

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A
GESTIONA ENERGÍA COMERCIALIZADORA ENERGÉTICA, S.L. POR
FALTA DE ADQUISICIÓN DE LA ENERGÍA NECESARIA PARA LA
REALIZACIÓN DE SUS ACTIVIDADES DE SUMINISTRO Y POR
INSUFICIENTE PRESTACIÓN DE LAS GARANTÍAS EXIGIDAS POR EL
OPERADOR DEL SISTEMA**

SNC/DE/077/17

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA

D^a. María Fernández Pérez

CONSEJEROS

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

SECRETARIO DE LA SALA

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 25 de enero de 2018

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 10 de mayo de 2017 se recibió en el Registro de la CNMC escrito del Operador del Sistema Eléctrico (Red Eléctrica de España, S.A.U.) informando del incumplimiento de Gestiona Energía Comercializadora Energética, S.L. de las obligaciones establecidas en los artículos 46.1.c) y 46.1.e) de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, por falta de adquisición de la energía necesaria para su actividad de suministro, y por falta de prestación de las garantías requeridas.

Específicamente, en lo que se refiere a la falta de adquisición de energía, el escrito del Operador del Sistema ponía de manifiesto que las adquisiciones de energía de Gestiona Energía Comercializadora Energética entre marzo de 2016

y diciembre de 2016 se situaban por debajo del 50% de la energía suministrada, salvo en el mes de diciembre de 2016 (último mes con cierre de medidas), en que las adquisiciones se sitúan en el 52,4% de la energía suministrada. En cuanto a las garantías requeridas, el Operador del Sistema expone que Gestiona Energía Comercializadora Energética no ha atendido el requerimiento de prestación de garantías realizado con fecha límite de 29 de marzo de 2017, por valor de 3.892.000 euros; el Operador del Sistema indicaba que tales garantías resultan del nuevo Procedimiento de Operación 14.3 (“Garantías de pago”) aprobado por Resolución de la Secretaría de Estado de Energía de 1 de junio de 2016, que prevé el cálculo de las garantías de operación adicional basado en la diferencia entre los importes liquidados en la liquidación inicial provisional segunda (C2) y la última liquidación disponible con medidas de demanda.

SEGUNDO.- Incoación del procedimiento sancionador.

El día 5 de junio de 2017 el Director de Energía de la CNMC acordó incoar un procedimiento sancionador contra Gestiona Energía Comercializadora Energética, S.L.

En concreto, a esta empresa se le imputaba una infracción grave consistente en la no presentación de ofertas de compra en el mercado de producción, infracción tipificada en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y una infracción leve consistente en la falta de prestación de las garantías exigidas por el Operador del Sistema conforme a lo establecido en Procedimiento de Operación 14.3 del sistema eléctrico, infracción tipificada en el artículo 66.2 de la mencionada Ley 24/2013.

El Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado a Gestiona Energía Comercializadora Energética el 15 de junio de 2017. En el escrito de notificación, se confería a la empresa un plazo de quince días hábiles para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba.

Gestiona Energía Comercializadora Energética no presentó alegaciones al Acuerdo de incoación del procedimiento.

TERCERO.- Información adicional remitida por el Operador del Sistema.

El 3 de julio de 2017 se recibió en el Registro de la CNMC nuevo escrito del Operador del Sistema informando que *“Gestiona Energía, Comercializadora Energética, S.L. ha incumplido la obligación establecida en el Artículo 46.1.f) al no haber atendido el 28 de junio de 2017 la obligación del pago de la liquidación del operador del sistema por importe de 14.419,36 Euros”*. Añade el Operador del Sistema que, *“Según lo dispuesto en el apartado 8 del procedimiento de operación 14.7, se ha ejecutado la garantía depositada, de 75.000 euros, suficiente para permitir el cobro de la cantidad adeudada”*.

CUARTO.- Incorporación de información.

Por diligencia de 9 de octubre de 2017, el Director de Energía de la CNMC acordó incorporar al procedimiento sancionador la siguiente información:

- Informes de los servicios de ajuste del sistema correspondientes a los meses de abril de 2017 a agosto de 2017 (informes emitidos por el Operador del Sistema conforme a lo establecido en la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre). Estos informes se incorporan al procedimiento en la parte de los mismos referida a Gestiona Energía Comercializadora Energética.
- Cuentas del ejercicio 2015 depositadas por Gestiona Energía Comercializadora Energética, como últimas cuentas depositadas por esta empresa en el Registro Mercantil, obtenidas mediante nota expedida por el Registro Mercantil de Valencia el 27 de septiembre de 2017. Estas cuentas no reflejan, sin embargo, un importe neto de la cifra de negocios de Gestiona Energía Comercializadora Energética.

QUINTO.- Propuesta de Resolución.

El 18 de octubre 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 sociedad GESTIONA ENERGÍA COMERCIALIZADORA ENERGÉTICA S.L. es responsable de una infracción grave del artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de su incumplimiento de su obligación de adquisición de energía.*

SEGUNDO.- *Imponga a la sociedad GESTIONA ENERGÍA COMERCIALIZADORA ENERGÉTICA S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de treinta mil (30.000) euros por la comisión de la infracción grave declarada en el precedente apartado primero.*

TERCERO.- *Declare que la sociedad GESTIONA ENERGÍA COMERCIALIZADORA ENERGÉTICA 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 de su incumplimiento de lo establecido en los procedimientos de operación en relación con la constitución de garantías para operar en el mercado eléctrico.*

CUARTO.- *Imponga a la sociedad GESTIONA ENERGÍA COMERCIALIZADORA ENERGÉTICA S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de diez mil (10.000) euros por la comisión de la infracción leve declarada en el precedente apartado tercero.”*

La Propuesta de Resolución fue notificada a Gestiona Energía Comercializadora Energética el 29 de octubre de 2017.

No se han recibido alegaciones de Gestiona Energía Comercializadora Energética en relación con 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 27 de noviembre de 2017, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

DÉCIMO.- 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:

PRIMERO: En el período existente entre marzo de 2016 y diciembre de 2016, Gestiona Energía Comercializadora Energética, S.L. adquirió en mercado de una cantidad de energía significativamente inferior a la suministrada a sus clientes.

Este hecho resulta acreditado por la información remitida por el Operador del Sistema, que no ha sido contradicha por el imputado.

Como pone de relieve el Operador del Sistema en su denuncia (folio 17 del expediente administrativo), Gestiona Energía Comercializadora Energética se dio de alta como comercializador en el ámbito peninsular en diciembre de 2015, comenzando el suministro a sus clientes en marzo de 2016.

Sin embargo, entre marzo de 2016 y mayo de 2016, Gestiona Energía Comercializadora Energética, a pesar del consumo creciente de sus clientes (1,3 MWh en marzo de 2016, 43,2 MWh en abril de 2016 y 56,8 MWh en mayo de 2016), no realizó adquisición alguna de energía en el mercado.

En junio de 2016, Gestiona Energía Comercializadora Energética realizó por primera vez adquisiciones de energía, por valor de 0,9 MWh; sin embargo, el consumo de sus clientes se situó en 132,4 MWh (es decir, adquirió el 0,7 % de

la energía que suministró). En julio de 2016, las adquisiciones de energía tampoco llegan al 10% del suministro (7,4%). En el resto de meses (hasta diciembre de 2016, último mes con cierre de medida a la fecha de la denuncia del Operador del Sistema), si bien las adquisiciones van aumentando, no se alcanza el umbral del 50% de la energía suministrada, a excepción del mes de diciembre de 2016 (52,4%):

	Energía medida de los suministros (MWh b.c.)	Programa de compras (MWh b.c. ¹)	Déficit de compras (MWh b.c.)	Porcentaje de compras	Porcentaje desvío ² sobre medida
Marzo 2016	1,3	-	1,3	0,0 %	[∞]
Abril 2016	43,2	-	43,2	0,0 %	[∞]
Mayo 2016	56,8	-	56,8	0,0 %	[∞]
Junio 2016	132,4	0,9	131,5	0,7 %	14.613,0 %
Julio 2016	177,1	13,1	164,0	7,4 %	1.252,0 %
Agosto 2016	178,4	46,2	132,2	25,9 %	286,2 %
Sept 2016	179,5	72,4	107,1	40,3 %	148,0 %
Octubre 2016	165,0	77,5	87,5	47,0 %	112,9 %
Nov 2016	162,9	79,9	83,0	49,0 %	103,9 %
Dic 2016	214,9	112,6	102,3	52,4 %	90,9 %

Información aportada por el Operador del Sistema el 10 de mayo de 2017 (folio 18 del expediente administrativo).

SEGUNDO.- Gestiona Energía Comercializadora Energética, S.L. ha estado en situación de insuficiencia de garantías desde marzo de 2017 hasta su inhabilitación en agosto de 2017.

La empresa comercializadora Gestiona Energía Comercializadora Energética desatendió el requerimiento de prestación de garantías que le fue cursado por el Operador del Sistema por importe de 3.892.000 euros con fecha límite 29 de marzo de 2017, y se ha mantenido en situación de insuficiencia de garantías todos los meses siguientes hasta su inhabilitación por virtud de la Orden ETU/799/2017, de 1 de agosto (BOE 12 agosto 2017). Durante este período de tiempo, el déficit de garantías ha ido fluctuando (disminuyendo primero y volviendo a incrementarse después), tanto por lo que se refiere al cálculo trimestral o mensual previsto en los apartados 9 y 10 del Procedimiento de Operación 14.3 (esto es, la *Garantía de Operación Adicional* más la *Garantía de Operación Básica* menos las garantías reales depositadas), como, en particular, por lo que se refiere al seguimiento diario calculado según apartado el 11 del Procedimiento de Operación 14.3:

¹ b.c.: barras de central.

² Los desvíos constituyen la relación entre el déficit de energía en que incurre la empresa y la energía adquirida por la misma en mercado

Estado a último día del mes	Garantías depositadas (Euros)	Déficit ap. 12 P.O. 14.3 (Euros)	Déficit ap. 10 y 11 P.O. 14.3 (Euros)
30 abril 2017	75.000	234.000	96.000
31 mayo 2017	75.000	103.000	30.000
30 junio 2017	60.581	1.545.000	755.419
31 julio 2017	60.581	1.545.000	755.419

Así se refleja en la denuncia por incumplimiento remitida por el Operador del Sistema el 10 de mayo de 2017 (folio 16 del expediente administrativo), y en los informes sobre los servicios de ajuste del sistema incorporados al procedimiento (folios 33 a 40 del expediente administrativo).

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.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), así como por las infracciones leves consistentes en la falta de prestación de las garantías establecidas en los procedimientos de operación del sistema (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, al incluirse en el mismo la imputación de una infracción grave y una leve.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

Públicas; asimismo, resultan de aplicación los principios de la potestad sancionadora contenidos en el capítulo III del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

III.1. La falta de realización de ofertas de compra.

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* -pago que no se ha producido oportunamente respecto de las liquidaciones pendientes- de los desvíos ocasionados en el sistema por esa falta de adquisición de la energía en mercado, 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 mercado³.

Así, de acuerdo con el hecho probado primero que se ha expuesto, Gestiona Energía Comercializadora Energética ha incumplido su obligación de realizar ofertas de compra en el mercado de producción en relación con la energía que consumen sus clientes. Esta conducta está tipificada como infracción grave por el mencionado artículo 65.28 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico.

III.2. La falta de depósito de las garantías requeridas.

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

³ 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.

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”*), aprobado por Resolución de 1 de junio de 2016 de la Secretaría de Estado de Energía (BOE de 13 junio 2016) recoge, 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 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.”

El apartado 6 del Procedimiento de Operación 14.3 refleja los diferentes tipos de garantías:

“Las garantías que los Sujetos de Liquidación están obligados a prestar son las siguientes:

a) Una garantía de operación básica que se determinará por el Operador del Sistema según lo establecido en el apartado 9, con el fin de asegurar con carácter permanente un suficiente nivel de garantía.

b) Una garantía de operación adicional mensual y, en su caso, intramensual, calculada según lo establecido en el apartado 10 para cubrir las obligaciones de pago derivadas de futuras liquidaciones correctoras de la liquidación inicial para cada mes que no disponga de Liquidación Final Definitiva.

c) Una garantía excepcional, exigible a los Sujetos en aquellos supuestos en que el Operador del Sistema lo considere necesario, bien por existir un riesgo superior a la cobertura de las garantías de operación básica y adicional, bien por otras circunstancias especiales que justifiquen objetivamente la exigencia de garantías complementarias.

A este respecto el Operador del Sistema podrá solicitar a una compañía de «rating» la calificación del riesgo del Sujeto de Liquidación a efectos de justificar objetivamente la exigencia de una garantía excepcional. El coste de esta calificación deberá ser asumido por el Sujeto afectado.”

Finalmente, el apartado 11 del Procedimiento de Operación permite revisar la garantía de operación exigida (básica y adicional) como consecuencia del seguimiento diario de las mismas, y establece que el sujeto de liquidación deberá

constituir la garantía exigida antes de las 15:00 horas del tercer día hábil posterior a la petición de aumento o reposición de garantías.

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, como la depósito de garantías contenida en este Procedimiento de Operación 14.3.

Así, de acuerdo con el hecho probado segundo que se ha expuesto, Gestiona Energía Comercializadora Energética ha incumplido su obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema, incurriendo en la infracción leve tipificada en el mencionado artículo 66.2 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico.

III.3. La concurrencia de dos infracciones.

En línea con lo indicado en la Propuesta de Resolución, debe señalarse que, aun cuando los dos comportamientos imputados en el presente procedimiento a la sociedad Gestiona Energía Comercializadora Energética se han producido en el marco de las obligaciones que los comercializadores tienen en su condición de sujetos del mercado, ambos comportamientos resultan estar tipificados en la Ley del Sector Eléctrico de forma separada, lo que responde a la protección de diferentes bienes jurídicos, y justifica la imposición de dos sanciones diferentes.

La tipificación de la ausencia o insuficiencia de compras en el mercado pretende proteger la garantía de suministro de los consumidores, imponiendo a los comercializadores la obligación de adquirir la energía necesaria para su consumo. Asimismo, pretende garantizar la adecuada operación del sistema, lo que exige, como anteriormente se ha expuesto, que el Operador del Sistema disponga de un programa de funcionamiento basado en las previsiones de compra de los agentes, y en el que los mecanismos de ajuste resultan ser complementarios para corregir errores de previsión, pero no pueden ser el instrumento principal para programar la energía que ha de ser producida. Finalmente, se pretende, de forma indirecta, evitar situaciones en que la energía que se suministra deba ser soportada por otros sujetos del sistema, ajenos al comportamiento del comercializador que incumple.

Ahora bien, el incumplimiento tipificado en el artículo 65.28 de la Ley se consuma en el comportamiento omisivo consistente en no comprar energía en el mercado (a través de la presentación de las correspondientes ofertas) o no comprar suficiente energía, ya que con ello resultan lesionados los bienes jurídicos indicados en primer lugar (en particular, la correcta operación del sistema), sin que resulte preciso que se haya concretado un resultado lesivo para otros sujetos del sistema (impagos a los generadores que producen la energía suministrada), que, en su caso, agravaría la situación creada.

Por su parte, la tipificación del incumplimiento de la prestación de garantías tiene la finalidad directa de evitar eventuales situaciones de impago en el sistema de liquidaciones del Operador del Sistema, lo que pone en primer término la sostenibilidad económica del sistema como bien jurídico protegido. Ahora bien, el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 46.1.e) de la Ley del Sector Eléctrico es una infracción que se consuma con el comportamiento omisivo en la prestación de garantías (creando la situación de riesgo de impago que la normativa trata de evitar), y tampoco requiere, por tanto, la efectiva producción de una situación real de impago de obligaciones (que, por lo demás, por la propia dinámica de este sistema, no puede ser conocida de forma inmediata, sino varios meses más tarde, con ocasión del cierre definitivo de la liquidación de los servicios de ajuste de cada mes).

Procede, en consecuencia, considerar la existencia de dos sanciones, ya que los dos comportamientos infractores han resultado consumados (lo que se ha producido a través de dos actuaciones diferentes: no hacer ofertas de compra y no depositar las garantías requeridas), y al haberse constatado la lesión de los diferentes bienes jurídicos para cuya protección el legislador ha configurado los dos tipos infractores analizados.

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»*⁴.

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

⁴ 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.

*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 Gestiona Energía Comercializadora Energética.

En el presente caso concurre una intención dolosa de parte de Gestiona Energía Comercializadora Energética en la comisión de las infracciones imputadas:

- Los desvíos registrados son muy elevados, no pudiendo ser el resultado de errores de previsión en las compras de la comercializadora. Debe destacarse a este respecto que entre marzo de 2016 y mayo de 2016 no se realiza compra alguna de energía, a pesar de un consumo creciente de los clientes, así como que en junio de 2016 se realiza una compra de tan sólo 0,9 MWh para un consumo de 132,4 MWh, y que el déficit de compras en los meses de julio de 2016 a noviembre de 2016 es superior al 50% de la energía consumida por los clientes. Todo ello evidencia la decisión consciente y deliberada de no comprar la electricidad necesaria para el suministro a los clientes.
- Asimismo, el requerimiento que fue formulado por el Operador del Sistema para la aportación de la garantía de 3.892.000 euros con fecha límite 29 de marzo de 2017 fue desatendido de forma consciente y deliberada, y de igual forma la empresa imputada se mantuvo de forma consciente en un estado deficitario de garantías hasta su inhabilitación.

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

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, y una multa de hasta 600.000 euros por las infracciones leves.

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 a raíz de la estimación realizada (como consecuencia de la falta de datos en las cuentas depositadas), Gestiona Energía Comercializadora Energética habría tenido en 2016 un volumen de negocios de cuatrocientos mil euros⁵, sin que dicha

⁵ Ver página 12 de la Propuesta de Resolución (folio 82 del expediente administrativo).

Para la estimación del consumo de clientes se ha tomado en cuenta la media de los consumidores suministrados en 2016, con base en la información disponible en la CNMC a tenor de la Circular 1/2005, de 30 de junio, de la CNE. Los precios medios de las tarifas de acceso

empresa haya realizado luego alegaciones para desmentir o desvirtuar tal estimación.

Por su parte, 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, como mencionaba la Propuesta de Resolución, a la consideración del daño ocasionado y a la intencionalidad en la comisión, circunstancias que, a su vez, vienen determinadas por las condiciones temporales, de volumen de compras y de déficit de garantías en que se desarrolla la conducta):

- Infracción consistente en la falta de ofertas de compra:
 - **Período temporal al que se refiere la insuficiencia de compras:** Gestiona Energía Comercializadora Energética ha incurrido en déficit de compras, al menos, desde marzo de 2016 hasta diciembre de 2016.
 - **Cuantía de los desvíos:** El déficit de compras de energía de Gestiona Energía Comercializadora Energética es absoluto en los meses de marzo a mayo de 2016, y muy elevado desde de junio de 2016 en adelante. Gestiona Energía Comercializadora Energética incurre en un déficit de compras de 908,9 MWh en todo el periodo objeto de la infracción.
 - **Daño para el sistema, y beneficio en la comisión de la infracción:** Concorre daño para el sistema, que se ve obligado a gestionar como ajuste el déficit de compras del comercializador; además, la falta de

(peajes regulados) se han obtenido de los datos de las liquidaciones de actividades reguladas. El precio medio de mercado es el publicado por la CNMC como precio medio de adquisición de energía en mercado de los comercializadores libres (fuentes OMIE y OS).

compras de energía provoca que sea el propio sistema en su conjunto (en particular, a través de las sociedades comercializadoras con mayor cuota) el que adelante el pago por la energía no comprada.

- **Intencionalidad:** Gestiona Energía Comercializadora Energética ha cometido su infracción siendo consciente de la insuficiencia de sus compras.

➤ Infracción consistente en la falta de depósito de garantías:

- **Período temporal al que se extiende el déficit de garantías:** El déficit de garantías de Gestiona Energía Comercializadora Energética se extiende desde el 29 de marzo de 2017 hasta el 1 de agosto de 2017.
- **Volumen del déficit en las garantías:** El déficit de garantías de Gestiona Energía Comercializadora Energética fluctúa a lo largo del período de infracción: Si bien se reduce inicialmente (bajando de los 3.892.000 euros del requerimiento inicial desatendido), se incrementa luego, de modo tal que, a 31 de julio de 2017, considerando el valor de las garantías determinado conforme al seguimiento diario del apartado 11 del Procedimiento de Operación 14.3, se sitúa en 1.545.000 euros.
- **Daño para el sistema, y beneficio en la comisión de la infracción:** Las liquidaciones pendientes de la empresa Gestiona Energía Comercializadora Energética han quedado sin garantía suficiente para su cobertura, con el consiguiente riesgo para los generadores que han producido la energía suministrada de no cobrar por su actividad, y, por ende, de dañar la confianza en el funcionamiento solvente del sistema. Asimismo, Gestiona Energía Comercializadora Energética, de entrada, ha eludido hacer frente al coste financiero de las garantías que los comercializadores depositan en cumplimiento de la normativa.
- **Intencionalidad:** Gestiona Energía Comercializadora Energética ha cometido su infracción siendo consciente de la insuficiencia de sus garantías.

Atendiendo a las circunstancias mencionadas, se considera proporcionado imponer las multas propuestas por la Dirección de Energía:

1. Por la comisión de la infracción grave de ausencia de ofertas de compra:
Una multa de **treinta mil (30.000) euros**.
2. Por la comisión de la infracción leve de falta de depósito de garantías:
Una multa de **diez mil (10.000) euros**.

Finalmente, en lo que respecta al artículo 69.1 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, sobre restitución o reparación del daño, se ha de señalar lo siguiente: Dada la inhabilitación de Gestiona Energía Comercializadora Energética para actuar como comercializador conforme a lo acordado en la Orden ETU/799/2017, de 1 de agosto, publicada en el BOE de 12 de agosto, no procede adoptar

ninguna medida adicional, sin perjuicio de la obligación de Gestiona Energía Comercializadora Energética de ir haciendo frente al pago de la energía que ha suministrado a sus clientes (pago de los desvíos ocasionados).

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

RESUELVE

PRIMERO:

- **Primero.1.-** Declarar que la empresa GESTIONA ENERGÍA COMERCIALIZADORA ENERGÉTICA, 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 los meses de marzo de 2016 a diciembre de 2016.
- **Primero.2.-** Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **treinta mil (30.000) euros**.

SEGUNDO:

- **Segundo.1.-** Declarar que la empresa GESTIONA ENERGÍA COMERCIALIZADORA ENERGÉTICA, 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, consistente en la falta de prestación de las garantías exigidas por el Operador del Sistema conforme al Procedimiento de Operación 14.3, infracción en la que esta empresa incurre por su actuación entre marzo de 2017 y julio de 2017.
- **Segundo.2.-** 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.