

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A NORTEDISON ELECTRIC, S.L. POR FALTA DE ADQUISICIÓN DE LA ENERGÍA NECESARIA PARA LA REALIZACIÓN DE SUS ACTIVIDADES DE COMERCIALIZACIÓN

SNC/DE/005/16

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA

D^a María Fernández Pérez

CONSEJEROS

D. Eduardo García Matilla

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

SECRETARIO DE LA SALA

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 1 de junio de 2017.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Denuncia remitida por el Operador del Sistema.*

El 8 de febrero de 2016 se recibió en el Registro de la CNMC escrito del Operador del Sistema Eléctrico (Red Eléctrica de España, S.A.U.) denunciando el incumplimiento, por parte de Nortedison Electric, S.L., de la obligación de adquirir la energía necesaria para el desarrollo de su actividad de suministro. Específicamente, el Operador del Sistema pone de relieve que la energía adquirida en mercado en octubre de 2015 por parte de esa empresa comercializadora fue el 29% de la energía suministrada a sus clientes. A este respecto, el Operador del Sistema manifestaba que *“Nortedison ha iniciado en octubre de 2015 el mismo modus operandi que las dos comercializadoras predecesoras vinculadas [Comercial Eólica Suministros de Energía, S.L. y Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.], lo que previsiblemente conllevará unas pérdidas por impagos del orden de 7 millones euros por los desvíos de octubre 2015 a febrero de 2016 y del orden de un millón de euros por cada mes adicional de demora en el traspaso de sus clientes”*.

SEGUNDO.- *Incoación del procedimiento sancionador.*

El día 29 de marzo de 2016 el Director de Energía de la CNMC acordó, 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), y 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), incoar un procedimiento sancionador contra Nortedison Electric, S.L. por la infracción grave consistente en la no presentación de ofertas de compra por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción, infracción tipificada en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

El Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado a Nortedison Electric el día 7 de abril 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.

TERCERO.- Alegaciones de Nortedison Electric.

Con fecha 26 de abril de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de Nortedison Electric. En dicho escrito la sociedad comercializadora manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- Que la normativa sectorial no establece límite y/o porcentaje mínimo de presentación de ofertas de compra en el mercado. Es decir, que la Ley no penaliza el hecho de que una comercializadora no formule ofertas de compra por el 100% de sus previsiones de consumo de sus clientes. En consecuencia, no se puede pretender sancionar a una comercializadora por unos hechos que la normativa no prevé como infracción.
- Que existe un margen de error en la previsión de ofertas de compra en el mercado y es imposible conocer con exactitud la cantidad de energía que van a consumir los clientes de una comercializadora.
- Que la cartera de clientes de Nortedison Electric fue aumentando mes a mes por lo que es muy complicado hacer una previsión de compra del 100%.
- Que, sin perjuicio de lo anterior, las compras de Nortedison Electric se ajustaron durante el año 2015 a las previsiones efectuadas y a la energía consumida, siendo el margen de desvío muy escaso.
- Que el ciclo de pagos de la energía suministrada se cierra a los nueve meses de las compras iniciales, por lo que la denuncia del Operador del Sistema no cuenta con la información necesaria para afirmar la existencia de desvíos del 29%. El cálculo realizado por el Operador del Sistema no ha sido efectuado en base a medidas reales sino con datos facilitados por las distribuidoras.
- Que Nortedison Electric ha comprado prácticamente la totalidad de la energía que han precisado sus clientes. En caso de producirse algún desvío posterior a septiembre de 2015 podría ser consecuencia de múltiples factores. Sin embargo,

manifiesta Nortedison Electric que, a la vista de su diligencia, no cabe apreciar que su conducta pueda reputarse como infractora.

- Que Nortedison Electric no ha faltado a sus obligaciones de compra en los periodos indicados y que su comportamiento se ajusta a la normativa sectorial.

Nortedison Electric solicita el archivo del expediente. Adjunta a su escrito de alegaciones copia de facturas emitidas por el Operador del Mercado de Electricidad (OMIE) a Nortedison Electric y unos listados relativos a la facturación de ventas de Nortedison Electric.

CUARTO.- *Requerimiento de información efectuado al Operador del Sistema.*

Mediante escrito de 18 de enero de 2017, una vez concluido el proceso de cierre de la medida correspondiente al período de actividad de Nortedison Electric, el Director de Energía requirió al Operador del Sistema para que remitiera información actualizada de la evolución de las compras y los desvíos de la empresa Nortedison Electric que obrasen en su sistema desde mayo de 2015 (momento en que, tras un inicial desarrollo de su actividad, Nortedison Electric se asienta como comercializador) hasta la fecha de inhabilitación de dicha sociedad por parte del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (por Orden IET/495/2016, de 28 de marzo, se inhabilita para el ejercicio de la actividad de comercialización de energía eléctrica a Nortedison Electric, y se traspasan sus clientes a un comercializador de referencia; BOE 8 abril 2016).

El 24 de febrero de 2017, el Operador del Sistema remitió contestación al requerimiento efectuado, detallando la evolución de las compras y los desvíos de Nortedison Electric desde el mes de mayo de 2015 hasta el 7 de mayo de 2016 (fecha en que se hace efectiva su inhabilitación).

QUINTO.- *Incorporación de información.*

Por diligencia de 1 de marzo de 2017, el Director de Energía de la CNMC acordó incorporar al procedimiento sancionador la siguiente información:

- Orden IET/495/2016, de 28 de marzo, por el que se inhabilita para el ejercicio de la actividad de comercialización de energía eléctrica a Nortedison Electric SL, se traspasan sus clientes a un comercializador de referencia y se determinan las condiciones de suministro a dichos clientes.
- Resolución, de 16 de junio de 2016, del procedimiento sancionador incoado Nortedison Electric, S.L., por el incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema Eléctrico (SNC/DE/79/15).
- Informe del Operador del Sistema sobre “*Evolución de compras y los desvíos con respecto a las compras de NORTEDISON ELECTRIC, S.L., desde mayo de 2015 hasta su inhabilitación, el 7 de mayo de 2016*”.
- Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de enero de 2017 (informe emitido por el Operador del Sistema conforme a lo

establecido en la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre). Este informe, que se incorpora al procedimiento en la parte del mismo referida a Nortedison Electric, tuvo entrada en el Registro de la CNMC el 28 de febrero de 2015, y en el mismo figura el importe de las pérdidas ocasionadas por parte de Nortedison Electric a los sujetos acreedores (5.703.960 euros).

SEXTO.- Propuesta de Resolución

El 13 de marzo de 2017 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:

“ACUERDA PROPONER

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

PRIMERO. *Declare que la empresa NORTEDISON ELECTRIC, S.L. es responsable de una infracción grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico como consecuencia de la no presentación de ofertas de compra de energía eléctrica en el mercado de producción necesaria para sus actividades de comercialización durante el periodo de tiempo transcurrido entre mayo de 2015 y abril de 2016.*

SEGUNDO.- *Le imponga, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de un millón doscientos mil (1.200.000) euros.*

TERCERO.- *Imponer, a la citada empresa, en aplicación de la obligación de restitución establecida en el artículo 69.1.a) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, la obligación de hacer efectivo el pago de cinco millones setecientos tres mil novecientos sesenta (5.703.960) euros, conforme al valor que tienen sus impagos a la fecha 31 de enero de 2017.”*

La Propuesta de Resolución fue notificada a Nortedison Electric el 30 de marzo de 2017, confiriendo un plazo de alegaciones de quince días hábiles.

No se han recibido alegaciones de Nortedison Electric en relación con la Propuesta de Resolución.

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 3 de mayo de 2017, 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.

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 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 siguientes:

ÚNICO: Desde el mes de mayo de 2015 hasta el mes de abril de 2016, Nortedison Electric, S.L., ha venido adquiriendo en el mercado (diario e intradiario) una cantidad de energía notoriamente inferior a la que ha estado vendiendo a sus clientes.

Este hecho queda acreditado, fundamentalmente, por la información aportada por el Operador del Sistema:

- En su denuncia inicial, el Operador del Sistema reflejaba un incumplimiento de la obligación de Nortedison Electric de comprar en mercado la energía necesaria para realizar sus actividades de suministro (ver folio 1 y 2 del expediente administrativo). Sin perjuicio de relacionar los desvíos en que incurría Nortedison Electric desde mayo de 2015, el Operador del Sistema destacaba que el mes de octubre de 2015 había supuesto una drástica reducción en las compras de este comercializador, con un déficit de compras superior a los 10.000 MWh (cuyo valor estimado es de un millón de euros): *“La energía programada en el mercado en octubre fue el 29% de la energía medida en barras de central, lo que supone un desvío del 246% e igual a 11.859 MWh, el importe estimado de la liquidación del desvío es del orden de 1 millón de euros que deberá abonar en junio de 2016 según calendario vigente de liquidaciones.”*
- En la actualización de información presentada el 24 de febrero de 2017 (folios 325 y 326 del expediente), el Operador del Sistema aporta los datos del período íntegro de actividad de Nortedison Electric, una vez que ya se ha producido el cierre de medidas:

| | Compras (MWh b. c.) | Medida de clientes (MWh b. c.) | Déficit de compras (MWh b. c.) | % Desvío (Déficit/Compras) | % Energía adquirida (Compras/Medida) |
|--------|------------------------|--------------------------------------|--------------------------------------|-------------------------------|---|
| May-15 | 4.427,3 | 8.155,7 | 3.728,4 | 84,2 | 54,3 |
| Jun-15 | 8.035,8 | 10.945,4 | 2.909,6 | 36,2 | 73,4 |
| Jul-15 | 14.101,2 | 16.860,7 | 2.759,5 | 19,6 | 83,6 |
| Ag-15 | 13.072,9 | 15.134,6 | 2.061,7 | 15,8 | 86,4 |
| Sep-15 | 12.737,5 | 17.575,8 | 4.838,3 | 38,0 | 72,5 |
| Oct-15 | 4.814,6 | 17.448,1 | 12.633,5 | 262,4 | 27,6 |
| Nov-15 | 4.325,6 | 16.798,9 | 12.473,3 | 288,4 | 25,7 |
| Dic-15 | 4.498,4 | 15.146,3 | 10.647,9 | 236,7 | 29,7 |

| | | | | | |
|--------|----------|----------|----------|--------|-------------|
| En-16 | 4.291,7 | 15.058,4 | 10.766,7 | 250,9 | 28,5 |
| Feb-16 | 4.086,9 | 14.463,4 | 10.376,5 | 253,9 | 28,3 |
| Mar-16 | 3.949,4 | 15.122,1 | 11.172,7 | 282,9 | 26,1 |
| Ab-16 | 3.470,6 | 11.793,6 | 8.323,0 | 239,8 | 29,4 |
| Total | 81.811,9 | 174.503 | 92.691,1 | 113,2% | 46,8 |

Así, globalmente, durante el período de un año (entre mayo de 2015 y abril de 2016) Nortedison Electric adquiere menos de la mitad de la energía que vende a sus clientes (sólo adquiere el 46,8% de la energía que suministra). Es de destacar, en particular, que, a partir de octubre de 2015, Nortedison Electric decide adquirir menos de la tercera parte de la energía que vende: En concreto, esta decisión supone que Nortedison Electric, que venía adquiriendo (meses de julio, agosto y septiembre de 2015) cerca de 15.000 MWh mensuales al objeto de suministrar a sus clientes (cantidades que, no obstante, eran insuficientes para cubrir el consumo de sus clientes), toma la decisión de adquirir menos de 5.000 MWh al mes.

Sólo en el mes de mayo de 2016 (en que se produce su inhabilitación, y durante el que sólo está activo una semana) no incurre en un déficit de compras¹.

Todos estos datos revelan la falta de compras de energía en que incurre la empresa Nortedison Electric, y, más específicamente, su intención clara de dejar de comprar energía en la medida que es necesaria para cubrir sus ventas a los clientes.

Adicionalmente, como revela el informe del Operador del Sistema de enero de 2017 (folio 356 del expediente administrativo), Nortedison Electric no ha asumido el coste de la energía que ha estado suministrando a sus clientes pero no adquiriendo en el mercado, de modo tal que esta falta de compra de energía en que incurre Nortedison Electric ha infligido pérdidas a los generadores por importe superior a los cinco millones de euros (por importe, en concreto, de 5.703.960 euros hasta la fecha de 31 de enero de 2017), por motivo del valor que tiene la energía producida para el consumo de los clientes de Nortedison Electric que no fue adquirida por esta empresa en mercado.

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.

¹ Adquiere 650,8 MWh y suministra 568,9.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones graves consistentes en el incumplimiento de las obligaciones de presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción (incumplimiento tipificado en el artículo 65.28 de la mencionada Ley). En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, 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 dieciocho 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, normativa vigente al tiempo de incoación del presente procedimiento.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

El artículo 46.1 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico determina que «*Serán obligaciones de las empresas comercializadoras, además de las que se determinen reglamentariamente, en relación al suministro: [...] c) Adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones*».

El incumplimiento de esta obligación está tipificado como una infracción grave por el artículo 65.28 de la Ley del Sector Eléctrico: «*Son infracciones graves: [...] La no presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción.*»

Es de interés destacar que la obligación impuesta consiste, conforme a lo indicado, en la adquisición de energía en mercado (realizando las correspondientes ofertas de compra -ya sea en el marco de contrataciones bilaterales o en el marco del denominado «mercado diario e intradiario de energía eléctrica»-). Esta obligación no puede ser suplida, por tanto, por un eventual pago *a posteriori* –que, además, en este caso, Nortedison Electric no ha llevado a cabo- de los desvíos ocasionados en el sistema por esa falta de adquisición de la energía en mercado (derivada de la falta de presentación de ofertas de adquisición), pues es obligatorio presentar tales ofertas. Ello encuentra su razón en que el sistema eléctrico no puede hacer basar su

funcionamiento exclusivamente en el mecanismo de gestión de desvíos (estos desvíos son un mero mecanismo de “ajuste”), sino que requiere de la elaboración de un «programa de funcionamiento», que se construye a partir de los datos del mercado².

En relación con la tipicidad, en sus alegaciones al Acuerdo de incoación del procedimiento, Nortedison Electric señalaba que el tipo infractor no se realizaba porque su empresa sí hacía ofertas de compra y sí compraba energía (aunque esas ofertas no fueran suficientes para cubrir la totalidad de sus ventas). No obstante, ha de indicarse que, evidentemente, cuando el artículo 65.28 de la Ley del Sector Eléctrico tipifica el incumplimiento de que se trata, lo hace remitiéndose a aquello a que se encuentran obligados los sujetos (*“La no presentación de ofertas de compra por los sujetos obligados a ello”*) y esa obligación que tienen los sujetos comercializadores es la de *“Adquirir la energía **necesaria** para el desarrollo de sus actividades”*, según destaca el artículo 46.1.c) de la propia Ley. Es evidente que Nortedison Electric no realiza ofertas de compra en el mercado en la medida necesaria para el desarrollo de la actividad de suministro que desempeña como comercializador. Es igualmente evidente que el hecho de que se realizara una compra insignificante, testimonial, o, como en el presente caso, notoriamente reducida (inferior a la mitad), de energía, nunca podría considerarse un cumplimiento de la obligación de adquisición que afecta al comercializador.

En definitiva, de acuerdo con los hechos probados que se han expuesto, Nortedison Electric ha incumplido su obligación de realizar ofertas de compra en el mercado de producción en relación con la energía que consumen sus clientes; lo que ha quedado acreditado con respecto al período entre el mes de mayo de 2015 y abril de 2016 (doce meses). Esta conducta está tipificada como infracción grave por el mencionado artículo 65.28 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico.

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

IV.1. Consideraciones generales sobre la culpabilidad.

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»*³.

² Artículos 11.3, 11 bis y 12 del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica.

³ 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.»

IV.2. Examen de las circunstancias concurrentes en el caso de la infracción cometida por Nortedison Electric.

En el presente caso concurre una intención dolosa de parte de Nortedison Electric en la comisión de la infracción.

En sus alegaciones al Acuerdo de incoación, Nortedison Electric buscó excusar su conducta en las dificultades que había para hacer una compra exacta de energía, en el carácter provisional que tenían los datos sobre energía suministrada que aportaba en su denuncia inicial el Operador del Sistema, y en la falta de consecuencias económicas perjudiciales para terceros derivadas de su actuación. Ha de considerarse, sin embargo, lo siguiente:

- Respecto de los datos que aportaba el Operador del Sistema en su denuncia, éstos venían actualizados al cierre de medidas para los desvíos de mayo de 2015 a septiembre de 2015, y no cubrían íntegramente el mes de octubre de 2015 (ver folio 2 del expediente administrativo). En concreto, el dato de déficit de compras del que se disponía inicialmente para el mes de octubre de 2015 respecto al suministro a los clientes de Nortedison Electric (ver folio 1 del expediente) era de 11.859 MWh; pues bien, resulta que los datos de ese mismo mes con cierre de medidas han revelado un déficit mayor: 12.633,5 MWh (ver folio 326).

En cualquier caso, todos los datos recogidos en el Hecho Probado de esta Resolución –que son los que determinan la imputación que se realiza- son datos en que se ha producido ya el cierre de medidas conforme al procedimiento previsto para ello (un procedimiento en el que son parte tanto el Operador del Sistema, como los distribuidores encargados de lectura y como, por supuesto, el propio comercializador afectado).

- En cuanto a las dificultades para llevar a cabo una compra exacta de la energía suministrada, ha de indicarse que Nortedison Electric dispone de los medios que emplean los sujetos comercializadores para determinar el volumen de las compras a efectuar en el mercado (datos del histórico de consumo de las base de datos de puntos de suministro, intervención como partícipe en la medida de sus clientes, determinación de la energía suministrada en la facturación del acceso y conocimiento de los desvíos con ocasión de la periódica aportación de garantías)⁴.

Cumple aclarar, no obstante, que, además, no hay en este caso un mero desajuste puntual en las compras, sino una clara insuficiencia de compras, prolongada, y notable.

- En términos generales, la falta de adquisición de la energía suficiente para el ejercicio de la función de comercialización tiene efectos -aparte de los producidos en la gestión técnica del sistema- en la sostenibilidad financiera del sector, y ello aunque se proceda por parte del comercializador involucrado a abonar el importe de los desvíos ocasionados⁵.

⁴ En particular, conforme al artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, el comercializador dispone del derecho a acceder a la base de datos de puntos de suministro, en la que consta, entre otros datos, el perfil de consumo del cliente y el propio consumo desglosado, correspondiente a los últimos años.

En todo caso, con base en el sistema de medidas, el comercializador conoce, con posterioridad a cada mes, o cada dos meses (según la lectura al consumidor se haga mensual o bimestralmente), los datos de consumo de los mismos, que es lo que le permite facturarles. Así, en su condición de *"participante de la medida"*, el comercializador tiene, conforme a los artículos 3.5 y 5 del Real Decreto 1110/2007, de 24 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico, derecho a disponer de la medida de sus clientes, que es lo que le permite facturar. En este sentido, Comercializadora Zero Electrum recibe de los distribuidores, la facturación de los peajes de acceso, en los términos de los artículos 4 y 5 del Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre; estos peajes se determinan precisamente en función de la energía suministrada.

Además, los comercializadores reciben del Operador del Sistema la comunicación de sus desvíos con ocasión del cálculo periódico de las garantías de operación adicionales que se le exigen con relación a la liquidación.

⁵ La existencia de desvíos de porcentajes considerables y prolongados en el tiempo, como es el caso, tienen un efecto económico relevante para el sistema y, consecuentemente para los particulares que sostienen económicamente el mismo, en la medida en que, por una parte, esa energía que no fue debidamente programada sí que fue suministrada y, por lo tanto, necesariamente gestionada a través de los servicios de ajustes del sistema (con un mayor coste); y, por otra parte, la falta de compras de energía provoca que sea el propio sistema en su conjunto (en particular otras comercializadoras con mayor cuota de demanda) el que adelante el dinero por la energía comprada (durante un periodo de unos ocho meses que es el tiempo que trascurren entre una liquidación provisional hecha sobre la base de compras de energía sin medidas y la liquidación definitiva con medidas firmes).

Ahora bien, resulta, además, que Nortedison Electric no ha asumido el pago de sus desvíos, y ha generado pérdidas que finalmente han tenido que ser asumidas por los sujetos que produjeron la energía necesaria para cubrir los desvíos: pérdidas superiores a los cinco millones de euros.

Señalado esto para desvirtuar las alegaciones del imputado, conviene destacar ciertos aspectos que revelan la intencionalidad dolosa concurrente:

- Hay una decisión deliberada de reducir las compras de energía: Como se ha puesto de relieve en el Hecho Probado, a partir de octubre de 2015, Nortedison Electric decide adquirir menos de la tercera parte de la energía que vende. Nortedison Electric venía adquiriendo (en los meses de julio, agosto y septiembre de 2015) cerca de 15.000 MWh mensuales al objeto de suministrar a sus clientes (cantidades que, no obstante, sabía que venían siendo insuficientes para cubrir el consumo de sus clientes). Desde octubre de 2015 toma la decisión de reducir sus compras a menos de 5.000 MWh al mes.
- Incurriendo en estos desvíos, Nortedison Electric, que recibe noticias periódicas de los mismos por parte del Operador del Sistema a los efectos de recalcular las garantías que debe depositar, opta por no depositar las garantías que se le exigen⁶ (de modo que el pago de sus desvíos queda sin garantía), y, luego, cuando se le gira la liquidación, opta por no pagarla (adeudando, a 31 de enero de 2017, más de cinco millones de euros).
- Queda por poner de relieve que Nortedison Electric es perfectamente conocedora del funcionamiento del sistema, y sabe de los perjuicios que su conducta comporta: El administrador de esta empresa es, en realidad, la misma persona⁷ que ha llevado la administración de Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L. (una empresa comercializadora que, siguiendo una actuación semejante a la de Nortedison Electric al respecto de la realización de ofertas de compra en el mercado, ha dejado más de quince millones de euros de impagos en el sistema, correspondientes a la energía que suministraba a sus clientes sin adquirir en mercado).⁸

Por todo lo expuesto, en el presente caso concurre una responsabilidad a título doloso de Nortedison Electric.

V. SANCIÓN QUE SE FORMULA, APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA.

⁶ Ver SNC/DE/79/16 (cuya resolución consta en los folios 334 a 352 del expediente).

⁷ D. [---] es administrador único de Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L. desde agosto de 2013, y es administrador único de Nortedison Electric desde junio de 2013.

⁸ Ver, asimismo, folio 348 del expediente administrativo.

El artículo 67.1 de la Ley 24/2013 prevé una multa no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros por las infracciones graves.

No obstante, la sanción no podrá superar el 10 % del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor (artículo 67.2 de la Ley 24/2013). A este respecto, como ha puesto de relieve la Propuesta de Resolución, Nortedison Electric lleva varios ejercicios sin depositar sus cuentas anuales (siendo las últimas del año 2012), debiéndose proceder, en consecuencia, a hacer una estimación de su cifra de negocio, la cual, de acuerdo con lo expresado en los folios 368 y 369 del expediente (páginas 12 y 13 de la Propuesta de Resolución), lleva a concluir que, para el año 2015, la cifra de negocio de esta empresa fue superior a los 14,5 millones de euros; sin que Nortedison Electric haya hecho alegaciones para desmentir o desvirtuar tal conclusión.

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, se valoran las siguientes circunstancias a los efectos de la concreción del importe de la multa (en relación, en particular, a la consideración del daño ocasionado y a la intencionalidad en la comisión):

- **Período temporal al que se refiere la insuficiencia de compras:** Se extiende por un período de doce meses, desde mayo de 2015 hasta abril de 2016, incluidos.
- **Cuantía de los desvíos:** El déficit de compras de energía de Nortedison Electric es superior a la mitad de las ventas realizadas por esta empresa (en el período de tiempo indicado, Nortedison Electric sólo compra el 46,8 % de la energía que vende).
- **Existencia de impagos:** Las liquidaciones por los desvíos en que ha incurrido Nortedison Electric no han sido abonadas por esta empresa,

cuyos impagos, a 31 de enero de 2017, han ocasionado pérdidas a los sujetos acreedores por importe de 5.703.960 euros.

- **Intencionalidad:** Nortedison Electric ha cometido su infracción de forma dolosa, conforme a las circunstancias puestas de relieve en el Fundamento de Derecho anterior.

Atendiendo a las circunstancias mencionadas, se considera proporcionado imponer, en línea con lo propuesto por la Dirección de Energía, una multa de **un millón doscientos mil (1.200.000) euros**. Dicha multa respeta el límite del 10% de la cifra de negocios estimada del sujeto infractor.

Finalmente, al amparo del artículo 69.1 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, sobre restitución o reparación del daño, se recuerda a Nortedison Electric la obligación de abonar los desvíos incurridos, cuyo importe, a 31 de enero de 2017, es, como se ha dicho, de 5.703.960 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 NORTEDISON ELECTRIC, S.L. es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, consistente en la falta de presentación de ofertas de compra de energía eléctrica en el mercado de producción en la medida necesaria para sus actividades de comercialización, infracción en la que esta empresa incurre por la actividad desarrollada entre el mes de mayo de 2015 y el mes de abril de 2016.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **un millón doscientos mil (1.200.000) euros**.

TERCERO.- Imponer, a la citada empresa, en aplicación de la obligación de restitución establecida en el artículo 69.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, la obligación de hacer efectivo el pago de cinco millones setecientos tres mil novecientos sesenta (5.703.960) euros, conforme al valor que tienen su impagos a fecha 31 de enero de 2017.

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.