

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO EL 8 DE ENERO DE 2018 A LA EMPRESA VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 9 DEL REGLAMENTO (UE) Nº 1227/2011 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 25 DE OCTUBRE DE 2011, SOBRE LA INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA DEL MERCADO MAYORISTA DE LA ENERGÍA.

SNC/DE/148/17

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 20 de septiembre 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.- *Requerimiento a VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L..*

Mediante oficio de 28 de junio de 2017, el Director de Energía de la CNMC indicó a VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. que, como participante en el mercado mayorista de electricidad, debía cumplir con su obligación de inscribirse en el Registro español de participantes creado a tal efecto. Dicho oficio fue notificado a la citada mercantil el día 3 de julio de 2017.

En dicho oficio, también se recordaba que el incumplimiento de la citada obligación está tipificado como infracción grave de acuerdo al artículo 65.5 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, Ley 24/2013).

SEGUNDO. Incoación del procedimiento sancionador y falta de alegaciones de VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. al acuerdo de incoación.

Con fecha 8 de enero de 2018 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 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante “Ley 3/2013”) y en el artículo 23.f) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante “Estatuto Orgánico de la CNMC”), acordó, incoar expediente sancionador a VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. como persona jurídica presuntamente responsable de la comunicación de los datos de sus transacciones a ACER y, previamente, a la inscripción en el Registro español de participantes en el mercado (artículo 9 del Reglamento (UE) Nº 1227/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía).

En este sentido, el Acuerdo de incoación en particular señalaba que VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. *“sigue operando en el mercado mayorista de electricidad gestionado por OMIE. La citada sociedad sigue sin inscribirse en el Registro español de participantes en el mercado”*.

El Acuerdo de incoación precalificó jurídicamente estos hechos como una presunta infracción administrativa grave tipificada en el artículo 65.5 de la Ley del Sector Eléctrico, en su condición de participante en el mercado mayorista de electricidad.

Dicho Acuerdo fue notificado a VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. el 21 de febrero de 2017 confiriéndole un plazo de quince días hábiles para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba.

Transcurrido el plazo concedido, VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. no ha procedido a realizar alegaciones al acuerdo de incoación.

TERCERO. Propuesta de Resolución

El 18 de abril de 2018 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:

“Vistos los razonamientos anteriores, el Director de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

ACUERDA PROPONER

A la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO. *Declare que VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.5 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de su obligación de inscripción en el Registro español de participantes en el mercado mayorista de la energía.*

SEGUNDO. *Imponga, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **seis mil (6.000) euros.***

La Propuesta de Resolución fue notificada a VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. el 17 de mayo de 2018, según obra en el expediente administrativo, confiriéndole un plazo de quince días para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba.

CUARTO.- Alegaciones de VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L.

Con fecha 30 de mayo de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones presentado por la empresa VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. en el que, en síntesis, señala:

- Que el presunto motivo del incumplimiento se basa en un error de organización y de concepto entre [CONFIDENCIAL], sin intencionalidad alguna y que siempre se han reportado las operaciones.
- Que como consecuencia de la obligación de separación jurídica de actividades, [CONF] continua como distribuidora y se crea VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. para encargarse del suministro a clientes (entre 48 y 53 puntos de suministro en baja tensión).
- Que [CONF] accedía al mercado mediante representante y ambos dados de alta en REMIT
- Que VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L., accede al Mercado mediante el mismo representante que continúa estando dado de alta.
- Que con fecha 1 de enero de 2017, [CONF] deja de operar y lo empieza a hacer VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L., siendo las operaciones reportadas a REMIT por su representante.

- Que ha habido descoordinación y falta de diligencia con la rapidez necesaria, atendiendo a que la información de las operaciones fluía de los mercados a REMIT.
- Que los importes de facturación en el año 2017 (base imponible) a efectos del impuesto eléctrico en 2017 ascienden a [CONFIDENCIAL] y que la sanción propuesta excede del 10% de la cifra de negocios. Aporta Modelo 560, de los 4 trimestres del ejercicio 2017.
- Que la sanción impuesta pone en riesgo la continuación de la actividad, dado el volumen de negocios, margen comercial de la actividad y gastos de gestión razonables de VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L.
- Que VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. procederá a darse de alta en los siguientes días
- Que no está de acuerdo con la propuesta recibida

Por todo ello, solicita que se tenga a bien anular el expediente sancionador, evitando la imposición de sanción alguna.

QUINTO.- 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 8 de junio de 2018, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

SEXTO.- 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. VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L operó en el mercado mayorista de electricidad sin haberse inscrito previamente en el Registro español de participantes en el mercado mayorista de la energía.

Este hecho ha quedado acreditado a través del propio reconocimiento de la empresa en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, así como de la información obrante en la CNMC respecto de la realización de transacciones en el mercado mayorista de la energía.

Lo anterior no queda desvirtuado por el hecho de que VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L opere en el mercado a través de representante.

SEGUNDO. Los trámites para la inscripción en el Registro español de participantes en el mercado mayorista de la energía de esta sociedad no se han iniciado a fecha de aprobación de la presente resolución.

Este hecho queda acreditado a través de la información obrante en el Registro español de participantes en el mercado mayorista de la energía gestionado por la CNMC, y la trazabilidad de actuaciones que está garantizada. Asimismo, queda acreditado a través del propio reconocimiento de la empresa en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución donde reseña, a fecha 30 de mayo de 2018, que iniciará los trámites en los días siguientes, circunstancia que no se ha producido a día de hoy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013 y 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 corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por la infracción tipificada en el artículo 65.5 de dicha Ley. En concreto, de acuerdo con lo establecido 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. En este sentido, 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 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 (artículos 25 a 31) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

El artículo 65.5 de la Ley 24/2013, tipifica como infracción “*el incumplimiento de las disposiciones contenidas en los Reglamentos de la Unión Europea que afecten al sector eléctrico, salvo que estén expresamente tipificadas como muy grave*”.

En relación con dicho precepto, el artículo 9.1 del Reglamento (UE) N° 1227/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía (en adelante «REMIT»), determina que “*los participantes en el mercado que realicen operaciones sujetas a la obligación de comunicarlas a la Agencia de conformidad con el artículo 8, apartado 1, se registrarán ante la autoridad reguladora nacional del Estado miembro en el que estén establecidos o residan*” y que dicha inscripción deberá efectuarse “*antes de realizar cualquier operación sujeta a la obligación de comunicarla a la Agencia*” (ex art. 9.4, REMIT).

Asimismo, el artículo 2.7 de REMIT define como participante en el mercado a “*cualquier persona, incluidos los gestores de la red de transporte, que realice transacciones, incluida la emisión de órdenes de realizar operaciones, en uno o varios mercados mayoristas de la energía*”.

Con fecha 8 de enero de 2015 se creó el Registro español de participantes en el mercado mayorista de la energía mediante Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, siendo la fecha de inicio del registro el día 15 de enero de 2015.

En el presente caso, VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. tiene la consideración de participante en el mercado mayorista de la energía, al realizar operaciones como comercializadora en el mercado mayorista de electricidad gestionado por OMIE. La anterior conclusión no se ve desvirtuada por el hecho de que VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. actúe a través de la figura de un representante.

Además, VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. no se inscribió con anterioridad al inicio de sus operaciones en el citado Registro español de participantes en el mercado mayorista de la energía. De hecho, a fecha de la presente resolución, no ha iniciado el procedimiento de su inscripción en el Registro español de participantes en el mercado mayorista de la energía,

Así, no cabe duda de que, de acuerdo con los hechos probados que se han expuesto, VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. ha incumplido su obligación de inscribirse en el Registro español de participantes en el mercado mayorista de la energía, en los términos que exige el REMIT.

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.

Por su parte, el artículo 28.1 de la Ley 40/2015 dispone que *“Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”*.

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 VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L.

Tal y como se ha indicado, VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. nunca inició el procedimiento de inscripción en el Registro español de participantes en el mercado mayorista de la energía. Esta situación determina que VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. se haya mantenido en la situación de incumplimiento tipificada reseñada en el anterior fundamento.

Ello constituye un comportamiento voluntario y consciente de la sociedad, siendo manifiesta la falta de diligencia de VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. en todo el proceso para actuar en el mercado mayorista de electricidad, lo que justifica plenamente que haya de entenderse su

comportamiento culpable y merecedor del correspondiente reproche sancionador.

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

El artículo 67.1.b) 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, el detalle de la auto liquidación del impuesto sobre la electricidad durante el ejercicio 2017 efectuado por la empresa VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. denotan un importe neto de cifra de negocios de 51.288,78 euros de esta sociedad.

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.»*

Al respecto, para cuantificar la sanción a imponer, esta Sala valora que el incumplimiento no ha supuesto peligro para la vida o la salud de las personas, o la seguridad o el medio ambiente. Asimismo, la importancia del daño o deterioro causado es reducido, pues no concurre perjuicio alguno para la continuidad y regularidad del suministro.

VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L. participa en grado de autora de la infracción cometida, aunque no se ha apreciado obtención de beneficio alguno y no concurre ninguna de las restantes circunstancias, esto es, intencionalidad dolosa, reiteración o impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.

Adicionalmente, entiende esta Sala que resulta procedente considerar, en último término, el importe de la base imponible del impuesto sobre la electricidad (artículo 97 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, según redacción dada por la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, según autoliquidaciones aportadas por VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L., que asciende a 51.288,78 euros.

En este sentido y en especial consideración a esta última circunstancia, se considera procedente reducir la multa propuesta por el instructor en su propuesta de resolución e imponer a VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L una multa de 5.100 euros.

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

RESUELVE

Primero.- Declarar que VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L., es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.5 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, consistente en el incumplimiento de su obligación de inscripción en el Registro español de participantes en el mercado mayorista de la energía.

Segundo.- Imponer a VIRTUAL POWER PLANT & SMART ENERGY, S.L., una sanción consistente en el pago de una multa de cinco mil cien **mil (5.100) 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 a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.