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de gas natural 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, que incluya un servicio de atención telefónica y número de teléfono, ambos gratuitos, así como de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo”.*

La puesta a disposición del acuerdo de incoación fue leída el 22 de marzo de 2018.

CUARTO. Ausencia de alegaciones de la empresa al acuerdo de incoación

GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A no formuló alegaciones al acuerdo de incoación.

QUINTO. Propuesta de resolución

Con fecha 21 de septiembre de 2018 el Director de Energía de la CNMC formuló propuesta de resolución en la que propuso que se impusiese a la empresa una sanción de 1.200.000 euros, en los siguientes términos:

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

ACUERDA PROPONER

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

PRIMERO. - Declare que la empresa GAS NATURAL SERVICIOS, S.A. es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 t) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

SEGUNDO. - Imponga, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **un millón doscientos mil euros (1.200.000) euros**.

La propuesta de resolución se notificó a la interesada con fecha 27 de septiembre de 2018 (folio 32).

Asimismo, se comunicó a la interesada que, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la LPAC, disponía de un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimase pertinentes; y a su vez, se informó de lo previsto por el artículo 85 de la misma Ley (folios 29 y ss.).

SEXTO. Alegaciones de la interesada en el trámite de audiencia

Por escrito de 19 de octubre de 2018 NATURGY IBERIA, S.A. (anteriormente GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A.) efectuó alegaciones a la Propuesta de Resolución del Director de Energía, en síntesis, en los siguientes términos:

- Que el origen del sancionador está en la carta enviada por la empresa a 48.700 clientes, cuyos contratos tenían fecha de finalización en los dos meses siguientes a la remisión de la comunicación. Que *«la nueva tarifa comunicada es una nueva tarifa estable que no está expuesta a las oscilaciones de precio que puede sufrir la tarifa aprobada por el Gobierno»*. *«Adicionalmente, y aunque NATURGY no está obligada a ello, por medio de [la] Comunicación, ofrece al cliente la posibilidad de seguir manteniendo sus condiciones actuales una vez llegue el vencimiento anual de su contrato, en el supuesto en que no quiera que se le aplique la nueva fórmula de precio»*.
- Que, a tenor de la Propuesta de Resolución, la comunicación comercial incumpliría dos de las medidas de protección de los consumidores del artículo 57 bis, las previstas en los apartados f) y g) de la Ley 34/1998.
- Que la citada comunicación no vulnera el artículo 57 bis, g) de la Ley 34/1998¹. A tenor de la Propuesta de Resolución *«la comunicación sesga la*

¹ Artículo 57 bis, g): *«Recibir información transparente sobre los precios, tarifas y condiciones generales aplicables al acceso y al uso de los servicios de gas»*.

opinión de los consumidores responsables hacia la idea de que la tarifa ofrecida es mejor que la indexada a la TUR, lo que no es cierto. En efecto, era justo lo contrario». NATURGY discrepa de tales afirmaciones puesto que «la comparación de precios históricos a que se refiere la Propuesta de Resolución en ningún caso podría aportar información sobre si el precio fijo ofrecido por NATURGY sería mejor o peor que lo que en el futuro sucedería con la evolución de la TUR. De igual modo, no resultaba esperable ni evidente que la TUR se comportase como lo hizo y que, en consecuencia, los precios de NATURGY iban a ser de forma sistemática en los pasados trimestres superiores a la TUR». Al respecto, la empresa distingue en sus alegaciones motivos fundamentados en (1) la volatilidad de la TUR, (2) la confirmación de sus previsiones por los valores negociados en el mercado spot, (3) el precio de la TUR previsto para el primer trimestre de 2019 y (4) los precios ofertados por la empresa:

- (1) Volatilidad de la TUR: Que según resulta de ciertos gráficos y tablas que la imputada incluye en su escrito (folio 37), existe una mayor volatilidad de la temperatura y del precio de las cotizaciones del gas en el NBP (National Balancing Point) en los meses invernales. Con relación a ello, añade la empresa que *«Esa elevada incertidumbre en los valores finales de la cotización del NBP y, por tanto, de la TUR, no permite en ningún caso asegurar a priori (ni a Naturgy ni a ningún otro comercializador) si un precio fijo a futuro se encontrará sistemáticamente por debajo o por encima de la TUR vigente para cada trimestre»*. Por otro lado, la inclusión de un cuadro con comparativa de los precios históricos de la TUR en la comunicación no hubiese servido de nada, puesto que esos datos en ningún caso podrían aportar información sobre si la Tarifa Estable sería mejor o peor que lo que en el futuro sucediese con la evolución de la TUR. En consecuencia, *«queda desvirtuada la afirmación contenida en la Propuesta de Resolución relativa a la falta de transparencia en la Comunicación»*.
- (2) Previsiones de NATURGY y mercado spot: Que los valores finalmente negociados del mercado spot acabaron confirmando las previsiones de incremento de los costes de gas natural que había estimado la empresa, según resultaría de la gráfica incluida al folio 38. Por ese motivo, queda desvirtuada la afirmación relativa a la falta de transparencia de la Comunicación. La misma era transparente *«ya que su objetivo [era] ofrecer a los clientes un precio que no estuviera afectado por la inestabilidad y variabilidad al alza prevista por NATURGY para los precios de aprovisionamiento, previsión que se confirmó con la realidad del precio de spot»*.
- (3) Precio de la TUR para la tarifa 3.2 previsto para el primer trimestre de 2019: Que el precio de la TUR para la tarifa 3.2 previsto

para el primer trimestre de 2019 es superior al precio de la Tarifa Estable Media Gas de NATURGY. En particular, a tenor de la información estimada por la empresa, el precio de facturación final de la TUR para dicho primer trimestre sería de 315,85 euros y, en cambio, el de la Tarifa Estable sería de 311,44 euros².

- (4) Precios ofertados por NATURGY: Que «del análisis de las ofertas de comercializadoras de la competencia se constata la disparidad de tarifas en el mercado, con precios superiores e inferiores a la que finalmente resultó Tarifa de Último Recurso para ese periodo». Ello demostraría, según la empresa, la imprevisibilidad de la TUR. La intención de NATURGY fue ofrecer estabilidad frente a las previsiones de una TUR al alza. Añade la empresa que no fue la única que previó un incremento para los 12 meses siguientes. Así «de las ofertas de precio publicadas durante ese periodo la mitad fueron superiores al precio de la TUR que estuvo vigente en el tercer trimestre de 2017». También señala que «Las previsiones de NATURGY han resultado confirmadas por el comportamiento del spot frente a las Forward durante los últimos trimestres». Asimismo, «el hecho de que los precios de las Tarifas Estables diseñadas por NATURGY hayan sido superiores a la TUR en los pasados trimestres, no presupone que vaya a ser así en el futuro». Por todo ello, no cabe considerar, en opinión de la imputada, que la comunicación fuese poco transparente en los términos del artículo 57.g), citado.
- Que la comunicación no ha infringido el apartado f) del artículo 57 bis de la Ley del Sector de Hidrocarburos³. Que, al respecto, la Propuesta de Resolución señala que la empresa se encontraba en el marco de una renovación contractual, modificando las condiciones del contrato anterior, sin que, señala la Propuesta, «esta comunicación pueda entenderse como el aviso debido al que se refiere el artículo 57 bis f) de la LSH». Además, según dicha Propuesta de Resolución, «la redacción de la comunicación comercial induce a confusión y supone que si el consumidor no hace nada, se producirá un cambio de condiciones que, en la práctica, era un aumento del precio». Al respecto, la empresa alega que no ha cometido la infracción

² Añade la empresa la siguiente información «Facturación final, incluye IVA e IEH. Consumo anual 9 MWH y perfil de consumo estacional (considerando un 46,3% del consumo anual)».

³ Artículo 57 bis, f): «Ser debidamente avisados de cualquier intención de modificar las condiciones del contrato e informados de su derecho a rescindir el contrato cuando reciban el aviso. Los comercializadores notificarán directamente a sus clientes cualquier aumento de los precios, en el momento adecuado y no más tarde de un período normal de facturación después de que haya entrado en vigor el aumento, de forma transparente y comprensible. Los clientes podrán rescindir el contrato sin coste alguno si no aceptan las nuevas condiciones que les haya notificado su comercializador de gas».

que se le imputa, en vista de que la comunicación concedía las siguientes opciones:

- Renovar el contrato de suministro vigente a la finalización de éste: Señala la empresa que *«De conformidad con lo establecido en las condiciones generales del contrato, el contrato quedaría automáticamente renovado a su finalización con el precio comunicado para la siguiente anualidad (Tarifa Estable) salvo que el cliente dijese lo contrario»*. Por tanto, señala la imputada, no se trata de una modificación de las condiciones durante su vigencia ni de una nueva contratación, *«sino de la renovación de un contrato vigente y la comunicación del precio para la siguiente anualidad»*. Para el caso de que el cliente dejase de estar interesado, señala la empresa que la ofrecía al cliente, de forma gratuita, cambiar de tarifa o de comercializadora.
 - Mantener su tarifa vigente referenciada a la TUR: Que, para ello, el cliente debía llamar al teléfono gratuito que se facilitaba.
 - Cambiar de tarifa o de empresa comercializadora: Que podría hacerse en cualquier momento y sin penalización.
- Que, por tanto, alega la comercializadora, la comunicación *«sí avisa debidamente y notifica al cliente las nuevas condiciones que serán de aplicación a la renovación del contrato e igualmente le informa que si no está interesado con esa renovación, dispone de otras tres opciones gratuitas y sin penalización, a saber: (i) mantener su tarifa vigente referenciada a la TUR; (ii) cambiar de tarifa; o (iii) cambiar de empresa comercializadora»*. Además, la comunicación es más garantista de lo que exige el artículo 57 bis, pues advierte sobre el nuevo precio aplicable al contrato con dos meses de antelación.
- Que no concurren en el presente caso los principios de tipicidad, legalidad, culpabilidad y responsabilidad. Así, *«la carga de la prueba de la responsabilidad corresponde a la Administración»*. De otro lado, el artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, exige un principio de responsabilidad a título de dolo o culpa. Asimismo, se exige la tipicidad de la conducta, la cual no concurre en este caso. Alega asimismo la compañía comercializadora que la asimilación de la simple inobservancia al dolo y a la culpa responde a una interpretación que forma parte del pasado. La culpabilidad es uno de los componentes esenciales de la infracción.
- Que, con relación al principio de proporcionalidad, si bien la Propuesta de Resolución considera que no concurre ninguna de las circunstancias agravantes del comportamiento enjuiciado, atendiendo al riesgo generado para los clientes, se considera adecuada una sanción de 1.200.000 euros.

Al respecto alega la empresa que dicha sanción sería desproporcionada, puesto que la carta se envió únicamente a 48.700 clientes entre el 5 de junio y el 5 de julio de 2017, lo que representa un 1,7% sobre el total de sus clientes. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la empresa paralizó la campaña de envío de comunicaciones cuando tuvo conocimiento de que algunas compañías de consumidores no habían valorado positivamente la iniciativa.

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

Por escrito de 23 de octubre de 2018, el Director de Energía de la CNMC remitió a la Secretaría del Consejo de la CNMC la propuesta de Resolución junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC (folio 86).

OCTAVO. 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 en este procedimiento sancionador los siguientes:

Único. GAS NATURAL SERVICIOS, SDG, S.A envió durante los días 5 de junio y 5 de julio de 2017, 48.700 comunicaciones comerciales a clientes de mercado libre con tarifas indexadas a la TUR, en las que además de ofrecerles la nueva tarifa Estable se indicaba: i) la recomendación de la nueva tarifa limitándose a comparar la estabilidad de la misma con la variabilidad de la TUR, sin realizar advertencia alguna de que podría suponer un aumento de los precios ni comparar la evolución de la TUR frente a la tarifa recomendada y ii) la posibilidad de ponerse en contacto con la comercializadora en caso de dudas o si se prefería mantener la tarifa actual, dando a entender que, en caso de no actuar, se les cambiaría de tarifa de forma automática en la fecha indicada en la comunicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial y legislación aplicable

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, «*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito de sus competencias, será competente para imponer sanciones por la comisión de las infracciones administrativas siguientes*» entre las cuales figuran las tipificadas como graves el apartado t) del artículo 110.

Dentro de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2013, la resolución del presente procedimiento, previo informe de la Sala de Competencia.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o LPAC; asimismo, resultan de aplicación los principios de la potestad sancionadora contenidos en el capítulo III del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

SEGUNDO. Sobre la protección del consumidor de gas

Antes del examen de los elementos del tipo infractor y de dar respuesta a las alegaciones de la empresa, resulta oportuno, con carácter previo, proporcionar algunas indicaciones sobre las exigencias en materia de protección de los consumidores de gas natural, a fin de contextualizar convenientemente el presente procedimiento.

La protección de los consumidores de gas es un aspecto clave del Derecho Europeo en materia de energía. Así, la obligación relativa a que las compañías comercializadoras cumplan las medidas de protección del consumidor se incorporó a nuestro ordenamiento mediante el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, cuya finalidad fue incorporar a nuestro Derecho las previsiones de las Directivas en materia de mercados energéticos.

En particular, la Directiva 2009/73/CE, o Directiva del mercado gasista, tuvo como uno de sus principales objetivos la protección de los consumidores de

gas natural⁴. Al respecto cabe citar, entre otros, el considerando 48, relativo al aspecto absolutamente central de la protección de los consumidores, a quienes se deben garantizar sus derechos y prever el mayor grado de transparencia:

(48) Los intereses de los consumidores deben constituir el núcleo de la presente Directiva y la calidad del servicio debe ser una responsabilidad central de las empresas de gas natural. Es necesario reforzar y garantizar los derechos existentes de los consumidores, y se debe prever un mayor grado de transparencia. La protección de los consumidores debe garantizar que todos los consumidores, en el ámbito comunitario más amplio posible, se beneficien de un mercado competitivo. Los Estados miembros o, cuando un Estado miembro así lo haya dispuesto, las autoridades reguladoras deben velar por que se apliquen los derechos de los consumidores.

A fin de dotar de eficacia a lo anterior, el artículo 41.1.o) de la Directiva señaló la obligación de los reguladores energéticos de garantizar la efectividad de la aplicación de las medidas de protección del consumidor, incluidas las señaladas en el anexo de la Directiva.

Dicho anexo de la Directiva 2009/73/CE contiene el elenco completo de las “Medidas de protección del Consumidor” que los Estados miembros debían garantizar. Entre dichas medidas figuran la de ser «*debidamente avisados de cualquier intención de modificar las condiciones del contrato*», así como la de notificar «*directamente a sus abonados cualquier aumento de los precios*» (en los términos del artículo 57 bis g), así como el derecho de los consumidores a «*c) Reciban información transparente sobre los precios, tarifas y condiciones generales aplicables al acceso y al uso de los servicios de electricidad*» (en los términos del artículo 57 bis f).

Tales exigencias del Derecho de la UE fueron incorporadas al ordenamiento español en los términos ya señalados en la presente resolución. Su incumplimiento ha dado lugar al presente procedimiento sancionador, según se detalla en el siguiente apartado sobre tipificación de la infracción.

TERCERO. Tipificación de los hechos probados

El artículo 110 t) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, sanciona “*El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de gas natural 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*

⁴ Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE.

suministro, que incluya un servicio de atención telefónica y número de teléfono, ambos gratuitos, así como de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo”.

Las medidas de protección al consumidor establecidas en la Ley son las contenidas en el artículo 57 bis de la Ley 34/1998, que, a su vez, están establecidas, en el Anexo I “Medidas de protección del consumidor” de la Directiva 2009/73/CE, de 13 de julio, sobre normas comunes del mercado interior de gas natural, ya citada. Concretamente y en lo que aquí interesa, dicho artículo 57 bis establece los siguientes derechos de los consumidores:

Los consumidores tendrán los siguientes derechos:

f) Ser debidamente avisados de cualquier intención de modificar las condiciones del contrato e informados de su derecho a rescindir el contrato cuando reciban el aviso. Los comercializadores notificarán directamente a sus clientes cualquier aumento de los precios, en el momento adecuado y no más tarde de un período normal de facturación después de que haya entrado en vigor el aumento, de forma transparente y comprensible. Los clientes podrán rescindir el contrato sin coste alguno si no aceptan las nuevas condiciones que les haya notificado su comercializador de gas.

g) Recibir información transparente sobre los precios, tarifas y condiciones generales aplicables al acceso y al uso de los servicios de gas.

En consecuencia, la vulneración por parte de una comercializadora de gas natural de alguna de estas medidas de protección del consumidor constituye el hecho típico de la infracción grave tipificada en el artículo 110 t) de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos.

De acuerdo con el expediente administrativo y según la información facilitada por la propia empresa, entre los días 5 de junio y 5 de julio de 2017 envió a sus clientes en mercado libre que tenían tarifas indexadas a la TUR de gas, una oferta de una nueva tarifa denominada Estable a un total de 48.700 clientes tipo 3.1 y 3.2 cuyos contratos de gas natural indexados a la TUR finalizaban en los dos meses siguientes al envío de la misma.

La remisión de información comercial a los clientes es una práctica habitual de los comercializadores que, en todo caso, debe cumplir con las indicadas medidas de protección del consumidor reconocidas en la legislación nacional y procedentes del derecho comunitario.

En el caso que nos ocupa, la indicada comunicación comercial ofrecía a los clientes cuyo contrato estaba cercano a la finalización, un cambio de una tarifa indexada a la TUR y, por tanto, variable, a una tarifa estable. En dicha comunicación comercial se hacía mención, como valor positivo, hasta en tres ocasiones a la estabilidad, este término o similar siempre en negrita, de la nueva tarifa frente a la variabilidad trimestral de la TUR, anudando la nueva tarifa a la inmediata renovación del contrato de gas natural hasta el punto de que de la lectura de la citada comunicación se derivaba sin ningún género de

dudas que, si el cliente no se ponía en contacto con la empresa comercializadora, se produciría un cambio inmediato de tarifa.

La comunicación literalmente indicaba que:

*Si tuvieras dudas o la **tarifa propuesta** no fuera de tu interés y quisieras **mantener tu tarifa actual**, puedes llamarnos al teléfono 900 649 276. Estaremos encantados de atenderte.*

Queda claro para cualquier consumidor responsable que, de no ponerse en contacto con GAS NATURAL SERVICIOS en el teléfono indicado en la comunicación, se produciría un cambio automático a la nueva tarifa.

En el mismo sentido, también se manifiestan pormenorizadamente y en negrita las ventajas de la tarifa propuesta, pero no se realiza ninguna comparación con las tarifas previas, indexadas a la TUR y económicamente mejores.

Concretamente se señala que:

-Estabilidad es sinónimo de tranquilidad.

*-la tarifa actual... **está sometida a las variaciones trimestrales que sufre la referida tarifa (TUR)***

*-hemos apostado por un **precio estable**.*

*-**te recomendamos**... la tarifa Estable Economy.*

*-Estos precios y su descuento asociado se aplicarán a partir de tu próxima renovación. De este modo **tu consumo se facturará a un precio estable**, y con la libertad de cambiar de tarifa **gratuitamente** cuando quieras.*

La comunicación comercial incumple dos de las medidas de protección de los consumidores del artículo 57 bis, las previstas en los apartados f) y g), ya citadas.

1. Infracción del apartado g) del artículo 57 bis

El apartado g) del artículo 57 bis exige que la información sea transparente sobre los precios, tarifas y condiciones generales aplicables al acceso y al uso de los servicios de gas. Dicha transparencia no existe en el presente caso, no tanto respecto de la tarifa ofrecida, sino por el hecho absolutamente relevante de que iba dirigida a consumidores que ya eran clientes de la compañía, y que disponían de una tarifa concreta en el mercado libre, y cuyo contrato estaba cercano a su finalización. Si GAS NATURAL SERVICIOS decide ofrecer una nueva tarifa a estos concretos clientes no puede simplemente indicar los precios y tarifas de la nueva y las ventajas de la misma sin ofrecer un mínimo ejercicio de comparación con la tarifa actual, más cuando la tarifa ofrecida era, ya en ese momento, más cara. Con ello, la comunicación sesga la opinión de

los consumidores responsables hacia la idea de que la tarifa ofrecida es mejor que la indexada a la TUR, lo que no es cierto.

En efecto, era justo lo contrario. Concretamente, la tarifa de último recurso se compone de un término fijo (en euros/mes) y un término de consumo de energía (en c€/kWh); el término de energía se actualiza cada 3 meses (al alza o a la baja), en función de la variación de las cotizaciones internacionales del gas y del petróleo, según la metodología de la Orden ITC/1660/2009, de 22 de junio. Además, ambos términos pueden también tener actualizaciones anuales (el 1 de enero), en función de la variación de los costes de peajes. Existen dos tarifas de último recurso, la TUR 1, para consumidores de consumo anual hasta 5.000 kWh/año y la TUR 2, para consumidores entre 5.000 y 50.000 kWh/año. Por su parte, las Tarifas Estables ofertadas por GAS NATURAL SERVICIOS también se componen de un término fijo y un término de consumo de energía. La Tarifa Estable Economy está destinada a consumidores de consumo anual hasta 5.000 kWh/año y la Tarifa Estable Gas a consumidores entre 5.000 y 50.000 kWh/año.

De acuerdo con las condiciones contractuales, las características de revisión de precios de las Tarifas Estables son las siguientes: se repercutirán las variaciones al alza o a la baja de todos los conceptos regulados incluidos en la tarifa (peajes de acceso y demás conceptos regulados por el Gobierno o que puedan ser aprobados por la Administración en cada momento). Por otra parte, el coste de la energía (que supone aproximadamente el 60% del coste del término variable en estas tarifas) permanece estable durante un periodo de un año.

En la siguiente tabla puede observarse la diferencia de precio entre los componentes de las tarifas indexadas a la TUR y las Tarifas Estables ofertadas para la renovación del contrato (incluido ya el «descuento permanente del 5%»⁵ que se menciona en la comunicación de GAS NATURAL SERVICIOS). Se toma el mes de julio de 2017 por corresponder al periodo en el que se realizaron las comunicaciones a los consumidores.

Tabla 1. Tarifas indexadas a la TUR y Tarifas Estables en julio de 2017 (sin impuestos)

		Tarifa indexada a la TUR	Tarifa Estable (incluido el descuento)	Incremento de precio
Consumo anual <= 5000 kWh/año	T. Fijo	4,31 €/mes	4,997 €/mes	15,94 %
	T. Variable	5,097607 c€/kWh	5,875 c€/kWh	15,25 %
Consumo anual > 5000 y <= 50.000 kWh/año	T. Fijo	8,45 €/mes	9,64 €/mes	14,08 %
	T. Variable	4,410207 c€/kWh	4,7785 c€/kWh	8,35 %

⁵ Este descuento se aplica sobre el término fijo en el caso de la tarifa Estable Economy Gas y sobre el término variable en el caso de la tarifa Estable Gas. Hay que señalar que Gas Natural Servicios fija libremente el valor inicial sobre el que aplica el descuento.

Por lo que respecta a la evolución durante el primer año (hasta junio de 2018) de la TUR, el término fijo disminuyó un 0,69% para consumidores del grupo de la tarifa 3.1 y un 2,54% para consumidores del grupo 3.2. El término variable aumentó un 0,53% en promedio en la TUR 1 y para consumidores de la TUR 3.2 subió un 0,63%. La siguiente tabla refleja el resultado comparativo de tarifas para el año completo, de julio de 2017 a junio de 2018, para dos consumidores tipo:

Tabla 2. Comparativa entre la tarifa indexada a la TUR y la Tarifa estable en el periodo de julio de 2017 a junio de 2018, para dos consumidores tipo (3.000 kWh/año y 9.000 kWh/año), sin impuestos

	Consumidor tipo 3.000 kWh/año	Consumidor tipo de 9000 kWh/año
Coste anual tarifa indexada a la TUR	206,39 €	504,02 €
Coste anual tarifa Estable	236,21 €	545,75 €
Diferencia	+29,82 €	+41,72 €
(%)	(+14,45%)	(+8,28%)

Por supuesto, que los consumidores pueden comparar la tarifa de la que disponían con la ofrecida, llegando a las mismas conclusiones, pero es insostenible jurídicamente que un consumidor medio y diligente esté obligado a hacerlo cuando el comercializador ni siquiera se ha molestado en introducir en la oferta un mero cuadro comparativo de los precios históricos –hubiera bastado el año anterior- de la tarifa indexada a la TUR y la nueva tarifa estable que propone.

Sin ello, la comunicación es un ejemplo de información poco transparente sobre precios y tarifas que supone la vulneración de una de las medidas de protección del consumidor y, con ello la concurrencia del hecho tipificado en la infracción grave del artículo 110 t) de la Ley del Sector de Hidrocarburos.

2. Infracción del apartado f) del artículo 57 bis

Sucede algo similar respecto al apartado f) del artículo 57 bis. En principio, la obligación del comercializador es simplemente avisar debidamente de cualquier intención de modificar las condiciones del contrato e informar del derecho de rescisión.

La Propuesta de Resolución salía al paso de una posible alegación de la empresa a tenor de la cual se argumentase que en el presente caso no concurría una modificación del contrato, sino una oferta. Frente a tal posible interpretación, la Propuesta consideraba que, dada la redacción de la carta, se estaba ante la comunicación de una nueva tarifa aplicable desde la renovación del contrato. Añadía dicha Propuesta que GAS NATURAL SERVICIOS estaba, en el marco de una renovación contractual, modificando las condiciones del contrato anterior sin que, por una parte, esta comunicación pueda entenderse como el aviso debido al que se refiere el artículo 57 bis f) de la Ley 34/1998, del

Sector de Hidrocarburos y sin proceder, por otra parte y como sería lo lógico, a la formalización de un nuevo contrato, dado que, como ha quedado demostrado, había notables diferencias entre ambas modalidades tarifarias.

En su escrito de alegaciones, la empresa ha venido a confirmar que su intención al emitir dicha comunicación era dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 57 bis f) de la ley 34/1998, aunque, discrepa de la Propuesta de Resolución al considerar que dicha comunicación fue debida. Señaló lo siguiente: *«la Comunicación sí avisa debidamente y notifica directamente al cliente las nuevas condiciones que serán de aplicación a la renovación del contrato»*. Asimismo, la empresa añadió que dicha comunicación, al advertir del aumento de precios con dos meses de antelación *«está siendo más garantista de los derechos de sus clientes que lo que establece el propio artículo 57 bis apartado f)»*, y ello en vista de que dicho artículo *«incluso prevé que la notificación de un aumento de precio se haga a posteriori, esto es, una vez el nuevo precio ha sido aplicado e incluso facturado al cliente»*.

Sin embargo, debe señalarse que la redacción de la comunicación comercial induce a confusión. Supone que, si el consumidor no hace nada, se producirá un cambio de condiciones que, en la práctica, era un aumento de precio como se ha indicado. Con ello, vulnera el espíritu del 57 bis f) cuando exige avisar «debidamente» a los clientes y notificarles «directamente» cualquier aumento de precio⁶. La comunicación no cumple con este mínimo, por mucho que permita al consumidor no aceptar la oferta de forma gratuita. Por tanto, concurre igualmente el hecho tipificado en el artículo 110 t) de la Ley del Sector de Hidrocarburos, en tanto que la comunicación desconoce esta medida de protección al consumidor prevista en el artículo 57 bis f), citado.

Asimismo, la actuación del comercializador ha afectado, en la práctica, al derecho de los clientes a *«rescindir el contrato sin coste alguno si no aceptan las nuevas condiciones que les haya notificado su comercializador de gas»*. Y ello porque, al no informar directamente sobre el aumento de precio, ni informar sobre el comportamiento histórico (desfavorable) de la Tarifa Estable y, en su lugar, recomendar esta última Tarifa señalando sus ventajas sobre la vigente, el comercializador impidió que los clientes tomaran una decisión informada. De haber suministrado información transparente, indicando el mayor precio de la nueva tarifa, tanto en términos históricos como en el momento en que se comunicó, así como advirtiendo la posibilidad de que los precios fuesen superiores a los futuros precios de la TUR, es indudable que los consumidores podrían haber estado en condiciones de ejercitar cabalmente y de modo

⁶ Se recuerda de nuevo la concreta redacción: *«Ser debidamente avisados de cualquier intención de modificar las condiciones del contrato e informados de su derecho a rescindir el contrato cuando reciban el aviso. Los comercializadores notificarán directamente a sus clientes cualquier aumento de los precios, en el momento adecuado y no más tarde de un período normal de facturación después de que haya entrado en vigor el aumento, de forma transparente y comprensible. Los clientes podrán rescindir el contrato sin coste alguno si no aceptan las nuevas condiciones que les haya notificado su comercializador de gas»*.

efectivo el derecho a la rescisión del contrato, y sin que a ello obste la posibilidad de mantener el contrato vigente en ese momento.

CUARTO. Culpabilidad

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 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, según el cual *«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»*.

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), 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:

A la vista de las circunstancias ya descritas en relación a la concurrencia del tipo queda claro que GAS NATURAL SERVICIOS, como comercializadora en el mercado libre está obligada a cumplir de forma plena con las medidas de protección del consumidor. A la luz de los hechos probados, entre ellos, las declaraciones de la propia sociedad en el sentido de que envió durante un mes esta comunicación a todos y cada uno de sus clientes que estaban en tarifas indexadas a la TUR (cerca de 50.000) es indudable que había una voluntad inequívoca de intentar cambiar clientes desde este tipo de tarifas a tarifas con precio fijo como así sucedió, pero ello, en sí mismo, no tiene relevancia desde la perspectiva sancionadora.

Ahora bien, la forma en la que lo comunicó y lo ofreció a sus clientes, subrayando los beneficios y ocultando que históricamente la nueva tarifa era más cara, al mismo tiempo que, salvo oposición expresa del consumidor, procediendo al cambio de condiciones de la relación contractual en el marco de la renovación o prórroga del anterior es, cuando menos, un comportamiento culposo, del que la comercializadora fue consciente. En efecto, la propia sociedad solo mantuvo la comunicación durante un mes y retiró la oferta en cuanto se produjeron las primeras reclamaciones. Es decir, una vez que se evaluó correctamente el contenido de la comunicación.

No se dispone de elementos de juicio para asegurar que la actuación de GAS NATURAL SERVICIOS fue dolosa en la realización del hecho típico, pero está suficientemente acreditado que, al no haber evitado que la comunicación con el contenido señalado se enviara a sus clientes por falta de la diligencia exigible a una comercializadora de gas natural con este elevado volumen de clientes, ha incurrido en la culpabilidad exigida por la legislación vigente.

QUINTO. Contestación a las alegaciones de la empresa

La empresa ha efectuado alegaciones en el trámite de audiencia que se pueden sintetizar en la falta de concurrencia de los requisitos de tipicidad, legalidad y culpabilidad, con dos argumentos esenciales: 1) la imprevisibilidad de la evolución del precio de la TUR; 2) el ofrecimiento de distintas opciones a los clientes, incluyendo el cambio gratuito de comercializador. Se contesta a ello a continuación.

1. Sobre el argumento de imprevisibilidad del precio de la TUR

La empresa ha señalado que la comunicación no vulnera el artículo 57 bis g) de la Ley 34/1998 porque no era esperable que la TUR se comportase como lo hizo y porque la comparación histórica no ofrecería información sobre el precio futuro de la TUR. Distingue estas cuestiones: (1) la volatilidad de la TUR, (2) y (3) la confirmación de sus previsiones por los valores negociados en el

mercado spot y a tenor del precio de la TUR previsto para el primer trimestre de 2019 y (4) los precios ofertados por la empresa:

- *(1) Volatilidad de la TUR: Señala la interesada la mayor volatilidad de las temperaturas en los meses de invierno se traduce en la volatilidad de la cotización en el NBP, el cual sirve de referencia para calcular la posible evolución de la TUR.*

Tal argumento debe rechazarse. La empresa omite la circunstancia absolutamente relevante de que, ya en el mismo momento en que indicó la nueva oferta que sería de aplicación, el precio de esa oferta era sensiblemente superior al de la TUR al que se indexaba la tarifa de dichos consumidores. La tarifa no solo era más cara en el momento de remitirse la comunicación, sino que, como señalan tanto la Propuesta de Resolución como el Fundamento Segundo de esta Resolución, la Tarifa Estable, durante el primer año de aplicación, fue hasta un 14% más cara en el caso de algunos consumidores.

En vista de ello, la comunicación, a fin de ser transparente, debió haber advertido de que los precios de la Tarifa Estable propuesta eran ya superiores en el momento de la comunicación, así como sobre la posibilidad de que dichos precios de la Tarifa fuesen superiores en lo sucesivo a los precios de la TUR a los que estaba indexada la tarifa aplicable a los clientes.

En su lugar, la comunicación proporciona una información equívoca al recomendar expresamente una Tarifa Estable a la que asocia valores positivos («estabilidad», «tranquilidad»), frente a otra, la vigente para esos clientes, a la que alude con connotaciones negativas («variaciones», «incertidumbre»). Es obvio que, de la lectura de la comunicación, el cliente medio extraería la consecuencia de que resultaba preferible optar por la Tarifa Estable propuesta, aunque era ya, en ese momento, sensiblemente más cara que la que se le venía aplicando, circunstancia de la cual no informa la comunicación.

Hay que señalar que la comunicación de los nuevos precios no incluía ninguna comparativa entre los precios de la TUR para el siguiente trimestre (julio de 2017) y la tarifa estable. En este primer trimestre de la renovación del contrato, para el cual ya podía calcularse con bastante precisión el valor de la TUR, una comparativa simple hubiera mostrado que un precio de la TUR notablemente inferior a la tarifa estable.

Por otra parte, y en relación con la volatilidad de la TUR por las variaciones del NBP (índice de precios mayorista de gas en el Reino Unido), hay que tener en cuenta que las variaciones en el precio del NBP tienen un efecto bastante pequeño en la fórmula de cálculo de la TUR. En particular, el NBP no forma parte del cálculo de la tarifa TUR entre los meses de abril y septiembre, y entre los meses de octubre a marzo el precio del NBP supone, aproximadamente, un 20% del importe total del término variable de la TUR.

Por ello, una variación del NBP del 5% sólo se traduce en una variación del 1% -aproximadamente- en la tarifa TUR, y ello solamente entre los meses de octubre a marzo.

Dado que la tarifa estable ofrecida al consumidor se situaba inicialmente entre un 8% y un 15% por encima de la TUR, según el tipo de consumidor, el precio del NBP debería subir más de un 40-75% -respectivamente- para que la tarifa estable fuera más ventajosa para el consumidor. Este escenario es altamente improbable y no se correspondía con las expectativas de los mercados de futuros, en el momento de emisión de las cartas.

A fecha 1 de junio de 2017, teniendo en cuenta las expectativas de los mercados de futuros mercado, cabía prever una variación a la baja del coste de materia prima vigente en el momento del cálculo, y por tanto, que la TUR fuese aún más beneficiosa para el consumidor. Aunque en el primer trimestre de 2018, la cotización real del NBP se situó por encima de las previsiones a la fecha de firma del contrato, la TUR continuó siendo la tarifa más favorable, como ya se indicó en el apartado anterior.

Finalmente, la comunicación no proporcionaba dato histórico alguno ni previsiones de comportamiento de los precios que permitiesen a los clientes disponer de información transparente con la que tomar su decisión. No cabe aceptar en modo alguno la alegación de NATURGY de que dicha información no era relevante porque no condiciona el comportamiento futuro de los precios. Siendo esto último cierto, resulta indudable que el cliente informado sobre el comportamiento histórico de una tarifa estará en mejores condiciones de adoptar una decisión responsable. En su lugar, la empresa se limitó a calificar de forma positiva la tarifa propuesta y de forma negativa la tarifa aplicable en ese momento a los clientes, resultando finalmente dicha recomendación beneficiosa para la empresa y desfavorable para los clientes.

- (2) y (3) Previsiones de NATURGY y mercado spot y precio de la TUR para la tarifa 3.2 previsto para el primer trimestre de 2019: La empresa señala que los valores finalmente negociados del mercado spot acabaron confirmando las previsiones de incremento de los costes de gas natural. Añade que el precio de la TUR para la tarifa 3.2 previsto para el primer trimestre de 2019 es superior al precio de la Tarifa Estable Media Gas de NATURGY.

Las alegaciones de la empresa sobre el comportamiento del mercado spot y sobre las previsiones del precio de la TUR para el primer trimestre de 2019 no pueden aceptarse, por razones similares a las recién expuestas.

Cabe admitir que el precio de la TUR esté sujeto a variaciones que pueden dar lugar a revisiones trimestrales y que, como consecuencia de dichas revisiones,

el precio de la TUR aumente. Pero ello no obsta a las circunstancias por las cuales se considera que la comunicación enviada por la empresa no era transparente: (i) la misma no advertía sobre el hecho relevante de que, en el mismo momento de su remisión, el precio de la Tarifa Estable era sensiblemente superior al de la TUR; (ii) la comunicación no advertía sobre la posibilidad de que dicha Tarifa Estable fuese en el futuro superior al de la TUR al que se indexaba la tarifa aplicable a los clientes; y (iii) la comunicación no solo no proporciona información histórica alguna que permitiese adoptar a los clientes una decisión responsable acerca del cambio tarifario, sino que expresamente recomendaba la tarifa que, ya en ese momento y durante el año siguiente, fue sensiblemente más cara.

Adicionalmente, la tarifa estable de NATURGY sólo supone un compromiso de estabilidad en el precio por un periodo de un año. Como se indica en las condiciones contractuales, un mes antes para la renovación del contrato, NATURGY informará de las nuevas condiciones de precio para la siguiente anualidad. Por ello, no se puede comparar la tarifa estable ofertada en junio de 2017 con la TUR de enero 2019, puesto que NATURGY también puede haber aplicado subidas de precios a estos contratos.

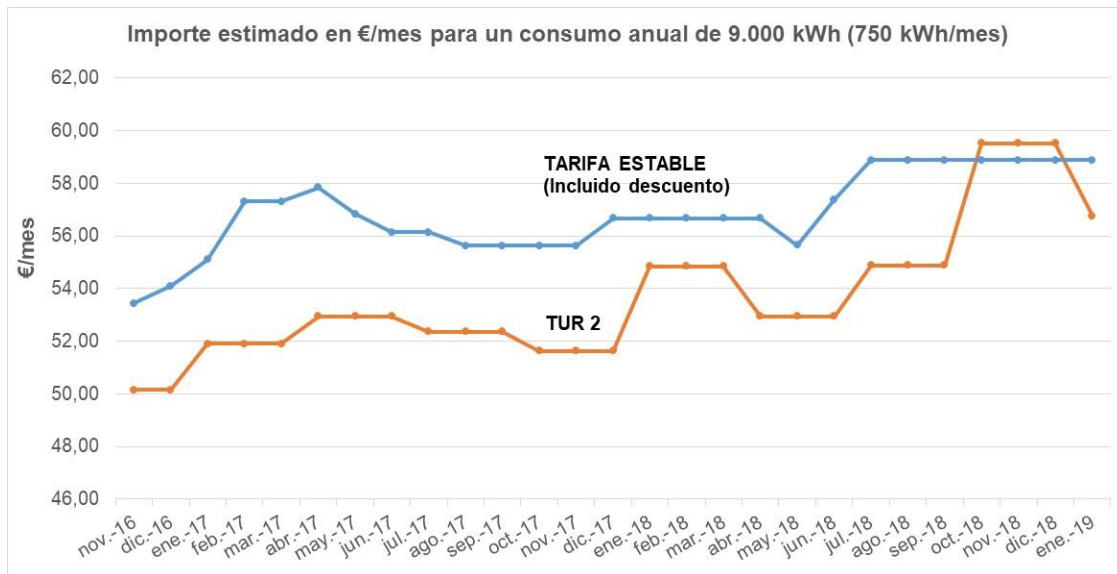
La CNMC dispone de los precios ofertados por NATURGY para nuevas contrataciones de la tarifa estable a partir de la información facilitada por el comercializador para el comparador de ofertas de la CNMC⁷.

En la gráfica siguiente se muestra una comparativa de los importes estimados de la tarifa TUR, en €/mes, antes de impuestos, para un consumidor de 9.000 kWh⁸, con la tarifa estable (incluido el descuento) ofertada en cada momento por NATURGY desde noviembre de 2016 hasta enero de 2019, donde se observa que la tarifa TUR se muestra en todo el periodo como más competitiva, salvo en el último trimestre de 2018 y por muy poca cantidad (menos de 1€/mes).

Se puede observar que, en las fechas de emisión de las comunicaciones, la tarifa estable suponía un incremento de precio (superior a 3 €/mes), que no se comunicó al consumidor, y la probabilidad de que a lo largo del año de contrato se invirtiera la situación era muy pequeña.

⁷ <https://comparadorofertasenergia.cnmc.es/comparador/index.cfm>

⁸ Se ha supuesto un consumo mensual constante de gas, para simplificar la comparativa. En un consumidor tipo el consumo de gas en los meses de invierno es superior.



- (4) Precios ofertados por otras empresas: La empresa señala que otros comercializadores ofrecieron precios por encima del que finalmente resultó para la TUR.

La alegación de la empresa no puede tenerse en consideración.

Baste señalar que el objeto de este procedimiento consiste en valorar la repercusión a efectos sancionadores de la concreta comunicación que remitió a 48.700 de sus clientes, y los concretos términos de dicha comunicación. En particular, se imputa a la empresa, por tales hechos, una infracción de las normas de protección de consumidores, en este caso por no proporcionar una información transparente sobre precios y tarifas aplicables a sus clientes. Dicha conducta es ajena a la cuestión de que otras comercializadoras hayan fijado libremente sus precios atendiendo a consideraciones que quedan necesariamente al margen de este procedimiento.

2.Sobre el argumento de la falta de infracción de las obligaciones de comunicación debida

La empresa alega asimismo que la comunicación no ha infringido el apartado f) del artículo 57 bis de la Ley del Sector de Hidrocarburos porque la comunicación concedía distintas opciones que consistían en renovar el contrato vigente al precio de la Tarifa Estable, mantener su tarifa vigente referenciada a la TUR, llamando a un número de teléfono gratuito, o cambiar de empresa comercializadora.

Debe rechazarse esta alegación de la empresa. Su comportamiento fue contrario a las exigencias del artículo 57 bis f), a tenor del cual los comercializadores deben avisar «debidamente» a sus clientes de cualquier intención de modificar las condiciones del contrato y deben asimismo notificar

«directamente a sus clientes» cualquier aumento de los precios, según lo ya indicado.

La comunicación de GAS NATURAL no cumple tales exigencias. La misma se expresa en un lenguaje deliberadamente confuso. En primer lugar, cuestión que la empresa no ha negado, en el momento en que se remitió la comunicación, la nueva tarifa conllevaba un aumento de precios. Sin embargo, la comunicación no advirtió «directamente» de tal aumento de precio, según exige el citado artículo 57 bis f). Al contrario: en la comunicación, decía la empresa, «**recomendamos**» una tarifa que daría al cliente «**estabilidad**» y «**tranquilidad**» frente a las «**variaciones**» (énfasis en el original) e «incertidumbre» asociadas a la TUR (y a las tarifas indexadas a la misma).

Es más, según lo ya indicado, el precio de la Tarifa Estable fue sensiblemente superior al de la TUR durante el primer año de aplicación de dicha tarifa.

En tales condiciones, no puede aceptarse que la comunicación constituyese un aviso «debido» del cambio de condiciones contractuales, ni una advertencia «directa» del aumento de precios. Tampoco fue un aviso transparente, como se ha razonado más atrás.

En vista de lo anterior, deben rechazarse las alegaciones sobre la supuesta ausencia de los principios de tipicidad, legalidad y culpabilidad, los cuales concurren fuera de toda duda, según se ha razonado en los apartados anteriores.

SEXTO. Sanción aplicable

De acuerdo con el artículo 113 de 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 euros.

Asimismo, el mismo artículo 113 en su apartado tercero 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 Ley del Sector de Hidrocarburos, 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.

Por su parte, el artículo 29.3 de la Ley 40/2015, dedicado al principio de proporcionalidad, determina que en la imposición de la sanción se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. Continúa el apartado 3 indicando: «La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

- a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
- b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.
- c) La naturaleza de los perjuicios causados.
- d) La reincidencia, 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 en vía administrativa.

En el presente supuesto concurre un comportamiento negligente de GAS NATURAL SERVICIOS que desconoció las medidas de protección de un conjunto amplio de consumidores –en concreto, 48.700- por lo que no puede saldarse con una sanción mínima como en otros casos en los que la lesión solo afecta a un número reducido de consumidores.

GAS NATURAL SERVICIOS podría obtener beneficios de la oferta realizada simplemente con la mera inactividad por parte del consumidor al que se le cambiaban las condiciones económicas establecidas en el contrato del que venía disfrutando y que estaba pronto a su vencimiento o renovación. Con su actuación infractora generó un considerable riesgo económico para los clientes.

La Propuesta de Resolución señaló las dificultades de calcular con completa precisión el beneficio obtenido. En cambio, hizo énfasis en la necesidad de cuantificar la sanción atendiendo al señalado riesgo generado. En vista de ello, la Propuesta no aplicó la regla contenida en el artículo 113.2 de la Ley 34/1998, que establece que la multa podrá alcanzar hasta el doble del beneficio obtenido cuando a consecuencia de la infracción se obtenga un beneficio cuantificable. Atendiendo a tal criterio del riesgo causado, se consideró justificada una multa por importe de 1.200.000 euros.

Esta Sala coincide con las anteriores apreciaciones. Con todo, resulta necesario señalar que la sanción es perfectamente proporcionada. Como señaló la Propuesta, resulta difícil hacer un cálculo exacto del beneficio obtenido por GAS NATURAL SERVICIOS. Y ello porque, aun pudiendo conocer cuántos clientes de los 48.700 que recibieron las cartas vieron modificadas a peor sus condiciones económicas, habría que analizar por cuánto tiempo se mantuvieron en ellas e, incluso, cuántos consumidores se mantienen todavía en dichas condiciones, es decir, se trataría de un beneficio que todavía se está produciendo.

Con todo, haciendo una estimación del beneficio en términos favorables para la empresa, la sanción contenida en la Propuesta cumpliría las exigencias del citado artículo 113.2, pues no alcanzaría el doble del beneficio obtenido, según resulta de los siguientes cálculos, basados en hipótesis absolutamente razonables:

Como se ha indicado en la tabla 2 de la presente Resolución, la diferencia entre la tarifa indexada a TUR y la tarifa estable ofrecida, vulnerando las normas de protección del consumidor, fue de 29,82 € consumidor/año en consumidores de hasta 3.000 kWh/año y 41.72 € consumidor/año en consumidores de hasta 9.000 kWh/año, sin impuestos. Pues bien, suponiendo que un 35% de los 48.700 clientes (aproximadamente 1 de cada 3) que recibieron la carta no hubiesen realizado ninguna gestión para evitar el cambio a la tarifa estable anunciado por la comunicación, de modo que se hubieran cambiado de tarifa tal número de clientes del grupo 3.1 y 3.2, el beneficio económico potencial que podría haber obtenido GAS NATURAL SERVICIOS con esta práctica podría ser, en el primer año de facturación, de 609.000 €. Conforme a estos cálculos, el criterio del doble del beneficio obtenido supondría una sanción ligeramente superior a la propuesta (1.218.000 euros).

En segundo lugar, parece necesario que, dada la gravedad intrínseca del comportamiento, demostrada en que la oferta empeoraba las condiciones, obligaba al consumidor a oponerse al cambio mediante la correspondiente llamada o comunicación a la empresa y el elevado volumen de consumidores a los que se envió la carta, la misma no pueda ser inferior, en ningún caso, al límite máximo de la sanción para las infracciones leves -600.000 euros- porque, de no alcanzar éste pudiera entenderse que, en realidad, la infracción cometida es grave sólo en cuanto al tipo infractor, pero no respecto a la sanción.

A la vista de estas circunstancias, se considera oportuno imponer una multa **de un millón doscientos mil euros (1.200.000) euros**. Dicha cuantía está comprendida en el tercio inferior del intervalo sancionador de las infracciones graves (hasta 6.000.000 euros) y es claramente inferior al 5% del importe del volumen de negocios anual de la empresa infractora (que asciende a más de 3.600 millones de euros).

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa GAS NATURAL SERVICIOS, S.A. (actualmente denominada NATURGY IBERIA, S.A.) es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 t) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

SEGUNDO. Imponer a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **un millón doscientos mil euros (1.200.000) euros.**

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.