

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

SNC/DE/006/16

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA

D^a María Fernández Pérez

CONSEJEROS

D. Eduardo García Matilla
D. Diego Rodríguez Rodríguez
D. Benigno Valdés Díaz
D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

SECRETARIO DE LA SALA

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 24 de enero 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.- *Denuncia presentada por el Operador del Sistema*

El 12 de febrero de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito del Operador del Sistema eléctrico (Red Eléctrica de España, S.A.), denunciando el incumplimiento por parte de Comercial y Asesora de Electricidad, S.L. de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema, como obligación establecida en el apartado 1.e) del artículo 46 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Según consta en el correspondiente *Informe de incumplimiento de prestación de garantías*, remitido junto con el escrito de denuncia, las garantías no depositadas ascienden a un valor de 44.000 euros, y fueron requeridas con fecha límite 21 de enero de 2016 como anticipo del requerimiento por seguimiento diario de 64.000 euros.

Con fecha 2 de marzo de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un oficio de la Subdirección General de Energía Eléctrica del Ministerio de Industria, Energía y Turismo mediante el cual se dio traslado a esta Comisión del mismo informe del Operador del Sistema, presentado también en el Registro de dicho Ministerio.

SEGUNDO.- *Incoación del procedimiento sancionador*

Con fecha 10 de junio de 2016 el Director de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la 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 la incoación de un procedimiento sancionador contra Comercial y Asesora de Electricidad por la presunta falta de prestación de las garantías exigidas por el Operador del Sistema por valor de 44.000 euros, como anticipo del requerimiento por seguimiento diario de 64.000 euros.

El acuerdo de incoación fue notificado a la empresa imputada el 24 de junio de 2016, conforme consta acreditado en el procedimiento, confiriendo a la misma un plazo de quince días hábiles para alegaciones y proposición de prueba.

TERCERO.- *Alegaciones de Comercial y Asesora de Electricidad*

Mediante documento de fecha 6 de julio de 2016, con entrada en el Registro de la CNMC el 11 de julio, Comercial y Asesora de Electricidad presentó alegaciones en el marco del presente procedimiento sancionador.

Dichas alegaciones se resumen a continuación, de modo sucinto:

- En relación con los hechos producidos, Comercial y Asesora de Electricidad señala que *«con fecha 22 de enero de 2016 nos comunica el Operador del Sistema que nos encontramos en estado de insuficiencia de garantías»*. A partir de dicha fecha, Comercial y Asesora de Electricidad indica que llevó a cabo una serie de actuaciones dentro de un *«proceso de solicitud de la financiación correspondiente para atender las garantías demandadas»*, que habrían sido comunicadas tanto al Operador del Sistema como a Meff Tecnología y Servicios, S.A.¹, haciendo constar que durante ese periodo *«seguimos atendiendo todos los pagos (Liquidaciones) [...] emitidos»*. Concluye manifestando que *«El 22 de febrero se le envía el Aval definitivo a MEFF»* y que *«El 23 de febrero se comunica al Operador del Sistema el depósito del Aval Bancario para atender las garantías exigidas»*. Para su

¹ Entidad a la que el Operador del Sistema ha encomendado la gestión de las garantías correspondientes a las obligaciones de pago derivadas de los servicios de ajuste del sistema eléctrico.

acreditación, aporta copia de un informe sobre garantías depositadas elaborado por Meff Tecnología y Servicios, S.A., de fecha 23 de febrero de 2016, en el cual se recoge un total de garantía depositada por Comercial y Asesora de Electricidad de 129.000 euros frente a un total de garantía exigida de 110.000 euros, lo que arroja un superávit de 19.000 euros.

- Como descargo, Comercial y Asesora de Electricidad alega lo siguiente: *«... desde que esta empresa empezara en el año 2010, JAMAS hemos dejado de atender ni un solo pago, ya sea al Operador de Mercado (OMIE) como a MEFF, tanto en liquidaciones ordinarias como a garantías exigidas. Y a día de hoy seguimos en la misma línea. Y como puede comprobar, el tiempo que hemos tardado en atender dichas garantías, ha sido en su mayor forma a la dilación que transcurre desde nuestra solicitud a la Entidad Bancaria, hasta su posterior concesión.»*

Comercial y Asesora de Electricidad concluye su escrito de alegaciones de 6 de julio de 2016 solicitando que *«tenga a bien sobreseer el Acuerdo Incoación Sancionador que pesa sobre nuestra empresa, ya que a nuestro parecer en ningún momento ha existido intención de no atender el requerimiento de las garantías exigidas y que la dilación en el tiempo ha sido causada por los trámites burocráticos en la obtención de la financiación solicitada»*.

CUARTO.- Incorporación de documentación

Mediante diligencia de fecha 14 de octubre de 2016 se incorporó al expediente extracto del depósito de las cuentas anuales para el ejercicio 2015 de la empresa Comercial y Asesora de Electricidad, S.L., obtenido mediante nota expedida por el Registro Mercantil de Córdoba de 13 de octubre de 2016, a los efectos de permitir la determinación correcta de la cuantía de la sanción a imponer a dicha empresa en el expediente de referencia.

QUINTO.- Propuesta de Resolución

El 19 de octubre 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 COMERCIAL Y ASESORA DE ELECTRICIDAD, 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 periodo comprendido entre el 21 de enero y el 23 de febrero de 2016.*

SEGUNDO.- *Imponga, a la citada empresa una sanción consistente en el pago de una multa de mil trescientos (1.300) euros.”*

La Propuesta de Resolución fue notificada el 28 de octubre de 2016 a Comercial y Asesora de Electricidad, a quien se confirió un plazo de alegaciones de quince días hábiles.

No se han recibido alegaciones de Comercial y Asesora de Electricidad con respecto a la Propuesta de Resolución.

SEXTO.- 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 7 de diciembre 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).

NOVENO.- 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 19 de enero de 2017, informe sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

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

Primero. Comercial y Asesora de Electricidad, S.L. no prestó las garantías requeridas por el Operador del Sistema eléctrico con fecha límite de 21 de enero de 2016 y por valor de 44.000 euros.

Este Hecho Probado resulta del escrito de denuncia presentado por el Operador del Sistema el 12 de febrero de 2016 (ver folios 1 a 6 del expediente administrativo), en el cual se pone de manifiesto el incumplimiento de la obligación de depósito de garantías de Comercial y Asesora de Electricidad por valor de 44.000 euros, que fueron requeridas con fecha límite 21 de enero de 2016 como anticipo del requerimiento por seguimiento diario de 64.000 euros. Asimismo, este Hecho Probado resulta del escrito de alegaciones presentado por Comercial y Asesora de Electricidad el 11 de julio de 2016, en el que reconoce el déficit de garantías incurrido, y respecto del que, no obstante, pone de manifiesto su ulterior subsanación (ver folios 21 y 22 del expediente administrativo).

Segundo. Comercial y Asesora de Electricidad, S.L. depositó las garantías pendientes en fecha 22 de febrero de 2016, siendo su estado de garantías correcto desde dicha fecha.

Este Hecho Probado resulta de la información aportada por Comercial y Asesora de Electricidad a la CNMC el 11 de julio de 2016, y, en particular del informe de Meff Tecnología y Servicios de fecha 23 de febrero de 2016, que acompaña al escrito de alegaciones de Comercial y Asesora de Electricidad (ver folio 42 del expediente administrativo). Este informe recoge el depósito realizado el 22 de febrero de 2016 de un aval por importe de 100.000 euros expedido por [ENTIDAD BANCARIA] a Comercial y Asesora de Electricidad con el objeto de cubrir las diferentes garantías exigibles por el Operador del Sistema; según indica el informe, tras la realización de este depósito resulta un superávit de 19.000 euros en garantías de parte de la empresa Comercial y Asesora de Electricidad, al ser de 110.000 euros el total de garantías requerido (considerando las garantías por operación básica, por operación adicional y por seguimiento diario) y 129.000 euros el total de garantías depositadas.

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 los artículos 127 a 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como en el artículo 11 y siguientes del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), normativa vigente en el momento de iniciación del 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 a los efectos de asegurar el pago de las obligaciones económicas derivadas de la participación en el mercado:

«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, Comercial y Asesora de Electricidad ha incumplido su obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema con fecha límite de 21 de enero de 2016 generando una situación de déficit de garantías, que, en concreto, se ha extendido hasta el 22 de febrero de 2016.

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

IV.1. Consideraciones generales sobre la culpabilidad.

El ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute la comisión de la infracción. 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, de tal modo que *«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»*².

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.»

IV.2. Examen de las circunstancias concurrentes en el caso de la infracción cometida por Comercial y Asesora de Electricidad.

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 obligación del depósito de las garantías exigidas en cada momento en relación con el desarrollo de esa actividad de comercialización (artículo 46.1.e) de la Ley del Sector Eléctrico).

Pues bien, la conducta desarrollada por Comercial y Asesora de Electricidad implica una culpabilidad subjetiva ya que esta empresa no atendió el

² 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.

requerimiento de aportación de garantías practicado por el Operador del Sistema con fecha límite de 21 de enero de 2016, manteniéndose en dicha situación hasta el 22 de febrero de 2016. En este sentido, Comercial y Asesora de Electricidad dejó transcurrir la fecha límite indicada por el Operador del Sistema sin prestar las garantías exigidas, y mantuvo su estado de insuficiencia (del que recibe advertencia expresa del Operador del Sistema el 22 de enero de 2016 ³) durante un período de un mes.

Es de destacar que el incremento de garantías objeto del presente procedimiento tiene origen en una serie de desvíos en los programas de compras –por falta de adquisición de la energía suficiente para el suministro- incurridos por parte de Comercial y Asesora de Electricidad entre los meses de noviembre de 2014 y julio de 2015, según resulta del informe del Operador del Sistema de 5 de febrero de 2016 que se adjunta al escrito de denuncia (ver folios 4 y 5 del expediente administrativo). Tal y como resulta de los Procedimientos de Operación aplicables, la existencia de dichos desvíos había de determinar un incremento de las garantías a depositar, que se habría de producir en el momento oportuno, según resulta de la correspondiente metodología de cálculo; esto es, en enero de 2016.

Como consecuencia de la diligencia mínima exigible a Comercial y Asesora de Electricidad en su condición de comercializadora de energía eléctrica, esta empresa no podía obviar los efectos de los desvíos cometidos en sus compras de energía sobre el consiguiente aumento del importe de las garantías a depositar, según resulta del Procedimiento de Operación 14.3 aplicable al caso. Por tanto, cuando el Operador del Sistema comunicó a la comercializadora el requerimiento de actualización de garantías con fecha límite 21 de enero de 2016 (por un importe de 44.000 euros, como anticipo del requerimiento por seguimiento diario de 64.000 euros), Comercial y Asesora de Electricidad debía tener prevista la correspondiente cobertura, sin que sean por tanto asumibles sus alegaciones relativas a *«que estábamos en proceso de solicitud de la financiación correspondiente para atender las garantías demandadas»*, financiación que Comercial y Asesora de Electricidad obtuvo de las entidades bancarias, pero un mes después de lo requerido, y tras la advertencia del Operador del Sistema sobre las consecuencias del incumplimiento.

En definitiva, Comercial y Asesora de Electricidad incurre en una serie de desvíos en sus compras de energía (adquiriendo en mercado menos energía de la que suministra); recibido, ulteriormente, el requerimiento del Operador del Sistema para garantizar el pago por los desvíos incurridos, éste no es atendido sino hasta un mes después, y tras la advertencia, por incumplimiento, del Operador del Sistema. La diligencia exigible a Comercial y Asesora de Electricidad determina que ésta debía saber que los desvíos en sus programas

³ Correo electrónico remitido por el Operador del Sistema el 22 de enero de 2016 (folio 23 del expediente administrativo con continuación en el 24).

de compras de energía implicaban, de forma consecuente, según la metodología establecida en el Procedimiento de Operación 14.3, un aumento de las garantías a depositar, aumento que debía haber sido realizado oportunamente, pero que no se hizo.

Estas circunstancias implican la existencia de culpabilidad en la comisión de la infracción.

V. 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 las cuentas del año 2015 depositadas en el Registro Mercantil, el importe neto de la cifra de negocios de Comercial y Asesora de Electricidad es de 541.714,12 euros (ver folio 48 del expediente administrativo).

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 probabilidad 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:** Comercial y Asesora de Electricidad se sitúa en estado de insuficiencia de garantías el 21 de enero de 2016, manteniéndose en esa situación durante el período de un mes, y, en concreto, hasta el 22 de febrero de 2016.

- **Importe del déficit de garantías:** El importe adicional de las garantías requeridas con fecha límite de 21 de enero de 2016, que no fueron depositadas en plazo, ascendía a 44.000 euros.
- **Subsanación del estado de déficit de garantías:** El déficit de garantías desaparece el 22 de febrero de 2016, una vez presentado ante el Operador del Sistema el correspondiente aval bancario.

Atendiendo a todas las circunstancias mencionadas, se considera proporcionado imponer la multa que ha sido propuesta por el Director de Energía, por importe de 1.300 (mil trescientos) euros. Esta multa se atiene al límite del 10% del importe neto de la cifra de negocios de Comercial y Asesora de Electricidad.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa COMERCIAL Y ASESORA DE ELECTRICIDAD, 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 comprendido entre el 21 de enero de 2016 y el 22 de febrero de 2016.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **mil trescientos (1.300) 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.