

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA EMPRESA NATURGY IBERIA, S.A., POR INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR PRODUCIDO POR CAMBIOS DE COMERCIALIZADOR.

SNC/DE/003/20

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario de la Sala

D. Miguel Bordiu García-Ovies, Secretario del Consejo

En Madrid, a 18 de noviembre de 2021

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

ANTECEDENTES

PRIMERO. Actuaciones previas.

- En el marco del expediente IS/DE/044/17, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) requirió a NATURGY IBERIA, S.A. en fecha 4 de febrero de 2019, la aportación los medios y soportes correspondientes que acreditasen el consentimiento de un listado de CUPS seleccionados, activados entre el 1 de julio de 2017 al 30 de junio de 2018.

Mediante documento de fecha 7 de marzo de 2019, que tuvo entrada en el Registro de la CNMC ese mismo día, NATURGY IBERIA, S.A. contestó con el contenido que consta incorporado a las actuaciones previas del presente procedimiento.

- Mediante oficio de fecha 17 de mayo de 2019, la CNMC solicitó a NATURGY IBERIA, S.A. documentación adicional en relación con una lista de códigos

unificados de puntos de suministro (CUPS), dado que la documentación previamente aportada no acreditaba el consentimiento del titular al cambio de comercializador, con el contenido que consta incorporado a las actuaciones previas del presente procedimiento.

Con fechas sucesivas de 5, 10 y 16 de julio de 2019, NATURGY IBERIA, S.A. procedió a contestar, resultando los diez CUPS siguientes sobre los cuales dicha empresa comercializadora no aportó, junto con el contrato de cambio de comercializador suscrito con el titular, documento individual e independiente de renuncia a la aplicación del bono social, conforme el modelo contenido en el anexo VII del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica:

[INICIO CONFIDENCIAL]

CUPS	FECHA CONTRATO

[FIN CONFIDENCIAL]

SEGUNDO. Incoación del procedimiento sancionador.

El 26 de noviembre de 2020, de conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 64.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el Director de Energía de la CNMC acordó incoar un procedimiento sancionador dirigido contra NATURGY IBERIA, S.A. como persona presuntamente responsable de la infracción establecida en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, por el incumplimiento de medidas de protección al consumidor. En concreto, respecto de las medidas contenidas en los artículos 45 y 46 de la Ley 24/2013, desarrolladas por el artículo 5.5 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica,

Según el acuerdo de incoación, son diez los CUPS sobre los cuales la empresa no aportó documento individual e independiente de renuncia a la aplicación del bono social.

Dicho acuerdo de incoación fue puesto a disposición de la empresa electrónicamente el día 26 de noviembre de 2020. NATURGY IBERIA, S.A. accedió a la notificación el día 30 de noviembre, a las 8:58 horas, según obra en el expediente administrativo.

Con fecha 17 de diciembre de 2020, NATURGY IBERIA, S.A. solicitó la ampliación del plazo otorgado para formular alegaciones, que fue concedida mediante oficio de fecha 18 de diciembre de 2020 que fue notificado a la empresa el 21 de diciembre de 2020.

TERCERO. Cambio de Instructor del procedimiento

Con fecha 9 de diciembre de 2020 el Pleno del Consejo de la CNMC acordó el nombramiento de D^a. María Jesús Martín Martínez como Directora de Energía. Corresponde a la titular de la Dirección de Energía la instrucción del presente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (Ley 3/2013) y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (Estatuto Orgánico de la CNMC). Es, por consiguiente y con efectos desde el 11 de diciembre de 2020, instructora del presente procedimiento D^a. María Jesús Martín Martínez.

En cuanto al régimen de recusación del órgano instructor, son de aplicación las causas establecidas en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

CUARTO. Alegaciones de NATURGY IBERIA, S.A. al acuerdo de incoación.

Con fecha 4 de enero de 2021 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de NATURGY IBERIA, S.A. al acuerdo de incoación, en el que se manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Que *«el hecho de que NATURGY no haya podido aportar el documento de renuncia al bono social al que se refiere el art. 5.5. RD 897/2017 para 10 contratos concretos (4 incluidos en el requerimiento de información y 6 adicionales) es fruto de una situación excepcional que pudo darse en unos casos muy concretos que tuvieron lugar en una franja temporal muy acotada tal y como más adelante se explicará y no supone, en ningún caso, que esta compañía vulnerase con carácter general las medidas de protección al consumidor establecidas por la legislación sectorial aplicable»*.
- Que *«garantizar la puesta en funcionamiento en tiempo y forma del nuevo modelo de bono social imposibilitaba la implantación simultánea de todas las*

- medidas tecnológicas que asegurasen el cumplimiento del resto de las obligaciones establecidas en el RD 987/2017».*
- *Respecto de los centros de atención al cliente gestionados por empresas colaboradoras, alega que «en octubre de 2017, desde el grupo NATURGY se envió a los centros de atención/tiendas que están gestionados por empresas colaboradoras, una comunicación con las instrucciones que debían seguir dichos centros de conformidad con lo dispuesto por el RD 897/2017 para la atención y contratación de clientes que solicitasen la aplicación del bono social».*
 - *En relación con la contratación telefónica, alega que «adaptó la locución contractual a los nuevos requerimientos del RD 897/2017».*
 - *Sobre la contratación presencial, alega que «publicó y distribuyó su nuevo modelo de contrato adaptado al RD 897/2017. [...] NATURGY adoptó medidas con las empresas colaboradoras para asegurar la no captación de clientes con bono social. Así, en el contrato de colaboración con las empresas colaboradoras, se excluye expresamente la retribución de las captaciones de contratos que proviniesen de clientes que tuviesen bono social. Esta medida se implantó para asegurar que no había incentivo en la captación de clientes provenientes de bono social».*
 - *Con respecto a la contratación online, alega que «el proceso de contratación a través de la página web de NATURGY www.naturgy.es/hogar se adaptó para cumplir con los requisitos establecidos el artículo 5.5. RD 897/2017».*
 - *Que «una vez se hubieron implantado las medidas tecnológicas necesarias para posibilitar la contratación del nuevo bono social, se inició la implantación de los desarrollos informáticos necesarios para que NATURGY -la comercializadora en el mercado libre del grupo- mejorase el cumplimiento de lo establecido en el RD 897/2017, automatizando en sistemas todos los requisitos establecidos en el referido Real Decreto (incluida la imposibilidad de contratación de clientes con bono social)».*
 - *Que «desde finales del primer semestre del 2018, todas las solicitudes de contratación eléctrica remitidas vía ATR por NATURGY a las empresas distribuidoras van acompañadas del mencionado texto por el que se solicita a la empresa distribuidora que rechace la solicitud de contratación en caso de que constate que el cliente es beneficiario del bono social con su comercializadora saliente. Por tanto, desde esa fecha, todas las contrataciones de clientes beneficiarios del bono social vienen rechazadas por la distribuidora y el sistema informático de NATURGY impide la grabación y alta del contrato de suministro sin la comprobación previa de la existencia de la carta de renuncia. [...]. Desde la referida implantación, por seguridad, para que un cliente con bono social concedido en su comercializadora saliente pueda contratar la luz con NATURGY debe acudir a una Tienda Naturgy y firmar allí el documento de renuncia al bono social con el contenido del Anexo VII del RD 897/2017 junto con contrato de suministro o hacerlo a través de la página web de la compañía».*

- Con respecto a la «vulneración del principio de tipicidad, legalidad, culpabilidad y responsabilidad», alega que «los principios de legalidad y tipicidad, consagrados por el art. 25 de la Constitución Española, comportan en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración una doble garantía: la obligación de que las infracciones administrativas estén previstas en la Ley; y la exigencia de una precisa definición de la conducta que la Ley considere constitutiva de infracción, así como de la sanción correspondiente, que será el principio de tipicidad propiamente». Añade que «en el caso que nos ocupa no existe ni dolo ni culpa porque todas las empresas del grupo y NATURGY, pusieron todos los medios tanto económicos, tecnológicos como humanos que estaban a su alcance en los meses posteriores a la entrada en vigor del RD 897/2017 para dar cumplimiento a las obligaciones incorporadas por dicha norma sin periodo transitorio. [...]. Por ello, el hecho de que en 10 contrataciones - referidas a unos canales de contratación concretos y a un periodo temporal muy acotado- no se haya podido aportar el documento de Renuncia al Bono Social a que se refiere el art. 5.5 RD 897/2017 no puede, en ningún caso, asociarse a una conducta culposa o dolosa de esta compañía. Como máximo, el hecho de que NATURGY no hubiese logrado implementar de forma inmediata todas las medidas y controles detallados en la alegación segunda del presente escrito podría eventualmente - y como máximo- asimilarse a la simple inobservancia de una de las obligaciones de la norma en un periodo temporal muy concreto. Sin embargo, esa eventual inobservancia – que no lo fue- no podría en ningún caso asimilarse al dolo ni a la culpa pues eso supondría realizar una interpretación que ya forma parte del pasado y quedó superada en la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público».
- Sobre el principio de proporcionalidad, alega que «sin perjuicio de lo señalado en los argumentos anteriores en el sentido de que no se ha cometido ningún tipo de infracción, para el negado e hipotético supuesto que no se apreciaran estos argumentos, la sanción a aplicar debe ser proporcionada a los hechos y circunstancias concurrentes».

Por todo lo anterior, NATURGY IBERIA, S.A. concluye su escrito de alegaciones solicitando a la CNMC que dicte Resolución «declarando la inexistencia de responsabilidad de Naturgy Iberia, S.A. y archivando el expediente sancionador incoado a esta compañía».

QUINTO. Incorporación de documentación al expediente.

Mediante diligencia de fecha 30 de julio de 2021 se incorporaron al expediente las cuentas de NATURGY IBERIA, S.A. correspondientes al año 2019, último disponible, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil de Madrid de 29 de julio de 2021. De acuerdo con la misma el importe neto de la cifra de negocios fue de 3.515.075 euros.

SEXTO. Propuesta de Resolución.

El 1 de septiembre de 2021 la Directora de Energía formuló propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, propuso adoptar la siguiente resolución:

“ACUERDA

Proponer a la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO. *Declare que NATURGY IBERIA, S.A. es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del cambio de comercializador con pérdida del bono social de diez consumidores vulnerables sin aportación del preceptivo documento expreso de renuncia.*

SEGUNDO. *Imponga a NATURGY IBERIA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de diez mil (10.000) euros por cada uno de los diez cambios de suministro probados, por un total de cien mil (100.000) euros salvo que, con carácter previo a la aprobación de la Resolución, dicha sociedad ejercite la opción de reconocer voluntariamente su responsabilidad, en cuyo caso la multa se reducirá a ochenta mil (80.000) euros; pudiendo ejercitar, además, la opción de pago voluntario, en cuyo caso, el importe a ingresar en la cuenta corriente titularidad de la CNMC será de sesenta mil (60.000) euros.*

Con fecha 14 de septiembre de 2021 a las 8:32 horas, NATURGY IBERIA, S.A. accedió a la notificación de la propuesta de resolución practicada que había sido puesta a su disposición el día 8 de septiembre, según obra en el expediente administrativo.

SÉPTIMO. Falta de alegaciones de NATURGY IBERIA, S.A. a la propuesta de resolución y pago en concepto de multa por parte de NATURGY IBERIA, S.A.

NATURGY IBERIA, S.A. no ha presentado alegaciones a la propuesta de Resolución

Consta a esta Comisión que el pago de la sanción en su importe reducido (40%) por 60.000 euros se produjo el día 18 de octubre de 2021, con fecha valor del mismo día.

OCTAVO. Finalización de la instrucción y elevación del expediente al Consejo.

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por la Directora de Energía, mediante escrito de fecha 18 de octubre de 2021, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 23.a) 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.

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, en el presente procedimiento sancionador se considera

HECHO PROBADO

ÚNICO. En el periodo comprendido entre las fechas de 1 de diciembre de 2017 y 19 de abril de 2018, NATURGY IBERIA, S.A. efectuó diez cambios de suministro de consumidores vulnerables con pérdida del bono social sin que se hubiera acreditado consentimiento expreso por parte de estos, en los términos regulados en el apartado 5 del artículo 5 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

De las actuaciones previas practicadas, que constan incorporadas al procedimiento, resultan los diez CUPS siguientes sobre los cuales dicha empresa comercializadora no aportó a esta Comisión, junto con el contrato de cambio de comercializador suscrito con el titular, documento individual e independiente de renuncia a la aplicación del bono social, conforme el modelo contenido en el anexo VII del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica:

FIRMADO DIGITALMENTE -

[INICIO CONFIDENCIAL]

CUPS	FECHA CONTRATO

[FIN CONFIDENCIAL]

Además de como resultado de las actuaciones previas practicadas, según consta, este hecho ha sido reconocido tácitamente por NATURGY IBERIA, S.A. en su escrito de alegaciones de fecha 30 de diciembre de 2020, al poner de manifiesto que *«el hecho de que NATURGY no haya podido aportar el documento de renuncia al bono social al que se refiere el art. 5.5. RD 897/2017 para 10 contratos concretos (4 incluidos en el requerimiento de información y 6 adicionales) es fruto de una situación excepcional que pudo darse en unos casos muy concretos que tuvieron lugar en una franja temporal muy acotada»* y que *«el hecho de que en 10 contrataciones - referidas a unos canales de contratación concretos y a un periodo temporal muy acotado- no se haya podido aportar el documento de Renuncia al Bono Social a que se refiere el art. 5.5 RD 897/2017 no puede, en ningún caso, asociarse a una conducta culposa o dolosa de esta compañía»*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC.

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013 y al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Directora de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético, debiendo realizar la Propuesta de Resolución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley del Sector Eléctrico corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones graves por la infracción tipificada en el artículo 65.25 de dicha Ley.

En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC la Resolución de este procedimiento.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE.

Resultan de aplicación las especificaciones procedimentales dispuestas en el capítulo II del Título X de la Ley del Sector Eléctrico. En este sentido, conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley del Sector Eléctrico, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de dieciocho meses.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, en particular, sus artículos 63, 64, 85, 89 y 90, en los que se contemplan especialidades relativas al procedimiento sancionador. 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).

III. TIPIFICACIÓN DEL HECHO PROBADO.

El artículo 65 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, contempla entre las infracciones graves, en su apartado 25: *“El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad de las obligaciones de mantenimiento y correcto funcionamiento de un servicio de atención a las quejas, reclamaciones, incidencias en relación al servicio contratado u ofertado, solicitudes de información sobre los aspectos relativos a la contratación y suministro o comunicaciones, que incluya un servicio de atención telefónica y número de teléfono, ambos gratuitos, así como de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo, en especial las relativas a los consumidores vulnerables.”*

Por su parte, los artículos 45 y 46 de la misma Ley desarrollan el derecho de los consumidores vulnerables al bono social y las obligaciones de los comercializadores de energía eléctrica en relación al suministro, respectivamente.

La normativa de desarrollo de las medidas de protección al consumidor se encuentra establecida en el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica. Así, en su artículo 5 se detallan las obligaciones de información para la protección al consumidor que cumpla los requisitos para ser considerado vulnerable.

Cuando un consumidor que esté acogido al bono social pretenda cambiarse al mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente al consumidor de que la suscripción del nuevo contrato en el mercado libre comportará que no resulte de aplicación el bono social. Añade, el segundo párrafo del apartado 5 del citado artículo 5 del Real Decreto 897/2017, que la mencionada información debe constar en documento individual e independiente, que llevará por título «Renuncia a la aplicación del bono social» y estar debidamente firmado por el consumidor. En el Anexo VII del citado precepto consta el modelo con el contenido de este escrito de renuncia.

De igual modo, con respecto a los consumidores acogidos al mercado regulado (PVPC) que, sin ser perceptores del bono social, tengan voluntad de suscribir un contrato en mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente de que, si el consumidor cumpliera los requisitos para acogerse al bono social, la suscripción del nuevo contrato impedirá la aplicación de aquél.

Por lo expuesto, considerando que NATURGY IBERIA, S.A. procedió, según el Hecho Probado, al cambio de diez suministros de consumidores vulnerables sin haber acreditado que disponía del documento de «renuncia a la aplicación del bono social», comportando la pérdida del bono social, esta conducta es subsumible en el tipo sancionador previamente descrito.

Respecto del principio de tipicidad, NATURGY IBERIA, S.A. ha alegado que *«los principios de legalidad y tipicidad, consagrados por el art. 25 de la Constitución Española, comportan en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración una doble garantía: la obligación de que las infracciones administrativas estén previstas en la Ley; y la exigencia de una precisa definición de la conducta que la Ley considere constitutiva de infracción, así como de la sanción correspondiente, que será el principio de tipicidad propiamente»*.

El régimen administrativo sancionador permite, sin contravenir la reserva de ley contemplada en el artículo 25.1 de la Constitución, la colaboración reglamentaria como es el supuesto que ahora nos ocupa del tipo sancionador regulado en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013. En el presente caso, la medida de protección al consumidor cuyo incumplimiento se tipifica está prevista directamente en la ley sectorial, de manera que el desarrollo reglamentario establecido en el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, no hace sino precisar los detalles del ejercicio del derecho del consumidor; en ese supuesto, a cambiar de suministrador, resultando que la colaboración de la citada disposición reglamentaria es perfectamente compatible con el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución.

En efecto, no cabe duda de que el derecho al bono social se encuentra reconocido de forma taxativa entre el catálogo de derechos de los consumidores enumerados en la Ley y, por consiguiente, en este supuesto también tiene perfecto acomodo constitucional la colaboración reglamentaria que el apartado 5 del citado artículo 5 del Real Decreto 897/2017 comporta.

La norma sectorial dedica su artículo 45 a la regulación de la figura del consumidor vulnerable y al derecho que dichos consumidores tienen reconocido por ley a acogerse al bono social y, por otra parte, la disposición reglamentaria desarrolla, a nivel de detalle, entre otras cuestiones, el procedimiento para que un consumidor pueda solicitar el bono social, las condiciones de renovación, la

obligación del consumidor de comunicar cualquier cambio en las condiciones que dan derecho a su percepción y, los requisitos documentales que deben cumplir los comercializadores entrantes en los supuestos de contrataciones con pérdida del bono social.

Por consiguiente, proceder al cambio de tarifa de los consumidores vulnerables con el efecto de la pérdida del bono social sin aportar el documento de «Renuncia a la aplicación del bono social» es una conducta plenamente subsumible en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013. El derecho del consumidor vulnerable tanto al bono social como a su renuncia de forma voluntaria vienen contemplados en la Ley. Que el nivel de detalle, respecto al mecanismo -firma del documento de renuncia expresa- a través del cual el consumidor que voluntariamente decide cambiar de tarifa deja constancia de tal circunstancia, se regule en una norma de desarrollo no comporta vulneración del principio de tipicidad ni de legalidad, procediendo desestimar en consecuencia la alegación al respecto de NATURGY IBERIA, S.A.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN.

IV.1. Consideraciones generales sobre la culpabilidad.

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

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que señala: *«Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa».*

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

«Por último, en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa,

debe señalarse que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta. No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe».

IV.2. Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso

La diligencia que es exigible a un comercializador en su condición de sujeto de mercado implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos. Entre ellas, se encuentra la ya mencionada obligación de garantizar el derecho de los consumidores vulnerables al bono social y asegurarse documentalmente de que, en el caso de producirse un cambio de suministro que comporta renuncia del mismo, esa sea la voluntad inequívoca del consumidor. Para ello el reglamento de aplicación ha dispuesto que la comercializadora que vaya a suscribir el nuevo contrato deberá disponer de un documento de renuncia expresa del bono social. Ello comporta la necesidad de aplicar con carácter previo a la activación de cualquier contrato de suministro, los controles eficaces y suficientes que permitan al comercializador entrante estar seguro de la voluntad de cambio del consumidor, en los términos exigidos en la norma.

En el presente caso, esta Sala comparte la consideración realizada por la instrucción en su propuesta relativa a que tales controles previos no alcanzaron la obtención del preceptivo documento expreso de renuncia a la aplicación del bono social en los diez casos imputados a NATURGY IBERIA, S.A., constituyendo ello una negligencia punible en este procedimiento.

La constatación de la falta de diligencia exigible al comercializador, a título de culpa negligente en los diez casos imputados, se puede advertir al considerar la alegación de NATURGY IBERIA, S.A. cuando pone de manifiesto que *«desde finales del primer semestre del 2018, todas las solicitudes de contratación eléctrica remitidas vía ATR por NATURGY a las empresas distribuidoras van acompañadas del mencionado texto por el que se solicita a la empresa distribuidora que rechace la solicitud de contratación en caso de que constate que el cliente es beneficiario del bono social con su comercializadora saliente. Por tanto, desde esa fecha, todas las contrataciones de clientes beneficiarios del bono social vienen rechazadas por la distribuidora y el sistema informático de NATURGY impide la grabación y alta del contrato de suministro sin la comprobación previa de la existencia de la carta de renuncia».*

El hecho de que antes de la implementación de esa concreta medida de control, se produjeran diez cambios sin la existencia del preceptivo documento de

renuncia al bono social acredita sin lugar a dudas, en esos exclusivos casos, la falta de la debida diligencia a título de culpa negligente por parte de la comercializadora, que ahora es objeto de análisis, por cuanto se trata de actuaciones tendentes a dar cumplimiento a la previsión normativa en cuanto a la debida acreditación de la “renuncia”.

En su escrito de alegaciones a la incoación, y en cuanto al requisito de culpabilidad, señala expresamente NATURGY IBERIA, S.A. que “*Se pone de manifiesto que no nos encontramos ante situaciones que, de forma general, constituyan hechos culpables [...] de NATURGY y la Administración está incurriendo en vulneración del principio de [...] culpabilidad y por ello, en estrictos términos de defensa, no debe sancionarse a NATURGY.*”, “*En el presente supuesto queda acreditado que no existe tipicidad de los hechos que se pretenden sancionar y, en particular, que tampoco la responsabilidad y culpabilidad NATURGY. En el caso que nos ocupa no existe ni dolo ni culpa porque todas las empresas del grupo y NATURGY, pusieron todos los medios tanto económicos, tecnológicos como humanos que estaban a su alcance en los meses posteriores a la entrada en vigor del RD 897/2017 para dar cumplimiento a las obligaciones incorporadas por dicha norma sin periodo transitorio, tal y como ha quedado detallado en el presente escrito.*”

Por ello, el hecho de que en 10 contrataciones - referidas a unos canales de contratación concretos y a un periodo temporal muy acotado- no se haya podido aportar el documento de Renuncia al Bono Social a que se refiere el art. 5.5 RD 897/2017 no puede, en ningún caso, asociarse a una conducta culposa o dolosa de esta compañía. Como máximo, el hecho de que NATURGY no hubiese logrado implementar de forma inmediata todas las medidas y controles detallados en la alegación SEGUNDA del presente escrito podría eventualmente - y como máximo- asimilarse a la simple inobservancia de una de las obligaciones de la norma en un periodo temporal muy concreto. Sin embargo, esa eventual inobservancia – que no lo fue- no podría en ningún caso asimilarse al dolo ni a la culpa pues eso supondría realizar una interpretación que ya forma parte del pasado y quedó superada en la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público. Dicha Ley eliminó el título de imputación de “simple inobservancia”, excluyendo clara y expresamente la posibilidad (ya excluida por la jurisprudencia) de una responsabilidad administrativa cuya imputación no requiera al menos una actuación culpable.

*De lo anterior cabe concluir que **el legislador, en aplicación de la jurisprudencia mayoritaria de los últimos años, decidió excluir de la Ley 40/2015 la “simple inobservancia” como título para sancionar, limitando la responsabilidad del administrado únicamente a los supuestos en que haya existido dolo o culpa, elementos éstos que, atendida la realidad de los hechos, no han concurrido. Ello hace que no pueda sancionarse a NATURGY por los hechos que se le imputan.***”

Pues bien, en cuanto a la alegación de NATURGY IBERIA, S.A. respecto al hecho de que las empresas del grupo NATURGY se centraron en implementar las medidas facilitadoras de la contratación del bono social en la comercializadora de referencia, dada la existencia de sus limitaciones técnicas y de recursos, se considera que en modo alguno ello puede justificar que no se

adoptaran las medidas necesarias de acreditación en las propias tramitaciones de cambio de suministrador a mercado libre de la existencia de la renuncia expresa de los consumidores a su percepción del bono social.

Entre las obligaciones que son exigibles a las comercializadoras, especialmente destacan las relativas a la necesaria información que deben proporcionar - y recabo de consentimiento completo - a los consumidores y, muy especialmente, a aquellos que tienen la condición de vulnerabilidad y más cuando, debido a la propia actuación (tramitación contractual) van a perder tal condición lo cual exige una clara protección. Téngase en cuenta que son hechos con una horquilla temporal de diciembre 2017 a abril 2018, esto es, varios meses posteriores a octubre de 2017, fecha de establecimiento de las medidas de protección del consumidor acogido al bono social.

En el presente caso, lo cierto es que, en los casos objeto de este procedimiento, las condiciones procedimentales previstas por NATURGY IBERIA, S.A. no les permitieron controlar la obtención del documento de renuncia expresa al bono social requerido, así como la comprobación de su previa existencia. NATURGY IBERIA, S.A. no puede trasladar a los consumidores la carga de velar por el cumplimiento de tal obligación y no resulta admisible que no desplegara una mayor diligencia a la hora de comprobar tales extremos en los meritados diez casos.

Ello así resulta, sin perjuicio de señalar que el resto de medidas adoptadas conforme constan expresadas en las alegaciones de NATURGY IBERIA, S.A. y el volumen de casos detectados frente al total de la información requerida en el marco del expediente de supervisión, sean circunstancias que, sin afectar a la culpabilidad a título de negligencia en los diez casos que constan probados, han de tomarse en consideración al imponer la sanción que corresponda, en atención al principio de proporcionalidad invocado por NATURGY IBERIA, S.A.

En definitiva, la sociedad imputada actuó con una falta de diligencia en la configuración de las medidas de protección del proceso de cambio de suministrador que podían haberse mejorado con carácter previo, como ha sucedido posteriormente, al objeto de obtener la referida “renuncia”.

V. SANCIÓN QUE SE IMPONE POR LA INFRACCIÓN COMETIDA.

El artículo 67.1.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, establece que se impondrá al infractor multa por importe no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros por la comisión de una infracción grave.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 67 determina que *“Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del infractor o de la antijuridicidad del hecho, o si atendida la situación económica del*

infractor, en razón de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que resulten acreditadas, la sanción resultase manifiestamente desproporcionada, el órgano sancionador podrá determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase o clases de infracciones que precedan en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate”.

El artículo 67.4 de la citada Ley y el artículo 29.3 de la Ley 40/2015, relativos al principio de proporcionalidad, reúnen los criterios generales para la graduación de la cuantía de la sanción. Así, la norma sectorial determina:

«4. En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.*
- b) La importancia del daño o deterioro causado.*
- c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro.*
- d) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.*
- e) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.*
- f) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma entidad cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.*
- g) El impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.*
- h) Cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el mayor o menor grado de reprobabilidad de la infracción.»*

Asimismo, se deja constancia de que, a efectos de respetar el límite máximo establecido en el artículo 67.2 de la Ley 24/2013, se ha incorporado al procedimiento extracto de la nota informativa del depósito de las últimas cuentas disponibles de esa comercializadora (2019), incluyendo la declaración del importe neto de su cifra de negocio.

En este contexto ((i) inexistencia de peligro para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente en la infracción cometida y de perjuicios en la continuidad y regularidad del suministro, (ii) incidencia lesiva sobre los derechos de un colectivo objeto de especial protección, (iii) ulteriores medidas generales adoptadas para evitar casos como los imputados, y (iv) afectación de un porcentaje relativamente pequeño respecto al número total de cambios de comercializador efectuados durante el periodo analizado) el instructor del procedimiento propuso la imposición de una multa de 100.000 euros (10.000 euros por cada uno de los casos probados y correspondiente a las infracciones en grado leve); la cual, considerando la actuación acreditada, y su afectación a diez consumidores, esta Sala estima proporcionada.

Como casos de terminación del procedimiento, el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, contempla tanto el caso de reconocimiento de responsabilidad como el de pago voluntario, previos a la resolución del procedimiento. Asimismo,

el apartado 3 de este artículo 85 prevé que, tanto en el caso de reconocimiento de responsabilidad como en el de pago voluntario de la multa con anterioridad a la resolución del procedimiento, y cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplique reducciones de, al menos, el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstas acumulables entre sí, las cuales quedan condicionadas al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

Debe señalarse que en la propuesta de resolución ya se indicada que NATURGY IBERIA, S.A. como presunta infractora, podía reconocer voluntariamente su responsabilidad. Asimismo, en la propuesta se reseñaba que NATURGY IBERIA, S.A. podía efectuar el pago voluntario de la sanción. Expresamente se reseñaba en cada una de las opciones la aplicación de una reducción del 20% sobre el importe de la sanción y que, en caso de ejercitarse ambas opciones, se aplicaría una reducción del 40% sobre el importe de la sanción.

Pues bien, en el presente caso, se ha tenido conocimiento del pago por parte de NATURGY IBERIA, S.A. por un importe de 60.000 euros, en concepto de “SNC/DE/003/20”. Consta que con fecha 18 de octubre de 2021 NATURGY IBERIA, S.A. ha procedido a pagar la sanción determinada en la Propuesta de Resolución del procedimiento, aplicando un 40% de reducción.

Sin embargo, NATURGY IBERIA, S.A. no ha realizado un reconocimiento de su responsabilidad durante la tramitación del procedimiento ni con anterioridad a la aprobación de la presente resolución. En el presente caso, NATURGY IBERIA, S.A. ha rechazado tal posibilidad al no haber efectuado alegaciones a la propuesta de resolución y, además, haber rechazado de un modo expreso su responsabilidad y culpabilidad en su escrito de 30 de diciembre de 2020 de alegaciones al acuerdo de incoación, en los términos reseñados en el mismo según consta en el expediente administrativo y según se ha contemplado en la presente resolución.

Esto es, en ningún momento NATURGY IBERIA, S.A. ha manifestado su voluntad ni ha exteriorizado su conformidad con la tipificación, imputabilidad ni la sanción propuestos. En efecto, no cabe aceptar el mero pago con la reducción del 40% como reconocimiento por cuanto el mismo no es expreso ni claro, de modo que no garantiza la necesaria seguridad jurídica y, por ende, no se ajusta al espíritu y finalidad del artículo 85 de la Ley 39/2015, el cual asigna a tal reconocimiento una reducción de la sanción propuesta de un 20% condicionada a la renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa. NATURGY IBERIA, S.A. no ha efectuado tampoco renuncia alguna. En los términos reseñados de ausencia alguna de pronunciamiento por parte de la empresa, es evidente que no se cumplen los presupuestos que exige esta opción de

reducción, regida por criterios de simplificación administrativa y celeridad del procedimiento.

No se trata aquí de negar el acceso a la vía contencioso-administrativa de los recursos frente a resoluciones sancionadoras en las que medie un reconocimiento de responsabilidad, lo cual ni siquiera hace la propuesta de resolución. Sin embargo, de aceptarse el propio pago reducido como asunción de responsabilidad y renuncia de acciones, se estaría admitiendo un mero formulismo hueco que concedería al infractor un beneficio (una reducción) sin contrapartida alguna, lo cual es ajeno al cierto carácter transaccional de la finalización del procedimiento por reconocimiento de responsabilidad del infractor.

En definitiva, no cabe admitir, en tales circunstancias, que NATURGY IBERIA, S.A. haya efectuado un verdadero reconocimiento de responsabilidad, de modo que no cabe aceptar la correspondiente reducción del 20% por este concepto prevista en el apartado 1 del artículo 85 de la Ley 39/2015.

De este modo, al haberse producido el pago voluntario de la multa en la cuenta indicada por la propuesta de resolución, procede aplicar únicamente la reducción del 20% al importe de la sanción de 100.000 euros propuesta, quedando la misma en 80.000 euros.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que NATURGY IBERIA, S.A. es responsable de la comisión de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de las medidas de protección de los consumidores vulnerables, respecto de diez cambios de suministro.

SEGUNDO. Imponer a la citada empresa una sanción consistente en el pago de una multa por un total de cien mil (100.000) euros por la comisión de la citada infracción grave, de los cuales el interesado ha abonado sesenta mil (60.000) euros, al haber considerado que era procedente una reducción de un 40% en aplicación del artículo 85.3 de la Ley 39/2015.

TERCERO. Declarar que NATURGY IBERIA, S.A. ha aplicado indebidamente la reducción del 20% del importe de 100.000 euros por reconocimiento de responsabilidad que establece el artículo 85.3 de la Ley 39/2015, por los motivos expuestos en el fundamento de derecho V de esta resolución, de modo que deberá proceder al ingreso de dicho 20% (20.000 euros) correspondiente a la reducción indebidamente aplicada.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a la interesada.

La presente Resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.