



Roj: **SAN 1038/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:1038**

Id Cendoj: **28079230042018100090**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **07/03/2018**

Nº de Recurso: **90/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000090 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00728/2016

Demandante: ZENCER, S. COOPERATIVA ANDALUZA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a siete de marzo de dos mil dieciocho.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **90/2016** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad el **ZENCER, S. COOPERATIVA ANDALUZA**, representada por la Procuradora D^a. Irene Gutiérrez Carrillo y asistida del Letrado D. José Antonio Recio Villalobos contra Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 1 de diciembre de 2015 dictada en el procedimiento sancionador incoado a la recurrente con referencia SNC/DE/033/15; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 9 de febrero de 2016 , contra la resolución antes citada; acordándose su admisión mediante decreto de fecha 24 de febrero de 2016 y con reclamación del expediente administrativo.



SEGUNDO.- Una vez recibido el expediente administrativo y en el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 9 de mayo de 2016, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando:

*<<Que teniendo por presentado este escrito con sus copias y documentos que se acompañan, en tiempo y forma, se sirva admitirlo, teniendo por formulada en tiempo y forma demanda contencioso-administrativa contra Resolución de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, dictada en el Procedimiento Sancionador incoado a Zencer, S.C.A., con referencia **SNC/DE/033/15** de fecha 1 de diciembre de 2015, notificada a mi mandante con fecha 11-12-15, y tras los trámites legales oportunos, entre los que se encuentra el recibimiento a prueba que desde este instante dejo interesado por OTROSI, dicte sentencia por la que estimando la demanda, se estime el recurso, acordando anular por los motivos que han sido expuestos en el relato de la demanda, la sanción interpuesta a ZENCER, o subsidiariamente la sustancial disminución del importe de la misma en atención a lo normado en los apartados 3 y 4 del art. 67 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico .>>*

TERCERO.- La Abogacía del Estado mediante escrito de contestación a la demanda presentado el 16 de junio de 2016 interesaba: *<< (...) dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la actora.>>*

CUARTO.- Habiéndose tenido por reproducido el expediente administrativo, que no es prueba en sentido estricto, siguió el trámite de Conclusiones y, evacuadas por las partes quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo.

QUINTO.- Pr esentado por el Abogado del Estado en fecha 10 de febrero de 2017 escrito de alegaciones al amparo de los arts. 271 y ss. LEC, presentando tres documentos relativos al procedimiento, consistentes en:

- **INF/DE/32/16:** Informe a la DGPEM aprobado por CNMC el 21 de julio de 2016, sobre el procedimiento de inhabilitación de Zencer y traspaso de sus clientes. Refleja que Zencer ha continuado en estado persistente de insuficiencia de garantías durante el año 2016 (a pesar de la multa impuesta por CNMC en diciembre de 2015 -objeto del recurso- y a pesar de haberse iniciado en enero de 2016 un procedimiento de inhabilitación previo por DGPEM que concluyó en caducidad) y refleja, asimismo, que la empresa sigue una estrategia constante de expansión, incrementando su número de clientes.

- **Orden IET/1510/20126, de 21 de septiembre** (BOE 22 septiembre 2016): Traspaso de los clientes de Zencer. La Orden, aparte de la información que remite la CNMC, se hace eco de los datos que aporta el Operador del Sistema, sobre duración del estado de déficit de garantías, importe del déficit y ejecución de las garantías depositadas por impagos de la empresa.

- **Informe del Operador del Sistema sobre los servicios de ajuste recibido en el Registro de la CNMC el 29 de diciembre de 2016**, en lo relativo a los datos de Zencer: Refleja la ejecución de la garantía efectuada en enero de 2016 por importe de 62.780 euros y los datos de medida de los suministros de marzo de 2016 (últimos datos con cierre provisional), mes en el que Zencer compra 529 MWh y suministra 590 (compra un 90% de la energía que suministra).

Suplicando a la Sala su admisión.

SEXTO.- Dado traslado a la actora para alegaciones, esta parte presentó escrito en fecha 22 de febrero de 2017, alegando lo que estimó pertinente y suplicando en su favor que la Sala proceda a la devolución de la documentación aportada por extemporaneidad.

SÉPTIMO.- La Sala, previas alegaciones presentadas por ambas partes, dictó finalmente Providencia en fecha 21 de septiembre de de 2017 acordando, en apoyo del art. 270.1 de la LEC, su incorporación a los autos, sin perjuicio de la valoración que los mismos merezcan, lo que se verificará en la sentencia.

OCTAVO.- Finalmente, mediante Providencia de fecha 7 de febrero de 2018 se señaló para votación y fallo el día 28 de febrero de 2018, en que efectivamente se deliberó y votó.

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso jurisdiccional la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada por su Sala de Supervisión Regulatoria en la sesión de fecha 1 de diciembre de 2015 y recaída en el expediente SNC/DE/033/15, por virtud de la cual se impone a la entidad aquí recurrente -ZENCER, S. COOPERATIVA ANDALUZA- la sanción de multa en el importe de 25.000 euros, como responsable de una infracción leve prevista en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre,



del Sector Eléctrico , y ello como consecuencia del incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema y previstas en el artículo 46.1.e) de dicha Ley .

En la extensa resolución se consignan ampliamente los antecedentes y los hechos que se reputan probados; se explica, ya dentro de sus fundamentos de derecho, la tipificación de los citados hechos; se razona concretamente sobre la concurrencia del elemento de la culpabilidad de la entidad ZENCER; se contesta a las alegaciones efectuadas en relación a la propuesta de resolución; y, por último, se valoran las circunstancias concurrentes a los efectos de cuantificar la sanción aplicable.

Así, en lo que hace concretamente a los hechos probados, se recogen los mismos bajo la única rúbrica de que " ZENCER NO HA PRESTADO LAS GARANTÍAS EXIGIDA POR EL OPERADOR DEL SISTEMA ", que se narran así:

"Zencer no cumplió con el requerimiento que le efectuó el Operador del Sistema de prestar una garantía de 140.000 euros con fecha límite el 18 de febrero de 2015.

Este hecho aparece acreditado por las manifestaciones realizadas por el Operador del Sistema en el escrito recibido el 10 de marzo de 2015 en esta Comisión (véase los folios 1 y 3 del expediente):

«El presente informe tiene por objeto comunicar al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia los siguientes incumplimientos del sujeto Zencer, S. Coop. And. (F93157717).

(...)

Incumplimiento de la prestación de garantías establecida en el párrafo e) del Artículo 46.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. **Las garantías por valor de 140.000 euros** fueron requeridas con fecha límite 18 de febrero de 2015.»

Asimismo, el hecho es reconocido por el propio imputado. Así, en el escrito inicial de alegaciones presentado, Zencer reconoce que no ha prestado las garantías exigidas por el Operador del Sistema: «Ciertamente es que dentro del plazo requerido, Zencer S.C.A. aún no ha presentado la garantía exigida por el sistema;...» (Folio 25 del expediente).

Posteriormente, **el último informe mensual, disponible al cierre de instrucción** , de los servicios de ajuste del sistema, elaborado por el Operador del Sistema en cumplimiento de la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre , ha actualizado a 31 de julio de 2015 el estado de insuficiencia de garantía de Zencer, que **pasa a estar en una situación de déficit de garantías por un valor de 516.751 euros** .

Esta última información aportada por el Operador del Sistema, y de la que da cuenta la Propuesta de Resolución, no ha sido contradicha por Zencer quien, en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, se limita a solicitar "una ampliación del plazo para obtener las preceptivas garantías, pues esta parte sigue gestionando las mismas con diferentes entidades financieras" (Folio 63 del expediente)".

Y en la parte dispositiva de la citada resolución se resuelve:

<<PRIMERO. Declarar que la empresa ZENCER, S.C.A. es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , como consecuencia del incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema por valor de 518.751 euros a fecha 31 de julio de 2015.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de veinticinco mil euros (25.000 €).

TERCERO.- Imponer a la citada empresa la obligación de depositar con carácter inmediato las garantías requeridas que tiene pendientes de prestar, y que, conforme a la información obrante en el expediente, ascienden a 518.751 euros a fecha 31 de julio de 2015; sin perjuicio de las actualizaciones de la misma posteriores a dicha fecha.>>

SEGUNDO.- Se ejercita en el presente proceso una pretensión de carácter anulatorio, en la que se interesa, con el carácter de principal, que se anule la resolución objeto de este recurso de fecha 11 de febrero de 2015; y, subsidiariamente, que se disminuya el importe de la sanción en atención a lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 67 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico .

En pro de tales pretensiones se esgrimen, dicho sintéticamente, los siguientes argumentos:

a) La vulneración de los apartados a) , e) y h) del artículo 35 de la Ley 30/1992 , así como de su artículo 37, toda vez que la parte recurrente no ha podido conocer en algunos momentos el estado de tramitación del procedimiento -no ha conocido el contenido de comunicaciones entre órganos administrativos que le iban a



afectar y tampoco se le facilitó copia de determinados documentos que fueron solicitadas-; todo ello en orden a gozar de la posibilidad de formular las oportunas alegaciones y de aportar los documentos pertinentes en su defensa, y lo cual, a su juicio, ha de implicar la falta de validez como consecuencia de la infracción del derecho de audiencia.

b) El posible error en la identificación del expediente incoado, en tanto es diferente del que dio lugar al inicio de las actuaciones: se da comienzo con un informe de Red Eléctrica de España fechado el 09-03-15 que da lugar al expediente SNC/DE/031/15, que es diferente al que ahora nos ocupa y que ha sido remitido, cual es el SNC/DE/033/15, lo que entiendo pugna con las garantías del administrado.

c) La desproporción de la garantía tenida en cuenta para imponer la sanción. Se argumenta a este respecto que el importe de la sanción no se acomoda a las cifras que derivan de los incumplimientos vencidos y exigibles, lo que a su vez supone una vulneración tanto del deber de motivar las resoluciones como de las previsiones contenidas en el artículo 67.3 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico .

d) El último argumento hace referencia a las demoras en las liquidaciones practicadas por Red Eléctrica Española, lo que supone para ZENCER -al igual que para las demás empresas comercializadoras- que no podrán contar con los factores necesarios para fijar los importes a garantizar.

Por su parte el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta de la Administración demandada, rechaza todos y cada uno de los argumentos esgrimidos de contrario, remitiéndose por lo general al contenido de la propia resolución impugnada.

TERCERO.- Comenzando con el primer bloque argumental, como se ha visto en el mismo se plantea la concurrencia de infracciones de carácter procedimental, que se habrían padecido como consecuencia de que la entidad recurrente no ha podido conocer el contenido de determinados documentos, que a su juicio ha supuesto la vulneración del principio de audiencia.

Tal motivo necesariamente habrá de ser abordado desde la perspectiva de la nulidad relativa de los defectos formales, en cuanto indispensable, la forma, para alcanzar el fin pretendido a través del acto administrativo. En este sentido recordemos que la jurisprudencia ha reconocido la excepcionalidad de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos por motivos formales, remitiéndose salvo en los supuestos establecidos en la Ley a la nulidad relativa, con el consiguiente efecto de nulidad y retroacción de actuaciones hasta el momento en que se padeció el defecto; y aun así viene a considerar, siquiera por razones de economía procesal, que ello se producirá sólo si las anomalías cometidas pueden deformar el conocimiento de los hechos a enjuiciar, aun cuando pudiera achacarse a la Administración demandada "poco cuidado" en la tramitación del expediente.

Así, con independencia de que los incumplimientos denunciados no aparecen en cuanto tales recogidos en las normas que se invocan, la posible anulabilidad por motivos de forma respecto al acto sancionador recurrido, que pudiera producirse como consecuencia de tales circunstancias y de conformidad con lo establecido en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 , sólo podría tener lugar si dicho acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o si se diese lugar a la indefensión de los interesados.

Y será bueno a este respecto traer la doctrina jurisprudencial sobre el particular: entre otras muchas, las SSTC 89/1986 , fundamento jurídico 2º y SSTC 145/1990 , fundamento jurídico 3º, señalan que esta indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

Partiendo de lo anterior, ya podrá colegirse que los alegatos de la actora no podrán tener una favorable acogida, pues como se expresa en la propia resolución sancionadora (página 12), es lo cierto que la entidad sancionada ha tenido la oportunidad de examinar las diversas actuaciones practicadas integrantes del expediente administrativo sancionador, incluso algunos fueron transcritas en la propuesta de resolución. Más en concreto: en un primer momento pudo hacerlo cuando se le puso de manifiesto la iniciación del expediente mediante el traslado de 6 de abril de 2015, en que ya se le confería el trámite correspondiente para poder formular alegaciones; después, cuando el 22 de abril compareció para tomar vista del expediente; habiéndose ampliado además el plazo para formular alegaciones, que fueron presentadas el 8 de mayo; el 7 de julio tuvo entrada información adicional del Operador del Sistema, notificándose el día 5 de agosto el acuerdo de práctica de prueba; se incorporó un informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondientes al mes de julio de 2015 en versión no confidencial; recayó propuesta de resolución de 5 de octubre, en cuyos antecedentes de hecho se indicaba la contestación del Operador del Sistema y su informe de julio de 2015; se notificó la citada propuesta el 9 de octubre, lo que permitió que ZENCER presentara alegaciones el día 27 siguiente.



Por lo tanto, aunque se hubiere cometido alguna irregularidad formal, no tendría en ningún caso efectos invalidantes, al no haberse acreditado la causación de indefensión real y efectiva a la entidad interesada, quien como se ha visto ha tenido varias posibilidades de efectuar alegaciones; y sin que haya quedado demostrada, por otro lado, la relevancia de las supuestas infracciones en orden a la anulación de la resolución sancionadora.

CUARTO.- El tema del posible error padecido en la identificación del expediente incoado, que integra el segundo de los motivos impugnatorios glosados el principio, no tiene ninguna relevancia, por cuanto del examen del expediente administrativo se deduce que los diversos trámites del procedimiento sancionador así como la resolución final de 1 de diciembre de 2015 se refieren al expediente con referencia SNC/DE/33/15, tal cual ha quedado ya determinado y referido concretamente a la sanción impuesta a la entidad demandante como responsable de una infracción leve prevista en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de prestar las garantías conforme a lo establecido en el párrafo e) del artículo 46.1 de la misma.

La confusión generada deriva a buen seguro de la existencia del otro expediente que se menciona -con referencia SNC/DE/O31/15-, que corresponde a otro procedimiento sancionador seguido contra la propia demandante, pero por la falta de presentación de ofertas de compra de energía eléctrica en el mercado de producción en la medida necesaria para las actividades de comercialización, que se estimó en ese caso constituía la infracción grave prevista en el artículo 65.28 del mismo texto legal; que si bien tiene en cuanto a la ideación general de los hechos cierta conexión con la que ahora nos ocupa, incluso las primeras actuaciones pueden ser compartidas, es sin embargo independiente; de hecho el respectivo acto sancionador fue enjuiciado por esta misma Sala y Sección en otro procedimiento distinto (Recurso 847/2016), en el que recayó sentencia desestimatoria de fecha 20 de diciembre de 2017.

QUINTO.- En otro de los motivos de la demanda se plantea la, a juicio de la actora, desproporción entre la garantía tenida en cuenta para imponer la sanción y el importe adeudado.

Se aduce concretamente que la multa en la cifra de 25.000 euros no se acomoda a las que derivan de los incumplimientos vencidos y exigibles, que hacen un total de 42.750'71 €, siendo que la referida sanción "supone más del 50% de lo que adeudaba... cuando se requiere tal información por la CNMC a Red Eléctrica de España, S.A.U.". En desarrollo de este argumento se denuncia a mayores la vulneración del deber de motivar, planteándose también el incumplimiento de los criterios de valoración fijados en el artículo 67.3 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, conforme al cual no cabe dejar a la total discrecionalidad de la Administración la determinación del importe de la sanción, pues habrá de estarse a las particulares circunstancias concurrentes, entre ellas la falta de culpabilidad, la falta de antijuridicidad, la situación económica, etc. Y en este mismo sentido se hace referencia, en el hecho sexto de la demanda, a la ausencia de intención volitiva o dolosa en la actuación por parte de la entidad sancionada.

Pues bien, sobre este particular significaremos que en el apartado de la resolución impugnada destinado a justificar la concreta sanción económica, lo que se transcribe en la contestación a la demanda, se señala textualmente lo siguiente:

"Pues bien, como se señala textualmente en la resolución, "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.»*

En atención a la naturaleza de la infracción, la conducta de Zencer no ha implicado un peligro para la vida o salud de las personas, la seguridad de las cosas o el medio ambiente, ni tampoco ha afectado a la continuidad



o regularidad del suministro. Sin embargo, es una conducta que lesiona tanto la autoridad del Operador del Sistema como la fiabilidad del sistema de pagos a que el requerimiento de aportación de garantías, dado por aquél, obedece .

El importe de garantías que Zencer ha dejado de depositar asciende a la cantidad de 518.751 euros. Se aprecia, no obstante, que, desde finales del ejercicio 2014, y, especialmente, a lo largo del ejercicio 2015, Zencer viene a corregir la situación de insuficiencia de compras de energía, como dato que se emplea en el cálculo de las garantías de operación adicionales , conforme al apartado 11 y siguientes del Procedimiento de Operación 14.3 (según el cuadro obrante a la Página 15 de la resolución) .

Considerando este último hecho, así como la estimación del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor realizada a efectos de lo establecido en el apartado 3 del artículo 67 de la Ley, y las restantes circunstancias concurrentes, antes expuestas, se estima proporcionado imponer una multa de 25.000 (veinticinco mil) euros.

Además de la imposición de la sanción, el artículo 69 de la Ley 24/2013 dispone que la resolución sancionadora debe establecer las obligaciones que resulten necesarias para restituir las cosas, o reponerlas a su estado natural, anterior a la infracción. A este respecto, procede establecer, en consecuencia, que se solucione la situación de déficit de garantías generada por la conducta de Zencer; lo que debe hacerse sin mayor dilación dada la situación de déficit de garantías que viene perpetuándose".

Y también deberá repararse en que un argumento de similar factura al que ahora se aduce en el escrito rector fue ya rechazado en la misma resolución:

"Zencer alega que la multa propuesta por el Director de Energía (25.000 euros) es desproporcionada, dada su condición de sociedad cooperativa. Esta Sala estima que la multa propuesta no es desproporcionada si se tiene en cuenta el importe de las garantías que Zencer ha dejado de depositar (518.751 euros) y se tiene en cuenta la culpabilidad que concurre en la realización de la infracción. Debe resaltarse que Zencer se sitúa en una falta continuada en la prestación de las garantías requeridas, desatendiendo varios requerimientos del Operador del Sistema, lo que ha hecho que el importe del déficit de garantías haya ido creciendo, siendo, así que, además, tales garantías están motivadas por los desvíos en que esta empresa incurre en sus Compras de energía."

Así las cosas, las alegaciones de la demanda no desvirtúan la anterior fundamentación, pues en ellas se ha partido de considerar los importes facturados, conforme a unos particulares cálculos, cuando sucede que por la comisión de las infracciones leves -como la que ahora nos ocupa- y según el artículo 67.1.c) de la Ley del Sector Eléctrico , " se impondrá al infractor una multa por importe **de hasta 600.000 euros** "; añadiéndose en el apartado 2 que " **En cualquier caso la cuantía de la sanción no podrá superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, o el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios consolidada de la sociedad matriz del grupo al que pertenezca dicha empresa, según los casos.**". Por lo tanto no son correctos los parámetros que propone la recurrente para demostrar la desproporcionalidad de la sanción, sino los que se indican en el citado artículo 67 y que hacen referencia al 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios con el límite de 600.000 euros.

Además deberá apuntarse, y por otro lado, que el importe de la garantía que se dejó de prestar fue al principio fijado en la cifra de 140.000 euros, que fueron requeridos con fecha límite 18 de febrero de 2015, mas después y según el último informe mensual disponible al cierre de instrucción elaborado por el Operador del Sistema resultó un déficit de garantías por un valor de 516.751 euros.

Por lo tanto no cabe el reproche del error en la cuantía de la sanción que formula la actora, por mucho que no puedan ser tenidos ahora en cuenta los documentos aportados por el Abogado del Estado tras declararse conclusas las actuaciones, en tanto se refieren a incumplimientos no incluidos en el procedimiento sancionador que nos ocupa pero que no obstante revelarían la existencia de nuevos incumplimientos en la prestación de garantías.

Por lo demás, las consideraciones expresadas en la resolución sancionadora sobre la graduación de la sanción, anteriormente reproducidas, resultan a juicio de esta Sala adecuadas; a lo que no obstante añadiremos que difícilmente se compadece la alegada falta de culpabilidad en la comisión de la infracción si se repara en que la propia recurrente fue asimismo sancionada por los desvíos apreciados en las compras ante la no adquisición de la energía necesaria, que se estimó en tal caso constituía una infracción grave prevista en el artículo 65.28 de la Ley del Sector Eléctrico , la cual fue confirmada por esta Sala en el otro recurso ya indicado.

Y advertir, por último, que la exigencia de la constitución de garantías en el importe adecuado no es un aspecto baladí, pues se trata de asegurar a los terceros agentes afectados que puedan disponer de garantías efectivas fácilmente liquidables, de modo que su falta de presentación, o la aportación insuficiente, supone el riesgo de que el importe adeudado -generalmente derivado de los desvíos en las ofertas de compras- no esté cubierto en



caso de impago definitivo por la referida garantía, la cual ha de soportar no sólo las liquidaciones ya practicadas sino también las pendientes.

SEXTO.- En último lugar se plantea que las demoras observadas en la práctica de las liquidaciones por parte de Red Eléctrica Española supone para la demandante -al igual que para las demás comercializadoras- que no puedan contar con los factores necesarios en orden a la fijación de los importes a garantizar, por lo que los déficits en el importe de las garantías que puedan producirse no podrán ser imputables a tales entidades. En este sentido se hace también referencia a la existencia de diferencias en cuanto a las condiciones de competencia entre los grandes comercializadores y las pequeñas, que al entender de dicha parte hace ilusoria la liberalización del mercado.

Pues bien, un argumento de factura similar fue tratado en nuestra sentencia de fecha 3 de mayo de 2017 dictada en el recurso 509/2015, en cuyo fundamento jurídico séptimo, bien que en relación a una sanción impuesta como consecuencia de las carencias en las ofertas de compra de energía, se razonó lo que sigue:

"En lo que hace las alegaciones consistentes en que la energía consumida depende en buena medida de factores ajenos a la voluntad del recurrente, significaremos que en la misma resolución recurrida se ofrece una respuesta en relación a similares consideraciones efectuadas en el expediente sancionador.

En concreto aduce la parte recurrente que al depender la energía consumida, en buena medida, de factores ajenos a la voluntad del recurrente, queda excluido un comportamiento consciente y mediante un plan preconcebido; mas sobre ello la resolución recurrida dice lo que sigue:

"E.L. plantea que la falta de acomodo de las ofertas de compra a la energía que se suministra a los clientes es algo accidental, que se debe a falta de información puntual, y destaca, como prueba de que su intención es adquirir correctamente la energía que suministra, que en 2014 adquiere más energía que en 2013.

Frente a esta alegación, ha de tomarse en consideración el elevado déficit de adquisiciones que tiene esta empresa: ...

A estos efectos no puede ser considerado relevante, ante las circunstancias concurrentes, la existencia de un cierto déficit en la información, pues no cabe duda de que esas adquisiciones inferiores de la energía requerida se efectuaban de manera persistente cuando la recurrente, en virtud de las ventas efectuadas en periodos precedentes, tenía datos suficientes como para conocer que las demandas iban a ser superiores, sucediendo incluso que en algunos momentos la cantidad de energía adquirida comprada se reduce respecto a la del mes anterior a pesar del incremento de clientes..."

Estas consideraciones, mutatis mutandi, sirven para rechazar el argumento que ahora se plantea, en tanto las alegaciones de la actora no son suficientes para justificar la minoración de las garantías exigibles; sobre todo cuando se le siguió también, como ha quedado reiteradamente dicho, otro expediente sancionador por la falta de presentación de ofertas de compra de energía eléctrica en la cuantía necesaria; y sucediendo además que esas dilaciones achacables al operador del sistema no constituyen propiamente un aspecto susceptible de ser enjuiciado en el presente proceso, al que en principio le resultará ajena tal cuestión si se repara en el hecho de que el cálculo de la sanción efectuado en la resolución sancionadora ha sido comedido.

SÉPTIMO.- Por todo lo expuesto, en fin, procede desestimar el presente recurso contencioso administrativo; con la consiguiente imposición de costas a la parte recurrente, en estricta aplicación el principio del vencimiento objetivo y según lo que establece el artículo 139.1 de la LJCA .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLAMOS

Que desestimamos el presente recurso contencioso administrativo nº **90/2016**, interpuesto por la representación procesal de **ZENCER, S. COOPERATIVA ANDALUZA**, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada por su Sala de Supervisión Regulatoria en la sesión de fecha 1 de diciembre de 2015 y recaída en el expediente SNC/DE/033/15, por la que se le impone la sanción de multa en el importe de 25.000 euros como responsable de una infracción leve prevista en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico .

Todo ello imponiéndole las costas causadas por la interposición de dicho recurso.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.



Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ