

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA EMPRESA SUMINISTRADORA ELÉCTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE, S.L. POR LA INFRACCIÓN REITERADA DE FALTA DE ADQUISICIÓN DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA NECESARIA PARA EL DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES DE SUMINISTRO Y DE INSUFICIENCIA DE GARANTÍAS ANTE EL OPERADOR DEL SISTEMA.

SNC/DE/130/17

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA

D^a. María Fernández Pérez

CONSEJEROS

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Xabier Ormaetxea Garai

SECRETARIO DE LA SALA

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 3 de octubre de 2019

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.

Con fecha 1 de septiembre de 2017 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. (REE) de 29 de agosto de 2017, sobre comunicación de incumplimiento de la obligación de pago de la liquidación del operador del sistema por parte de SUMINISTRADORA ELÉCTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE, S.L. (SEVAL) por una cuantía de 267.313,77 euros que fue cubierto por la garantía depositada de 716.000 euros.

Asimismo, con fecha 4 de septiembre de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de REE de la misma fecha, sobre incumplimiento de prestación de garantías por parte de SEVAL por valor de 146.000 euros con vencimiento el día 31 de agosto de 2017.

SEGUNDO.- Imposición de sanción por falta de presentación tanto de ofertas de compra como de garantías.

El día 1 de febrero de 2018 la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el marco del expediente sancionador (SNC/DE/060/17) declaró que la empresa SEVAL era 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 noviembre y diciembre del año 2016 e igualmente 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 mayo de 2017. Se le impuso una multa de 50.000 y 5.000 euros respectivamente por cada una de las infracciones.

La Resolución agotó la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición, por lo que la misma tiene la condición de firme en vía administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 114.2. d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Asimismo no fue recurrida en vía contencioso-administrativa.

TERCERO.- Agravamiento de la situación a resultas del informe mensual de octubre 2018 de servicios de ajuste del sistema

El día 27 de noviembre de 2018 tuvo entrada informe mensual de servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de octubre de 2018 en el que en lo que aquí interesa se pone de manifiesto un impago por parte de SEVAL de 210.882 euros, que se suma a anteriores impagos en plazo que alcanzan a la fecha de cierre del informe el valor de 2.773.151 euros con pérdida para acreedores de 1.400.433 euros.

Respecto a las garantías, se comprueba que se encuentra con un déficit de garantías respecto a pagos pendientes de 149.668 euros.

CUARTO.- Incoación de procedimiento sancionador

De conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 64.2 de la Ley 39/2015, el 11 de enero de 2019, el Director de Energía acordó incoar expediente sancionador a SEVAL por la infracción de falta reiterada de adquisición de la energía eléctrica necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro y de insuficiencia de garantías ante el operador del sistema.

El acuerdo de incoación precalificó estos hechos como una presunta infracción muy grave tipificada en el artículo 64.39 de la Ley 24/2013 en relación con el

artículo 46.1 letra c) de la Ley 24/2013. Y como una presunta infracción leve recogida en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013 puesto en relación con 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.

El acuerdo de incoación fue notificado a SEVAL, el día 22 de enero de 2019.

QUINTO.- Alegaciones de Suministradora Eléctrica Vientos Alisios de Lanzarote.

El día 12 de febrero de 2019, tuvo entrada en el registro de la CNMC alegaciones de SEVAL en las que se limita a solicitar que se acuerde la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento, ya que, pretende realizar acciones judiciales frente a la desestimación por silencio administrativo de la Dirección General de Política Energética y Minas, adscrita al Ministerio para la Transición Ecológica, de una reclamación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de los servicios de la Administración General del Estado, en lo relativo al cumplimiento de lo previsto en la disposición transitoria tercera y en el anexo del VI del Real Decreto 738/2015, de 31 de julio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y el procedimiento de despacho en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares, que, según la mercantil, han consistido en:

“La inobservancia de la aprobación en el plazo normativamente previsto de las resoluciones por las que han de determinarse los precios de productos por tipo de combustible y los denominados poderes caloríficos” que a resultas de esto, se ha generado un efecto directo e inmediato en las liquidaciones practicadas a SEVAL por el Operador del sistema con arreglo al procedimiento de operación 14.1, relativo a las Condiciones generales del proceso de liquidación del operador del sistema (...) modificada por Resolución de 1 de junio de 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento de operación 14.3 “Garantías de Pago” y se modifica el procedimiento de operación 14.1”

“Dicho efecto ha consistido en el desajuste económico de las liquidaciones practicadas sobre la base de precios determinados con un retraso, corregidos con posterioridad, al aprobarse las correspondientes resoluciones. Los pagos efectuados por SEVAL en virtud de dichas liquidaciones generaban a esta una detracción de fondos inadecuada en cuanto a su cuantía”

En su opinión de dicho retraso se deriva la situación actual de déficit de garantías y de falta de adquisición de la energía para cubrir sus suministros.

SEXTO.- *Balance de situación en atención a los informes recibidos.*

El día 1 de abril de 2019 tuvo entrada informe mensual de servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de febrero de 2019 en el que en lo que aquí interesa, se pone de manifiesto un impago que alcanza a la fecha de cierre del informe el valor de 2.653.025 euros con pérdida para acreedores de 980.297 euros.

Por otro lado, el déficit de garantías respecto a pagos pendientes es de 209.026 euros.

Posteriormente, en fecha 21 de mayo de 2019, el Director de Energía procedió a solicitar información a REE actualizada sobre los desvíos en los que hubiera podido incurrir SEVAL en el despacho de Canarias en el período comprendido entre febrero de 2018 y mayo de 2019. El 10 de junio de 2019 tuvo entrada respuesta al indicado requerimiento.

[...]

Según la indicada gráfica, se puede comprobar que en todos los meses transcurridos SEVAL incurrió en desvíos negativos por no haber comprado suficiente energía para abastecer a sus clientes. Aunque la situación experimentó una mejora en meses sucesivos, no fue regularizada.

SÉPTIMO- *Incorporación de información*

Mediante diligencia de ordenación de 24 de junio de 2019 se incorporaron al expediente nota simple del Registro Mercantil de Arrecife, Lanzarote de las cuentas anuales correspondientes al año 2016 de SEVAL, últimas cuentas depositadas, siendo el importe neto de la cifra de negocios de 3.706.279,73 euros, lo que establece el límite máximo para cada una de las sanciones en 370.6279 euros, diez por ciento de la indicada cifra de negocios.

OCTAVO.- Propuesta de Resolución.

El 1 de julio de 2019 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 SUMINISTRADORA ELECTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE S.L. es responsable de la comisión de una infracción muy grave del artículo 64.39 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de su obligación de adquisición de energía suficiente durante los meses de diciembre de 2017 a febrero de 2019.*

SEGUNDO- *Imponga una sanción a la sociedad SUMINISTRADORA ELECTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE S.L. consistente en el pago de una multa de ciento cincuenta mil euros (150.000 €), por la comisión de la infracción muy grave declarada en el precedente apartado primero.*

TERCERO- *Declare que la sociedad SUMINISTRADORA ELÉCTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE 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 lo establecido en los procedimientos de operación en relación con la constitución de garantías para operar en el mercado eléctrico, desde el 31 de agosto de 2017 hasta octubre de 2018.*

CUARTO- *Imponga una sanción a la sociedad SUMINISTRADORA ELECTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE S.L. consistente en el pago de una multa de diez mil euros (10.000 €), por la comisión de la infracción leve declarada en el precedente apartado tercero.*

QUINTO- *Aplique la reducción del 20% al importe de las multas propuestas, en el caso de que SUMINISTRADORA ELÉCTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE S.L reconozca voluntariamente su responsabilidad”*

La Propuesta de Resolución fue notificada a la empresa imputada el 15 de julio de 2019. En la notificación se confería un plazo de quince días hábiles para formular alegaciones.

NOVENO.- Alegaciones de Suministradora Eléctrica Vientos Alisios de Lanzarote en relación con la Propuesta de Resolución.

El 27 de julio de 2019 tuvieron entrada en el Registro de la CNMC alegaciones de SEVAL en relación con la Propuesta de Resolución. Por medio de dichas alegaciones, solicita a la CNMC:

- *“La suspensión del plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento tramitado de conformidad con el artículo 22.1, letras e) y g) de la Ley 39/2015, para que se efectúe una auditoría en los términos indicados en este escrito, así como por la pendencia de procedimiento judicial nº 170/19 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia*

Nacional, cuya resolución es indispensable para la resolución del presente procedimiento.

- *El archivo del procedimiento por vulneración del principio non bis in ídem, al tramitarse el presente procedimiento al tiempo que el procedimiento de inhabilitación de SEVAL y traspaso de sus clientes por el Ministerio para la Transición Ecológica, mediante Acuerdo de la Ministra de 27 de junio de 2019.*
- *El archivo del procedimiento por apartamiento por la CNMC del precedente con quiebra del principio de igualdad.*
- *La no apreciación de componente doloso ni negligente en la infracción muy grave imputada a esta parte.*
- *La no apreciación de reincidencia en relación con la infracción leve imputada.”*

DÉCIMO.- 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 19 de septiembre de 2019, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

UNDÉCIMO.- 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. No presentación de ofertas de compra de manera reiterada.

De conformidad con el último informe de REE recibido, de 10 de junio de 2019, desde febrero de 2018, es decir, en los meses posteriores a la imposición de sanción en el marco del expediente SNC/DE/060/17 por la falta de presentación de ofertas de compra de energía eléctrica en el mercado de producción, ha seguido incurriendo en desvíos que presentan un porcentaje superior al diez por ciento, aunque disminuyendo y unos volúmenes relevantes, de más de 100 MWh.

Asimismo, es necesario poner de manifiesto que dicha comercializadora opera en el sistema extrapeninsular, sistema aislado en el que este volumen tiene un efecto más significativo.

[...]

[...]

Por tanto, resulta probado que, con posterioridad a la imposición de la sanción inicial el día 1 de febrero de 2018, de SEVAL, siguió durante el período de un año comprando de forma insuficiente e incurriendo en los desvíos indicados en la tabla superior. Este documento está incorporado al expediente administrativo.

SEGUNDO. Insuficiencia de garantías de pago ante el operador del sistema.

A resultas del informe mensual de febrero de 2019 emitido por REE, se encuentra con un déficit de garantías respecto a los pagos pendientes de 209.026 euros, como consta incorporado al expediente administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 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 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones muy 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 64.39 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.

SEGUNDO.- 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 muy grave y una leve. Dicho plazo ha de considerarse desde el inicio del procedimiento (que tiene lugar el 13 de junio de 2017).

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

TERCERO.- TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

3.1.- La falta de realización de ofertas de compra

El artículo 64.39 de la Ley 24/2013 tipifica como infracción muy grave la no presentación de ofertas de compra o venta, de manera reiterada por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción.

El artículo 46.1 letra c) de la Ley 24/2013 establece que las comercializadoras, en relación con el suministro de energía eléctrica, tienen la obligación de adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones.

El artículo 67.5 de la Ley 24/2013 establece que se considerará que un incumplimiento es reiterado cuando dentro del año inmediatamente anterior a su comisión el sujeto hubiera sido sancionado mediante resolución firme en vía administrativa con arreglo a la misma infracción.

Es necesario subrayar que la voluntad del legislador ha sido inequívoca en la agravación del tipo, pasando la conducta de grave – artículo 65.28 de la Ley 24/2013- a muy grave – artículo 64.39 de la Ley 24/2013- , por el mero hecho de la reiteración que ha de entenderse en los términos previstos en el artículo 67.5. Con ello, es evidente el efecto disuasorio buscado por el legislador al que, en estas infracciones, no le ha bastado con entender la reiteración como una circunstancia agravante de la responsabilidad.

Dicho lo anterior y a la vista de los hechos probados, SEVAL ha incumplido con la obligación de presentar ofertas de compra suficientes en el mercado, incurriendo en constantes desvíos y generando un impago que en el informe de REE del mes de febrero de 2019 alcanza el valor de 2.653.025 euros con una pérdida para acreedores de 980.297 euros.

Por otra parte, este incumplimiento debe calificarse como muy grave puesto que en el año inmediatamente anterior a su comisión el sujeto ha sido sancionado por resolución firme en vía administrativa con arreglo a idéntico hecho infractor. Como se señala en los antecedentes, el 1 de febrero de 2018, la Sala de Supervisión Regulatoria sancionó a SUMINISTRADORA ELÉCTRICA VIENTOS

ALISIOS DE LANZAROTE S.L por la comisión de la infracción grave recogida en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013 que consiste en la falta de presentación de ofertas de compra de energía eléctrica en el mercado de producción. Esta conducta infractora se ha mantenido, como consta en los hechos probados hasta febrero de 2019, último mes con lectura definitiva.

En consecuencia, y de conformidad con el artículo 67.5 de la Ley 24/2013 ha de entenderse que concurre la reiteración exigida por el tipo infractor previsto en el artículo 64.39 de la citada Ley por lo que los hechos probados pueden subsumirse en la infracción muy grave tipificada en dicho apartado.

3.2.- La falta de depósito de las garantías requeridas

El artículo 66.2 de la Ley 24/2013 tipifica como infracción leve, el incumplimiento de las obligaciones derivadas de las Reglas de Mercado o de los Procedimientos de Operación que no tengan la consideración de infracción muy grave o grave de conformidad con los artículos 64 o 65, cuando dicho cumplimiento no derive de perjuicio para el funcionamiento del mercado o del sistema eléctrico.

El artículo 46.1.e) establece que las comercializadoras tienen la obligación en relación con el suministro de energía eléctrica, de prestar las garantías que reglamentariamente se establezcan.

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, recoge en su apartado 3, la obligación de aportación de garantías: 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

En el presente caso, tal y como demuestran los hechos probados:

El informe mensual de servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de octubre de 2018 pone de manifiesto un déficit de garantías respecto a pagos pendientes de 149.668 euros.

El informe mensual de servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de febrero 2019 pone de manifiesto un déficit de garantías respecto a pagos pendientes de 209.026 euros.

Queda probado, por tanto, la comisión de la indicada infracción leve. En este caso, la reiteración en la conducta –SEVAL fue sancionado por ello en la citada Resolución de 1 de febrero de 2018- no se integra en el tipo a efectos de un

posible agravamiento de la responsabilidad, sino que ha de tratarse como una circunstancia agravante a la hora de determinar la sanción.

3.3.- La concurrencia de dos infracciones

Debe señalarse que aun cuando los dos comportamientos imputados en el presente procedimiento y probados en el mismo, 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 LSE 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 en primer lugar, proteger la garantía de suministro de los consumidores, imponiendo a los comercializadores la obligación de adquirir la energía necesaria para su consumo. En segundo término, garantizar la adecuada operación del sistema, lo que exige, que el Operador 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, en tercer término y de forma indirecta, garantizar la sostenibilidad financiera del sector, evitando situaciones en que la energía que no ha sido debidamente programada, pero sí ha sido suministrada a los consumidores y gestionada a través de los servicios de ajuste del sistema (con el mayor coste que ello comporta) pueda llegar a ser soportada por otros sujetos del sistema, ajenos al comportamiento del comercializador que incumple.

Ahora bien, el incumplimiento tipificado en el artículo 64.39 de la Ley, se consume en el comportamiento omisivo consistente en no comprar energía o no comprar suficiente energía, ya que con ello resultan lesionados los bienes jurídicos indicados en primer lugar (garantía de suministro y correcta operación del sistema) y sin que resulte preciso que se haya concretado un resultado lesivo para otros sujetos del sistema, ya que, a estos efectos está previsto el sistema de garantías

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 LSE, es una infracción que se consume con el comportamiento omisivo en la prestación de garantías, y tampoco requiere la producción de una situación real de impago de obligaciones, que, 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 cada mes.

Procede, en consecuencia, la imposición de las dos sanciones contempladas en esta propuesta ya que los dos comportamientos infractores han resultado consumados, al haberse constatado la lesión de los diferentes bienes jurídicos para cuya protección el legislador ha configurado los dos tipos infractores analizados.

CUARTO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción y ausencia de eximentes de responsabilidad.

4.1.- 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 se desprende del artículo 28.1 de la Ley 40/2015 según el cual «Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, (...), que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa», así como en reiterada jurisprudencia (STS 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 de 23 de febrero de 2012, sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª).

En todo caso, el elemento subjetivo de 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 de 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».

4.2.- Examen de las circunstancias concurrentes en el caso de la infracción cometida por Suministradora Eléctrica Vientos Alisios de Lanzarote.

La diligencia que es exigible a un comercializador en su condición de sujeto de mercado implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos, entre las que se encuentran las ya mencionadas obligaciones descritas en los artículos 46.1 c) y 46.1 e) de la Ley 24/2013, relativas

respectivamente a las compras en el mercado y al depósito de las garantías exigidas en relación con su participación en mercado.

En el presente caso, resulta acreditado que el comportamiento de la sociedad imputada implica una culpabilidad a título intencionado o doloso ya que la diferencia entre el volumen de sus compras en los meses de diciembre de 2017 a febrero de 2019 y el volumen de energía requerido por sus clientes en los mismos meses, no resulta ser consecuencia de errores de previsión acerca del consumo de sus clientes para tales meses o acerca del número de sus clientes, que pudieran merecer la calificación de falta de diligencia. Bien al contrario, el comportamiento continuo evidencia la decisión consciente y deliberada de no comprar la cantidad de energía suficiente para los clientes que debía suministrar, más teniendo en cuenta que no experimentó en este largo período grandes variaciones ni el volumen de ventas ni en el número de clientes. Por ello, el comportamiento ha de calificarse de doloso.

La misma calificación de comportamiento doloso debe darse al incumplimiento relativo a la prestación de garantías. Efectivamente, el requerimiento que le fue formulado por el operador del sistema el día 31 de agosto de 2017 para la aportación de garantías por valor de 146.000 euros, fue desatendido de forma consciente y de igual forma se mantuvo de forma consciente el estado deficitario de las garantías desde el 31 de agosto de 2017, al menos hasta octubre de 2018.

QUINTO.- CONSIDERACIÓN DE LAS ALEGACIONES EFECTUADAS POR SUMINISTRADORA ELÉCTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE CON RESPECTO A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN.

En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, SEVAL invoca el artículo 22.1. g) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, a fin de solicitar la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar la resolución por la que se ponga fin al procedimiento iniciado por el Acuerdo de 11 de enero de 2019. Para ello, SEVAL aporta copia (Documentos 1, 2 y 3) del recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo negativo de la reclamación que interpuso mediante escrito de 26 de junio de 2018, sobre responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de los servicios de la Administración General del Estado, en particular, de la Dirección General de Política Energética y Minas, en cuya virtud se solicita una indemnización de, al menos, 1.000.000 euros. Dicha reclamación se basa en los daños derivados del constante funcionamiento anormal de la Administración estatal indicada, por los retrasos en la aprobación de las resoluciones por las que debía establecer para el sistema extrapeninsular canario los precios de los combustibles y el poder calorífico, generándole un desajuste para las comercializadoras en la gestión de las liquidaciones.

Adicionalmente, SEVAL entiende que la propuesta de resolución vulnera el principio non bis in ídem al afirmar que se encuentra en proceso de tramitación por el Ministerio para la Transición Ecológica, un procedimiento contra SEVAL,

motivado por la insuficiencia de garantías de pago ante el Operador del Sistema en agosto de 2018, por el que, previsiblemente, se le inhabilitará y sancionará económicamente.

En cuanto a la actuación de esta Comisión, SEVAL alega que existe una falta de acomodación de su criterio de la CNMC a actuaciones precedentes, interpretando que la potestad sancionadora suele reservarse para aquellos supuestos en los que las entidades incurren en desvíos realmente llamativos y que la conducta de SEVAL, en este caso, se encuentra dentro de los márgenes ordinarios de desvío del sistema.

En lo que respecta a la falta de presentación de ofertas de compra de energía eléctrica en el mercado de producción, desde febrero de 2018 hasta mayo de 2019, SEVAL ha incurrido en desvíos que presentan un porcentaje total superior al diez por ciento. SEVAL alega que existen diferencias entre lo manifestado por REE en este informe enviado a la CNMC y las liquidaciones C2 que la propia REE les ha hecho llegar, imputándoles 65,1 MWh más de desvío que el que les corresponde en realidad.

Por último, SEVAL alega que no existe reincidencia en lo que respecta a la infracción leve imputada (falta de presentación de garantías). La empresa entiende que no se ha cometido más de una infracción de la misma entidad (la correspondiente a la Resolución CNMC de 1 de febrero de 2018) y, por lo tanto, no procede aplicar el 67.4 LSE, tal y como se pretende en la Propuesta de Resolución.

A juicio de esta Sala, procede desestimar las alegaciones del imputado, con base en las siguientes consideraciones:

- En lo relativo a la solicitud de suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento, procede subrayar que no existe una relación directa entre las obligaciones de realizar ofertas de compra en el mercado y presentar garantías de pago con arreglo al Procedimiento de Operación 14.3, aprobado por la Resolución de 1 de junio de 2016, y los retrasos en la aprobación de las resoluciones por las que se debía establecer para el sistema extrapeninsular canario los precios de los combustibles y el poder calorífico. A juicio de esta Comisión, SEVAL tuvo la posibilidad de ajustarse a los criterios de garantía marcados y no lo hizo, por lo tanto, no procede la suspensión del procedimiento.
- En lo que respecta a la vulneración del principio non bis in ídem, el ordenamiento jurídico español, por exigencia del artículo 25 de la Constitución Española, impide sancionar, por partida doble, a un sujeto infractor por la comisión de un mismo hecho. Sin embargo, tal y como dispone el art. 71.3 de la Ley 24/2013, para que este principio sea de aplicación

resulta imprescindible apreciar identidad de hecho, sujeto y fundamento; circunstancia que no queda acreditada de forma efectiva en este caso.

Procede aclarar que lo tramitado por el Ministerio es un procedimiento de inhabilitación en la que no se ejercita la potestad sancionadora y que no concluye con la imposición de una sanción sino con el establecimiento o no de la inhabilitación. De hecho, en los procedimientos tramitados por el Ministerio que concluyen acordando efectivamente la inhabilitación se menciona expresamente que esa decisión es compatible con la imposición de eventuales sanciones por la CNMC. En conclusión, no existe bis in ídem en este supuesto.

- En cuanto a la inexistencia de incumplimiento punible, SEVAL aduce la existencia de dos informes emitidos por REE cuyo contenido difiere, de forma que el primero incorpora una información que podría ser objeto de sanción por parte de esta Comisión, mientras que información reflejada en el segundo vendría a mostrar que se produjeron una serie de desvíos no significativos y, por ende, no reprochables.

Según la información aportada, las diferencias que resultan de estos dos informes son “pequeñas diferencias” y afectarían a 65,1 MWh de un total de 2.493,2 MWh.

Con independencia de lo anteriormente dispuesto, los desvíos existentes en ambos informes son punibles y, por ende, objeto de reproche sancionador.

- Por último, SEVAL defiende que no puede entenderse que exista reincidencia en la infracción leve objeto de sanción al no darse los requisitos establecidos en el artículo 67.4.f) LSE.

Frente a ello ha de decirse que no estamos ante un supuesto de reincidencia, que es el agravante contemplado específicamente en el art. 67.4.f) LSE, sino de reiteración, tal y como aparece en el artículo 67.4.e), siendo de aplicación para este caso, en atención a la multa que se le había impuesto a SEVAL en fecha reciente a los hechos (febrero 2018) y la consciencia que en consecuencia tenía la empresa de estar incumpliendo la normativa al estar realizando una actuación por la que había sido recientemente sancionado.

SEXTO.- SANCIÓN QUE SE FORMULA APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA

El artículo 67 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico prevé una multa de 6.000.001 euros a 30.000.000 euros por la comisión de una

infracción muy grave y una multa de hasta 600.000 euros por la comisión de una infracción leve.

No obstante, la sanción no podrá superar, en ningún caso, el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor (artículo 67.2 de la Ley 24/2013). De conformidad con la nota simple del Registro Mercantil de Arrecife, Lanzarote de las cuentas anuales correspondientes al año 2016 de SEVAL últimas cuentas depositadas, el importe neto de la cifra de negocios fue de 3.706.279,73 euros, lo que establece el límite máximo para cada una de las sanciones en 370.6279 euros, diez por ciento de la indicada cifra de negocios.

Por su parte, el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar las sanciones:

- 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.

En el presente caso, no concurre circunstancia alguna agravante en relación con la infracción muy grave tipificada en el artículo 64.39. Ahora bien, el límite mínimo de la misma excede con mucho del 10% de la cifra de negocios. Incluso aplicando lo previsto en el artículo 67.5 de la Ley 24/2013, es decir, las sanciones previstas para las infracciones graves –de 600.001 euros a 6.000.000, también se produce una superación del citado límite.

Por otra parte, por la comisión de la infracción grave, ahora agravada en su calificación por la reiteración a muy grave se le impuso una sanción por Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 1 de febrero de 2018 de 50.000 euros.

En relación con el incumplimiento de la prestación de garantías concurre la circunstancia agravante prevista en la letra e) del artículo 67.4, es decir, la reiteración, a la vista de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 1 de febrero de 2018. En la misma se le impuso una sanción de 5.000 euros.

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

1. Por la comisión de la infracción muy grave del artículo 64.39 de la Ley 24/2013, la imposición de una multa de **ciento cincuenta mil euros (150.000 euros)**, es decir, el triple de la impuesta por la comisión de la infracción grave y que supone menos del 5% de la cifra de negocios de la mercantil.
2. Por la comisión de la infracción leve del artículo 66.2 de la Ley 24/2013, la imposición de una multa de **diez mil euros (10.000 euros)**, el doble de la sanción inicial, en atención a la reiteración y que el déficit de garantías ha aumentado levemente.

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

RESUELVE

PRIMERO- Declara que la sociedad SUMINISTRADORA ELECTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE S.L. es responsable de la comisión de una infracción muy grave del artículo 64.39 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de su obligación de adquisición de energía suficiente durante los meses de diciembre de 2017 a febrero de 2019.

SEGUNDO- Impone una sanción a la sociedad SUMINISTRADORA ELECTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE S.L. consistente en el pago de una multa de ciento cincuenta mil euros (150.000 €), por la comisión de la infracción muy grave declarada en el precedente apartado primero.

TERCERO- Declara que la sociedad SUMINISTRADORA ELÉCTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE 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 lo establecido en los procedimientos de operación en relación con la constitución de garantías para operar en el mercado eléctrico, desde el 31 de agosto de 2017 hasta octubre de 2018.

CUARTO- Impone una sanción a la sociedad SUMINISTRADORA ELECTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE S.L. consistente en el pago de una multa de diez mil euros (10.000 €), por la comisión de la infracción leve declarada en el precedente apartado tercero.

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.