

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A CHCUATRO GAS COMERCIALIZADORA, S.L. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ECONÓMICAS EN CASO DE DESBALANCE.

SNC/DE/157/22

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

D.^a María Ortiz Aguilar

D.^a María Pilar Canedo Arrillaga

Secretaria

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 22 de junio de 2023

De acuerdo con la función establecida en el artículo 116 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la Sala de la Supervisión Regulatoria, resuelve:

I. ANTECEDENTES

Primero. Denuncia presentada del Gestor Técnico del Sistema.

El 23 de marzo de 2022, se recibió en el registro de la CNMC un escrito de ENAGAS, GTS, S.A.U., Gestor Técnico del Sistema gasista, en el que denunciaba el impago por parte de la sociedad CHCUATRO GAS COMERCIALIZADORA, S.L. (CHCUATRO) de los pagos en conceptos de desbalances en el **período comprendido entre el 1 de diciembre de 2020 y el 8 de marzo de 2022 por una cantidad de 2.742.508,08 €** cantidad pendiente una vez ejecutadas las garantías depositadas por CHCUATRO.

Segundo. Incoación y archivo de las actuaciones correspondientes al procedimiento SNC/DE/097/22 e incoación del presente procedimiento sancionador.

Con fecha 15 de junio de 2022, la Directora de Energía formuló acuerdo de incoación contra CHCUATRO por la presunta infracción muy grave establecida en el artículo 109.1 z) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en los siguientes términos: *«El incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance derivadas de la regulación establecidas por las Normas de Gestión Técnica del sistema»*.

El acuerdo fue notificado al domicilio de la comercializadora que constaba en las bases de datos de la CNMC, así como en el Registro Mercantil. No siendo posible la notificación por dirección desconocida se procedió a publicar el tablón edictal del Boletín Oficial del Estado.

Conocida la declaración de concurso de CHCUATRO GAS COMERCIALIZADORA, S.L., posteriormente a la publicación del acuerdo de incoación en el tablón edictal, así como el nombramiento de Administrador concursal, y al objeto de evitar cualquier situación de indefensión, se procedió al archivo de las actuaciones correspondientes al sancionador SNC/DE/097/22 y a la apertura del presente procedimiento sancionador, mediante Acuerdo de 24 de octubre de 2022, adoptado por la Directora de Energía, 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 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.

Los hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaron como una infracción muy grave establecida en el artículo 109.1 z) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, estando, en concreto, tipificada en los siguientes términos: «*El incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance derivadas de la regulación establecidas por las Normas de Gestión Técnica del sistema*». Asimismo, el acuerdo señaló que la sanción que lleva aparejada la comisión de una infracción muy grave es la imposición de una multa de hasta 30.000.000 euros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley 34/1998.

El apartado IX del acuerdo de incoación señaló expresamente que, en caso de no efectuarse alegaciones en el plazo de diez días, el acuerdo de incoación sería considerado propuesta de resolución por la cual se propuso al órgano competente para resolver que declare a CHCUATRO responsable de la citada infracción muy grave del artículo 109.1.z) de la Ley 34/1998 y le imponga una sanción de multa por importe de 2.000.000 €, sin perjuicio de la posibilidad de acogerse a las reducciones previstas en el artículo 85 de la Ley 39/2015 que en dicho acuerdo se expresaban.

El acuerdo de incoación fue notificado el 2 de noviembre de 2022, en el domicilio del administrador concursal de la empresa.

Tercero. Alegaciones de la interesada a la apertura del procedimiento sancionador.

El 2 de diciembre de 2022, tras una subsanación efectuada por la interesada y una ampliación del plazo para presentar alegaciones, tuvo entrada escrito de alegaciones de CHCUATRO en el que, resumidamente manifestó lo siguiente:

- Que existe nulidad de pleno derecho, tanto del sancionador SNC/DE/097/22 como del actual al no haberse respetado el procedimiento administrativo de notificación de actos administrativos, por haberse efectuado la notificación por correo ordinario y no por vía electrónica. Añade que no cabe aceptar la justificación de la CNMC relativa a su desconocimiento de la situación concursal de CHCUATRO para subsanar los errores de notificación del primer expediente.
- Que ha existido indefensión en vista de que el acuerdo de inicio no señala los motivos por los que los supuestos impagos por desbalances son

constitutivos de infracción ni se desarrollan los hechos ni los fundamentos en su contenido. A ello se añade que el primer acuerdo de incoación señalaba que la sanción correspondiente tendría un importe de 2,7 millones de euros mientras en el segundo acuerdo de incoación la sanción sería de un importe de 2 millones de euros y, por tanto, inferior.

- Que se da una insuficiencia de acreditación de las cantidades adeudadas pues, a pesar de que el importe pendiente de pago según la denuncia de ENAGAS es de 2.742.508,08 euros, dicha compañía habría manifestado ante la empresa y ante el administrador concursal cantidades diferentes, falta de concreción que determina la nulidad del acuerdo de incoación.

Por lo anterior, solicita la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de incoación adoptado en fecha 24 de octubre de 2022.

Cuarto. Incorporación de información mercantil.

Se encuentra incorporado al expediente, como Diligencias Previas, a los folios 20 a 140, copia del depósito de las últimas cuentas anuales disponibles de la empresa CHCUATRO GAS COMERCIALIZADORA, S.L., obtenido mediante nota expedida por el Registro Mercantil de Madrid el 8 de junio de 2022, correspondientes al ejercicio 2019. Con arreglo a dichas cuentas anuales el importe neto de la cifra de negocios de la empresa asciende a 27.068.178,61 euros.

Quinto. Orden de inhabilitación de la Subdirección General de Energía Eléctrica de la Dirección General de Política Energética y Minas.

En el BOE de fecha 5 de febrero de 2021, fue publicada la Orden TED/91/2021, de 4 de febrero, por la que se inhabilita a CHCUATRO GAS COMERCIALIZADORA, S.L. para el ejercicio de la actividad de comercialización de gas natural y se determina el traspaso de sus clientes a las comercializadoras de último recurso.

Sexto. Propuesta de resolución y ausencia de alegaciones de la interesada.

Con fecha 28 de febrero de 2023 la Directora de Energía de la CNMC formuló propuesta de resolución, en los siguientes términos:

Vistos los razonamientos anteriores, la Directora de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

ACUERDA PROPONER

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

PRIMERO. - Declare que CHCUATRO GAS COMERCIALIZADORA, S.L. es responsable de una infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en la letra z) del artículo 109.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance.

SEGUNDO. - Le imponga una sanción consistente en el pago de una multa de dos millones de euros (2.000.000 €).

La propuesta fue notificada en la dirección del Administrador concursal comunicada a estos efectos (folio 280).

La propuesta informó a la interesada sobre las opciones de reducción del importe de la sanción, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 de la misma Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Según lo indicado, la interesada no efectuó alegaciones a la propuesta de resolución.

Séptimo. 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.

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

Por escrito de 31 de marzo de 2023, la Directora de Energía remitió oficio a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el que puso de manifiesto la finalización de la instrucción, remitiéndose en consecuencia 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.

II. HECHOS PROBADOS

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

ÚNICO. La sociedad CHCUATRO GAS COMERCIALIZADORA, S.L., no ha cumplido en tiempo y forma con las obligaciones económicas previstas en caso de desbalance en el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2020 a 8 de marzo de 2022 por una cantidad de 2.742.508,08 €.

Así resulta acreditado:

- Del escrito de ENAGAS, GTS, S.A.U., Gestor Técnico del Sistema gasista, de 23 de marzo de 2022, en el que denuncia el impago por parte de la sociedad CHCUATRO GAS COMERCIALIZADORA, S.L. de los pagos en conceptos de desbalances en el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2020 a 8 de marzo de 2022 por una cantidad de **2.742.508,08 €** cantidad pendiente una vez ejecutada las garantías depositadas por CHCUATRO GAS COMERCIALIZADORA, S.L. (folios 1 a 3 del expediente)

En el fichero resumen que acompaña a dicho escrito (folio 2 del expediente) se desglosan los Conceptos Facturados, Fecha de Desbalances, Notas Agregadas, Facturas abono, Fecha de facturación, Fecha límite de pago, Importe adeudado, Cargo/Abono Estado de la deuda, Cantidad adeudada y Deuda acumulada, del que resulta que desde la primera semana de enero de 2022 hasta la semana del 15 al 21 de febrero de 2022, se produjeron una serie de desbalances que generaron cargos que no se cubrieron con las garantías existentes hasta una deuda acumulada de 2.723,429,90 €, siendo el resto de la deuda hasta los 2.742.508,08 €, desbalances menores resultado de los ajustes en liquidaciones posteriores tanto de punto virtual de balance como de tanque virtual de balance.

- Nuevo escrito presentado por ENAGAS, GTS, S.A.U. a requerimiento de esta Comisión, de fecha 21 de febrero de 2023, por la que se fija, a dicha fecha, la deuda mantenida por CHCUATRO por liquidaciones por desbalances en la cantidad de **2.776.565,14 €**, resultando el mayor importe de 34.057,06 €, de las liquidaciones y reliquidaciones correspondientes a los meses de mayo y junio de 2022 (folios 247 a 252 del expediente).

III. 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 de la Ley 34/1998, «*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito de sus competencias, y en lo que se refiere a los gases combustibles, será competente para imponer sanciones por la comisión de las infracciones administrativas siguientes*», entre las cuales figuran las tipificadas como muy graves en el artículo 109.1.z) de la Ley 34/1998.

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.

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; 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.

Segundo. Sobre las alegaciones de la interesada.

Con carácter previo al desarrollo de lo relativo al incumplimiento por CHCUATRO de sus obligaciones económicas en caso de desbalance, se analizan los argumentos de la empresa por los que solicita la nulidad de actuaciones por cuestiones formales. Según lo indicado, dichas supuestas razones de nulidad son, en síntesis, las siguientes:

- Que no se ha respetado la obligación de notificación electrónica.
- Que no se han justificado en el acuerdo de inicio los motivos por los que los supuestos impagos por desbalances son constitutivos de infracción ni se desarrollan los hechos ni los fundamentos, además de que la sanción a tenor del segundo escrito de incoación sería inferior a la señalada en el primero.

- Que no se ha acreditado el importe de los impagos sea de 2.742.508,08 euros.

Se da respuesta separada a cada una de esas alegaciones:

2.1. Sobre el medio de notificación empleado.

La interesada alega, en primer lugar, la nulidad de actuaciones con motivo del archivo del primer expediente sancionador (SNC/DE/097/22) y la incoación del actual SNC/DE/157/22, al considerar que tendría que haber un solo expediente administrativo en curso. Añade que la gestión de la notificación del expediente inicial fue irregular y contraria a derecho y su archivo nulo, lo cual afectaría al actual expediente, que también sería nulo de pleno derecho.

Dicha causa de nulidad debe rechazarse.

En primer lugar, a tenor del artículo 41.1 de la Ley 39/2015: *“Con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma”*.

Así resulta también de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2019 (recurso 535/2017) la cual, ante una alegación similar, declaró que lo esencial a la hora de determinar si una notificación es defectuosa es establecer si existió o no la posibilidad de conocer las notificaciones y ejercitar el derecho de defensa: *“lo trascendental es que la misma tuvo conocimiento de todas las resoluciones que se fueron dictando en el curso del procedimiento- lo que no se discute-, constando en el expediente la acreditación de las notificaciones efectuadas y ha podido formular las alegaciones, presentar las pruebas y articular los medios de defensa que ha estimado oportunos”*.

En el presente caso, no queda duda alguna de que la interesada ha tenido constancia de las notificaciones del procedimiento. Y lo verdaderamente relevante es que, no solo ha recibido dichas notificaciones, sino que ha podido efectuar cuantas alegaciones ha considerado oportunas en ejercicio de su derecho de defensa. Dichas alegaciones constan a los folios 192 a 242.

Por tanto, no concurre en este caso motivo de nulidad alguno, puesto que en la tramitación del expediente no se ha causado de ningún modo indefensión. Y ello con independencia de que la notificación inicial de la incoación se notificase por

vía postal en el domicilio social de la empresa que constaba en el Registro Mercantil de Madrid y en el domicilio que la propia empresa aportó a la CNMC a los efectos de su inclusión en el “Listado de comercializadoras de gas.

La incoación del segundo expediente tuvo lugar, por razones de mayor garantía y en prevención de todo asomo de indefensión. A este segundo expediente se trasladaron las diligencias del previo sancionador. Asimismo, tuvo lugar la notificación al administrador concursal con nuevo plazo de alegaciones, a fin de garantizar plenamente el derecho de defensa.

De ninguna manera ello supone un intento de subsanar un supuesto error de gestión del expediente previo, el cual, según lo indicado, fue objeto de archivo, para mayor seguridad. Aunque resulte obvio, no está de más indicar que no se ha incurrido durante la tramitación de los procedimientos en incumplimiento alguno de los plazos de prescripción o de caducidad.

Tampoco otras alegaciones relativas a aspectos formales de la tramitación han de suponer vicio alguno en la tramitación. En particular, la CNMC ha facilitado a CHCUATRO puntualmente y de manera completa toda la información solicitada por la interesada. Así, CHCUATRO dispone de la documentación íntegra de ambos expedientes, al haberse incorporado el previo al actual y al ser objeto de nueva remisión el expediente inicial con fecha 22 de noviembre de 2022.

2.2. Sobre la falta de justificación de la infracción y sobre la sanción incorporada a los acuerdos de inicio.

En segundo lugar, CHCUATRO ha alegado una supuesta causa de indefensión consistente en que el acuerdo de inicio no señala los motivos por los que los supuestos impagos por desbalances son constitutivos de infracción, ni desarrolla sus hechos o fundamentos de derecho, además de que la infracción que se incluye en el segundo acuerdo es inferior a la del primero, lo cual denotaría arbitrariedad.

Al respecto de la falta de motivación del acuerdo de inicio, debe señalarse que este se ajusta estrictamente al contenido previsto en el artículo 64 de la Ley 39/2015, como resulta de su mera lectura (folios 141 a 144):

- a) Identificación de la persona o personas presuntamente responsables.
- b) Los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

- c) Identificación del instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos.
- d) Órgano competente para la resolución del procedimiento y norma que le atribuya tal competencia, indicando la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad, con los efectos previstos en el artículo 85.
- e) Medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante el mismo de conformidad con el artículo 56.
- f) Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio, así como indicación de que, en caso de no efectuar alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, éste podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada.

Como es obvio, un acuerdo de incoación no incluye la completa motivación de las razones por las que se ha incurrido en infracción, ni un completo desarrollo de la fundamentación jurídica, sino que se limita a precalificar unos hechos a expensas de lo que resulte de la instrucción.

En particular, el acuerdo de inicio del expediente, de conformidad con el artículo 64 recién citado, señaló, entre otros aspectos, los hechos que podrían constituir infracción, el tipo infractor correspondiente y la sanción legalmente prevista:

II. Los hechos que motivan la incoación del presente procedimiento radican en el presunto incumplimiento del pago de la liquidación de los desbalances frente a ENAGÁS, GTS, S.A.U.

III. Esta conducta, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción del presente procedimiento, podría ser considerada como una infracción muy grave establecida en el artículo 109.1 z) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en adelante «Ley 34/1998»), estando, en concreto, tipificada en los siguientes términos: «El incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance derivadas de la regulación establecidas por las Normas de Gestión Técnica del sistema».

IV. La sanción que lleva aparejada la comisión de una infracción muy grave es la imposición de una multa de hasta 30.000.000 euros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley 34/1998.

La subsunción tan exacta de la conducta (impago de recargos por desbalance) en el tipo infractor (“incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance”) no ofrece dudas en este caso. Se trata de hechos que dieron lugar asimismo a la inhabilitación de CHCUATRO para el ejercicio de su actividad mediante la Orden TED/91/2021, de 4 de febrero.

Por otro lado, no se entiende bien la supuesta arbitrariedad que resulta de haberse incluido en el segundo acuerdo de inicio una propuesta de sanción inferior a la del primero. Lejos de causar indefensión, se trata de una decisión que favorece al interesado, y que en ningún caso puede ser causa de nulidad, como este alega. Sin perjuicio de las consideraciones que se efectúan en sede de determinación de la sanción, baste señalar ahora que, tal como explicó la propuesta de resolución, la reducción de la sanción propuesta en el segundo acuerdo de incoación obedece al propósito de no sancionar a la empresa con una sanción de multa cercana (aunque inferior) al 10% de su cifra de negocio.

2.3. Que no se ha acreditado el importe de los impagos sea de 2.742.508,08 euros.

Tampoco se puede acoger la alegación de CHCUATRO relativa a la falta de acreditación del importe de los impagos.

A la vista de las alegaciones de la empresa al acuerdo de inicio, y tal como consta acreditado en el expediente, la instructora efectuó un acto de instrucción con Enagás GTS (folio 243 a 246), al objeto de disponer de la mayor certeza posible sobre el importe de los impagos.

Como figura en los hechos probados, en respuesta al requerimiento efectuado en ese acto de instrucción, Enagás GTS manifestó que el importe de los impagos ascendía, no a los 2.742.508,08 € objeto de la denuncia inicial (folios 1 a 3 del expediente), sino a 2.776.565,14 €, resultando el mayor importe de las liquidaciones y reliquidaciones correspondientes a los meses de mayo y junio de 2022 (folios 247 a 252 del expediente). Sin perjuicio de ello, se ha incluido en los hechos probados la menor de esas cantidades, nuevamente en beneficio de la interesada, lo cual no puede merecer ningún reproche.

Tercero. Naturaleza de los cargos por desbalance.

Los cargos por desbalance están definidos en el artículo 9.3 y regulados en los artículos 19 a 23 del Reglamento (CE) n.º 312/2014 de la Comisión, de 26 de

marzo de 2014, por el que se establece un código de red sobre el balance del gas en las redes de transporte.

Dicho Reglamento fue desarrollado inicialmente por la Circular 2/2015, de 22 de julio, por la que se establecen las normas de balance en la red de transporte del sistema gasista, y en la actualidad se regulan por la Circular 2/2020, de 9 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen las normas de balance de gas natural, norma, vigente al tiempo de los hechos probados.

El artículo 15 de la Circular 2/2020 define el concepto de recargo por desbalance en los siguientes términos:

1. Los usuarios comenzarán cada día de gas con una cantidad de desbalance nula en el área de balance en PVB.
2. En el día después del día de gas, el gestor técnico del sistema calculará la cantidad de desbalance provisional para cada usuario en el día de gas como la diferencia entre las entradas y las salidas del área de balance en PVB correspondientes al usuario en el día de gas. La cantidad de desbalance provisional del usuario se proporcionará al mismo según el calendario y con el desglose de información que exija la normativa vigente.

El gestor técnico del sistema será el responsable de calcular y facturar telemáticamente la liquidación económica de los desbalances provisionales de los usuarios. La liquidación se hará con cargo a una cuenta común que mantendrá el gestor técnico del sistema para la liquidación de los desbalances diarios y acciones de balance de productos normalizados con transferencia de título de propiedad de gas en PVB.

(...)

4. Los usuarios con desbalance negativo en PVB (defecto de gas en el área de balance en PVB) en el día de gas deberán abonar al gestor técnico del sistema el resultado de multiplicar la cantidad de desbalance individual provisional por la tarifa de desbalance diario que corresponda al día de gas. No se considerarán en este cálculo las posibles acciones de balance llevadas a cabo por el gestor técnico del sistema de adquisición/cesión de productos normalizados con transferencia de título de propiedad de gas local o servicios de balance.

Por tanto, cuando un usuario del sistema se encuentra en situación de desbalance negativo, habrá de abonar al Gestor Técnico del Sistema un recargo que es el resultado de multiplicar la cantidad de desbalance individual provisional por la tarifa de desbalance diario que corresponda al día de gas.

De la anterior normativa resulta que el recargo por desbalance diario negativo responde de la falta de aportación de suficiente gas al sistema en el Punto Virtual de Balance, situación que no es la óptima, en tanto que puede obligar al Gestor Técnico del Sistema a adquirir el gas que el comercializador en desbalance no ha aportado. Por tanto, el cargo es, por un lado, compensatorio por la necesidad de reponer ese gas, se adquiera o no el mismo y, sobre todo, un desincentivo que pretende que los usuarios eviten dicha situación.

En el presente caso, CHCUATRO, la última semana de noviembre de 2020 entró en situación de desbalance negativo hasta el punto de que su situación y los impagos de las facturas de liquidaciones por desbalance llevaron a que, con fecha 30 de diciembre de 2020, se procediera a la suspensión total de los servicios que son objeto del Contrato Marco de Acceso a las Instalaciones del Sistema Gasista Español. CHCUATRO continuó con el impago de las facturas de liquidaciones por desbalance durante el mes de enero de 2021 por cantidades superiores a las garantías de desbalance depositadas, según consta en los hechos probados.

Ante el incumplimiento de las obligaciones que CHCUATRO, como comercializador de gas natural ha de cumplir y, por consiguiente, la ausencia de los requisitos para ejercer la actividad de comercialización, con fecha 4 de febrero de 2021 (es decir, al tiempo de los hechos imputados), la DGPEM dictó la Orden TED/91/2021, de 4 de febrero por la que se inhabilita a CHCUATRO GAS COMERCIALIZADORA, S.L. para el ejercicio de la actividad de comercialización de gas natural y se determina el traspaso de sus clientes a las comercializadoras de último recurso.

Vistos los altos desbalances en que incurrió CHCUATRO durante este periodo fundamentalmente a partir de enero de 2021, se confirma que CHCUATRO no inyectó a la red el volumen de gas suficiente para el suministro de sus clientes.

Por tanto, los cargos por desbalance diario negativo no son más que la consecuencia normativa regulatoria, en forma de obligación económica, del incumplimiento de la obligación de mantener el nivel suficiente de gas en el sistema.

Cuarto. Tipificación del hecho probado.

El Título VI de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, contiene todo el catálogo de infracciones administrativas cometidas en desarrollo de actividades del sector y su correspondiente régimen sancionador.

La conducta objeto del procedimiento está tipificada como muy grave en el artículo 109.1.z) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre: «z) *El incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance derivadas de la regulación establecida por las Normas de Gestión Técnica del Sistema*».

Como se ha desarrollado en los hechos probados, CHCUATRO entró la última semana de noviembre de 2020 en situación de desbalance negativo y desde entonces hasta el mes de marzo de 2022, había acumulado un impago de **2.742.508,08 €** de sus obligaciones económicas en caso de desbalance.

Se trata, por tanto, de un hecho que se incardina de forma perfecta con el tipo infractor. No hay duda en cuanto al pleno encuadre de la actuación en el tipo infractor y, en consecuencia, el carácter antijurídico de los hechos. Así ha quedado probado en el presente expediente sancionador y en la Orden Ministerial de inhabilitación.

Aunque el tipo se refiere a las Normas de Gestión Técnica del Sistema que, a la fecha de su redacción, recogían dichas obligaciones económicas, tras la entrada en vigor de la Circular 2/2015, derogada por la actual Circular 2/2020, la referencia debe entenderse efectuada a esta última, en tanto pasó a establecer la obligación económica en caso de desbalance.

Por otra parte, dada la cuantía de las obligaciones económicas que no se han pagado, no ha lugar a aplicar lo previsto en el artículo 110 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, que permite, en atención a las circunstancias concurrentes, la consideración de la conducta como infracción grave. En atención a lo instruido, las circunstancias concurrentes y en particular la deuda, de casi 3 millones de euros y la posterior inhabilitación como comercializador de gas, ponen de manifiesto la gravedad de la conducta infractora, la cual ha supuesto y supone un grave quebranto para el sistema gasista. Por tanto, los hechos objeto del presente procedimiento sancionador han de considerarse constitutivos de una infracción muy grave.

Quinto. Culpabilidad.

a) Consideraciones generales.

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

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la Jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, según el cual *“Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”*.

Este precepto debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual *“la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable”* (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, y 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª).

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de derecho 4, indica: *“Por último en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse, que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta. No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe”*.

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

La conducta de la sociedad imputada puede reputarse como culpable. A pesar de estar obligada por su condición de comercializador de gas, CHCUATRO no ha cumplido con la obligación de pagar los cargos por desbalance negativo.

No aporta la empresa motivo alguno dirigido a justificar o excusar el cumplimiento de dicha obligación, centrándose en meras cuestiones formales al objeto de

eludir el fondo del asunto que no es otro que el incumplimiento de la obligación económica por la que ahora es sancionada.

Como en su momento denunció ENAGÁS, GTS, y así consta en la propia Orden de Inhabilitación de 4 de febrero de 2021, a partir de diciembre de 2020, CHCUATRO incurrió en impagos de las liquidaciones de desbalance, que originariamente se pudieron cubrir con las garantías aportadas, para pasar a una situación de impago generalizado por cantidades superiores a las garantías depositadas que llevaron a una situación de altos desbalances que confirma que CHCUATRO no estaba inyectando en la red el volumen de gas suficiente para el suministro a sus clientes, es decir, que no aportaba el gas que si llegaba hasta sus clientes.

Mientras el sistema aportaba ese gas a los compradores de CHCUATRO, esta empresa recibía el correspondiente abono por parte de dichos compradores. Esta anómala circunstancia, que es la que origina el desbalance, debe ser compensada pagando las correspondientes obligaciones económicas por el desbalance negativo, justamente lo que no ha hecho CHCUATRO.

Dicha situación se prolongó hasta la intervención de las autoridades gasistas, suspendiendo el contrato marco e inhabilitando a esta comercializadora.

Dicho comportamiento es constitutivo de ser calificado de negligencia culpable.

Sexto. Sanción y terminación del procedimiento.

De acuerdo con el artículo 113 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, la sanción que lleva aparejada la comisión de una infracción muy grave es la imposición de una multa de hasta 30.000.000 de euros.

No obstante, el segundo párrafo del citado artículo añade que la sanción impuesta en el caso de infracciones muy graves, cuando la competencia corresponde a la CNMC, no podrá superar el diez por ciento del importe del volumen de negocios anual de la empresa infractora, o del volumen de negocios anual consolidado de la sociedad matriz del grupo integrado verticalmente al que pertenezca.

A fin de respetar el límite establecido en el citado precepto, se solicitó nota al Registro Mercantil de Madrid, en los términos que consta en el expediente administrativo. El 10% de la cifra de negocios de esta empresa, de conformidad con las últimas cuentas anuales depositadas de 2019 es de 2.706.817,861 €.

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

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

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

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

De los anteriores criterios, el más relevante a la hora de graduar la sanción es el de la importancia del daño o deterioro causado y los perjuicios producidos. Es significativo a estos efectos que la cuantía dejada de ingresar por CHCUATRO como cargo por su desbalance negativo es elevada (más de 2 millones y medio de euros) y ello supone un quebranto al sistema gasista al incumplir sus obligaciones inherentes para garantizar la calidad y continuidad del suministro. La actuación de dicha comercializadora durante el mes de enero de 2021, agravó su situación inicial en cuanto, al no aportar la empresa el gas que estaban consumiendo sus clientes, se fueron incrementando las deudas por desbalance, siendo precisa la intervención de las autoridades gasistas para evitar que se produjeran mayores daños al sistema.

Como se adelantó al dar respuesta a las alegaciones de CHCUATRO, la razón de la discrepancia entre la propuesta de sanción en el primer expediente y en el

segundo (de 2.700.000 a 2.000.000 €) se debió a que la primera cuantía, que era superior, suponía una multa similar a la cantidad adeudada y no pagada como obligación de desbalance, pero estaba demasiado cercana al 10% de la cifra de negocios, según se razona en la propuesta de resolución.

Pues bien, a la vista de que no concurre en este caso ninguna circunstancia que agrave especialmente la responsabilidad de CHCUATRO, y aunque el importe adeudado supere 2.7 millones de €, se considera proporcionado sancionar a CHCUATRO GAS COMERCIALIZADORA, S.L., con una multa de 2.000.000 euros, que fue la indicada en el segundo acuerdo de incoación y la propuesta por el instructor, sin que las alegaciones efectuadas por la empresa hayan desvirtuado en forma alguna la proporcionalidad de dicho importe de sanción.

En atención a los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

ACUERDA

PRIMERO. Declarar que CHCUATRO GAS COMERCIALIZADORA, S.L. es responsable de una infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en la letra z) del artículo 109.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance.

SEGUNDO. Imponer a CHCUATRO GAS COMERCIALIZADORA, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de dos millones de euros (2.000.000 €) por la comisión de la infracción anterior.

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, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio y en el artículo 36.2 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC.