

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A  
ALCANZIA ENERGÍA, S.L., POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE  
PRESTAR LAS GARANTÍAS EXIGIDAS POR EL OPERADOR DEL SISTEMA  
ELÉCTRICO**

**SNC/DE/013/16**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

**PRESIDENTA**

D<sup>a</sup> María Fernández Pérez

**CONSEJEROS**

D. Eduardo García Matilla

D<sup>a</sup> Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

**SECRETARIO DE LA SALA**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 18 de octubre de 2016

En cumplimiento 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 DE HECHO**

**PRIMERO. Información remitida por el Operador del Sistema acerca de los servicios de ajuste**

El 29 de octubre de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito del Operador del Sistema eléctrico (Red Eléctrica de España, S.A.) mediante el cual se presentaba Informe mensual —referido a septiembre de 2015- de los servicios de ajustes del sistema, el cual se emite en cumplimiento de la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre. En dicho Informe, bajo el epígrafe «Incumplimientos prolongados de garantías», se muestra un listado de comercializadores que se encontraban en estado de insuficiencia de garantías el último día del mes de septiembre de 2015; en este listado aparece la sociedad Alcanzia Energía, S.L. con un déficit de garantías por importe de 575.000 euros.

Posteriormente, el Operador del Sistema remitió los Informes mensuales — según consta en el expediente administrativo- correspondientes a los meses de octubre de 2015 a enero de 2016 mostrando el estado de insuficiencia de garantías de Alcanzia Energía contabilizado al último día del mes correspondiente. En estos informes, el Operador del Sistema refleja un déficit de garantías, de parte de Alcanzia Energía, por importe de 2.702.000 euros a 31 de octubre de 2015, de 3.156.000 euros a 30 de noviembre de 2015, de 2.749.000 euros a 31 de diciembre de 2015, y de 2.997.000 euros a 31 de enero de 2016.

### **SEGUNDO.- Información adicional remitida por el Operador del Sistema acerca del estado de garantías de Alcanzia Energía**

Con fecha 10 de febrero de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito del Operador del Sistema mediante el cual se informaba acerca de la reposición de garantías de la sociedad Alcanzia Energía: *«Les informamos que ALCANZIA ENERGÍA, S.L., en situación de insuficiencia de garantías desde el 23 de diciembre de 2014, ha depositado, el 5 de febrero, 2.832.000 euros por este concepto, siendo su estado actual de garantías correcto.»*

### **TERCERO. Incoación del procedimiento sancionador**

De conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), el Director de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de los procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), acordó incoar el 17 de marzo de 2016 un procedimiento sancionador contra Alcanzia Energía, S.L., por la infracción leve consistente en la falta de prestación de las garantías exigidas por el Operador del Sistema durante el periodo comprendido entre septiembre de 2015 y febrero de 2016, tipificada en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

El Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado a Alcanzia Energía el 29 de marzo de 2016. Por medio del escrito de notificación se confería a esta empresa un plazo de quince días hábiles para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba.

### **CUARTO.- Alegaciones de Alcanzia Energía**

Con fecha 13 de abril de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de la sociedad Alcanzia Energía, a través del cual manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- La Administración inició un procedimiento de inhabilitación para el ejercicio de la actividad de comercialización, y para el traspaso de sus clientes a un comercializador de referencia, motivado por el incumplimiento de la obligación de prestación de garantías. Los hechos que motivan el inicio del presente procedimiento sancionador son exactamente los mismos. Y sobre estos mismos hechos el Ministerio de Industria, Energía y Turismo ha decidido archivar el procedimiento administrativo de inhabilitación.
- Alcanzia es consciente de que la finalidad y ámbito de sendos procedimientos es distinto. No obstante, al haberse archivado el procedimiento de inhabilitación, no podemos sino concluir que no ha existido incumplimiento reprochable desde el punto de vista material, y la declaración de tales hechos es muy relevante desde el punto de vista jurídico.
- Se pretende sancionar a Alcanzia Energía en virtud del artículo 66.2 de la Ley del Sector Eléctrico, norma con rango de ley que supone norma sancionadora en blanco y nos remite a una Resolución de la Secretaría de Estado de Energía (que aprueba el Procedimiento de Operación 14.3). No todo incumplimiento de un procedimiento de operación o una regla de mercado debería considerarse como una infracción administrativa, la norma del legislador no define por completo el contenido de la acción constitutiva de la infracción, sino que se limita a dar una orden o establecer una prohibición cuyo contenido concreto no resulta de la misma norma, sino de otra norma no sancionadora. Consecuentemente, se infringiría el principio de tipicidad.
- No se ha probado que las garantías aportadas sean insuficientes para asegurar el cobro a los sujetos del mercado. Las garantías exigidas son garantías finalistas, creadas para cumplir un fin. Esta finalidad se ha cumplido con independencia de la existencia de los avales concretos que hubieron de aportarse.
- Considera Alcanzia energía que existían razones para acreditar la solvencia de la sociedad y que no tenía sentido la exigencia de esas "garantías suficientes". En todo momento, sostiene Alcanzia Energía, ha cumplido sus obligaciones, sin perjuicio para el sistema: Ha realizado las compras de energía para sus clientes y ha abonado puntualmente las compras realizadas en el mercado; ha abonado puntualmente las facturas relacionadas con los sobrecostes del sistema (a Red Eléctrica de España); ha abonado a todas las distribuidoras los peajes de acceso correspondientes a los clientes de Alcanzia Energía.
- A la fecha del escrito de alegaciones se encuentra al corriente de todos los avales y garantías exigidas. Alcanzia Energía no ha generado situación de riesgo alguna, por lo que entiende Alcanzia Energía que no ha habido infracción administrativa y procede el archivo del procedimiento.
- El Procedimiento de Operación 14.3 configura una barrera a la libre competencia en el sector y sería preciso corregir una situación que perjudica los intereses de cualquier participante en el mercado. Lo manifestado, indica Alcanzia, está avalado por el Informe 6/2013 de la CNE sobre la propuesta de modificación del Procedimiento de Operación 14.3, "Garantías de Pago". Alcanzia Energía no

entiende cómo puede ser víctima de la aplicación de una norma desproporcionada e injusta y a la vez ser sancionada.

- La proporcionalidad es un principio general del Derecho que se ha explicitado en relación con la potestad sancionadora de la Administración (artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). El artículo 67.4 de la Ley del Sector Eléctrico regula los criterios a valorar en la imposición de las sanciones. Considera Alcanzia Energía que los hechos denunciados no comportan ninguna de las consecuencias reguladas en el citado artículo. Añade Alcanzia Energía que la ausencia o "disminución" de la antijuridicidad debe ser ponderada al amparo del artículo 67.3 de la Ley del Sector Eléctrico. Todo ello lleva a entender que no procede la infracción y consecuente sanción, y que, de aplicarse, habría de imponerse en sus niveles más bajos, que no debieren exceder en ningún caso más de 1.000 euros.

Alcanzia Energía concluye su escrito de alegaciones solicitando a la CNMC lo siguiente: «...dicte resolución archivando el procedimiento sancionador que se incoa mediante Acuerdo de fecha 17 de marzo de 2016 por no haber habido infracción administrativa, y consecuentemente se cierre sin imponer sanción. Subsidiariamente, que, dicte resolución estimando nuestra discrepancia y que de entender que procede la imposición de sanción se fije en niveles mínimos, no excediendo en ningún caso de 1.000 euros.»

ALCANZIA presenta la siguiente documentación:

- **Documento 1:** Poder de representación.
- **Documento 2:** Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador.
- **Documento 3:** Acuerdo de inicio del procedimiento por el que se inhabilita para el ejercicio de la actividad de comercialización a la empresa Alcanzia Energía, S.L. y se acuerda el inicio del procedimiento de traspaso de sus clientes a un comercializador de referencia y se determinan las condiciones de suministro a dichos clientes.
- **Documento 4:** Certificado de OMI-Polo Español S.A. (OMIE) acreditativo del estado de las obligaciones de pago de Alcanzia Energía.
- **Documento 5:** Comunicado de Red Eléctrica de España acreditativo del estado de las obligaciones de pago de Alcanzia Energía.
- **Documento 6:** Informe elaborado por [CONSULTORA].
- **Documento 7:** Informe elaborado por MEFF Tecnología y Servicios, S.A.U<sup>1</sup> sobre las garantías depositadas.
- **Documento 8:** Contrato de apoyo tecnológico entre [ORGANISMO] y la empresa Alcanzia Energía para el "Desarrollo de un estimador de consumo energético".
- **Documento 9:** Diversas comunicaciones electrónicas.

## QUINTO.- *Propuesta de Resolución*

---

<sup>1</sup> Entidad designada por el Operador del Sistema para la gestión de las garantías.

El 10 de junio de 2016 el Director de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, el Director de Energía propuso adoptar la siguiente resolución:

**“PRIMERO.-** Declare que la empresa *ALCANZIA ENERGÍA, S.L.*, es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema Eléctrico por el periodo comprendido entre septiembre de 2015 y el 5 de febrero de 2016.

**SEGUNDO.-** Imponga, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de cuarenta y cinco mil euros (45.000 euros).”

La Propuesta de Resolución fue notificada a Alcanzia Energía el 24 de junio de 2016, a quien se confirió un plazo de alegaciones de quince días hábiles.

### **SEXTO.- Alegaciones de Alcanzia Energía a la Propuesta de Resolución**

El 12 de julio de 2016 Alcanzia Energía presentó en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones en relación con el contenido de la Propuesta de Resolución. De modo esencial, por medio de este escrito de alegaciones, Alcanzia Energía pone de relieve que se ha aprobado una nueva versión del Procedimiento de Operación 14.3, e indica que, aplicando esta nueva versión a la situación de Alcanzia en febrero de 2015, Alcanzia Energía no habría tenido que abonar las garantías que hubo de depositar en esa fecha.

Por medio de dicho escrito, esta empresa solicita a la CNMC lo siguiente:

*“i. Que, dicte resolución archivando el procedimiento sancionador que se incoa mediante Acuerdo de fecha 17 de marzo de 2016 por no haber habido infracción administrativa, y consecuentemente se cierre sin imponer sanción.*

*ii. Subsidiariamente, que, dicte resolución estimando nuestra discrepancia y que de entender que procede la imposición de sanción se fije en niveles mínimos, no excediendo en ningún caso de 1.000 euros.*

*iii. Que, en ningún caso, se publique la sanción que finalmente se acuerde.”*

### **SÉPTIMO.- Elevación del expediente al Consejo**

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el Director de Energía, mediante escrito de fecha 14 de julio de 2016, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto).

## **OCTAVO.- Informe de la Sala de Competencia**

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y de lo establecido en el artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió, en fecha 6 de octubre de 2016, informe sobre el presente procedimiento sancionador.

### **HECHOS PROBADOS**

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se consideran HECHOS PROBADOS de este procedimiento los que así han sido recogidos en la Propuesta de Resolución, los cuales no han sido desvirtuados ni contradichos por el imputado en sus alegaciones a dicha Propuesta:

**Primero. La sociedad Alcanzia Energía ha incurrido en un incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema, por insuficiencia de dichas garantías durante el periodo de tiempo comprendido entre el mes de septiembre de 2015 y el 5 de febrero de 2016.**

**Segundo. La sociedad Alcanzia Energía procedió, con fecha 5 de febrero de 2016, a depositar el importe de 2.832.000 euros en concepto de garantías, regularizando su situación de déficit de garantías con el Operador del Sistema.**

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **I. COMPETENCIA DE LA CNMC**

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y conforme al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde al Director de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético, debiendo realizar la propuesta de resolución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.c) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones leves consistentes en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los procedimientos de operación, materia objeto del presente procedimiento (incumplimiento tipificado en el artículo 66.2). En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este procedimiento.

#### **II. PROCEDIMIENTO APLICABLE**



En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el capítulo III del título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de esta Ley 24/2013, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de nueve meses.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en las disposiciones generales sobre procedimiento administrativo vigentes al tiempo de incoación del presente procedimiento.

### III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

El artículo 46.1.e) de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, impone a las empresas comercializadoras la obligación de prestar las garantías que reglamentariamente resulten exigibles. El artículo 73.3 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización y suministro de energía eléctrica, dispone que las empresas comercializadoras deberán prestar ante el Operador del Sistema las garantías que resulten exigibles para la adquisición de energía en el mercado de producción de electricidad, de acuerdo con lo establecido en los Procedimientos de Operación.

A este respecto, el Procedimiento de Operación 14.3 (“*Garantías de pago*”), cuya versión vigente al tiempo de los hechos estaba aprobada por Resolución de 9 de mayo de 2011 de la Secretaría de Estado de Energía (BOE de 20 mayo 2011) recogía, en su apartado 3, la obligación de aportación de garantías:

*«Los Sujetos del Mercado que puedan resultar deudores como consecuencia de las liquidaciones del Operador del Sistema le deberán aportar garantía suficiente para dar cobertura a sus obligaciones económicas derivadas de su participación en el Mercado, de tal modo que se garantice a los Sujetos acreedores el cobro íntegro de las liquidaciones realizadas por el Operador del Sistema y en los días de pagos y cobros establecidos en el Procedimiento de Operación 14.1.»*

La versión actualmente vigente de este Procedimiento de Operación (aprobada por Resolución de 1 de junio de 2016; BOE 13 junio 2016), recoge esta misma obligación en su apartado 3.

Por su parte, el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, tipifica como infracción leve el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los procedimientos de operación.

De acuerdo con los hechos probados que se han expuesto, Alcanzia Energía ha incumplido su obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema en septiembre de 2015 generando una situación de déficit de garantías, que, a los efectos del presente procedimiento, se extiende hasta febrero de 2016.

#### IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN Y AUSENCIA DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

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.

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 diligencia que es exigible a un sujeto comercializador a los efectos de desempeñar su actividad implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos, entre las que se encuentra la ya mencionada obligación del depósito de las garantías exigidas en relación con el desarrollo de esa actividad de comercialización (artículo 46.1.e) de la Ley 24/2013).

Pues bien, la conducta desarrollada por Alcanzia Energía implica una culpabilidad a título intencionado o doloso, ya que, de forma consciente, Alcanzia Energía no atendió el requerimiento de aportación de garantías practicado en su momento por el Operador del Sistema. Deliberadamente, dejó trascurrir la fecha límite indicada por el Operador del Sistema sin prestar las garantías exigidas y mantuvo su estado de insuficiencia de garantías, durante un periodo de varios meses, según acredita el propio Operador del Sistema.



De forma sintética, Alcanzia Energía justifica su falta de depósito en su desacuerdo con la exigencia con las garantías requeridas. Sin embargo, hay que destacar que, a diferencia de la actuación seguida por esta empresa respecto de supuestos pasados de exigencia de garantías (ver CFT/DE/22/14 interpuesto por Alcanzia Energía frente al Operador del Sistema<sup>2</sup>; resuelto el 30 de julio de 2015), Alcanzia Energía, en lo que se refiere al supuesto objeto del presente procedimiento, no interpuso conflicto alguno, pasando directamente a desatender los requerimientos de garantías, por disconformidad con los mismos.

Ha de señalarse, que, en línea con su disconformidad con los requerimientos de aportación de garantías que se realizaron, Alcanzia Energía considera que no procede la imposición de una sanción conforme a los siguientes argumentos: se ha archivado el procedimiento administrativo de inhabilitación de la sociedad; el incumplimiento del Procedimiento de Operación no comporta infracción administrativa; la sociedad tiene solvencia financiera; el mecanismo de garantías es desproporcionado.

Respecto a la alegación relativa a la vinculación del presente procedimiento con la Resolución de 11 de marzo de 2016 de la Dirección General de Política Energética y Minas mediante la cual se finaliza el **procedimiento acumulado de inhabilitación y traspaso de clientes** acordando el archivo del mismo, cabe indicar —como la propia Alcanzia Energía reconoce en su escrito de alegaciones— que el presente procedimiento sancionador tiene una finalidad y ámbito completamente distinto al del procedimiento de inhabilitación tramitado por la Dirección General de Política Energética y Minas. El hecho de que la Resolución de 11 de marzo de 2016 de la citada Dirección General haya acordado no inhabilitar a Alcanzia Energía para el ejercicio de su actividad no comporta, bajo ningún concepto, que resulte eliminada la antijuricidad y punibilidad del comportamiento anterior de esta sociedad. A esta misma conclusión llega la propia Resolución de 11 de marzo de 2016 mencionada, cuando indica: «...*teniendo en cuenta que la empresa comercializadora ha procedido, una vez iniciados los procedimientos de inhabilitación y de traspaso de sus clientes a un comercializador de referencia, a subsanar la situación por la que se iniciaron sendos procedimientos, realizando la correcta prestación de las garantías legalmente establecidas, de acuerdo con el artículo 73 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, (...), para ejercer la actividad de comercialización y sin perjuicio de las sanciones que puedan derivarse en aplicación de lo dispuesto en el Título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.*»

Respecto al incumplimiento del **Procedimiento de Operación**, y la interpretación de Alcanzia Energía sobre sus efectos jurídicos, conviene insistir —tal y como se ha manifestado en distintas ocasiones con motivo de otros tantos

---

<sup>2</sup> Conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico interpuesto pro Alcanzia Energía, S.L.U. frente a Red Eléctrica de España, S.A., con relación a la aplicación del procedimiento para el cálculo de garantías de operación adicional establecido en el P.O. 14.3 ([www.cnmc.es](http://www.cnmc.es)).

procedimientos sancionadores sobre la materia- que el Procedimiento de Operación 14.3 que fue aprobado por Resolución de 9 de mayo de 2011 de la Secretaría de Estado de Energía, resultó publicado en el Boletín Oficial del Estado de 20 de mayo de 2011, y consecuentemente es de obligado cumplimiento en su integridad. Así, el tipo imputado a Alcanzia Energía es claro al referirse el apartado 2 del artículo 66 de la Ley 24/2013 a los incumplimientos de las obligaciones derivadas de los Procedimientos de Operación.

Cabe señalar, además que Alcanzia Energía se dio de alta como comercializadora a principios de 2013. En ese momento estaba ya vigente la redacción del Procedimiento de Operación 14.3 que se le ha aplicado (aprobado por Resolución de 9 de mayo de 2011 de la Secretaría de Estado de Energía; BOE de 20 mayo 2011). Alcanzia Energía no puede rechazar la aplicación de las reglas que son propias del mercado en el que decidió entrar; reglas que ya conocía, o debía conocer, en el momento en que entró.

Respecto a la suerte de eximente que pretende esgrimir Alcanzia Energía en relación con la **solvencia económico-financiera de la sociedad** al calificar el mecanismo de garantías como garantías finalistas, e insistir en que las obligaciones de pago se han cumplido, procede desestimar tal argumento ya que responde a una interpretación puramente subjetiva de esta sociedad. La exigencia de garantías tiene la finalidad de evitar eventuales situaciones de impago en el sistema de liquidaciones del Operador del Sistema. La mera situación de riesgo creada por la insuficiencia de dichas garantías, está penalizada como infracción leve en la Ley del Sector Eléctrico. A su vez, la situación de impago de obligaciones, (situación que en este caso no se ha producido, tal como afirma Alcanzia Energía en sus alegaciones) o la situación de compras insuficientes, están penalizadas ambas en la Ley del Sector Eléctrico como infracciones graves. Es clara, por tanto, la voluntad del legislador de diferenciar estos comportamientos aplicando menor rigor sancionatorio al incumplimiento que aquí se analiza (infracción de riesgo) que a los comportamientos como insuficiencia de compras o impagos de liquidaciones, que dan lugar a daño real y están calificadas como faltas graves en la misma Ley del Sector Eléctrico.

Ningún comercializador está exento del cumplimiento de los bloques de obligaciones antes mencionados. Ahora bien, sólo el primero de dichos incumplimientos (la insuficiencia de garantías y el riesgo de impago asociado a la misma) es el imputado a Alcanzia Energía en este expediente y sólo por dicho incumplimiento se le sanciona, sin que el hecho de no haber incurrido en incumplimientos adicionales de impago frente al sistema pueda considerarse una eximente del comportamiento imputado y probado.

En cualquier caso, como se comprenderá, la decisión acerca de la suficiencia de las garantías de un agente a los efectos de poder satisfacer los pagos que tiene

pendientes no puede quedar, como pretendió Alcanzia Energía, a la valoración y decisión el propio agente afectado.

Por lo que respecta a lo alegado acerca del mecanismo de garantías y su **supuesta desproporción**, no se formulan mayores consideraciones en tanto son objeciones de carácter regulatorio al contenido del Procedimiento de Operación, cuya aplicación, como ya se ha indicado, resulta de obligado cumplimiento, tanto para los sujetos de mercado, el Operador del Sistema y para la propia CNMC, no siendo este procedimiento sancionador el marco procedente para su impugnación.

## V. CONSIDERACIÓN DE LAS ALEGACIONES DE ALCANZIA ENERGÍA RELATIVAS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

### a) Alegaciones efectuadas adicionalmente por Alcanzia Energía con respecto a la Propuesta de Resolución:

Por medio de las alegaciones presentadas el 12 de julio de 2016, Alcanzia Energía pone de manifiesto la aprobación y publicación de una nueva versión del Procedimiento de Operación 14.3 sobre garantías de pago (nueva versión aprobada por Resolución de 1 de junio de 2016; BOE 13 junio 2016).

Alcanzia Energía efectúa una simulación, aplicando las reglas de la nueva versión del Procedimiento de Operación a su situación a fecha 1 de febrero de 2016, concluyendo que, *“si la nueva regulación, constituida por la modificación del procedimiento de operación, 14.3, hubiera sido aplicable a febrero de 2016, las garantías exigidas por la revisión periódica de Operación Adicional habrían sido de 470.000 euros, frente a los 2.962.000 euros que se exigieron a ALCANZIA”*. A este respecto, Alcanzia considera que, dado que el tipo infractor implica una remisión a la normativa de los procedimientos de operación, éstos han de ser aplicados retroactivamente en favor del interesado en casos como el presente, no procedimiento la imposición de sanción (o, subsidiariamente, procedimiento una sanción mínima que no exceda de 1.000 euros), dado que habría resultado suficiencia de garantías conforme a la nueva regulación.

Asimismo, Alcanzia Energía insiste en que los requerimientos de garantías que se le hicieron en su momento resultaban desproporcionados y solicita que, de acordarse la imposición de sanción, ésta no se publique, porque ello afectaría a su honor, creando perjuicios en su imagen.

### b) Valoración de las alegaciones:

#### b.1). Respecto a la aplicación retroactiva de la nueva versión del Procedimiento de Operación:

➤ *Sobre las garantías de operación adicionales y su método de cálculo:*

Alcanzia Energía considera que, al amparo de la retroactividad de las normas sancionadoras favorables, la nueva versión del Procedimiento de Operación 14.3 debería ser aplicada retroactivamente, y hace al respecto una simulación de la que resultaría que la empresa no habría tenido déficit de garantías en febrero de 2016.

Sin embargo, ha de señalarse que la nueva versión del Procedimiento de Operación 14.3 no elimina la obligación de los comercializadores de prestar garantías, ni, específicamente la de estar mensualmente al corriente de las garantías de operación adicionales (a los efectos de cubrir las obligaciones de pago derivadas de liquidaciones pendientes).

Como ya se ha señalado en el fundamento relativo a la tipicidad, el apartado 3 del Procedimiento e Operación 14.3 (que es el apartado que recoge la obligación de aportar garantías suficientes para el pago íntegro de las obligaciones con los acreedores) tiene el mismo contenido en la nueva versión del Procedimiento de Operación:

*“Los Sujetos de Liquidación que puedan resultar deudores como consecuencia de las liquidaciones del Operador del Sistema deberán aportar a éste garantía suficiente para dar cobertura a sus obligaciones económicas derivadas de su participación en el Mercado y en los Despachos, de tal modo que se garantice a los Sujetos acreedores el cobro íntegro de las liquidaciones realizadas por el Operador del Sistema en los días de pagos y cobros establecidos en el Procedimiento de Operación 14.1.”*

Asimismo, tanto una como otra versión del Procedimiento de Operación 14.3 prevén la constitución mensual de una garantía de operación adicional; si bien, varía el método de cálculo de la misma:

- La versión aprobada por Resolución de 9 de mayo de 2011 de la Secretaría de Estado de Energía (BOE de 20 mayo 2011) señala, en concreto, lo siguiente en su apartado 11:

*“Cada Sujeto del Mercado deberá disponer de garantías de operación adicionales suficientes para cubrir las obligaciones de pago derivadas de futuras liquidaciones correctoras de la liquidación inicial.*

*(...)*

*Mientras no se realice la liquidación final definitiva de un mes, se solicitarán garantías de operación adicionales a todos los Sujetos según se establece a continuación. La primera solicitud tendrá lugar el primer día hábil posterior al sexto día natural del mes siguiente a cada mes liquidado y los Sujetos deberán constituir la garantía solicitada en los cuatro días hábiles siguientes a la petición.*

*(...)*

*Se calcularán los desvíos porcentuales mensuales respecto al programa producido en cada uno de los últimos doce meses en los que se disponga*

*de medidas firmes definitivas y se usará el tercer porcentaje más alto (P3).  
(...)”*

- La versión aprobada por Resolución de 1 de junio de 2016 de la Secretaría de Estado de Energía (BOE 13 junio 2016) señala, en concreto, lo siguiente en su apartado 10:

*“La garantía de operación adicional mensual y, en su caso, intramensual, será solicitada por el Operador del Sistema a todos los Sujetos para los meses en que no se disponga de Liquidación Final Definitiva.*

*(...)”*

*La primera solicitud de garantía de operación adicional mensual en el mes M tendrá lugar el primer día hábil posterior al cierre de la Liquidación Inicial Provisional Segunda del mes M-1 y los Sujetos deberán constituir la garantía solicitada en los cuatro días hábiles siguientes a la petición.*

*(...)”*

*Se tomará la serie formada por los últimos nueve meses con Liquidación Final o Intermedia publicada por el Operador del Sistema.*

*(...)”*

*Se determinará el porcentaje P3 como el porcentaje P del mes con el tercer porcentaje PPON más alto de la serie de nueve meses...”*

Destaca, precisamente, el imputado que la nueva versión tiene en cuenta tan sólo la serie de los últimos nueve meses con medida publicada (en los meses cuya última liquidación facturada es la Liquidación Inicial Provisional Segunda), en vez de la de doce (con medida definitiva).

En realidad, el objeto de las garantías de operación adicionales sigue siendo el mismo (disponer de garantías suficientes para cubrir las obligaciones de pago derivadas de liquidaciones que están pendientes de realizarse). Ahora bien, hay un cambio en el sistema de cálculo, que, en la versión anterior estaba basado en el programa producido, para lo que se consideraba una serie de doce meses con medida definitiva, y que, en la nueva versión, se basa en la liquidación, para lo que, en concreto, respecto a los meses cuya última liquidación facturada es la Liquidación Inicial Provisional Segunda, se considera una serie de nueve meses con Liquidación Final o Intermedia.

Pues bien, a este respecto, hay que indicar, que, de forma simultánea a la aprobación de la nueva versión del Procedimiento de Operación 14.3, se lleva a cabo una modificación del Procedimiento de Operación 14.1 (sobre “Condiciones generales del proceso de liquidación del operador del sistema”); modificación que se concreta en el apartado 6 del citado Procedimiento de Operación 14.1.

En efecto, la Resolución de 1 de junio de 2016 de la Secretaría de Estado de Energía que aprueba la nueva versión del Procedimiento de Operación 14.3 tiene por objeto realizar una modificación del Procedimiento de Operación 14.1.



La vinculación de esta nueva versión del Procedimiento de Operación 14.3 con respecto a la modificación del Procedimiento de Operación 14.1, la expone el preámbulo de la Resolución de 1 de junio de 2016 en los términos siguientes:

*“ Por otra parte, el 8 de enero de 2016 Red Eléctrica de España, S.A. remitió propuesta de modificación del P.O. 14.1 «Condiciones generales del proceso de liquidación del operador del sistema», con el objetivo de liquidar las medidas de la demanda del «Cierre del mes M+3» establecido en el P.O. 10.5 «Cálculo del Mejor Valor de Energía en los Puntos Frontera y Cierres de Energía del Sistema de Información de Medidas Eléctricas» aprobado por Resolución de 2 de junio de 2015.*

*La propuesta fue remitida para su informe a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuya Sala de Supervisión Regulatoria emitió informe en sesión del día 29 de marzo de 2016 denominado «Acuerdo por el que se emite informe sobre la propuesta del Operador del Sistema de modificación del procedimiento de operación P.O. 14.1 ‘Condiciones generales del proceso de liquidación del Operador del Sistema’», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, apartados 2 y 3, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 10.h) del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.*

*En el informe emitido sobre la propuesta de modificación del P.O. 14.1, la citada Comisión señala que «resulta necesario revisar el vigente procedimiento actual de prestación de garantías al operador del sistema (...) que figura en el P.O. 14.3 (...) para adaptarlo a la nueva regulación de los procedimientos de operación sobre el adelanto del envío de medidas de la demanda (P.O. 10.5) y su inclusión en las liquidaciones intermedias que son objeto del presente informe (P.O. 14.1)».*

*Las modificaciones incorporadas en ambos procedimientos de operación tienen como objetivo ajustar el cálculo de las garantías de pago para los sujetos de liquidación, teniendo un impacto positivo en la detección anticipada de los sujetos que incumplen las obligaciones y requisitos establecidos en la normativa, al objeto de evitar determinadas situaciones detectadas especialmente en el ámbito del ejercicio de la actividad de comercialización de energía eléctrica.”*

De este modo, la nueva versión del Procedimiento de Operación 14.3 aparece vinculada a los cambios que se introducen en el procedimiento de liquidación, que, a su vez, derivan del adelanto del cierre de medidas. En línea con ello, el apartado 10 de la nueva versión del Procedimiento de Operación 14.3 distingue el nuevo método de cálculo que se establece en función de distintos supuestos, que no aparecían considerados en la versión anterior:

- Meses cuya última liquidación facturada es la Liquidación Inicial Provisional Segunda (C2) (apartado 10.2.1).
- Mes con avance de la Liquidación Intermedia Provisional (A3) publicada no facturada (apartado 10.2.2).
- Meses cuya última liquidación facturada es la Liquidación Intermedia Provisional (C3) sin avance de la Liquidación Final Provisional publicada (apartado 10.2.3).



- Mes con avance de la Liquidación Final Provisional (A4) publicada no facturada (apartado 10.2.4).
- Meses cuya última liquidación facturada es la Liquidación Final Provisional (C4) (apartado 10.2.5).

Asimismo, derivado también de esa vinculación que hay entre el nuevo método de cálculo del Procedimiento de Operación 14.3 y las modificaciones del Procedimiento de Operación 14.1, hay que señalar que la aplicabilidad de la nueva versión del Procedimiento de Operación 14.3 queda demorada hasta que, previamente, se pueda producir la aplicación de los cambios habidos en el sistema de liquidación: Así, si bien la Resolución del Secretario de Estado de Energía de 1 de junio de 2016 surte efectos (ver apartado cuarto de la misma) desde el día siguiente de su publicación en el BOE (13 de junio de 2016), el apartado tercero de esta Resolución aclara que la aplicación del Procedimiento de Operación 14.3 no se producirá hasta el 19 de septiembre de 2016, una vez que ya se pueda producir la liquidación del cierre del mes M+3 que se contempla en la modificación del Procedimiento de Operación 14.1:

*“Tercero. Aplicabilidad.*

*1. Las primera liquidación del cierre del mes M+3 al que hace referencia el apartado 6 del procedimiento de operación 14.1 será la correspondiente al cierre M+3 de las medidas del mes siguiente al de la fecha de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la presente resolución.*

*2. El procedimiento de operación P.O. 14.3 será de aplicación a partir del 19 de septiembre de 2016.”*

En definitiva, de acuerdo con todo lo expuesto, hay que concluir que la obligación de aportación de garantías de operación adicionales es, en esencia, la misma en las dos versiones del Procedimiento de Operación 14.3, variando, entre una y otra versión, el método de cálculo. El método establecido en la nueva versión aparece supeditado en su aplicación a la previsión de unas nuevas liquidaciones, derivadas del anticipo de ciertos datos de cierre de medidas.

- *Sobre la improcedencia de aplicar la retroactividad respecto de disposiciones que no contienen obligaciones sustantivas, y sobre la improcedencia de aplicar la retroactividad respecto de aspectos aislados de las disposiciones:*

El imputado pretende la proyección, a un tiempo en el que no estaban previstas las nuevas liquidaciones contempladas en la modificación del Procedimiento de Operación 14.1, de ciertas prescripciones propias del nuevo método de cálculo establecido en el Procedimiento de Operación 14.3. En particular, Alcanzia Energía pretende la consideración de la serie de los últimos nueve meses a que alude la nueva versión del Procedimiento de Operación 14.3 en relación con los meses cuya última liquidación facturada es la Liquidación Inicial Provisional Segunda, llevando a cabo una simulación en ese sentido.

Hay que decir, sin embargo, que la jurisprudencia ha cuestionado la aplicación retroactiva de normas no sustantivas, como pueden ser las que se refieren a aspectos procedimentales o metodológicos, máxime si dichas normas –como sucede aquí- no son de rango legal. En cualquier caso, lo que no es posible es llevar a cabo una aplicación retroactiva de aspectos aislados del nuevo método, según sea el interés del imputado (pues resulta que los cambios en el proceso de liquidación -a los que se supedita el nuevo método de cálculo de las garantías de operación adicionales- no estaban operativos al tiempo de los hechos); en esto es muy clara la jurisprudencia sobre retroactividad favorable:

- *“Frente a ello no cabe oponer, como la parte pretende, el contenido del artículo 4.3 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, a cuyo tenor «las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias, así como el de los recargos, tendrán efectos retroactivos cuando su aplicación resulte más favorable para el afectado», toda vez que tanto el artículo 49.2 del Real Decreto 939/86, en la redacción dada por el RD 1930/98, como el art. 36.1 de esta última norma, no establecen una regulación de infracciones y sanciones, sino normas sobre plazos siendo así que, como ha expuesto esta Sala en otras resoluciones, las normas procesales y procedimentales no son «per se» retroactivas, máxime teniendo en cuenta que la posibilidad reconocida por la Ley de manera expresa de establecer su aplicación retroactiva, no es aplicable a los casos de disposiciones reglamentarias, tal como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de febrero de 1989 (RJ 1989, 2464) y 17 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4251) , entre otras.”*

(S. 3 noviembre 2005 Audiencia Nacional; Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª; Recurso contencioso-administrativo núm. 1387/2002.)

- *“Siendo impecable el razonamiento de la Sala de instancia, debe añadirse un eslabón más en la evolución normativa que, con precisión, relata. Y es que la Ley 48/1999, de 13 de diciembre SIC, de Modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, añadió una la Disposición Adicional Octava a esta Ley (“Plazos en expedientes sobre dominio público hidráulico”), en la que se disponía:*

*“A los efectos previstos en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, de modificación de la anterior, los plazos para resolver y notificar la resolución en los procedimientos regulados en esta Ley, serán los siguientes:*

*3. Procedimientos sancionadores y otras actuaciones referentes al dominio público hidráulico, un año”.*

*Pues bien, esta Disposición Adicional, y los plazo para los procedimientos a los que se refiría -entre ellos el de un año para los procedimientos sancionadores-, entró en vigor el día 4 de enero de 2000, esto es, a los veinte días de su publicación en el BOE (núm. 298, de 14 de diciembre de 1999). Por tanto, entró en vigor antes de la conclusión del plazo de caducidad del procedimiento (que hubiera concluido el 23 de enero siguiente).*

*La aplicación de dicha Ley al procedimiento en tramitación no debe ofrecer dudas:*

1º. Porque la misma no establecía ninguna disposición transitoria alguna en relación con los procedimientos en tramitación.

2º. Porque una norma procedimental no puede considerarse limitadora o restrictiva de derechos; y, sobre todo,

3º. Porque esta norma no vino a establecer un plazo nuevo de un año para el procedimiento sancionador, sino a elevar el rango normativo de la norma reglamentaria (RDPH) donde dicho plazo de un año se establecía, cumpliendo así con la exigencia contemplada en la Disposición Transitoria Primera.2 de la LMRJPA, que, expresamente, se remite a las excepciones al plazo de seis meses contempladas en el artículo 42.2, tras su reforma.”

(S. 5 junio 2007 Tribunal Supremo; Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª; Recurso de Casación núm. 7616/2003.)

- “...el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, además de no conceder derecho de carácter constitucional susceptible de amparo (SSTC 8/1981, de 30 de marzo, y 15/1981, de 7 de mayo), supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva, doctrina que había sido apuntada en el ATC 471/1984, de 24 de julio, y que ha resultado confirmada, más recientemente, en la STC 21/1993, de 18 de enero, F. 5” (S. 75/2002, 8 abril 2002, Tribunal Constitucional.)
- “La parte recurrente pretende que se aplique la norma posterior más favorable en uno de sus elementos –la autorización de la cesión–, pero no en otro –el cumplimiento de los requisitos–, que forma parte integrante del nuevo sistema y sin la cual éste carece de sentido. El hecho de que dichos requisitos no pudieran cumplirse cuando se llevó a cabo la cesión –por no hallarse prevista la regulación de las empresas de trabajo temporal– lleva a la conclusión de que el régimen sancionador aplicable al caso es en su integridad el previsto en la legislación derogada.” (S. 18 marzo 2003; Tribunal Supremo; Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª; Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 5721/1998)

Pues bien, resulta que el imputado pretende aplicar a un incumplimiento pasado un aspecto concreto del nuevo método de fijación de garantías de operación adicionales, nuevo método que ha sido establecido con posterioridad al incumplimiento, obviando que dicho nuevo método aparece conectado a la modificación del Procedimiento de Operación 14.1, sobre liquidaciones, que no estaba operativo en el momento del incumplimiento.

➤ *Sobre la simulación que hace Alcanzia Energía:*

Además de lo ya expresado, que permite rechazar la aplicación retroactiva sostenida por Alcanzia Energía, debe señalarse, en todo caso, que la simulación que lleva a cabo esta empresa (sobre la aplicación de la serie formada por los

últimos nueve meses con Liquidación Final o Intermedia que estaría publicada) no se ajusta a la imputación efectuada por esta Comisión:

En efecto, la simulación que presenta el imputado como documento 2 adjunto a sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, “*se calcula para el mes de febrero de 2016*” (folio 201 del expediente administrativo), considerando a tal efecto los meses de febrero de 2015 a octubre de 2015, como la serie de nueve meses en que habría liquidación disponible en ese momento (febrero de 2016). Tales meses de febrero de 2015 a octubre de 2015 son, precisamente, los meses en que los desvíos de Alcanzia Energía han sido menores. Con ello, en la simulación se concluye que “*si la nueva regulación, constituida por la modificación del procedimiento de operación 14.3, hubiera sido aplicada a febrero de 2016, las garantías exigidas por la revisión periódica de Operación Adicional habrían sido 470.000 euros, en lugar de las que fueron exigidas en su momento en la cuantía de 2.962.000 euros*” (folio 205).

Sin embargo, resulta irrelevante la situación a febrero de 2016, pues éste es justamente el momento en que, como se ha señalado, cesa la situación infractora en que se ha encontrado Alcanzia Energía. La infracción comienza, tal y como se ha expuesto en los hechos probados, cinco meses antes, en septiembre de 2015 (momento en que Alcanzia Energía incurre en el déficit de garantías), durando hasta el 5 de febrero de 2016, momento en que se reconoce que la empresa pasa a estar en situación correcta.

Evaluar si, para llegar a una situación correcta de febrero de 2016, Alcanzia Energía había depositar, o no, la cantidad que depositó, es irrelevante a los efectos de este procedimiento, toda vez que se está situando el análisis en el punto en que se está de acuerdo en que la infracción desaparece, y no en el momento temporal en que Alcanzia Energía incurrió en el déficit de garantías.

Pues bien, a este respecto, si Alcanzia Energía desplazara su simulación al momento en que surge el déficit de garantías, se considerarían las liquidaciones de los meses a considerar: en vez del período de febrero de 2015 a octubre de 2015, se consideraría el período de septiembre de 2014 a mayo de 2015. Esta serie de nueve meses incluye porcentajes de desvío mucho más altos, que la simulación del imputado ha dejado fuera.

En concreto, en la simulación de Alcanzia Energía, los tres meses con porcentaje de desvío más alto son los siguientes:

Mes	P (% desvío)
Abril 2015	51,71%
Mayo 2015	25,43%
Junio 2015	8,70%

Con ello, Alcanzia Energía realiza su simulación considerando un P3 de 8,70%.

En cambio, considerando los propios datos aportados por Alcanzia Energía (folio 201 del expediente administrativo), si se sitúa la serie de nueve meses en función del momento en que se produce la situación de déficit, resultan los siguientes desvíos:

Mes	Liquidaciones Provisionales (euros)	Liquidaciones Finales (euros)	Desvío (%)
Septiembre de 2014	[---]	[---]	<b>150,64%</b>
Octubre de 2014	[---]	[---]	<b>70,10%</b>
Noviembre de 2014	[---]	[---]	<b>61,12%</b>
Diciembre de 2014	[---]	[---]	-43,57%
Enero de 2015	[---]	[---]	12,59%
Febrero de 2015	[---]	[---]	-0,68%
Marzo de 2015	[---]	[---]	6,61%
Abril de 2015	[---]	[---]	51,71%
Mayo de 2015	[---]	[---]	25,43%

Así, según el propio método de estimación del recurrente, pero considerando la serie de nueve meses referida al momento en que se incurre en el déficit de garantías (no al momento en que deja de incurrirse en el mismo), el porcentaje P3 sería de 61,12%, y de una magnitud, por tanto, muy superior al considerado por Alcanzia Energía en su simulación (8,70%). Alcanzia Energía ha desplazado su simulación a un momento temporal en el que ya había comenzado a corregir sus desvíos.

Es, además, como se ha dicho, un momento irrelevante (febrero de 2016), pues la infracción ya no se le está imputando. No se puede analizar una infracción de riesgo llevando el momento del análisis a la situación posterior en que se ha desvelado que el riesgo ha dejado de producirse.

El imputado no puede pretender que porque la situación de déficit de garantías en que incurre en septiembre de 2015, y que se proyecta cuatro meses más, desaparezca, se extinga la infracción cometida. En una infracción de riesgo (como es la que prevé al respecto de la falta de garantías), no cabe esperar a que el paso del tiempo haga desaparecer el riesgo.

El comercializador tiene una obligación periódica; una obligación de actualización del depósito de sus garantías, que se le impone cada mes en función del análisis de su situación que se va llevando a cabo (se trata de estar al corriente en la obligación periódica de depósito de garantías en función de la evaluación del riesgo de impagos que se va realizando en cada momento). Por eso, por la propia naturaleza de la infracción de garantías (que se basa en la apreciación en cada momento concreto de un riesgo futuro), no pueden proyectarse hacia atrás en el tiempo ni los métodos de evaluación ni los sucesos



posteriores. En realidad, cabría añadir que ni siquiera las propias normas sancionadoras, en su aspecto sustantivo, podrían ser objeto de aplicación retroactiva favorable, cuando resulta que las normas vigentes al tiempo de los hechos se referían, justamente, a las circunstancias temporales entonces concurrentes<sup>3</sup>.

#### b.2) Respecto a la supuesta desproporción de las garantías exigidas:

Como argumento adicional, Alcanzia Energía manifiesta que, en todo caso, las garantías exigidas eran desproporcionadas.

Como ya se ha señalado, la obligación de depositar garantías es una obligación característica de los sujetos comercializadores, y el método de su cálculo era una regla conocida (o debida conocer por Alcanzia Energía), que ya estaba vigente al tiempo que la empresa se dio de alta como comercializadora.

En cuanto a la desproporción, debe tenerse en cuenta el nivel de los desvíos incurridos por esta empresa (en especial en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2014), pues, de acuerdo con lo que se ha expuesto en el apartado precedente de este fundamento de derecho, Alcanzia Energía ha realizado compras en el mercado por la mitad de lo que correspondería, dejando pendientes –conforme han revelado las liquidaciones finales- el pago de varios cientos de miles de euros al mes ([---] euros en el mes de septiembre de 2014; [---] euros en el mes de octubre de 2014, y [---] euros en el mes de noviembre de 2014). Por lo demás, el hecho de que en febrero de 2016, Alcanzia Energía haya depositado el importe de garantías que tenía pendientes, y que le habían sido requeridas, implica su capacidad para hacer frente a dicho depósito.

Ahora bien, diferente de la cuestión de la proporcionalidad de las garantías exigidas es la de la proporcionalidad de la sanción a imponer (Alcanzia Energía

---

<sup>3</sup> *“Desde otra perspectiva se obtiene la misma conclusión. El último inciso del artículo 2.2 del Código Penal establece que «los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario». De este precepto puede extraerse el principio de que las Leyes penales dictadas para un plazo previamente determinado y aquellas que por su naturaleza sean aplicables en función de circunstancias temporales o excepcionales quedarían desvirtuadas en su eficacia mediante la aplicación retroactiva de la norma posterior, ya que el cese de la vigencia de las Leyes temporales no supone necesariamente un cambio de criterio sobre la idoneidad de las penas señaladas por dichas Leyes para quienes las infringieron durante su vigencia. Estas consideraciones son especialmente relevantes en relación con la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. En determinados sectores en que tiene lugar la intervención administrativa, como el social o el económico, es frecuente que la norma proyecte actuaciones para atender a situaciones coyunturales que se espera corregir o paliar con las medidas adoptadas. Estas están llamadas a perder su vigencia cuando desaparezcan aquellas situaciones, pero requieren para su eficacia del plus de garantía que comporta el régimen administrativo sancionador.”* (S. 18 marzo 2003, Tribunal Supremo, sala Contencioso-Administrativa, Sección 4ª, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 5721/1998.)



solicita que ésta se rebaje a 1.000 euros). Sobre punto cabe remitirse a lo que se señalará en el fundamento de derecho siguiente, con respecto a la graduación de la sanción.

b.3) Respecto a la publicación de la presente resolución:

Finalmente, en su escrito de alegaciones en relación con la Propuesta de Resolución, Alcanzia Energía solicita a la CNMC que no se publique la sanción impuesta, entendiendo que no hay precepto que avale dicha publicación, y que la misma podría ser contraria a su derecho al honor.

Frente a lo indicado por el imputado, ha de señalarse que la publicación de las resoluciones de la CNMC viene impuesta por el artículo 37 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, que, con relación a los procedimientos sancionadores, prevé expresamente la publicidad del nombre de los infractores, sin perjuicio de otros aspectos, que puedan ser confidenciales:

*“1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulan, una vez notificados a los interesados, tras resolver en su caso sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores. En particular, se difundirán:*

*(...)*

*j) Las resoluciones que pongan fin a los procedimientos.*

*(...)*

*m) La incoación de expedientes sancionadores.*

*(...)”*

## **VI. SANCIÓN QUE SE FORMULA, APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA**

El artículo 67 de esta Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, prevé una multa de hasta 600.000 euros por las infracciones leves. No obstante, según este precepto, la sanción no podrá superar el 10 % del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor; a este respecto, de acuerdo con la información obrante en el expediente (ver folio 95), el importe neto de la cifra de negocios en el 2014 de Alcanzia Energía fue de 20.869.194,18 euros.

El artículo 67.4 de la citada Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la sanción:

*«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.»*

Teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción cometida (que trata sobre la falta de depósito de garantías económicas), y en atención a lo dispuesto en el precepto expuesto, esta Sala valora las siguientes circunstancias:

- **Duración del estado de insuficiencia de garantías:** Alcanzia Energía se sitúa en estado de insuficiencia de garantías en septiembre de 2015, manteniéndose en esa situación hasta el 5 de febrero de 2016.
- **Importe del déficit de garantías:** El importe del déficit de garantías existente a 31 de septiembre de 2015 (575.000 euros) se eleva, durante el período temporal indicado, hasta alcanzar el entorno de los tres millones de euros.
- **Subsanación del estado de déficit de garantías:** El déficit de garantías desaparece el 1 de marzo de 2016, una vez realizado por Alcanzia Energía el depósito correspondiente.

Atendiendo a todas las circunstancias mencionadas, y valorando en particular el hecho de la subsanación, se considera proporcionado reducir el importe de la multa propuesta a **diez mil (10.000) euros**.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO.** Declarar que la empresa ALCANZIA ENERGÍA, S.L. es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema en el período que media entre el mes de septiembre de 2015 y el 5 de febrero de 2016.

**SEGUNDO.-** Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **diez mil (10.000) euros**.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.