

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA EMPRESA IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

SNC/DE/143/19

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

Don Ángel Torres Torres

Consejeros

Don Mariano Bacigalupo Saggese

Don Bernardo Lorenzo Almendros

Don Xabier Ormaetxea Garai

Doña Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 27 de mayo de 2021

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

En fecha 9 de marzo de 2018 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), un escrito de denuncia de una organización de consumidores en el que solicitó la apertura de un procedimiento sancionador por prácticas en perjuicio de los derechos de los consumidores de gas. En concreto, se denunció que la sociedad IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. (IBERDROLA) había comunicado por carta a sus clientes pertenecientes a los grupos de peaje 3.1 y 3.2 subidas en la tarifa de gas, “adornadas” con pequeños descuentos.

La denunciante manifestó los siguientes hechos: (i) Que IBERDROLA informaba al cliente del cambio de condiciones que se aplicarán a su contrato de suministro sin requerir su consentimiento expreso y sin informarle de su derecho a rescindir el contrato sin coste alguno; y (ii) Que IBERDROLA no proporcionaba una información correcta al consumidor, haciéndole creer que

esta tarifa es más beneficiosa, omitiendo el dato de la subida real de los valores de los términos fijo y variable con respecto a su tarifa actual, por lo que en realidad el cambio supone un notable incremento en el precio total del suministro. La denuncia vino acompañada de la indicada comunicación comercial.

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

[...] las nuevas condiciones que se aplicarán en su contrato de suministro de gas natural a partir del día 28/02/2018, para el próximo periodo anual:

- **10% de descuento** sobre el término fijo y **10% de descuento** sobre el término variable durante 12 meses.
- **Precios estables** durante la duración del contrato.
- Término fijo: [...] €/mes.
- Término variable: [...] €/kWh. [...]"

Estas nuevas condiciones se aplicarán a partir de la fecha anteriormente indicada sin necesidad de que realice gestión alguna.

La carta finaliza en los siguientes términos:

Si quisiera mantener su tarifa actual o si tuviese alguna duda puede comunicárnoslo en el **Teléfono 900 225 235** o en cualquiera de nuestros **Puntos de Atención** antes del día 15/02/2018.

Las negritas están en el original.

La comunicación comercial estaba firmada, en este caso, por el Delegado Comercial de IBERDROLA en la Comunidad Valenciana.

SEGUNDO. Información previa

El 8 de junio de 2018, el Director de Energía procedió a iniciar un período de información previa, mediante requerimiento dirigido a IBERDROLA, por el que se solicitaba información sobre:

- (i) el número de comunicaciones de este tipo remitidas a los clientes de los grupos de peaje 3.1 y 3.2 en el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2018;
- (ii) el criterio de selección de los clientes a los que se remite dicha carta; y
- (iii) evolución mensual del número de clientes de gas de los grupos 3.1 y 3.2 desde julio de 2017 hasta mayo de 2018, con desglose de:
 - Número mensual de clientes que tienen contratado un producto con tarifa "GAS 3.1/3.2".

- Número mensual de clientes que tienen contratado el producto “Plan gas hogar”.
- Número mensual de clientes con otro tipo de productos, con indicación de los mismos.

El 31 de julio de 2018 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de contestación de IBERDROLA en el que, tras indicar que la comunicación únicamente se remitió a los clientes de contrato de gas con precio indexado a TUR de las tarifas T1 y T2, se expuso lo siguiente:

- (i) se remitieron un total de 45.684 cartas en el periodo comprendido entre el 1 de enero y 31 de marzo de 2018, todas ellas de fecha 16 de enero de 2018,
- (ii) el criterio de selección consistió en elegir a los clientes de los grupos de peaje 3.1 y 3.2.
- (iii) la evolución mensual del número de clientes de gas de los grupos 3.1 y 3.2 es el siguiente:

[...]

TERCERO. Incoación del procedimiento sancionador

El 13 de enero de 2020 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, acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. 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 20 de enero de 2020.

CUARTO. Alegaciones de la empresa al acuerdo de incoación

Tras la denegación por el instructor, mediante oficio de 27 de enero de 2020, de una solicitud de ampliación de plazo para alegaciones formulada por IBERDROLA, el 18 de febrero de 2020 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de la representación de IBERDROLA en la que formulaba las siguientes alegaciones en torno a (i) la prescripción de la presunta infracción; (ii) la falta de tipicidad de la infracción imputada; y (iii) la falta de culpabilidad de IBERDROLA:

1. Prescripción de la infracción.

Las comunicaciones comerciales, todas ellas de fecha 16 de enero de 2018, fueron firmadas y enviadas por IBERDROLA en esa misma fecha, aunque Correos no las remitió al domicilio de los consumidores hasta el día 18 de enero de 2018.

El Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador imputa a IBERDROLA la presunta comisión de una infracción grave que, en virtud del artículo 117 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, prescribe a los dos años.

Dicho plazo de prescripción, a juicio de IBERDROLA, deberá comenzar a computarse desde que las comunicaciones comerciales fueron enviadas por IBERDROLA (16 de enero de 2018) o, a lo sumo, desde que fueron remitidas por Correos a los consumidores (18 de enero de 2020).

IBERDROLA considera que en cualquiera de ambos supuestos la infracción imputada habría prescrito, ya que el Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado a IBERDROLA el 20 de enero de 2020, una vez transcurrido el plazo de dos años previsto para la prescripción de las infracciones graves.

2. Falta de tipicidad del hecho.

IBERDROLA manifiesta que el expediente sancionador debe ser archivado por falta de tipicidad, en tanto que la información ofrecida a los consumidores en las comunicaciones comerciales ha sido transparente y comprensible.

A juicio de IBERDROLA, la comunicación comercial informa de los nuevos precios (“Término fijo: [...] €/mes” y “Término variable: [...] €/mes”) de forma clara, sencilla y comprensible, no siendo necesario acudir a ningún otro documento para comprender cuál será el nuevo precio, sino que se concreta de forma expresa en la propia comunicación comercial.

En el caso que nos ocupa, IBERDROLA dispone de dos tarifas: la tarifa 3.1, aplicable a consumidores de hasta 5.000 kW/año; y la tarifa 3.2, aplicable a consumidores de entre 5.000 y 50.000 kW/año. Cada una de estas tarifas se compone de un término fijo y otro variable, cuya actualización para el próximo período anual es de lo que se informa en la comunicación, sin que ninguna otra

condición se vea alterada. Estas tarifas estaban referenciadas a la Tarifa de Último Recurso, cuyo valor fluctúa trimestralmente y cuya fluctuación se desconoce a priori.

Lo que IBERDROLA ofrece a sus clientes es la posibilidad de prescindir de la fluctuación del precio de la energía en el mercado ofreciendo un precio que (aun desconociendo los valores de la fluctuación) considera competitivo y que no oculta a sus clientes. Esto es, IBERDROLA ofrece una estabilidad de precios en el periodo contractual.

Se trata, en todo caso, de una opción que el cliente puede libremente elegir o no, en tanto que es soberano y sabe que puede decidir resolver el contrato en cualquier momento, de lo que se le informa expresamente al pie de la comunicación comercial.

No obstante, habida cuenta del nuevo precio, IBERDROLA opta por ofrecer un descuento a sus clientes que permita paliar la subida, beneficiándose de un 10% de reducción del precio a lo largo del ejercicio. A pesar de lo que afirma la denunciante de que “de esta manera adorna la subida de tarifas con un pequeño descuento” generando así confusión en el consumidor y provocando falta de transparencia, lo que se discute en este procedimiento no es si el nuevo precio de IBERDROLA es justo o no (algo que sería insostenible dada la liberalización del sector) sino si se ha informado de las mismas a sus clientes con la claridad y transparencia exigibles.

En definitiva, no existe ninguna norma que obligue a IBERDROLA a comunicar todas sus tarifas a la CNMC ni a mantener incluido en el comparador de la CNMC todas las tarifas en vigor por las que pudieran estar amparados sus clientes.

Tampoco existe norma que indique que las comercializadoras deban ofrecer una comparativa de precios cuando informen de nuevas tarifas. Y, aun en el hipotético caso de que pudiera concluirse que se ha vulnerado la transparencia, no hay duda de que la determinación de que la conducta no ha sido transparente se encuentra dentro del halo de incertidumbre de este concepto jurídico indeterminado (la transparencia) por lo que no puede ser objeto de sanción.

Por último, en relación con el derecho del consumidor a ser informado con la antelación suficiente de su derecho a rescindir el contrato, IBERDROLA manifiesta que su comunicación comercial cumple con los requisitos requeridos en el artículo 57 bis f) de la Ley del Sector de Hidrocarburos, en tanto que se informa al cliente de: (i) la actualización en las condiciones económicas del contrato a la finalización del período anual, (ii) con la antelación requerida, (iii) informando de manera transparente y explícita de los términos de potencia y energía y (iv) la posibilidad de “mantener su tarifa actual”, que era una tarifa indexada, sujeta a variaciones al alza o a la baja en el mercado, pudiendo ejercitarse esta opción de manera sencilla en cualquier Punto de Atención o a través del teléfono gratuito de atención al cliente, de lo que informa

expresamente. Esta posibilidad es todavía más garantista que la de que el cliente pueda resolver el contrato, que también podría hacer, ya que supone, en definitiva, que el cliente es soberano para elegir el precio que aplique a su contrato.

3. Falta de culpabilidad (dolosa o culposa) de IBERDROLA.

IBERDROLA argumenta que, aunque se concluyera que de la interpretación del principio de transparencia se derivan las exigencias expuestas por la denunciante, ello no podría llevar a la apertura de un expediente sancionador porque no concurriría el requisito de culpabilidad, ya que la carga de la prueba en el procedimiento sancionador recae en el órgano que inicia dicho procedimiento, que debe mencionar cuáles son los hechos que se consideran imputados, probar la responsabilidad del presunto infractor y delimitar las posibles consecuencias de su conducta, cosas que no hace en el Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador.

Por todo lo expuesto, solicita a la CNMC que dicte resolución por la que archive el presente procedimiento sancionador, dada la manifiesta inexistencia de una infracción administrativa típica, la falta de responsabilidad de IBERDROLA y las consecuencias de la prescripción de la infracción.

QUINTO. Suspensión de plazos debido al estado de alarma y reanudación

Mediante oficio de 16 de marzo de 2020 se comunicó a IBERDROLA la suspensión de los plazos de tramitación del procedimiento en los términos de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma.

La suspensión de plazos tuvo efecto hasta 1 de junio de 2020, a tenor de la disposición derogatoria única del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, circunstancia que se comunicó al interesado mediante oficio de 29 de mayo de 2020.

SEXTO. Diligencia de incorporación de documentación

Mediante diligencia de 22 de mayo de 2020 tuvo lugar la incorporación al procedimiento del informe de 21 de mayo de 2020, elaborado por la Subdirección de Gas Natural de la CNMC, de estimación del beneficio económico obtenido por IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. con el paso de los consumidores de la tarifa referenciada a la TUR a la Tarifa Gas Iberdrola Hogar.

SÉPTIMO. Propuesta de resolución

Con fecha 1 de junio de 2020 el Director de Energía de la CNMC formuló propuesta de resolución en la que propuso que se impusiese a la empresa una sanción de 1.350.000 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 IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. 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 trescientos cincuenta mil euros (1.350.000) euros**.

La interesada accedió a la notificación telemática de la propuesta de resolución con fecha 4 de junio de 2020 (folio 172).

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.

OCTAVO. Alegaciones de la interesada en el trámite de audiencia

Por oficio de 15 de junio de 2020 se puso a disposición de IBERDROLA el expediente administrativo —por medio de la sede electrónica— y se le notificó la ampliación del plazo de alegaciones por espacio de siete días, todo ello en los términos de la solicitud de la empresa de 12 de junio de 2020.

Tras ello, IBERDROLA presentó en el registro de la CNMC un escrito de 6 de julio de 2020 de alegaciones a la Propuesta de Resolución del Director de Energía. El escrito se fundamentó, en síntesis, en los siguientes motivos: (i) que la infracción ha prescrito; (ii) que la conducta no es típica; (iii) que los precios ofrecidos por IBERDROLA no siempre han sido superiores a la TUR; y (iv) que la sanción sería desproporcionada.

1. Prescripción de la infracción

Señala IBERDROLA que las infracciones graves prescriben a los dos años según el artículo 117 de la LSH, que deberá computarse con arreglo al artículo 30.2 de la Ley 40/2015 desde que la infracción se hubiera cometido.

En este caso, señala IBERDROLA que la carta de 16 de enero de 2018 se remitió dos días después, el 18 de enero de 2018, por lo que cuando tuvo conocimiento del procedimiento sancionador, el 20 de enero de 2018, habían transcurrido más de dos años.

Señala asimismo IBERDROLA que *“La cuestión estriba en determinar si, como sostiene la CNMC, esta infracción es permanente o no y, en segundo lugar, suponiendo que no sea permanente, si la infracción se comete cuando se producen los efectos económicos de la comunicación comercial (que en este caso era el 28 de febrero de 2018) o no”*.

Continúa alegando IBERDROLA que el TS en su sentencia de 29 de mayo de 2019 ha declarado que las infracciones permanentes *“son conductas antijurídicas que persisten en el tiempo y no se agotan con un solo acto, determinando el mantenimiento de la situación antijurídica a voluntad del autor [...] con la consecuencia de que el plazo de prescripción no se inicia «al no haber cesado la situación de infracción perseguida» [...]”*.

Así pues, debe determinarse según la interesada si la infracción es instantánea (de estado) o de una obligación permanente que se mantiene en el tiempo.

A tal fin ha de acudirse a las medidas concretas de protección al consumidor cuya falta se reprocha a IBERDROLA recogidas en el artículo 57 bis LSH, apartados f) y g).

El artículo 57 bis, f) recoge el derecho de los consumidores a *“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”* que se completa con la obligación de los comercializadores de notificar *“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.”*

En este caso, el tipo infractor consiste en incumplir la obligación de informar de manera transparente de la modificación de las condiciones del contrato. Añade IBERDROLA *“Esta obligación no es una obligación permanente, sino puntual, que nace solo cuando se produce una modificación del contrato”*. Continúa señalando que *“Como se trata de una obligación puntual, consistente en informar de las nuevas condiciones, de modo transparente, cuando se produce un cambio, solo podemos concluir que esta infracción es una infracción de estado, de carácter instantáneo, sin perjuicio de que sus efectos perjudiciales puedan mantenerse durante un tiempo. Pero, como reconoce la Sentencia del*

Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2019 [...] que los efectos se puedan mantener en el tiempo no significa que la infracción sea permanente”.

En vista de ello, la comercializadora añade: *“La Carta es el documento mediante el que se pone de manifiesto la intención de IBERCLI de modificar las condiciones del contrato de suministro, y donde se describen los términos de la modificación, con mayor o peor fortuna, según el criterio de la CNMC, pero no hay ninguna duda de que esa Carta era de 16 de enero y que fue remitida el 18 de enero de 2018, más de dos años antes de la comunicación de la iniciación del expediente sancionador, que fue el 20 de enero de 2020.”*

Continúa señalando que la CNMC, además de defender el carácter permanente de la infracción, entiende que no se podría computar la prescripción hasta el 28 de febrero de 2020, fecha en que se producían los efectos de la modificación comunicada por la empresa. Este argumento, señala IBERDROLA *“olvida que la modificación contractual no se produjo el 28 de febrero de 2018, sino en la fecha en que se remitió la Carta, aunque sus efectos no comenzaran a producirse hasta el 28 de febrero”.*

Por otro lado, en el caso del derecho de los consumidores recogido en el artículo 57 bis g) de la LSH, (derecho a recibir información transparente sobre los precios, tarifas y condiciones generales aplicables al acceso y al uso de los servicios de gas), IBERDROLA no niega que la información sobre la modificación de los contratos deba ser transparente, pero ello es así *“por la regla del apartado f) del artículo 57 bis de la LSH, y no por la regla del apartado g), porque la regla del apartado g) es la contrapartida de la obligación prevista para los comercializadores en el artículo 81.2.j) de la LSH”, consistente en “facilitar a sus clientes la información y asesoramiento **que pudiesen solicitar en relación al suministro de gas**”.*

En vista de ello, concluye la interesada que *“el derecho de los consumidores del artículo 57 bis g) de la LSH se corresponde con la obligación de las comercializadoras de facilitar la información y asesoramiento que pudiesen solicitar sobre el suministro de gas, por lo que en nuestro caso no puede aplicar esta regla al supuesto que nos ocupa, porque no hay ninguna solicitud de información de los consumidores”.*

Añade la interesada que, aunque este derecho fuera aplicable también a la modificación de los contratos, sin solicitud previa de información del consumidor, solo puede ser aplicado conjuntamente con el derecho del apartado f) del artículo 57 bis de la LSH, de modo que esa información *“debe facilitarse cuando se tiene intención de modificar el contrato, que fue, en nuestro caso, cuando se remitió la Carta, en fecha de 18 de enero de 2018”.*

Como consecuencia de lo anterior, IBERDROLA concluye esta alegación señalando que, al haber transcurrido más de dos años desde la fecha de

remisión de la carta hasta que se comunicó la incoación de este expediente sancionador, el 20 de enero de 2020, la infracción grave imputada estaría prescrita, conforme al artículo 117 de la LSH.

2. Falta de tipicidad de la conducta

En esta alegación IBERDROLA sostiene, en síntesis, que la comunicación del cambio de condiciones es transparente, de modo que no concurriría la tipicidad exigible en toda infracción. Distingue en la misma unas consideraciones generales, una referencia al ámbito energético y una alusión a la modificación de los peajes de gas para concluir que ha actuado de modo transparente.

- Tras unas consideraciones generales sobre el concepto de transparencia en el ámbito del derecho de los consumidores y usuarios, la interesada se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, a tenor de la cual la transparencia supone que el consumidor *“conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato”* de modo que se permita *“contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada”*.

En vista de dicho pronunciamiento, señala IBERDROLA con relación a la obligación de transparencia que *“no es, por lo tanto, un deber puramente formal ni gramatical, en el sentido de que el empresario deba simplemente trasladar al consumidor el contenido de las condiciones de la contratación, sino que es un deber material, sustantivo, que exige del empresario un esfuerzo especial de esclarecimiento para que el consumidor pueda verdaderamente entender qué es lo que va a contratar. Por lo tanto, la clave de la transparencia está en que las condiciones sean comprensibles.”*

Ahora, bien, añade la empresa, tal deber no sería infinito, como resulta de la sentencia del TS de 14 de diciembre de 2017, en la que se descarta que hubiera de informarse al consumidor de que la evolución del IRPH podría ser peor que la de otros índices. En sentido similar menciona la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 a tenor de la cual no se incumple el deber de transparencia por no entregar información sobre el modo de cálculo del IRPH, en vista de que este se describe en la Circular 8/1990.

- Con relación al ámbito del derecho de la energía, IBERDROLA considera la transparencia como un principio básico.

En el caso particular del gas, el apartado 1.c) del Anexo I de la Directiva 2009/73 reconoce, dentro de las medidas de protección del consumidor, el derecho a recibir información transparente sobre los precios, tarifas y condiciones generales aplicables al acceso y al uso de los servicios de gas. En el apartado 1.b) del mismo Anexo se reconoce, para los casos de modificación unilateral del contrato de suministro, el derecho de los consumidores a 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.

La obligación de transparencia que se recoge en estos dos apartados del Anexo I de la Directiva 2009/73 se ha llevado, literalmente, al artículo 57 bis de la LSH, en sus apartados f) y g), que son precisamente los dos apartados por los que se ha incoado este expediente sancionador.

Al respecto, la interesada señala que tal deber sigue entendiéndose como una obligación de hacerse entender por parte del empresario, de modo que la oferta será transparente si es comprensible por el destinatario. Ese deber de informar comprensiblemente a los consumidores de las condiciones en que se realizaba la modificación resultaría de la STJUE de 21 de marzo de 2013.

Cita a continuación IBERDROLA la nueva Directiva sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, cuyo artículo 10.4 señala que los suministradores notificarán de forma transparente y comprensible a sus clientes finales cualquier ajuste del precio de suministro, así como de las razones y condiciones previas del ajuste y su alcance, en el momento adecuado, y no más tarde de dos semanas o, por lo que respecta a clientes domésticos, un mes antes de que el ajuste entre en vigor. Por tanto, la información debe darse con ocasión de la modificación unilateral, de forma comprensible.

- Se refiere en este caso IBERDROLA a la modificación de los peajes de la tarifa de último recurso de gas señalando que la Dirección General de Política Energética y Minas, al actualizar la tarifa de último recurso, no explica en sus resoluciones si el nuevo precio es inferior o superior al anterior. Asimismo, en el caso de los consumidores directos en mercado, los peajes de acceso a la red se han venido fijando por Orden ministerial sin que en dicha fijación se haga ninguna manifestación sobre la comparativa de tales peajes con los del ejercicio anterior. La única información que recibe el consumidor directo en mercado es la del BOE. Sin embargo, la CNMC nunca ha manifestado ninguna disconformidad con la transparencia de la información que da el Ministerio sobre los nuevos peajes aplicables.

- Para terminar la presente alegación, IBERDROLA se refiere al cumplimiento por su parte del deber de transparencia al informar sobre las condiciones de la modificación.

Insiste en que el artículo relevante sería el 57 bis, f), y no el g), el cual, cree la empresa, es la contrapartida del artículo 81.2.j) sobre la obligación de los comercializadores de suministrar a los consumidores la información que le pudiesen solicitar, de manera que en este caso, al no existir solicitud previa de información, no sería aplicable tal obligación de la letra g) del artículo 57.bis.

La clave, según IBERDROLA, consiste en determinar si la información contenida en la carta era comprensible de manera que un consumidor medio podía entender que se estaban modificando las condiciones del suministro y su impacto verdadero. En tal sentido, la carta informaba: a) sobre la aplicación de un nuevo modelo estable de facturación; b) sobre el nuevo precio aplicable al término fijo y al variable; c) sobre la aplicación de determinados descuentos; y d) sobre la fecha de efectos del nuevo modelo.

Si bien la carta pudo haber dado más información, siendo así más transparente, la cuestión es determinar cuál es el nivel de transparencia que exige el artículo 57 bis f) de la LSH y cuándo se puede entender que se ha cumplido el deber legal de transparencia.

Al respecto, señala IBERDROLA que ninguna norma exige una comparativa de precios. No es tampoco la práctica del Ministerio cuando fija la tarifa de último recurso o los peajes a los consumidores directos en mercado.

Señala asimismo (énfasis añadido) que “Es cierto que tampoco se le decía que los precios eran más altos que los de la tarifa de último recurso a la que se indexaba la oferta anterior, pero también parece natural, en una lógica de mercado, que si IBERCLI asume el riesgo de cerrar un precio durante un año, incorpore una prima por ese riesgo asumido”.

Si un consumidor puede comprobar, con la lectura de cualquier factura, o llamando al teléfono gratuito de la empresa comercializadora cuál era el precio anterior del suministro de gas, *“no se encuentra en una situación peor que el prestatario al que se refiere el TJUE, que puede acudir al Boletín Oficial del Estado para comprobar la información que necesita, sin que ello vulnere el deber de transparencia de la entidad que presta sus servicios”*. Añade que el precio del suministro de gas no tiene nada que ver con los productos financieros completos que la jurisprudencia ha discutido con ocasión del alcance del nivel de transparencia. Señala IBERDROLA que si la CNMC considera que se debe incluir una comparativa de precios de los contratos entre el precio anterior y el actual, deberá decirlo claramente, hacia el futuro.

Adicionalmente, la transparencia es un concepto jurídico indeterminado con una zona de certeza y un halo de incertidumbre, donde resulta dudoso determinar su contenido, y respecto del cual no se pueden ejercer las potestades sancionadoras (STS de 29 de abril de 2013).

3. Los precios fijos de IBERDROLA no siempre han sido superiores a la TUR

El informe de la Subdirección de Gas que obra en el expediente no habría tenido en cuenta que en 2018, en determinadas situaciones, el precio ofrecido por IBERDROLA fue inferior a la TUR de gas. La empresa pone el ejemplo del mes de octubre de 2018.

4. La sanción que se propone no es proporcionada

La propuesta fija la sanción teniendo en cuenta la estimación de los perjuicios sufridos por los clientes de IBERDROLA que recibieron la carta y multiplicándola por dos, lo que resulta en una multa de 1.350.000 euros.

Ese importe da el mismo tratamiento a una comunicación de nuevas condiciones que no cumple todas las reglas de transparencia que a un supuesto en que no se hubiera realizado ninguna comunicación a los clientes, lo cual es arbitrario y desproporcionado.

Añade IBERDROLA a lo anterior la manifestación de que debería poder acogerse a una reducción del 20% por el mero pago de la sanción, sin reconocimiento de responsabilidad.

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

Por medio de escrito de 9 de julio de 2020, 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 213).

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 en este procedimiento sancionador los siguientes:

Primero. El 18 de enero de 2018 IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. envió 45.684 comunicaciones comerciales a clientes de mercado libre con tarifas indexadas a la TUR, indicándoles que se iba a proceder a la actualización de los precios de su tarifa con efectos desde el 28 de febrero de 2018, si el cliente no se oponía a ello. Así queda demostrado por las comunicaciones aportadas al expediente administrativo y por la propia declaración de IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. que reconoce el envío de las comunicaciones con el contenido indicado.

Segundo. La comunicación comercial no incluía mención alguna a los efectos económicos que suponía el cambio de una tarifa en mercado libre de carácter variable al estar indexada a la TUR a una tarifa en mercado libre de carácter fijo con un precio estable. Este hecho está reconocido también por IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. en el marco de sus alegaciones.

Tercero. Sin embargo, dicha comunicación no procedía a indicar que la nueva tarifa a aplicar de forma automática salvo indicación expresa en contrario del consumidor suponía un aumento del precio (hecho acreditado por el informe de la Subdirección de Gas Natural de esta Dirección), concretamente se disminuía un 4,53% el término fijo, pero se subía un 20,33% el término variable, lo que en términos globales supone para un consumidor tipo de 3.000 kWh/año y sin impuestos 31,50 € más sobre su factura anual en relación con la tarifa indexada, concretamente un aumento del 14,82% de incremento si se compara con la TUR vigente en enero de 2018 y aplicable para todo el primer trimestre de 2018. Teniendo en cuenta que la TUR se revisa trimestralmente si se compara la Tarifa de IBERDROLA con el resultado de la TUR a lo largo de 2018 con sus distintos términos variables la diferencia es algo menor, concretamente de 29,70 €, es decir, el 13,87% de incremento por cada uno de los contratos. La indicada información y comparativa no estaba ni siquiera esbozada en la comunicación comercial realizada por IBERDROLA. Es más, el descuento ofrecido en los términos fijo y variable solo se aplicaba a los primeros doce meses de la aplicación de la nueva tarifa.

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, la resolución de este procedimiento.

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 natural¹. 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, previéndose un mayor grado de transparencia:

¹ 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.

(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 figura la de ser «*debidamente avisados de cualquier intención de modificar las condiciones del contrato*», así como la obligación de las empresas de notificar «*directamente a sus abonados cualquier aumento de los precios*» (en los términos del artículo 57 bis g). También se establece el derecho a que los consumidores «*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 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 a las que se refiere el tipo infractor son las contenidas en el artículo 57 bis de la propia Ley 34/1998, que, a su vez, proceden de lo previsto 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, citada. 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 los hechos probados y la información facilitada por la propia empresa, el 16 de enero de 2018 IBERDROLA decidió enviar cartas a un total de 45.684 clientes en mercado libre cuyas tarifas estaban indexadas a la TUR de gas. Las cartas, remitidas el 18 de enero de 2018, anunciaban una actualización del precio de sus tarifas por la cual finalizaba la indexación a la TUR y se pasaba a una tarifa estable fijada por la comercializadora.

La comunicación hacía mención, como valor positivo, a la estabilidad (término en negrita en las cartas), de la nueva tarifa, anudando la nueva tarifa a la actualización o novación del contrato de gas natural. La carta indicaba, sin ningún género de dudas, que si el cliente no se ponía en contacto con la empresa comercializadora, es decir, si no manifestaba su oposición expresa, se produciría un cambio de tarifa.

Así, se manifestaban de forma pormenorizada y en negrita las ventajas de la tarifa propuesta, con un pequeño descuento del término fijo y temporal del término variable, pero no se realizaba ninguna comparación ni advertencia a que las tarifas previas, indexadas a la TUR eran económicamente mejores y que el cambio a la estabilidad podía suponer un aumento del precio global superior al 10%.

Las nuevas condiciones se aplicarían salvo que el consumidor expresamente las rechazara. De hecho, se subrayaba que el cambio de tarifa no suponía ningún tipo de gestión por parte del consumidor, en una suerte de mensaje en el que se restaba importancia al cambio.

La comunicación tampoco advertía sobre la posibilidad de rescindir el contrato al recibir el aviso de modificación de las condiciones del contrato, información que resulta legalmente exigible.

De lo anterior puede concluirse que IBERDROLA ha incumplido dos de las medidas de protección de los consumidores del artículo 57 bis, las previstas en los apartados f) y g) y con ello se ha producido la infracción tipificada en el artículo 110 t) de la Ley 34/1998.

Los apartados f) y g) literalmente indican lo siguiente:

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.

El apartado g) exige, con carácter general, que la información sobre los precios, tarifas y condiciones generales aplicables al acceso y al uso de los servicios de gas sea transparente. Es, por tanto, la falta de transparencia el elemento clave interpretativo del presente apartado y con él de la resolución sancionadora.

No hay en la normativa sectorial gasista concreción o desarrollo sobre el sentido de qué es una información transparente de precios –a salvo de lo que se indicará más adelante respecto al comparador de ofertas de la CNMC-, pero ello no supone, en modo alguno, que la medida de protección sea inaplicable. Sencillamente habrá que integrar la medida de protección del consumidor establecida por la legislación sectorial en el marco de la protección y defensa de los consumidores en general.

En este contexto, la falta de transparencia en la información está desarrollada normativa y jurisprudencialmente. Esta aplicación es plenamente coherente con la idea de que la falta de transparencia a la que se refiere el apartado g) y también el f) no es una falta de transparencia administrativa, sino que la misma se da en la relación precontractual y contractual (como en este caso) civil entre comercializador y consumidor, caracterizado por el carácter no negociable de sus términos. Es decir, estamos ante una contratación predispuesta, lo cual afecta a la protección de los derechos del consumidor, y de ahí su relevancia pública y, en particular, para el derecho administrativo sancionador.

Recordemos que, en el presente caso, el consumidor solo podía aceptar o rechazar la modificación contractual y que la misma oferta la recibieron más de cuarenta mil consumidores. El cliente también podía rescindir el contrato, aunque la comunicación no le informó de ello, vulnerando así las exigencias legales de información.

La determinación de si hubo o no falta de transparencia en la información que es la base de la modificación contractual debe realizarse teniendo presente el concepto de transparencia y de su falta, propia del ámbito de la contratación civil y en concreto del derecho de los consumidores. Lo contrario, es decir, exigir una regulación específica y expresa de normativa administrativa en lo que no es más que una aplicación sectorial del derecho de los consumidores no tiene sentido, además de provocar el efecto perverso de que una regulación pretendidamente defectuosa conllevará una menor protección de los consumidores. No puede olvidarse que precisamente el artículo 57bis es

resultado de la transposición al derecho interno de las medidas de protección al consumidor de la Directiva y que es en dicha norma donde se introduce el término transparencia.

En este marco europeo se ha llevado a cabo en los últimos años una profunda evolución del concepto de transparencia desde su base original limitada a la transparencia formal, es decir, a la transmisión de una información de forma clara y debidamente resaltada, hasta la transparencia material, en el sentido de que el consumidor debe comprender con la información proporcionada las consecuencias jurídicas y económicas de la propuesta que le ofrece el predisponente, en este caso, la comercializadora. Todo ello siempre en el sentido de que la falta de transparencia en la información provoque una situación de desequilibrio en perjuicio del consumidor que es el bien jurídico protegido en este tipo de infracciones. Esta evolución ha sido plenamente acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil).

En atención a este marco de interpretación de todas las medidas de protección del consumidor, debe señalarse que ha tenido lugar un incumplimiento que supone la comisión de la infracción prevista en el artículo 110 t) de la Ley 34/1998.

Es obvio, como alega IBERDROLA, que los precios estaban reflejados en la comunicación. No se trata de precios ocultos, se comunican los mismos, lo que permitiría entender cumplida con la transparencia formal. Sin embargo, desde una perspectiva material, es evidente que la presentación de la información y su expresión contractual ocultan de manera inequívoca la realidad económica del cambio tarifario que se pretende y que esa falta de transparencia produce un evidente perjuicio del consumidor, al cual se le cambia objetivamente la tarifa y no se le comunica con claridad que la estabilidad ofrecida, que puede ser interesante, conlleva un notable aumento del precio final que debe pagar por el mismo servicio.

Afirma IBERDROLA que cualquier consumidor puede comparar los precios estables ofertados con la TUR en tanto que esta tarifa está publicada. Una vez más, podría, en hipótesis, tener razón en un plano teórico, pero es inverosímil que los cuarenta mil consumidores, entendidos como consumidores medios, procedan al ejercicio de comparación que ha realizado en su informe la Subdirección de Gas, órgano caracterizado por su especialización técnica. Ese análisis, sencillamente, no se le puede exigir a un consumidor medio.

Una información materialmente transparente de precios no solo supone que se indiquen los mismos, sino que se comparen, para que el consumidor no deba indagar si la comercializadora le está haciendo una oferta adecuada o una oferta que pudiera ser manifiestamente perjudicial para sus intereses como es el caso. Si se oculta la comparación no es porque no lo exija la norma, es más bien porque no interesa comercialmente. Este tipo de actitudes que anteponen lo comercial (con información parcial) a la transparencia, suponen un claro incumplimiento de la obligación de transparencia material al trasladar la obligación de evaluar si se está subiendo o no la tarifa al consumidor.

La transparencia (precontractual y contractual) es un principio general del derecho de los consumidores. Basta con que la norma sectorial incluya el término en un contexto inequívoco –medidas de protección al consumidor– para asumir con ello todo el acervo aportado por la normativa europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este ámbito.

Alega IBERDROLA, por último, que no hay ninguna obligación reglamentaria de comparar tarifas, que corresponde exclusivamente a la diligencia del consumidor. En tal sentido debe aclararse que la obligación administrativa de comunicar las ofertas a la CNMC no agota la obligación de información transparente, sino que es un elemento más de la misma y que ha de complementar la transparencia de la información en la relación precontractual y contractual que es, en última instancia, a la que se refiere el legislador y la Directiva comunitaria.

Por tanto, una oferta para cumplir con la exigencia de información transparente debe, cuando menos, advertir de que puede haber alzas de precios en la modificación contractual propuesta. No decir nada, bien al contrario, subrayando los aspectos positivos y silenciando el aumento objetivo de los precios finales, obligando al consumidor a comparar los precios supone restringir la propia medida de protección al consumidor a una mera formalidad.

Esta forma de actuar es contraria al sentido material de la transparencia y, por ello, vulnera la obligación prevista en el apartado 57bis g) de la Ley 34/1998 y con ello se puede entender que se ha dado el hecho típico de la infracción grave prevista en el 110 t) de la citada Ley.

Tampoco puede aceptarse la restrictiva interpretación de IBERDROLA consistente en vincular el derecho de los consumidores a recibir información transparente a tenor del artículo 57.bis.g) solo en el caso de que la hayan solicitado a tenor del artículo 81.2.j)². La mutua correspondencia entre ambos preceptos no tiene sustento legal alguno en este contexto y es inadmisibile. La finalidad inequívoca del artículo 57 bis g) es la protección del consumidor (y no la limitación de las obligaciones de transparencia del comercializador).

Por su parte también puede entenderse que se ha vulnerado lo previsto en el apartado f) del artículo 57bis de la Ley 34/1998.

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

² Art. 81.2: “j) *Facilitar a sus clientes la información y asesoramiento que pudiesen solicitar en relación al suministro de gas*”.

coste alguno si no aceptan las nuevas condiciones que les haya notificado su comercializador de gas.

Este apartado establece, dos obligaciones diferentes. Por una parte, la obligación de avisar de cualquier modificación contractual y, por otra, la de advertir de cualquier subida de precio, aunque fuese solo probable. En este último caso, además de hacerlo en el momento adecuado –que puede ser incluso posterior al aumento-, debe realizarse de forma transparente y comprensible.

Pues bien, la vulneración de esta obligación es más clara, si cabe que la anterior. IBERDROLA informa adecuadamente de que va a realizar una modificación contractual en la tarifa, salvo que el consumidor se oponga, pero no informa en ningún momento de que eso supone un aumento de precios, ni con su comunicación de 18 de enero, ni con el cambio contractual con efecto 28 de febrero de 2020, ni después, y tales aumentos deben ser informados, incluso con posterioridad, pero con transparencia y de forma comprensible, que es una precisión integrada habitualmente en el concepto de transparencia.

Como ha quedado claro en los hechos probados, la modificación contractual suponía siempre un aumento de precio, comparada con la serie histórica e incluso comparada con lo sucedido con posterioridad, a lo largo de 2018. Sobre ese particular, no hay duda alguna. IBERDROLA no informó de esa circunstancia en su comunicación.

Por tanto, ya no es solo que no se compare el precio con la situación anterior, es que se está produciendo un aumento de precio sin ser advertido convenientemente al usuario, encubierto y promocionado como una oferta. Tal actuación vulnera material y formalmente el apartado f) del artículo 57 bis y con ello, la comunicación no cumple con dicha obligación. Concorre así el hecho tipificado en el artículo 110 t) de la Ley del Sector de Hidrocarburos.

CUARTO. Culpabilidad

Es claro que IBERDROLA, 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 esta comunicación a 45.684 clientes que estaban en tarifas indexadas a la TUR, es indudable que había una voluntad inequívoca de intentar cambiar los contratos de estos clientes desde este tipo de tarifas a tarifas con precio fijo.

A la vista de la forma en la que se realizó la comunicación, subrayando los elementos positivos de la oferta y ocultando que se estaba produciendo un aumento de precios por el cambio de tarifa indexada a TUR a tarifa estable, se puede afirmar que IBERDROLA conocía las circunstancias económicas de la oferta y, con dicho conocimiento, pudo diseñar la misma de forma que ocultara aquellas cuestiones que podían alertar a los consumidores medios de que se

trataba de un empeoramiento económico de las condiciones pactadas con anterioridad.

Esta actuación que IBERDROLA ha defendido y reconocido en sus alegaciones como una decisión empresarial conlleva que la vulneración de las medidas de protección del consumidor del artículo 57bis de la Ley 34/1998, así como la comisión de la infracción grave correspondiente, son imputables a la sociedad mercantil autora de la comunicación por lo que concurre sin más necesidad de debate el requisito de la culpabilidad. Simplemente, la comercializadora elaboró una comunicación para proceder a la modificación de las condiciones de un contrato en vigor con información no transparente en relación a las consecuencias derivadas de la aplicación de las nuevas tarifas y no advirtió en forma alguna que la misma suponía un aumento objetivo del precio del suministro en cualquier escenario imaginable.

QUINTO. Contestación a ciertas alegaciones de la empresa

En el presente apartado se da contestación separada a ciertas alegaciones de IBERDROLA que no han sido contestadas en los apartados anteriores de esta resolución. Cabe referirse, en particular, a las siguientes: (1) que la infracción ha prescrito; (2) que los precios ofrecidos por IBERDROLA no siempre han sido superiores a la TUR; y (3) que la sanción sería desproporcionada.

1. Prescripción de la infracción

IBERDROLA ha alegado la prescripción de la infracción debido al transcurso de más de dos años desde su comisión con base en argumentos que se pueden sintetizar en los siguientes términos:

- Que las infracciones graves prescriben a los dos años según el artículo 117 de la LSH, plazo que deberá computarse con arreglo al artículo 30.2 de la Ley 40/2015 desde que la infracción se hubiera cometido. En este caso, la carta de 16 de enero de 2018 se remitió dos días después, el 18 de enero de 2018, por lo que cuando la empresa tuvo conocimiento del procedimiento sancionador, el 20 de enero de 2018, habían transcurrido más de dos años (por dos días).
- Que, a diferencia de lo que señala la propuesta de resolución, la presunta infracción cometida no es de carácter permanente. El TS en su sentencia de 29 de mayo de 2019 ha declarado que las infracciones permanentes *“son conductas antijurídicas que persisten en el tiempo y no se agotan con un solo acto, determinando el mantenimiento de la situación antijurídica a voluntad del autor [...] con la consecuencia de que el plazo de prescripción no se inicia «al no haber cesado la situación de infracción perseguida» [...]”*.

- Que el tipo infractor consiste en incumplir la obligación de informar de manera transparente de la modificación de las condiciones del contrato. Se trata de una infracción de carácter puntual que nace cuando se produce una modificación del contrato. La carta en la que se pone de manifiesto la intención de modificar el contrato era de 16 de enero y fue remitida el 18 de enero de 2018, más de dos años antes de la comunicación de la iniciación del expediente sancionador, que fue el 20 de enero de 2020.
- Que, a diferencia de lo que señala la CNMC, la modificación contractual no se produjo el 28 de febrero de 2018, sino en la fecha en que se remitió la carta, aunque sus efectos no comenzaran a producirse hasta el 28 de febrero.
- Que el derecho de información de los consumidores previsto en el artículo 57bis.g) de la LSH tiene como contrapartida el artículo 81.2.j) de la misma Ley, a tenor del cual la obligación anterior se refiere a la información que los clientes ‘pudiesen solicitar’.

En definitiva, IBERDROLA concluye señalando que, al haber transcurrido más de dos años desde la fecha de remisión de la carta hasta que se comunicó la incoación de este expediente sancionador, el 20 de enero de 2020, la infracción grave imputada estaría prescrita, conforme al artículo 117 de la LSH.

Esta alegación no se puede aceptar, tal como se desarrolla a continuación.

1.1. Sobre el carácter permanente de la infracción

Tal como se señaló, IBERDROLA alega que la infracción es instantánea o de estado, no permanente, de modo que, al entenderse cometida el 18 de enero de 2018, momento del envío de las cartas, habría prescrito el día 20 de enero de 2020, cuando IBERDROLA tuvo conocimiento del procedimiento sancionador³.

Frente a dichos argumentos, debe señalarse, como hizo la propuesta de resolución, que la infracción no es puntual, sino permanente. Una acción, la comunicación indebida del cambio de condiciones, al omitir de modo poco transparente el aviso sobre el aumento de precio, empezó a producir efectos el 28 de febrero de 2018 y puede seguir produciéndolos en el presente porque

³ Pág. 7 del escrito de alegaciones de 6 de julio de 2020: “La Carta es el documento mediante el que se pone de manifiesto la intención de IBERCLI de modificar las condiciones del contrato de suministro, y donde se describen los términos de la modificación, con mayor o peor fortuna, según el criterio de la CNMC, pero no hay ninguna duda de que esa Carta era de 16 de enero y que fue remitida el 18 de enero de 2018, más de dos años antes de la comunicación de la iniciación del expediente sancionador, que fue el 20 de enero de 2020”.

IBERDROLA no ha cesado en su omisión de transparencia. Es decir, dicha omisión se prolonga desde el momento inicial de la comunicación y hasta la actualidad, pues no se ha remediado.

Se pone en relación la infracción cometida con la jurisprudencia reciente del TS en materia de infracciones permanentes en deberes de información.

(i) Doctrina del TS sobre infracciones permanentes y deber de información

La STS de 29 de mayo de 2019 (casación 1857/2018) declaró el carácter permanente de la infracción prevista en el artículo 99.p) de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que tipificaba como infracción muy grave el siguiente incumplimiento⁴:

p) La inobservancia del deber de información previsto en los artículos 35 bis, 53, 53 bis y 83 bis.4 de esta Ley cuando exista un interés de ocultación o negligencia grave, atendiendo a la relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se hubiese incurrido.

La STS, con cita de pronunciamientos anteriores, señaló que las infracciones permanentes consisten en una única acción cuyo contenido antijurídico se prolonga hasta que el sujeto decida cesar la conducta antijurídica:

[...] en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2018 (RC 1091/2016), ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre la aplicabilidad del concepto de infracción permanente en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, declarando que son aquellas que "a diferencia de la infracción continuada que exige pluralidad de acciones que infrinjan el mismo precepto, y por ello constituye un concurso real de ilícitos, la infracción permanente no requiere un concurso de ilícitos, sino una única acción de carácter duradero, cuyo contenido antijurídico se prolongue a lo largo del tiempo, en tanto el sujeto activo no decida cesar en la ejecución de su conducta. STS, de 4 de noviembre de 2013 (recurso núm. 251/2011).

Así pues, en las infracciones permanentes, la consumación se prolonga hasta que se remedie el incumplimiento:

Por ello, cabe concluir que, tal como adujo el Abogado del Estado en su escrito de oposición al recurso de casación, y reiteró en el acto de la vista oral, la infracción muy grave tipificada en el artículo 99 p) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en la actualidad el artículo 282.3 del Texto Refundido de la ley del Mercado de valores) por la que se sancionó al recurrente tiene la consideración de infracción permanente, por cuanto su consumación duró hasta que se dio cumplimiento al deber de información establecido en el artículo 53 del citado texto legal.

⁴ Actualmente sustituida por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

Ello tiene consecuencias en el plazo prescriptivo, pues la infracción permanente no inicia su prescripción hasta que finalice el incumplimiento:

El artículo 99 p) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que tipifica como infracción muy grave la inobservancia del deber de información previsto en los artículos 35 bis, 53, 53 bis y 83 bis.4 de esta Ley cuando exista un interés de ocultación o negligencia grave, atendiendo a la relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se hubiese incurrido, debe interpretarse en el sentido de que se trata de una [infracción] de carácter permanente, de modo que el plazo de prescripción de cinco años, a que se refiere el artículo 101 bis del citado texto legal, debe comenzar a contarse desde el día en que finalizó el incumplimiento del deber de comunicación en que consiste la conducta infractora.

Con relación a la obligación materialmente incumplida, la sentencia explicó que las obligaciones de información de carácter positivo que la ley imponía subsisten hasta que sean cumplidas:

El artículo 53 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, debe interpretarse en el sentido de que impone al adquirente o transmisor de una participación significativa en una sociedad cuyos títulos están sometidos a negociación en mercados regulados, que comporte una modificación de la estructura de los derechos de voto, una obligación positiva de comunicar dichas operaciones al emisor y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que determina que en tanto no se cumpla, aún transcurrido el plazo reglamentariamente previsto, subsista la comisión de la conducta infractora, hasta que se ponga por el obligado fin a ella, debiendo tenerse en cuenta la demora en el cumplimiento a los efectos de graduar la sanción.

El bien jurídico protegido en ese caso consistía en la transparencia de los mercados afectados:

[...] en oposición a las infracciones instantáneas, observamos que la situación antijurídica no se agota en el [mero] incumplimiento formal de la obligación de notificación, sino que perdura en el tiempo hasta que finalice o cese la lesión del bien jurídico protegido, que, como hemos expuesto, es la transparencia de los mercados regulados de negociación de valores de sociedades cotizadas.

La STS de 9 de julio de 2020 (recurso 4700/2019), se pronunció sobre el carácter permanente de la infracción consistente en el retraso del deber de remitir información a la administración en virtud de la siguiente redacción del artículo 79.3.e) de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia⁵:

⁵ Su redacción actual, dada por el Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, es la siguiente: “e) *El retraso en la comunicación de los datos sobre las ventas de energía o de cualquier otra información que se solicite por la Administración, que dificulte, aunque no impida, la determinación de las obligaciones de ahorro. A estos efectos, la prescripción de la infracción a*

Artículo 79. Infracciones en el ámbito del sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética. (...)

3. Constituyen infracciones leves en el ámbito del sistema de obligaciones de eficiencia energética las siguientes: (...)

e) El retraso en la comunicación de los datos sobre las ventas de energía o de cualquier otra información que se solicite por la Administración, que impida la determinación de las obligaciones de ahorro⁶.

La sentencia casó la sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de abril de 2019 (recurso 627/2016), la cual había calificado dicha infracción como instantánea con base, de un lado, en que el retraso se producía una vez transcurrida la fecha límite para el envío de la información y, de otro lado, en que no se había prolongado la situación antijurídica ya que el incumplimiento no impedía la determinación de las obligaciones económicas, las cuales podían establecerse empleando información obrante en CORES y en la CNMC⁷.

En primer lugar, la STS equiparó el “retraso” previsto en el artículo 79.3.b) con la “inobservancia” de las obligaciones de información que habían sido objeto de análisis en la recién mencionada STS de 29 de mayo de 2019 con ocasión del examen del artículo 99.p) de la Ley del Mercado de Valores.

Asimismo, la STS rechazó que el transcurso del plazo límite para la comunicación de información (en ese caso el 30 de septiembre) determinase el final de la posible conducta antijurídica, en atención a los bienes jurídicos considerados (FJ 6º, 8):

En realidad, la principal objeción de la Sala “a quo” es la consideración de que, tras el transcurso del plazo límite para comunicar los datos de ventas, no se habría prolongado la situación antijurídica, requisito imprescindible para que exista infracción permanente y se considere (como recoge la STS de 29 de mayo de 2019) que “la fecha de cómputo de la prescripción sea la de la finalización de la conducta típica y no la de su comienzo”. Como dice la misma STS, para determinarlo es “relevante identificar cuáles son los bienes e intereses jurídicos protegidos por la mencionada norma sancionadora”. Y ello, “en la medida que

la que se refiere el artículo 83 empezará a contarse a partir del día siguiente al de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la correspondiente orden de la Ministra para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico a la que se refiere el artículo 70”.

⁶ A fin de determinar el retraso, el artículo citado debía ponerse en relación con el artículo 70.2 de la misma ley: “A estos efectos, los sujetos obligados deberán remitir anualmente, antes del 30 de septiembre, a la Dirección General de Política Energética y Minas los datos de ventas de energía correspondientes al año anterior, expresados en GWh”.

⁷ Por ATS de 23 de octubre de 2020 (recurso 4060/2020) se ha admitido a trámite recurso de casación con relación a otra sentencia de la Audiencia Nacional coincidente con la que fue casada, con el mismo objeto ya dilucidado, “a fin de reforzar, matizar, completar o corregir la doctrina sentada en nuestra STS de 9 de julio de 2020 en este ámbito”.

resulta relevante el elemento de permanencia o continuidad en el tiempo del estado antijurídico derivado de la comisión de la conducta infractora de inobservancia del deber de información"; por ello, allí aplicamos el concepto del CP, igualmente aplicable aquí, aunque con posterioridad la entrada en vigor de la Ley 40/2015 ha introducido una redacción similar a la del CP, aplicable por remisión de la Ley 18/2014 a la Ley 30/1992, sustituida por la de 2015.

La misma sentencia añadió que la consumación se inicia en el momento de la acción, pero el periodo de consumación subsiste desde ese momento inicial hasta que se pone término a la conducta:

En definitiva, estamos ante una infracción permanente en que la consumación se inicia en el momento en el que el infractor lleva a cabo la acción típica (aquí, incumplimiento del plazo de comunicación de datos de ventas), pero lo que pudiera denominarse el periodo de consumación no se detiene ahí sino que subsiste a partir de ese periodo inicial hasta que el infractor pone término a la conducta típica constitutiva de la infracción, de forma que la consumación de delito se perpetúa hasta que el infractor le pone término (remite la información, aunque sea fuera de plazo); y si no le pone término, como en el caso de autos, el plazo de prescripción no se inicia.

La doctrina anterior se confirmó en fecha muy reciente por la STS de 8 de febrero de 2021 (recurso 4060/2020), sobre infracción por incumplimiento de las obligaciones de eficiencia energética de la Ley 18/2014, en cuyos pormenores no parece necesario entrar. Baste citar la siguiente doctrina jurisprudencial que el TS fija en este pronunciamiento (FJ 7º):

Atendidos los anteriores fundamentos, reiteramos los criterios jurisprudenciales fijados en las precedentes sentencias de esta Sala números 978/2020, de 9 de julio (recurso 4700/2019 y 526/2020, de 17 de noviembre (recurso 5392/2019), sobre la cuestión de interés casacional objetivo, en el sentido de que la infracción leve de retraso en la comunicación de los datos sobre las ventas de energía o de cualquier otra información que se solicite por la Administración, que no impida la determinación de las obligaciones de ahorro de retraso, tipificada en el artículo 79.3.e) de la Ley 18/2014, es una infracción permanente y no una infracción instantánea como considera la sentencia impugnada.

(ii) Consideraciones relativas a la infracción aquí considerada

Si bien los tipos infractores objeto de las sentencias del TS citadas se referían al retraso o inobservancia de obligaciones de información, cabría equiparlos a la falta de transparencia de las cartas enviadas con información engañosa para el cliente objeto de esa resolución. En particular, las similitudes entre aquellos casos y el aquí considerado permiten la plena aplicación de la doctrina del TS.

a) Equiparación de incumplimientos

En primer lugar, cabe identificar la inobservancia de un deber de información con el cumplimiento defectuoso de esa obligación debido al contenido material

de la información (solo formalmente) facilitada. En este caso, tal circunstancia parece evidente, pues el contenido material de la carta (y no su falta de remisión), ha determinado la incoación del procedimiento sancionador. La carta, debido a su falta de transparencia sobre las verdaderas consecuencias del cambio tarifario y la omisión de información sobre el derecho a rescindir el contrato, dio inicio a un incumplimiento que hoy día persiste.

El caso de que una información inexacta sea constitutiva de infracción también se ha considerado por el TS. La STS de 24 de octubre de 2013 (recurso 533/2011), con cita de la previa Sentencia de 23 de mayo de 2011 (recurso 912/2011), se refiere a la calificación como infracción permanente de la conducta consistente en mantener datos inexactos en el fichero de morosos tras la cancelación de la deuda, con la consecuencia de considerar que el plazo prescriptivo no empieza a computarse mientras se mantiene la infracción. Como en este caso, un dato inexacto, constitutivo de infracción, determina que no se inicie el plazo prescriptivo hasta que la inexactitud se rectifique por el infractor, el único que puede hacerlo.

Lo mismo sucede en la SAN de 11 de noviembre de 2014 (recurso 69/2014), la cual se refiere al carácter permanente de la infracción consistente en proporcionar a la administración datos falsos o inexactos. La sentencia señala claramente que el incumplimiento consistente en proporcionar información falsa o inexacta no se agota en un solo acto, sino que se prolonga indefinidamente durante todo el tiempo en que permanezca ese incumplimiento:

La infracción apreciada por la resolución sancionadora es conforme al art. 57.7 RD 1199/1999 "el falseamiento o la falta de comunicación injustificada, dentro de los plazos que fije el Presidente del Comisionado para el Mercado de Tabacos, de los documentos, datos, o informaciones que deban proporcionar los operadores para los fines propios del Comisionado", manifestada en la inclusión del datos falsos o inexactos. Se trata aquí de una infracción permanente, por cuanto concurre el mantenimiento de una situación antijurídica que persiste en el tiempo y no se agota en un solo acto, persistiendo indefinidamente la infracción mientras permanece incumplida la obligación descrita en el tipo.

La misma doctrina figura en la SAN de 24 de marzo de 2014 (recurso 3/2014), la cual desestima una alegación de prescripción de la infracción consistente en remitir información falsa o inexacta (ex art. 57.7 RD 1199/1999): *"concorre el mantenimiento de una situación antijurídica que persiste en el tiempo y no se agota en un solo acto, persistiendo indefinidamente la infracción mientras permanece incumplida la obligación descrita en el tipo"*.

b) Persistencia del sujeto infractor en el incumplimiento

Si bien el inicio del incumplimiento tuvo lugar con el envío de la carta, el periodo de consumación se prolongará hasta que la falta de información (transparente) se remedie.

En tal aspecto coinciden los tipos señalados (arts. 99.p y 79.3.b, citados) con el aquí examinado (art. 110.t en relación con el art. 57 bis.f y g de la Ley 34/1998). En todos ellos el mantenimiento de la situación antijurídica obedece a la voluntad del sujeto infractor, razón por la cual tales infracciones permanentes pueden denominarse asimismo “infracciones de omisión”.

La jurisprudencia considera determinante a la hora de calificar una infracción como permanente o de omisión, el que su autor se mantenga voluntariamente en el incumplimiento, a diferencia de las infracciones instantáneas, en las que el autor se desprende del hecho con la consumación (por todas, SAN de 11 de enero de 2018, recurso 1/2016, con cita de la STS de 17 de mayo de 1999):

La categoría de infracciones permanentes ha sido también objeto de estudio por la doctrina jurídica, que en alguna ocasión ha optado por denominarlas infracciones por omisión. En todos los casos se subraya como efecto principal de la categoría el de retrasar el inicio del cómputo del plazo de prescripción y se hacen especiales esfuerzos para definir sus rasgos principales, incluso desde posiciones críticas con esta figura. Así, se subraya el elemento de voluntariedad en la permanencia de la acción infractora, que en cualquier momento puede cesar por el simple arbitrio de su autor, lo que las diferencia de las infracciones de estado, en las que el autor se desprende del hecho con la consumación y se proporcionan distintos ejemplos.

En el presente caso no cabe aceptar en modo alguno que, en el momento en que IBERDROLA depositó las cartas en el servicio de Correos se “desprendiese de los hechos”, consumase la infracción. El hecho objeto del sancionador consiste en el incumplimiento de la obligación de proporcionar información transparente al consumidor. Y dicho incumplimiento ha podido remediarse por IBERDROLA en cualquier momento posterior al envío de las cartas completando la información debidamente (avisando del aumento de precio e informando sobre la posibilidad del consumidor de rescindir el contrato).

Por tanto, como sucedía en el caso de los tipos infractores analizados por el TS, se da también aquí una única acción (el envío de una carta), cuyos efectos se prolongan en el tiempo hasta que la infracción se remedie proporcionando a los clientes información completa para adoptar decisiones sobre su contrato de suministro, incluyendo la rescisión del contrato y el cambio de suministrador, en su caso. En definitiva, IBERDROLA se mantuvo en el incumplimiento por su propia voluntad (y se mantiene hoy día), tras la entrega de las cartas en el servicio de Correos.

c) Analogía de los bienes jurídicos protegidos

La STS de 29 de mayo de 2019 señaló que la persistencia en la conducta antijurídica perduraba hasta que finalizase la lesión del bien jurídico protegido que, en ese caso, era la transparencia de los mercados afectados.

También en este caso persiste, en tanto dure la falta de transparencia, la lesión al bien jurídico protegido, que es el derecho de los consumidores a elegir tarifa y suministrador. La falta de transparencia de la carta determinó que los consumidores no fuesen debidamente informados, con transparencia, del aumento de precio de su tarifa y de su derecho a rescindir el contrato de suministro, afectando al bien jurídico señalado.

El deber de transparencia constituye un principio básico tanto del derecho de la UE como del ordenamiento interno, algo con lo que IBERDROLA dice estar de acuerdo⁸. Siendo así, debe considerarse que el derecho del consumidor a recibir información transparente, reconocido por la Ley en los términos más amplios, debería ser objeto de una protección que no se limite al instante en que dicho consumidor recibe una carta, sino que la transparencia ha de ser constante a lo largo de la vida de la relación contractual, y particularmente cuando se ha dado información engañosa que debe aclararse. Hasta que la aclaración no tenga lugar, subsiste el engaño, y por tanto la infracción.

La interpretación de IBERDROLA consistente en que la infracción tuvo lugar en el preciso instante en que se entregaron las cartas en el servicio de Correos desconoce la realidad del señalado bien jurídico a proteger: el derecho del cliente a recibir información transparente durante toda la vida del contrato para adoptar las decisiones que más le convengan sobre su suministro de gas natural.

La interpretación de IBERDROLA lleva al absurdo de que, una vez entregadas las cartas en Correos, cesasen las obligaciones de transparencia de la empresa con sus clientes, lo cual es inconcebible desde la perspectiva de la protección de los derechos del consumidor.

No puede admitirse que fuese el acto de envío de la carta lo que hubiese afectado, al instante (desprendiéndose IBERDROLA de los hechos desde ese momento), al bien jurídico protegido (se insiste, el derecho de libre elección de la tarifa y el suministrador). Ese deber no se agotó en el acto de entrega de unas cartas en el servicio de Correos, porque el cliente destinatario permanecía ajeno a tales hechos y porque, una vez recibida la carta, debido a su falta de transparencia, no ha permitido a los clientes disponer de información plena para tomar decisiones sobre su tarifa y su suministrador.

⁸ Pág. 12: “La transparencia también es un principio básico en el Derecho de la Energía”.

La afección al bien jurídico protegido, el derecho a la elección de tarifa y suministrador, subsiste a lo largo de toda la vida de la relación contractual, y determina que la infracción permanezca hasta que la omisión o conducta antijurídica se remedie.

1.2. Hipótesis de la infracción instantánea y consumación

Si, a título de hipótesis, la infracción se considerase instantánea, como sostiene IBERDROLA, el inicio de la prescripción no tendría lugar en el momento de envío de las cartas, sino con su consumación. Y la consumación no se produjo en el instante en que se depositaron las cartas en Correos (algo ajeno, en ese momento, a la esfera jurídica del consumidor), sino en una fecha posterior resultante de las propias cartas.

A diferencia de lo que IBERDROLA señala, la infracción no pudo consumarse instantáneamente el 18 de enero de 2018, fecha en que remitió las cartas. Es obvio que los clientes a los que iban destinadas las cartas eran, en tal instante, desconocedores de esa comunicación y su contenido. La mera entrega de las cartas en el servicio de Correos no surtió efectos en la esfera jurídica de los clientes porque, de modo notorio, no recibieron la carta ese mismo 18 de enero de 2018, sino en una fecha indeterminada posterior, en función de las vicisitudes del reparto postal en cada caso.

Así pues, aunque se admitiese la tesis de IBERDROLA de la consumación instantánea de la infracción, la fecha propuesta por ella (18 de enero de 2018) sería tan irrelevante a estos efectos como la de la propia carta (16 de enero de 2018), o cualquier fecha anterior en que concibió en su ámbito interno la estrategia infractora. En ninguna de esas fechas los clientes podían conocer la intención de IBERDROLA de modificar sus contratos.

Tampoco sería verosímil sostener que al día siguiente (viernes 19 de enero de 2018), las más de cuarenta y cinco mil cartas llegaron puntualmente a su destino. Lo verosímil es considerar que la inmensa mayoría de las cartas se recibiesen a lo largo de la semana que se inició el lunes 22 de enero de 2018 (recordemos que el procedimiento se incoó el 20 de enero de 2020). Pero tal cuestión, propuesta solo a efectos de enfatizar el artificioso razonamiento de IBERDROLA, no es ni siquiera la más relevante en este caso.

Lo relevante es que, de ser la infracción instantánea (lo cual se niega, pues es permanente), no se habría cometido cuando se enviaron las cartas (en ese instante), sino cuando la falta de información transparente surtió efecto. IBERDROLA coincide en que la fecha de la modificación del contrato es la pertinente a efectos de la consumación, caso de ser la infracción de estado⁹. Y

⁹ Pág. 6 del escrito de 6 de julio de 2020: “En este caso, el tipo infractor consiste en incumplir la obligación de informar de manera transparente de la modificación de las condiciones del

es indiscutible que tal modificación tuvo lugar el 28 de febrero de 2018, y no con la remisión de las cartas, como resulta de la propia carta:

Queremos agradecerle la confianza depositada en Iberdrola e informarle de las nuevas condiciones que se aplicarán en su contrato de suministro de gas natural a partir del día 28/02/2018, para el próximo periodo anual:

• [...]

Estas nuevas condiciones se aplicarán a partir de la fecha anteriormente indicada, sin necesidad de que realice gestión alguna.

La alegación de IBERDROLA de que la modificación contractual tuvo lugar al entregarse la carta en Correos, aunque surtiese efecto el 28 de febrero de 2018, es inverosímil¹⁰. Esa distinción artificiosa entre “modificación contractual” consumada con la entrega de la carta en Correos y “eficacia de la modificación contractual”, parece construida ad hoc en esta sede para alegar la prescripción. La alegación es inverosímil por el tenor de la misma carta, según la cual:

- Hasta el día 15 de febrero se podría optar por mantener la tarifa que se les venía aplicando (de modo que la nueva tarifa no se había aplicado).
- Hasta el día 28 de febrero no se aplicarían las nuevas condiciones, materializándose, sin embargo, a partir de tal fecha, el daño al consumidor, que habría visto incrementado el precio de su tarifa sin ser informado de ello de forma transparente y sin ser informado de su derecho a rescindir el contrato.

Así pues, la consumación, siempre en esta hipótesis, habría tenido lugar el citado 28 de febrero de 2018, momento en que se comenzaron a aplicar las nuevas condiciones. En el mejor de los casos, cabría acudir al 15 de febrero de 2018, fecha límite para evitar el cambio de tarifa, según la carta. Si hasta esa fecha los clientes podrían manifestar su deseo de mantener su tarifa, es obvio que, como poco hasta ese momento, no se había consumado la modificación contractual ni, por tanto, la infracción (caso de no ser permanente).

En cuanto al incumplimiento de la obligación de informar de forma transparente sobre precios, tarifas y condiciones del suministro (art. 57 bis, g), IBERDROLA sostiene que esa obligación no se incumplió porque tal derecho del consumidor a ser informado solo opera cuando dicho consumidor hubiese solicitado previamente información. Es decir, IBERDROLA vincula mutuamente y de

contrato. Esta obligación no es una obligación permanente, sino puntual, que nace solo cuando se produce una modificación del contrato, naturalmente”.

¹⁰ Pág. 7: “Sin embargo, este argumento [la consumación el 28 de febrero] olvida que la modificación contractual no se produjo el 28 de febrero de 2018, sino en la fecha en que se remitió la Carta, aunque sus efectos no comenzaran a producirse hasta el 28 de febrero”.

manera indisociable el artículo 57 bis, g) con el artículo 81.2.j), sobre la obligación del comercializador de facilitar la información que los clientes “pudiesen solicitar”¹¹. Como se dijo al fundamentar la tipicidad, la interpretación restrictiva consistente en vincular indisociablemente ambos artículos es inaceptable. Esa correspondencia mutua no está prevista legalmente y es abiertamente contraria al espíritu del artículo 57 bis g), cuya finalidad inequívoca es la protección del consumidor y no la limitación de las obligaciones de transparencia del comercializador.

En definitiva, aun asumiendo que la infracción fuese instantánea, cosa que esta Sala niega, la infracción se perfeccionó el 28 de febrero de 2018, fecha a partir de la cual comenzaría el período prescriptivo, o el 15 de febrero anterior, en el mejor de los casos. Por tanto, la infracción no puede considerarse prescrita en la fecha de inicio del procedimiento sancionador (el 20 de enero de 2020).

2. Falta de tipicidad de la conducta

En esta alegación IBERDROLA sostiene la falta de tipicidad de su conducta debido a que su comunicación sobre el cambio de condiciones es transparente, motivo que desarrolla en estas consideraciones: (1) que según resultaría de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 la transparencia supone que la información sea *comprensible* para el consumidor. Eso mismo resultaría del artículo 57 bis de la LSH, apartados f) y g), que trasladan al ámbito interno el principio básico de transparencia previsto en la Directiva 2009/73/CE; (2) que la CNMC no ha objetado la determinación de los peajes de la tarifa de último recurso de gas a cargo del Gobierno, pese a que la misma no explica si el nuevo precio es inferior o superior al anterior, aunque afecta a los consumidores directos en mercado; y (3) que, si bien la carta pudo haber dado más información, y no informaba sobre la subida de precios, parece natural que IBERDROLA incorpore una prima de riesgo asociada a la estabilidad de los precios¹².

2.1. El carácter comprensible de la información

IBERDROLA alega, en primer lugar, que la información facilitada en la carta resulta suficientemente comprensible para el consumidor medio, con lo cual se deben dar por cumplidas las obligaciones de transparencia.

¹¹ Art. 81.2: “j) *Facilitar a sus clientes la información y asesoramiento que pudiesen solicitar en relación al suministro de gas*”.

¹² “*Es cierto que tampoco se le decía que los precios eran más altos que los de la tarifa de último recurso a la que se indexaba la oferta anterior, pero también parece natural, en una lógica de mercado, que si IBERCLI asume el riesgo de cerrar un precio durante un año, incorpore una prima por ese riesgo asumido*”.

Debe recordarse que dicha comunicación incluye el siguiente contenido relevante (en negrita en la carta original):

[...] las nuevas condiciones que se aplicarán en su contrato de suministro de gas natural a partir del día 28/02/2018, para el próximo periodo anual:

- **10% de descuento** sobre el término fijo y **10% de descuento** sobre el término variable durante 12 meses.
- **Precios estables** durante la duración del contrato.
- Término fijo: [...] €/mes.
- Término variable: [...] €/kWh. [...]"

Estas nuevas condiciones se aplicarán a partir de la fecha anteriormente indicada sin necesidad de que realice gestión alguna.

Si quisiera mantener su tarifa actual o si tuviese alguna duda puede comunicárnoslo en el **Teléfono 900 225 235** o en cualquiera de nuestros **Puntos de Atención** antes del día 15/02/2018.

En definitiva, la carta: 1) enfatiza las supuestas ventajas de la nueva tarifa, la cual aplicará salvo que el cliente se oponga; 2) no informa sobre las consecuencias económicas del cambio de tarifa, y 3) no informa sobre el derecho a rescindir el contrato debido a las nuevas condiciones contractuales.

1) El sesgo comercial de la carta es evidente. La misma resalta las ventajas de la nueva tarifa que se ofrece. Incluye en negrita los descuentos y alude a su estabilidad. La nueva tarifa se aplica de forma automática salvo que el cliente realice una actuación positiva: debe dirigirse expresamente a IBERDROLA y manifestar que no desea el cambio para que se mantenga su tarifa anterior. En vista de que esa tarifa anterior era más barata, resulta evidente que lo pretendido por IBERDROLA con dicho planteamiento fue favorecer el cambio del mayor número de clientes posible a las nuevas condiciones. Tal objetivo de modificar la tarifa del mayor número de clientes posible sería más difícil de cumplir actuando del modo opuesto (exigiendo al cliente que desee el cambio de tarifa que lo solicite de forma expresa). IBERDROLA llevó a cabo un aumento de precio encubierto y promocionado como una oferta.

2) Según lo señalado, el concepto de transparencia más reciente a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado desde su base original limitada a la transparencia formal (la transmisión de información de forma clara y debidamente resaltada), hasta la transparencia material, en el sentido de que el consumidor debe comprender con la información proporcionada las consecuencias jurídicas y económicas de la propuesta que le ofrece el predisponente, en este caso, la comercializadora.

No se reprocha a IBERDROLA la falta de mención a los nuevos precios, pues se comunicaron, al menos en el sentido formal indicado. Sin embargo, desde

una perspectiva material, es evidente que la presentación de la información ocultaba la realidad económica del notable aumento del precio.

Tampoco puede aceptarse, según se señaló en el apartado específico sobre tipificación, que baste con informar formalmente de los precios, desplazando en el consumidor la carga de acudir al comparador de precios para comparar los precios de las nuevas tarifas con los de la TUR. No es verosímil que los cuarenta mil consumidores, entendidos como consumidores medios, procedan del mismo modo que la Subdirección de Gas de la CNMC. La comparación no se hizo porque encubría una subida (reconocida por IBERDROLA) de modo que no interesaba comercialmente.

Tampoco es admisible la alegación de IBERDROLA de que no exista ninguna obligación reglamentaria de comparar tarifas, correspondiendo tal cuestión a la exclusiva diligencia del consumidor. Se insiste en que la Orden ITC/3520/2009, de 28 de diciembre, establece en su DA 8ª que toda comercializadora debe remitir a la CNMC la información de todas las ofertas, precisamente para facilitar que el consumidor medio pueda desplegar la diligencia debida, lo cual IBERDROLA no cumplió en este caso. A ello se une que tampoco advirtió en su carta sobre la posibilidad de que existan alzas de precios en la modificación contractual propuesta. No decir nada, bien al contrario, subrayando los aspectos positivos y silenciando el aumento objetivo de precio, obligando al consumidor a comparar los precios, supone restringir la medida de protección al consumidor a una mera formalidad. Como figura en los hechos probados, la modificación contractual suponía siempre un aumento de precio, comparada con la serie histórica e incluso comparada con lo sucedido con posterioridad, a lo largo de 2018. Sobre ese particular, no hay información alguna en la carta.

Esta forma de actuar es contraria al sentido material de la transparencia y, por ello, vulnera la obligación prevista en el apartado 57 bis f) y g) de la Ley 34/1998, dando lugar al hecho típico de la infracción grave prevista en el 110 t) de la citada Ley.

3) Finalmente, IBERDROLA ha vulnerado, fuera de toda razonable, el deber de información sobre el derecho del consumidor a rescindir el contrato ante una modificación tarifaria previsto en el apartado f) del artículo 57 bis de la Ley 34/1998.

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.

La carta, sencillamente, no informaba de este extremo.

2.2. La fijación de peajes y de la TUR

En apoyo de sus pretensiones IBERDROLA ha señalado que la CNMC no ha cuestionado la falta de transparencia de las sucesivas revisiones de la tarifa de último recurso de gas que lleva a cabo la Dirección General de Política Energética y Minas, aunque en dichas resoluciones no se explica si el nuevo precio es inferior o superior al anterior. Asimismo, en el caso de los consumidores directos en mercado, los peajes de acceso a la red se han venido fijando por Orden ministerial sin que en dicha fijación se haga ninguna manifestación sobre la comparativa de tales peajes con los del ejercicio anterior. La única información que recibe el consumidor directo en mercado es la del BOE. Sin embargo, la CNMC nunca ha manifestado ninguna disconformidad con la transparencia de la información que da el Ministerio sobre los nuevos peajes aplicables.

Las alegaciones de IBERDROLA no pueden aceptarse de modo alguno. IBERDROLA mezcla en sus alegaciones dos planos (administrativo y civil) que no tienen ninguna relación desde la perspectiva del principio de transparencia.

La transparencia de la actuación administrativa está prevista tanto en la Ley 39/2015 como en la Ley 40/2015, ambas de 1 de octubre. En particular, esta última Ley citada establece en su artículo 3 el principio de transparencia entre aquellos a los que está sometida la actuación administrativa. Por su parte, la Ley 39/2015 dispone que el procedimiento administrativo ha de respetar el principio de transparencia (artículo 71), siendo una de sus principales manifestaciones en tal plano procedimental el derecho de audiencia sobre las propuestas que la Administración pretenda aprobar, así como los derechos de los interesados de acceder al expediente y de obtener información sobre la tramitación del procedimiento. Así pues, el derecho de transparencia en la actuación administrativa tiene el alcance y contenido que la Ley establece, debiendo desarrollarse por los medios normativamente previstos, los cuales disponen el modo de intervención de los interesados.

El modo de plasmarse las obligaciones de transparencia de una empresa y sus clientes en el plano civil (en lo relevante para el derecho administrativo), particularmente desde la perspectiva de la protección del consumidor de productos energéticos, cuya salvaguarda se encomienda a esta Comisión, es bien distinto. Se trata este otro plano de una relación civil entre una empresa y sus clientes, desde la señalada perspectiva de la protección del consumidor, y por tanto con interés público, en un ámbito en que la relación entre partes contratantes es claramente asimétrica. Solo este plano es el concerniente aquí. El presente procedimiento sancionador se limita a analizar si, atendiendo a las conductas de los comercializadores tipificadas en las leyes sectoriales, debe considerarse que ha existido un incumplimiento determinante de una infracción relativa a las obligaciones de transparencia que una empresa comercializadora como IBERDROLA debe observar con relación a sus clientes.

2.3 La incorporación de una prima de riesgo

Al respecto de la subida de precio que la nueva tarifa comportaba, IBERDROLA ha señalado en sus alegaciones a la propuesta de resolución que, si bien tal subida de precio existe, la estabilidad que se ofrecía justificaba el aumento de precio:

Es cierto que tampoco se le decía que los precios eran más altos que los de la tarifa de último recurso a la que se indexaba la oferta anterior, pero también parece natural, en una lógica de mercado, que si IBERCLI asume el riesgo de cerrar un precio durante un año, incorpore una prima por ese riesgo asumido.

A esta Sala le resulta del todo evidente que si tal era el razonamiento de IBERDROLA para justificar la subida de precio, tal circunstancia debió haberse plasmado expresamente en la carta, a fin de que el cliente pudiese valorar por sí mismo si estaba dispuesto a pagar un precio más alto a cambio de estabilidad. En lugar de ello IBERDROLA procedió del modo ya indicado: sin informar de forma transparente sobre los efectos económicos de la nueva tarifa, anudando la falta de reacción del cliente al cambio automático de tarifa y omitiendo la información legalmente exigible sobre el derecho del consumidor a rescindir el contrato en caso de modificación de condiciones contractuales.

3. Los precios fijos de IBERDROLA no siempre han sido superiores a la TUR

El informe de la Subdirección de Gas que obra en el expediente no habría tenido en cuenta que, en 2018, en determinadas situaciones, el precio ofrecido por IBERDROLA fue inferior a la TUR de gas. La empresa pone el ejemplo aislado del mes de octubre de 2018 para consumos inferiores o iguales a 5000 KWh/año.

La alegación no se puede aceptar de ninguna manera. IBERDROLA se refiere al informe de la Subdirección de gas “*Estimación del beneficio económico obtenido por Iberdrola del paso de los consumidores de la tarifa referenciada a la TUR a la Tarifa Gas Iberdrola Hogar*” (folios 141 a 143). Dicho informe pone de manifiesto, sin lugar a dudas, el importante beneficio económico obtenido por IBERDROLA mediante su conducta infractora.

El informe señala, de modo particular, que teniendo en cuenta todo el año 2018, para un consumo medio (3.000 kWh/año), y suponiendo asimismo el mantenimiento de los precios de enero de 2018 (fecha de envío de las cartas), el coste anual resultante de la tarifa a que se refería la carta (Tarifa Gas Iberdrola Hogar) se incrementaría en 31,50 euros antes de impuestos, es decir, un 14,82% de incremento con respecto a la tarifa indexada a la TUR que se venía aplicando a los clientes. Así obra al folio 142:

Tabla 2. Comparativa entre la tarifa indexada a la TUR y la Tarifa Gas Iberdrola Hogar en el periodo de enero de 2018 a diciembre de 2018, para un consumidor tipo de 3.000 kWh/año, sin impuestos, considerando la TUR aplicable en enero de 2018

| | Consumidor tipo 3.000 kWh/año |
|--|----------------------------------|
| Coste anual tarifa indexada a la TUR | 212,50 € |
| Coste anual tarifa Tarifas Gas Iberdrola Hogar | 244,00 € |
| Diferencia (%) | +31,5€ (+14,82%) |

El informe continúa señalando que entre enero y diciembre de 2018 la TUR se revisó cuatro veces. Teniendo en cuenta los datos reales de la TUR, el informe realiza una nueva comparativa entre la tarifa indexada a la TUR y la Tarifa Gas Iberdrola Hogar con precios reales. Figura de este modo al folio 143:

Tabla 3. Comparativa entre la tarifa indexada a la TUR y la Tarifa Gas Iberdrola Hogar en el periodo de enero de 2018 a diciembre de 2018, para un consumidor tipo de 3.000 kWh/año, sin impuestos, considerando la TUR real a lo largo de 2018

| | Consumidor tipo 3.000 kWh/año |
|--|----------------------------------|
| Coste anual tarifa indexada a la TUR | 214,27 € |
| Coste anual tarifa Tarifas Gas Iberdrola Hogar | 244,00 € |
| Diferencia (%) | +29,7€ (+13,87%) |

Por tanto, considerando los datos reales de la TUR publicados en los cuatro trimestres de 2018, entre enero y diciembre de 2018, el incremento del margen comercial para Iberdrola supuso de 29,7 €/año por consumidor de 3.000 kWh/año.

Las anteriores conclusiones del informe no se han negado, y mucho menos desvirtuado, por IBERDROLA. Recordemos la siguiente afirmación literal tomada de las alegaciones de IBERDROLA: “Es cierto que tampoco se le decía [al cliente] que los precios eran más altos que los de la tarifa de último recurso a la que se indexaba la oferta anterior, pero también parece natural, en una lógica de mercado, que si IBERCLI asume el riesgo de cerrar un precio durante un año, incorpore una prima por ese riesgo asumido”.

Todo lo más la empresa objeta el inciso final del siguiente párrafo que figura en el folio 142:

En concreto, entre enero de 2018 y diciembre de 2018, la tarifa de último recurso se revisó en cuatro ocasiones. El término fijo de la tarifa TUR 3.1 se mantuvo constante a lo largo de los cuatro periodos. El término variable varió en las cuatro ocasiones, reduciéndose su valor en un 3,9% en abril de 2018 (pasando a situarse en 5,162097 c€/kWh), aumentando en julio de 2018 un 4,1% (pasando a 5,375667 c€/kWh) y con un aumento de un 9,5% hasta los 5,886958 c€/kWh en la última modificación de octubre de 2018, precio en todas las publicaciones inferior al ofertado por IBERDROLA.

Su objeción se basa en el ejemplo aislado del mes de octubre para el caso de consumidores de menos de 5.000 kWh/año, en el cual la nueva tarifa habría sido más ventajosa que la indexada a la TUR. Ello no contradice en nada al informe, pues no realiza una comparación mes a mes, sino que efectúa una comparación anual, considerando precios reales de los cuatro trimestres de 2018, para el caso de consumidores tipo (3.000 kWh/año).

Es indiscutible que durante 2018 la aplicación de la nueva tarifa a que se referían las cartas suponía un incremento del 13,87%. Se insiste en que IBERDROLA no ha negado este extremo. Solo se ha referido a un mes aislado (el de octubre), irrelevante a los efectos expuestos en el informe incorporado al expediente.

4. La sanción que se propone no es proporcionada

La propuesta fija la sanción teniendo en cuenta la estimación de los perjuicios sufridos por los clientes de IBERDROLA que recibieron la carta y multiplicándola por dos, lo que resulta en una multa de 1.350.000 euros, la cual esta Sala considera proporcionada. En cambio, IBERDROLA objeta que ese importe da el mismo tratamiento a una comunicación de nuevas condiciones que no cumple todas las reglas de transparencia que a un supuesto en que no se hubiera realizado ninguna comunicación a los clientes, lo cual es arbitrario y desproporcionado. Añade que debería poder acogerse a una reducción del 20% por el mero pago de la sanción, sin reconocimiento de responsabilidad.

Al respecto de la proporcionalidad de la sanción, cabe citar la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de enero de 2020 (recurso 74/2017), la cual confirmó la proporcionalidad de una sanción de 900.000 euros impuesta por la CNMC a una compañía comercializadora, en aplicación del artículo 65.25 LSH, debido a la inclusión de una cláusula irregular en 2.946 contratos de suministro, que había permitido a la empresa obtener un beneficio de 66.724 euros en 2014. La sentencia señaló lo siguiente:

En estas condiciones, no puede afirmarse que la sanción impuesta lo haya sido sin respetar el principio de proporcionalidad ni, desde luego, sin motivar la cuantía de la sanción impuesta. Lo que no es posible es traducir las circunstancias tomadas en consideración en una cuantía exacta de multa. En tal sentido, aunque refiriéndose a las penas de multa, el Tribunal Constitucional ha

afirmado con reiteración (por todas STC 25/2011, de 14 de marzo) que “cuando los datos básicos del proceso de individualización de la pena puedan inferirse de los hechos probados, no resultan constitucionalmente exigibles ulteriores razonamientos que los traduzcan en una cuantificación de pena exacta, dada la imposibilidad de sentar un criterio que mida lo que, de suyo, no es susceptible de medición (STC 98/2005, de 18 de abril , FJ 2, citando las SSTC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6 , y 136/2003, de 30 de junio , FJ 3)”. De ahí que haya de descartarse la vulneración de este principio como motivo de nulidad y también como razón para que este Tribunal corrija el importe de la sanción impuesta.

Tal doctrina ha de considerarse plenamente aplicable al presente asunto, en el cual el número de consumidores afectados y la cuantía del beneficio de la empresa es sensiblemente mayor, sin que corresponda pronunciarse en esta resolución sobre un hipotético pago de la sanción al amparo del artículo 85 de la Ley 39/2015.

A ello debe añadirse que, de forma extraordinariamente prudente, el informe partió de la presunción (muy favorable a la empresa) de que la mitad de los clientes que recibieron la carta llamaron a IBERDROLA para optar por el mantenimiento de su tarifa vigente. Además, el informe estimó el beneficio económico solo para el primer año de facturación, sin tener en cuenta que muchos consumidores podrían mantenerse en esa tarifa en años sucesivos, ya sin el descuento del 10% sobre ambos términos, de modo que el beneficio a largo plazo sería mayor.

Al respecto, IBERDROLA se ha limitado a señalar que el anterior modo de determinar la sanción aplicable da el mismo tratamiento a una comunicación de nuevas condiciones de forma no transparente que a un supuesto en que no se hubiera procedido a realizar ninguna comunicación a los clientes. Este razonamiento no tiene en cuenta que, precisamente debido a que se envió la carta, la propuesta presumió, de modo favorable a la inculpada, que la mitad de los clientes reaccionaron llamando a la empresa para mantener su tarifa.

Es elocuente que IBERDROLA cuestione los datos del mes de octubre (silencia lo que ocurrió el resto de meses y en conjunto en 2018), y sin embargo no objete realmente las presunciones sobre el beneficio obtenido, efectuadas muy claramente a su favor.

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 no concurre ninguna de las circunstancias agravantes del comportamiento enjuiciado, ahora bien, el comportamiento negligente de IBERDROLA desconoció las medidas de protección de un conjunto muy amplio de consumidores –en concreto, 45.684- por lo que el elemento determinante de la sanción a imponer debe venir determinado por la importancia del daño causado y del beneficio obtenido, en atención al apartado b) del artículo 112 LSH. La forma en que la comunicación y la modificación contractual (con aumento del precio) se produjo, ha supuesto que IBERDROLA haya obtenido beneficios debido a la mera inactividad del consumidor. Como no es posible determinar con precisión el impacto o beneficio obtenido, y debido a que incluso se puede seguir obteniendo porque existen consumidores en esta situación, ha de procederse a una aproximación al mismo, en los términos del informe de la Subdirección de Gas Natural que consta en el expediente.

En el mismo se adopta una aproximación muy conservadora según la cual solo el 50% de los 45.684 clientes que recibieron la comunicación vieron modificadas sus condiciones contractuales y se les aplicó el nuevo precio. En este supuesto, se estima que el beneficio obtenido por la comercializadora teniendo en cuenta solo el primer año de facturación sería de 678.407€.

Muchos de estos consumidores podrían continuar en dicha tarifa Gas Iberdrola Hogar en años sucesivos, por lo que el beneficio a largo plazo sería mayor, teniendo además en cuenta que el descuento del 10% aplicado sobre los términos fijo y variable sólo se mantiene durante los primeros 12 meses, como se informa en la comunicación. No obstante, esta prolongación temporal no se ha tenido en cuenta a la hora de establecer la sanción.

Teniendo en cuenta que la Ley 34/1998 establece en su artículo 113 la regla de que la sanción se eleve hasta el límite del doble del beneficio derivado de la conducta ilícita se considera oportuno imponer una multa de un millón trescientos cincuenta mil euros (1.350.0000), que es el doble del beneficio estimado obtenido por la comercializadora En todo caso, 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.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. 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 trescientos cincuenta mil euros (1.350.000) 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.

Voto particular que formula el Consejero D. Mariano Bacigalupo Saggese en relación con la Resolución del procedimiento sancionador incoado a Iberdrola Clientes, S.A.U. por presunto incumplimiento de las medidas de protección al consumidor (SNC/DE/143/19), adoptada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con fecha 27 de mayo de 2021.

Emito el presente voto particular pues discrepo respetuosamente del criterio mayoritario de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC que considera que la infracción imputada en el procedimiento sancionador al que pone fin la resolución objeto de este voto no había prescrito cuando dicho procedimiento se incoó.

A mi juicio, la infracción imputada [ex artículo 110 t) en conexión con el artículo 57 bis f) y g) de la LSH], consistente en la vulneración del derecho de los consumidores a “*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*” y a “*recibir información transparente sobre los precios, tarifas y condiciones generales aplicables al acceso y al uso de los servicios de gas*” (en este caso, mediante el envío de cartas a clientes que contenían información poco transparente), es una **infracción de peligro abstracto, no de lesión** (o de resultado lesivo). Ello implica que **no se requiere la producción de ningún resultado lesivo del bien jurídico protegido posterior a la acción típica** (ni siquiera la producción de un peligro concreto) para que la infracción se consuma. Por tanto, **no se puede diferir el *dies a quo* del plazo legal de prescripción a una fecha posterior a la de la realización de la acción típica** coincidente con la producción de un resultado lesivo que el tipo infractor no prevé ni exige para la consumación de la infracción. La infracción no consiste en inducir el consentimiento de modificaciones contractuales mediante información poco transparente sino lisa y llanamente en emitir tal información, y ello con entera independencia de si ésta produce efectos o no. En suma, el *dies a quo* del plazo legal de prescripción de la infracción imputada no es la fecha en la que eventualmente se haya perfeccionado una modificación contractual inducida por la información emitida o la fecha de aplicación efectiva de nuevos precios, tarifas o condiciones sobre las que se haya recibido información poco transparente, sino la fecha en la que la información emitida, carente de la debida transparencia, sale del ámbito de disposición de su emisor.

Por otro lado, tampoco juzgo admisible reconstruir la infracción imputada -de carácter activo (emisión de información poco transparente para los consumidores)- mutándola en una infracción omisiva (la infracción no consistiría en la emisión de información poco transparente, sino –sin más- en la omisión de información) con objeto de construir una *infracción permanente*, imprescriptible mientras no se interrumpa la omisión mediante la expresa corrección o complementación posterior de la información incompleta emitida. **La reconstrucción sobrevinida de la conducta infractora y la**

conceptuación de una infracción omisiva permanente prácticamente imprescriptible se compadecen mal con el principio al que sirve el instituto de la prescripción: la seguridad jurídica. La jurisprudencia citada en la resolución es de dudosa aplicación al caso que nos ocupa.

Atendidos ambos criterios jurídico-dogmáticos, he de concluir que la infracción imputada en este procedimiento había prescrito cuando éste se incoó pasados dos años desde que la infracción (una infracción activa de peligro abstracto) se consumó, por lo que procedía acordar el archivo del mismo.

La protección del consumidor es un objetivo prioritario de la regulación de los sectores energéticos y garantizar la observancia de las normas sectoriales dictadas a tal fin es un deber primordial de la autoridad reguladora, pero también lo es que ésta ejerza sus potestades con escrupuloso respeto a las garantías del Estado de Derecho, en particular las garantías del Derecho administrativo sancionador.

Madrid, a 27 de mayo de 2021

Voto particular que emite el Consejero D. Xabier Ormaetxea Garai en el procedimiento sancionador incoado a la empresa IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. por el presunto incumplimiento de las medidas de protección al consumidor (SNC/DE/143/19) aprobado por la Sala de Supervisión Regulatoria en la sesión de 27 de mayo de 2021

El Consejero que suscribe reitera su voto negativo al acuerdo citado y en consecuencia con el mismo presenta este voto particular para que conste adjunto a la resolución, en base a las siguientes consideraciones

La simple lectura de los hechos probados de la sanción permite concluir que cualquier eventual infracción ha prescrito. En efecto, según los hechos probados reconocidos en el procedimiento sancionador, **la infracción se habría producido porque Iberdrola Clientes S.A.U. envió a sus clientes una comunicación comercial en fecha de 18 de enero de 2018**, que no cumplía los requisitos de transparencia exigidos legalmente.

Esta consideración es importante, **porque los hechos declarados probados de una sanción constituyen uno de sus elementos fundamentales**, según el artículo 89.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El problema es que no se ha declarado hecho probado que Iberdrola Clientes S.A.U. haya modificado sus condiciones comerciales sin haber informado adecuadamente de forma anticipada. Si así fuera, es evidente que esta conducta omisiva no habría prescrito.

Ahora bien, el hecho probado se circunscribe al envío de una carta por la citada sociedad el 18 de enero de 2018, sin cumplir los requisitos legales exigibles, por lo que **es razonable considerar que la infracción ha prescrito, al haber transcurrido dos años, plazo de prescripción previsto legalmente**.

Estamos ante la comisión de un ilícito de actividad, no de resultado, y para ese ilícito de actividad debe de fijarse una fecha objetiva determinada, un “Dies a quo” objetivo e indubitado, pues de lo contrario estaríamos fijando un caso de conducta “imprescriptible” lo que contravendría todo principio de seguridad jurídica.

El derecho sancionador ya sea en la vía penal o la administrativa ha de ser radicalmente garantista y nunca puede descansar sobre principios de “equidad”. El requisito de que una conducta haya de ser antijurídica y culpable, no es suficiente si además no concurre el factor de ser punible. Sin en alguna disciplina legal el principio de “Dura lex, sed lex” ha de aplicarse con rigor, es en derecho sancionador. En nuestro caso solo puede ser considerado como fehaciente la fecha del envío de la carta irregular. Lo contrario podría generar inseguridad jurídica a los sujetos cuya fiscalización depende de esta Comisión. Además, en ese sentido, alterar los hechos probados en la propuesta de sanción sin haber dado audiencia al interesado podría constituir un supuesto de nulidad de pleno Derecho.

No puede sustentarse la inexistencia de prescripción sobre la base de considerar que no consta fehacientemente la fecha de recepción de la comunicación del cambio de condiciones a los consumidores **dado que la normativa no exige la constancia fehaciente de la recepción de esta comunicación**, y este criterio si se generalizase, llevaría a imponer una exigencia no prevista legalmente a los agentes comercializadores a tal efecto me remito a lo que fija expresamente, el artículo 85.1 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica.

Madrid, a 27 de mayo de 2021