

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ELÉCTRICA DEL MONTSEC S.L., POR PRESUNTA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES INCOMPATIBLES CON LOS REQUISITOS DE SEPARACIÓN JURÍDICA, FUNCIONAL Y DE GESTIÓN.**

**SNC/DE/026/19**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

**Presidente**

D. Ángel Torres Torres

**Consejeros**

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez

**Secretario de la Sala**

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 17 de septiembre de 2020

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en los artículos 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. Inspección realizada por la Dirección de Energía de la CNMC a ELÉCTRICA DEL MONTSEC, S.L.**

El 12 de junio de 2018 el Director de Energía de la CNMC dictó orden de inspección a ELECTRICA DEL MONTSEC, S.L. (INS/DE/174/18), cuyo objeto era verificar, entre otras cuestiones, el cumplimiento de las obligaciones en relación con la separación de actividades que se establece en el artículo 12 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

De la inspección se concluye que ELECTRICA DEL MONTSEC, S.L., se dedica a tres actividades diferentes mediante una única persona jurídica, inmobiliaria, distribución de electricidad y comercialización de electricidad, tal y como consta en los estatutos de la empresa.

## **SEGUNDO. Acuerdo de incoación.**

De conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 64.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de 2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), el Director de Energía de la CNMC acordó, con fecha 6 de marzo de 2019, incoar expediente sancionador a ELÉCTRICA DEL MONTSEC, S.L. por presunta infracción muy grave tipificada en el artículo 64.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico por realización de actividades incompatibles con los requisitos de separación jurídica, funcional y de gestión, según lo establecido en el artículo 12 de la ley del sector eléctrico y la disposición transitoria cuarta del mismo texto legal.

En este sentido, el acuerdo de incoación imputaba a ELECTRICA DEL MONTSEC, S.L. la presunta comisión de una infracción consistente en la realización de actividades incompatibles infringiendo los requisitos de separación jurídica, funcional y de gestión.

La sociedad en cuestión realiza la actividad de distribución, al tiempo que mantiene la actividad de comercialización, e incluso, inmobiliaria. Los estatutos de dicha sociedad, en los que determina que su objeto social es la realización de estas tres actividades se aprobaron en 1991, cuando no existía aún una obligación legal de separación de actividades. No obstante, tras la entrada en vigor del artículo 12 de la Ley del Sector Eléctrico y la transitoria cuarta de dicha ley, las distribuidoras con menos de 100.000 clientes, deberían haber creado una sociedad diferente para la actividad de comercialización, separada de la sociedad constituida para la realización de la actividad de distribución eléctrica, todo ello antes del 28 de diciembre de 2016. Como acredita el acta de inspección no ha procedido a cumplir con su obligación de separación jurídica, al tiempo que además realiza actividades ajenas al ámbito eléctrico.

El Acuerdo de incoación precalificó jurídicamente estos hechos como una presunta infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 64.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

El acuerdo de incoación fue notificado a ELÉCTRICA DEL MONTSEC, S.L. el día 14 de marzo de 2019.

## **TERCERO. Falta de alegaciones de ELÉCTRICA DEL MONTSEC, S.L. a la incoación del procedimiento sancionador.**

ELÉCTRICA DEL MONTSEC, S.L. no ha realizado alegaciones al indicado Acuerdo de incoación.

#### **CUARTO. Incorporación de cuentas anuales.**

Mediante diligencia del 6 de noviembre de 2019 se incorporaron las cuentas anuales de 2016, últimas disponibles, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil de Lleida de 12 de abril de 2018. En las mismas se indica que la cifra de negocio para el año 2016 fue de 1.268.718,60 euros.

#### **QUINTO. Propuesta de Resolución.**

El 4 de diciembre 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:

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho, el Director de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

#### **ACUERDA**

Proponer a la Sala de Supervisión regulatoria, como órgano competente para resolver el presente expediente sancionador, que:

**PRIMERO-** Declare que ELÉCTRICA DEL MONTSEC S.L., es responsable de la comisión de una infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por la realización de actividades incompatibles que infringen los requisitos de separación jurídica.

**SEGUNDO-** Le imponga una sanción consistente en el pago de una multa de 63.000 euros.

La Propuesta de Resolución fue puesta a disposición de ELÉCTRICA DEL MONTSEC, S.L. el día 12 de diciembre de 2019, entendiéndose rechazada el día 23 de diciembre de 2019 por el transcurso de diez días naturales de conformidad con el artículo 43.2 de la LPAC, teniéndose por efectuado el trámite y siguiéndose el procedimiento según lo dispuesto en el artículo 41.5 del mismo texto legal.

No se produjeron alegaciones de ELÉCTRICA DEL MONTSEC, S.L. a la propuesta de resolución.

## **SEXTO. Elevación del expediente al Consejo.**

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el Director de Energía el día 19 de junio de 2020 junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 23 a) del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

## **SÉPTIMO. 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, con relevancia a efectos sancionadores, los siguientes:

### **Único-**

En el acta de inspección se afirma que la empresa se dedica a tres actividades diferentes, inmobiliaria, distribución de electricidad y comercialización de electricidad ya que así consta en la definición de objeto social en el artículo 2 de los Estatutos de ELECTRICA DEL MONTSEC, S.L. aprobados en 1991.

*«La sociedad tiene por objeto la contratación, compra, reventa comercialización de electricidad dentro y fuera del territorio nacional y de aquellos otros servicios complementarios relacionados con el suministro de energía eléctrica tanto dentro del territorio nacional como en el mercado europeo. La creación y explotación de centrales eléctricas la contratación con otras compañías de explotaciones y concesiones relacionadas con la energía eléctrica y sus alternativas y en general cualquier actividad comercial directa o indirectamente relacionada con la energía eléctrica. La compraventa de terrenos urbanos y rústicos, así como la urbanización, parcelación, promoción y constitución de inmuebles ya directamente o en forma de permuta, estén o no relacionadas estas operaciones con la actividad principal anteriormente relacionada».*

A la vista de lo anterior, en el acta se concluyó que se podría estar incumpliendo lo previsto en el artículo 12 de la Ley del Sector Eléctrico, teniendo en cuenta

que el período transitorio de tres años, contemplado para las empresas distribuidoras con menos de 100.000 clientes en la disposición transitoria cuarta de la Ley del Sector Eléctrico, finalizó en diciembre de 2016.

Asimismo, en el análisis de la contabilidad realizado en la inspección, se ha comprobado que los bienes inmuebles que constan en el activo de la empresa, suponen un porcentaje significativo en el inmovilizado total y que no son utilizados para la función de distribución de electricidad puesto que la empresa no cuenta con oficinas de atención a los usuarios y la sede social de la empresa (lugar donde se realizó la inspección) es una vivienda.

Dichos hechos probados constan en el acta de inspección levantada a ELÉCTRICA DEL MONTSEC, S.L. por la CNMC el 20 de julio de 2018.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I. COMPETENCIA DE LA CNMC.**

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y conforme al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde al Director de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético, debiendo realizar la propuesta de resolución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.a) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones muy graves consistentes en la realización de actividades incompatibles infringiendo los requisitos de separación jurídica, funcional y de gestión, así como el incumplimiento por los sujetos obligados a ello de los criterios de separación tipificado en el artículo 64.1 de la Ley 24/2013.

En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este procedimiento.

### **II. PROCEDIMIENTO APLICABLE.**

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el capítulo III del título X de la Ley 24/2013. El artículo 79 de la Ley 24/2013 dispone un plazo de dieciocho meses para resolver y notificar el presente procedimiento sancionador.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en la LPAC; 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 (LRJSP).

### III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

El artículo 64.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico tipifica como infracción muy grave:

*«La realización de actividades incompatibles infringiendo los requisitos de separación jurídica, funcional y de gestión, así como el incumplimiento por los sujetos obligados a ello de los criterios de separación, todo ello de acuerdo con lo establecido en esta ley y en su normativa de desarrollo».*

El artículo 12.1 de la Ley 24/2013, establece que las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades de transporte, distribución y operación del sistema, deberán tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas, sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción, de comercialización o de servicios de recarga energética, ni tomar participaciones en empresas que realicen esas actividades.

La disposición transitoria cuarta de la Ley del Sector Eléctrico, establece que «las empresas distribuidoras con menos de 100.000 clientes conectados a sus redes que a la entrada en vigor de la presente ley no cumplieran con lo dispuesto en el artículo 12 que le sea de aplicación dispondrán de un periodo de tres años desde la entrada en vigor de la presente ley para el cumplimiento de dichos requisitos».

El artículo 12.4 aclara que a estas empresas distribuidoras no le es de aplicación lo dispuesto en el apartado segundo del indicado artículo 12.

En el presente caso, la sociedad ELECTRICA DE MONTSEC, S.L. es una empresa distribuidora, que, por una parte, no ha procedido a adaptar sus estatutos a las exigencias legales que se acaban de indicar y, por otra parte, sigue realizando tareas ajenas a la distribución, tanto de comercialización de electricidad como actividades inmobiliarias.

Como se acaba de indicar la obligación de separación jurídica es de plena aplicación a todas las empresas distribuidoras de menos de 100.000 clientes desde el día 28 de diciembre de 2016, día en el que se cumplían tres años de la entrada en vigor de la Ley 24/2013, del Sector eléctrico.

Por tanto, hace más de tres años y medio que venció el plazo para la adaptación, consistente simplemente en concluir la separación jurídica mediante la creación de una sociedad mercantil cuyo objeto sea la comercialización de la electricidad como han hecho el resto de empresas de distribución de más de 100.000 clientes.

Las conclusiones de la inspección, no rebatidas por ELÉCTRICA DEL MONTSEC, S.L. ni en el propio procedimiento de inspección ni en el presente procedimiento sancionador no dejan lugar a dudas de que la empresa distribuidora está incumpliendo la obligación prevista en el artículo 12.1 de la Ley 24/2013, de objeto social exclusivo.

Esta situación se ve agravada por la realización de actividad inmobiliaria, ajena al propio sector eléctrico como consta igualmente en los hechos probados, tanto porque así lo prevén los estatutos como según los resultados del análisis contable, donde los inmuebles suponen un porcentaje significativo en el inmovilizado total sin ser utilizados para la función de distribución de electricidad. Son, en consecuencia, actividades ajenas a la distribución de electricidad.

Constatada así la realización de actividades (comercialización e inmobiliaria) que son incompatibles con la exclusividad del objeto social de la distribución previsto en el artículo 12.1 de la Ley 24/2013, está claro que se cumple plenamente con lo tipificado como infracción muy grave en el primer inciso del artículo 64.1, es decir, que se han venido realizando actividades incompatibles que infringen los requisitos de separación jurídica.

#### **IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN.**

##### a) Consideraciones generales.

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto al que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

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 y se desprende igualmente del artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, según el cual «Solo 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».

Este precepto debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual «la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable» (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, y 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª).

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de derecho 4, indica:

*«Por último en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse, que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.*

*No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe».*

La responsabilidad directa de las personas jurídicas se admite por la sentencia del Tribunal Constitucional STC/246/1991, de 19 de diciembre de 1991, reconociéndoles capacidad infractora. En el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas, no se ha suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino que ha de aplicarse de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma.

b) Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso.

Según consta en los hechos probados, ELÉCTRICA DEL MONTSEC, S.L. realiza la actividad de distribución, al tiempo que mantiene la actividad de comercialización e incluso, inmobiliaria. Los estatutos de la sociedad son de 1991 y en este momento no existía una disposición legal de separación de actividades. Sin embargo, en el momento en que transcurrido el plazo de tres años previsto por la disposición transitoria cuarta de la Ley 24/2013, las obligaciones de separación jurídica y objeto social exclusivo previstas en el artículo 12.1 son de plena aplicación. El hecho de no haber creado en los más de dos años y medio transcurridos una sociedad diferente para cada actividad, separando así la actividad de distribución de la de comercialización pone de manifiesto sin más indagación que ELÉCTRICA DEL MONTSEC, S.L. no sólo ha incumplido sus obligaciones legales es que además lo ha hecho de forma reprochable desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador sin que quepa debate sobre la concurrencia de la culpabilidad exigida. El bien jurídico protegido además no deja lugar a dudas sobre la indicada conclusión.

Por tanto, ELECTRICA DEL MONTSEC, S.L., persona jurídica, es responsable de la comisión de la infracción prevista en el artículo 64.1 de la Ley 24/2013, al no poner en marcha en tiempo la separación jurídica y preservar el carácter exclusivo de la distribución eléctrica. El tipo de infracción, que afecta a un elemento nuclear –el objeto social estatutario- evidencia igualmente la imputabilidad de la comisión de la infracción a la persona jurídica.

## **V. SANCIÓN QUE SE IMPONE, APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA.**

El artículo 67 de la LSE prevé una multa de importe no inferior a 6.000.001 euros ni superior a 60.000.000 de euros por la comisión de una infracción muy grave. No obstante, indica que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, en este caso dicho porcentaje alcanza los 126.871 euros.

El artículo 67.4 de la LSE indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la sanción, siendo estas las siguientes:

- 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 y 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 ninguna de las circunstancias objetivas determinantes de una especial gravedad del comportamiento enjuiciado, en lo relativo a peligro, importancia del daño, cuantía relevante del beneficio obtenido o impacto sobre la sostenibilidad del sistema.

No obstante, la tipificación de la infracción como muy grave pone de manifiesto la voluntad del legislador de impedir que se infrinja la normativa en materia de separación de actividades, intentando dotar de la máxima protección al bien jurídico protegido que es la transparencia del mercado mediante la correcta distinción entre actividades libres y reguladas.

La sanción prevista para las infracciones muy graves da inicio en una cuantía de 6 millones de euros, cantidad que supera ampliamente el límite legal del 10%. Ni siquiera proponiendo una sanción en el límite inferior de la infracción grave - 600.0001 euros- se respeta el citado límite legal.

Al no concurrir ninguna circunstancia que agrava la responsabilidad tampoco puede imponerse la multa en el límite legal objetivo del 10% que debe quedar reservado para comportamiento especialmente graves tanto en su tipificación como en la concurrencia de las citadas circunstancias agravantes.

Por todo ello, se atiende la proposición del instructor y se impone una multa del 5% de la cifra de negocios de 2016 (63.359 €) de ELÉCTRICA DEL MONTSEC, S.L. truncada en la decena de millar a la baja, lo que supone una multa de 63.000 €.

Sin perjuicio de lo anterior, se recuerda a ELÉCTRICA DEL MONTSEC, S.L. que debe cumplir con el principio de separación de actividades establecido en el artículo 12.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, absteniéndose de realizar cualesquiera actividades ajenas a la actividad de distribución de electricidad, adaptando sus estatutos a tal efecto.

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

## RESUELVE

**PRIMERO.** Declarar que ELÉCTRICA DEL MONTSEC, S.L. es responsable de la comisión de una infracción muy grave, tipificada en el artículo 64.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, consistente en la realización de actividades incompatibles infringiendo los requisitos de separación jurídica.

**SEGUNDO.** Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **sesenta y tres mil (63.000) euros por la citada infracción.**

Se recuerda a ELÉCTRICA DEL MONTSEC la obligación de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 12.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a la interesada.

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.