

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ENERKIA ENERGÍA, S.L. POR LA INFRACCIÓN DE FALTA DE ADQUISICIÓN DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA NECESARIA PARA EL DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES DE SUMINISTRO

SNC/DE/014/20

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 21 de julio de 2021

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

PRIMERO. - Denuncia de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.

Con fecha 16 de diciembre de 2020 se recibió en el Registro de la CNMC un escrito de la misma fecha, de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., Operador del Sistema eléctrico (en adelante «OS»), acerca de un incumplimiento de la sociedad ENERKIA ENERGIA S.L. de la obligación de pago frente al sistema eléctrico al operador del mercado, establecida en el artículo 46.1 f) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, expresado en los siguientes términos:

“no haber atendido el 28 de noviembre de 2019 la obligación de pago de la liquidación del Operador del Sistema por importe de 3.175,26 euros,

ejecutando, según lo dispuesto en el apartado 8 del Procedimiento de Operación 14.7, la garantía depositada, de 34.000 euros, suficiente para permitir el cobro de la cantidad adeudada.”

Posteriormente, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica a partir de 1 de enero de 2007, el OS ha remitido los preceptivos informes mensuales de los servicios de ajuste del sistema correspondientes a los meses de diciembre de 2019 a diciembre de 2020, en el que consta para la sociedad ENERKIA ENERGIA S.L. en cada uno de los meses de los informes, el incumplimiento de la obligación de pago, el volumen de impagos acumulado por insuficiencia de garantías, y las pérdidas acumuladas que ha ido generando a los sujetos acreedores, conforme al siguiente cuadro:

| COMERCIALIZADORA | INFORME MENSUAL | IMPORTE IMPAGADO EN EL ÚLTIMO MES EUR | IMPAGO EN PLAZO EUR | PERDIDA ACREEDORES EUR |
|----------------------|-----------------|---------------------------------------|---------------------|------------------------|
| ENERKIA ENERGIA S.L. | Diciembre 2019 | 1.960 | 0 | 0 |
| ENERKIA ENERGIA S.L. | Enero 2020 | 298 | 5.433 | 0 |
| ENERKIA ENERGIA S.L. | Febrero 2020 | 1.840 | 7.274 | 0 |
| ENERKIA ENERGIA S.L. | Marzo 2020 | 4.956 | 12.230 | 0 |
| ENERKIA ENERGIA S.L. | Abril 2020 | 13.002 | 25.232 | 0 |
| ENERKIA ENERGIA S.L. | Mayo 2020 | 26.341 | 51.573 | 17.573 |
| ENERKIA ENERGIA S.L. | Junio 2020 | 18.591 | 70.164 | 36.164 |
| ENERKIA ENERGIA S.L. | Julio 2020 | 13.385 | 83.549 | 49.549 |
| ENERKIA ENERGIA S.L. | Agosto 2020 | 7.414 | 90.964 | 56.964 |
| ENERKIA ENERGIA S.L. | Septiembre 2020 | 7.396 | 90.964 | 56.964 |
| ENERKIA ENERGIA S.L. | Octubre 2020 | 10.641 | 109.001 | 75.001 |
| ENERKIA ENERGIA S.L. | Noviembre 2020 | 13.119 | 122.120 | 88.120 |
| ENERKIA ENERGIA S.L. | Diciembre 2020 | 7.245 | 129.364 | 95.364 |

SEGUNDO. – Incumplimiento de la adquisición de la energía eléctrica necesaria

Con fecha 1 de marzo de 2021 se recibió en el Registro de la CNMC un informe de seguimiento del mercado elaborado por OMI-Polo Español, S.A. (OMIE), denominado “Informe sobre la participación en el mercado de la unidad de oferta ENEKC01 correspondiente al agente ENERKIA ENERGÍA SL.” En dicho Informe consta que la unidad de oferta **ENEKC01** para el periodo comprendido entre el 24 de marzo de 2017, fecha en que se dio de alta en el mercado, y el 20 de noviembre de 2020, fecha de baja, la última oferta válida presentada al mercado diario fue para el 20 de noviembre de 2020, y la última oferta casada en el mercado diario fue para la sesión del 18 de enero de 2020.

La última oferta válida en el mercado intradiario fue para la sesión del 22 de julio de 2019, y la última oferta casada para el mercado intradiario fue para la sesión de la misma fecha, 22 de julio de 2019.

La energía anual adquirida en el mercado diario ha sido la siguiente:

| Unidad: ENEKC01 (MWh) | | | | |
|-----------------------|---------|---------|---------|------|
| MERCADO | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 |
| Mercado diario | 2.267,7 | 4.538,7 | 4.514,4 | 0,1 |

La energía anual programada después de los mercados intradiarios ha sido la siguiente:

| Unidad: ENEKC01 (MWh) | | | | |
|---------------------------|---------|---------|---------|------|
| MERCADO | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 |
| Programa después del PHFC | 2.267,8 | 4.549,9 | 4.537,2 | 0,1 |

Por último, la fecha del último programa en el PHF/PHFC fue para la sesión del mercado del 18 de enero de 2020.

TERCERO. Incoación del procedimiento sancionador.

Considerando los citados antecedentes y de conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 64.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de Las Administraciones Públicas (Ley 39/2015), en el artículo 76 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (Ley 24/2013) y en los artículos 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y 23 f) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, la Directora de Energía acordó, con fecha 5 de marzo de 2021, incoar procedimiento sancionador a ENERKIA ENERGÍA, S.L., como presunta responsable de la infracción de falta de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro desde el 18 de enero hasta el 20 de noviembre de 2020 y, en consecuencia, el incumplimiento de la obligación de pago de la liquidación practicada por el OS a fecha 31 de diciembre de 2020 por importe de 129.364 euros, y deuda a acreedores generada por valor de 95.364 euros.

Tales comportamientos se precalificaban en el acuerdo de incoación como constitutivos de una infracción grave tipificada en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, por incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 46.1 c) de dicha Ley.

Habiendo constatado que la dirección de la indicada sociedad era desconocida, se procedió a publicar el Acuerdo de incoación en el Boletín Oficial de Estado con fecha 13 de marzo de 2021.

ENERKIA ENERGÍA, S.L. no presentó alegaciones al acuerdo de incoación.

CUARTO. - Acto de instrucción en el procedimiento sancionador

Mediante oficio de la Directora de Energía de la CNMC, de fecha 6 de abril de 2021, se procedió a requerir al OS informe actualizado de las compras de energía eléctrica y desvíos con respecto a las compras de la sociedad ENERKIA ENERGÍA, S.L.

Con fecha 27 de abril de 2021, el OS ha dado cumplimiento al citado requerimiento, informando a esta Comisión de las compras y desvíos en el periodo comprendido entre 1 de febrero de 2019 y 21 de noviembre de 2020, momento en que ENERKIA ENERGÍA, S.L. fue dada de baja como sujeto del mercado.

| Mes Liquidación Avance o Cierre | Programa (MWh BC) | Desvío medido (MWh BC) | Medida en barras de central (MWh BC) | Desvío sobre programa (%) | Programa sobre medida (%) | Desvío sobre medida (%) |
|---------------------------------|-------------------|------------------------|--------------------------------------|---------------------------|---------------------------|-------------------------|
| FEB 2019 C5 | 451,7 | -73,9 | 377,8 | -16,4 | 119,6 | -19,6 |
| MAR 2019 C5 | 425,7 | 14,7 | 440,4 | 3,5 | 96,7 | 3,3 |
| ABR 2019 C5 | 407,2 | 32,4 | 439,6 | 8,0 | 92,6 | 7,4 |
| MAY 2019 C5 | 388,5 | -21,1 | 367,4 | -5,4 | 105,7 | -5,7 |
| JUN 2019 C5 | 394,0 | -1,5 | 392,5 | -0,4 | 100,4 | -0,4 |
| JUL 2019 C5 | 442,4 | 32,0 | 474,4 | 7,2 | 93,2 | 6,8 |
| AGO 2019 C5 | 435,3 | -47,9 | 387,4 | -11,0 | 112,4 | -12,4 |
| SEP 2019 C5 | 358,6 | 8,2 | 366,8 | 2,3 | 97,8 | 2,2 |
| OCT 2019 C5 | 328,8 | 42,3 | 371,1 | 12,9 | 88,6 | 11,4 |
| NOV 2019 C5 | 323,8 | 91,1 | 414,9 | 28,1 | 78,0 | 22,0 |
| DIC 2019 C5 | 85,8 | 350,5 | 436,3 | 408,5 | 19,7 | 80,3 |
| ENE 2020 C5 | 0,1 | 454,0 | 454,1 | 454.030,0 | 0,0 | 100,0 |
| FEB 2020 C5 | | 364,4 | 364,4 | | 0,0 | 100,0 |
| MAR 2020 C5 | | 301,5 | 301,5 | | 0,0 | 100,0 |
| ABR 2020 C5 | | 206,9 | 206,9 | | 0,0 | 100,0 |
| MAY 2020 A5 | | 199,5 | 199,5 | | 0,0 | 100,0 |
| JUN 2020 C4 | | 218,1 | 218,1 | | 0,0 | 100,0 |
| JUL 2020 C4 | | 254,4 | 254,4 | | 0,0 | 100,0 |
| AGO 2020 A4 | | 135,9 | 135,9 | | 0,0 | 100,0 |
| SEP 2020 C3 | | 95,2 | 95,2 | | 0,0 | 100,0 |
| OCT 2020 C3 | | 92,3 | 92,3 | | 0,0 | 100,0 |
| NOV 2020 C3 | | 51,3 | 51,3 | | 0,0 | 100,0 |

QUINTO. Propuesta de Resolución.

El 14 de mayo de 2021 la Directora de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento:

“ACUERDA PROPONER

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

PRIMERO. Declare que ENERKIA ENERGÍA, S.L. es responsable de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de su obligación de adquisición de energía.

SEGUNDO. Imponga a ENERKIA ENERGÍA, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de cincuenta mil (50.000) euros por la comisión de la infracción grave declarada en el precedente apartado primero.”

SEXTO. Notificación de la Propuesta y alegaciones a la misma.

En fecha 22 de mayo de 2021 se procedió a publicar la Propuesta de Resolución en el Boletín Oficial de Estado.

ENERKIA ENERGÍA, S.L. no ha presentado alegaciones a la Propuesta de Resolución.

SÉPTIMO. Finalización de la instrucción y elevación del expediente al Consejo.

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por la Directora de Energía, mediante escrito de fecha 11 de junio de 2021, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

OCTAVO. 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

ÚNICO. ENERKIA ENERGÍA, S.L. no ha adquirido la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica desde el 18 de enero hasta el 20 de noviembre de 2020.

Este hecho probado resulta del informe de seguimiento del mercado elaborado por OMIE, denominado «Informe sobre la participación en el mercado de la unidad de oferta ENEKC01 correspondiente al agente ENERKIA ENERGÍA, S.L.». En dicho Informe consta que, para el periodo a partir de 24 de marzo de 2017, la última oferta presentada al mercado diario fue para la sesión del mercado del 20/11/2020, la última oferta casada en el mercado diario fue para la sesión del mercado del 18/01/2020, la unidad de oferta no tiene ofertas válidas presentadas al mercado intradiario para el periodo y la fecha del último programa en el PHF/PHFC fue para la sesión del mercado del 18/01/2020.

Asimismo, la citada conclusión se refuerza con el informe remitido por el OS en fecha 27 de abril de 2021, que muestra que el desvío entre las compras mensuales en el mercado de producción y su consumo real mensual desde enero hasta noviembre de 2020 es del 100%.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC.

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

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por la infracción grave consistente en la falta de presentación de ofertas de compra por los sujetos obligados a ello, infracción tipificada en el artículo 65.28 de la citada Ley 24/2013.

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

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el Capítulo II del Título X de la Ley del Sector Eléctrico. El plazo máximo para resolver y notificar el presente procedimiento por infracción administrativa grave, es de dieciocho meses, de conformidad con el artículo 79 de la Ley 24/2013.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en el Título IV de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y, en particular, sus artículos 63, 64, 85, 89 y 90, en los que se contemplan especialidades relativas al procedimiento sancionador.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

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

En relación con los hechos consignados en el hecho probado primero de esta resolución (insuficiencia de compras), el artículo 46.1.c) de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico establece la obligación de los comercializadores en los siguientes términos:

«1. Serán obligaciones de las empresas comercializadoras, además de las que se determinen reglamentariamente, en relación al suministro:

[...]

c) Adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones».

El incumplimiento de esta obligación está tipificado como una infracción grave por el artículo 65.28 de la Ley del Sector Eléctrico: «28) La no presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción».

Tal como resulta del Hecho Probado Único, ENERKIA ENERGÍA, S.L. no adquirió la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica desde el 18 de enero hasta el 20 de noviembre de 2020.

En consecuencia, el hecho probado primero constituye la conducta típica prevista y calificada como falta grave en el artículo 65.28 de la Ley del Sector Eléctrico.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LAS INFRACCIONES.

IV.1. Consideraciones generales sobre la culpabilidad.

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. Es decir, 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 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que señala: «Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa».

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

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

IV.2. Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso

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 encuentra la ya mencionada obligación descrita en el artículo 46.1.c) de la Ley del Sector Eléctrico, relativa a las compras en el mercado.

En el presente caso, resulta acreditado que el comportamiento de ENERKIA ENERGÍA, S.L. implica una culpabilidad a título intencionado o doloso, ya que, no adquirió la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica desde el 18 de enero hasta el 20 de noviembre de 2020, es decir, durante un periodo continuado de diez meses. La

comercializadora infractora no podía desconocer el incumplimiento de sus obligaciones, puesto que era perfectamente consciente de la ausencia de compras de energía eléctrica en el mercado de producción de energía eléctrica a través de cualquiera de las alternativas que tiene a estos efectos.

V. 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 600.001 hasta 6.000.000 de euros por la comisión de una infracción grave, y una multa de hasta 600.000 euros por la comisión de una infracción leve; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.

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 principio, no concurren las circunstancias citadas en las letras a) y f), en relación con la infracción que se considera.

Respecto a las circunstancias indicadas en las letras d) y e), ha de señalarse que operan como agravantes en relación con la infracción, atendiendo a que: i) el beneficio obtenido por la ausencia de compras sería el equivalente a las facturaciones realizadas a sus clientes por el concepto de energía en tanto que el coste de adquisición de energía fue muy inferior en los porcentajes que ya han sido analizados; ii) la intencionalidad en la comisión de la infracción y en el fraude al sistema eléctrico es evidente.

En cuanto a las circunstancias indicadas en los apartados b), c) y g) ha de tenerse en cuenta que, como se ha dicho anteriormente, el daño en la correcta

operación del sistema es un resultado consumado, consecuencia de la ausencia de compras y del previsible impacto en la sostenibilidad financiera del sistema de los desvíos que resulten.

Asimismo, se deja constancia de que, a efectos de respetar el límite máximo establecido en el artículo 67.2 de la Ley del Sector Eléctrico, se ha solicitado el depósito de las últimas cuentas disponibles de la comercializadora, resultando que ENERKIA ENERGIA, S.L. no ha depositado cuentas desde el ejercicio 2015.

A partir de los datos de consumidores y energía declarados por los distribuidores en la Circular 1/2005 de la CNMC sobre la comercializadora ENERKIA ENERGÍA, S.L. (y considerando los precios medios finales del mercado de producción y los precios medios facturados por tarifas de acceso), el volumen de negocios de esta empresa para el ejercicio 2019 se podría estimar en unos 500.000 euros.

Atendiendo a las circunstancias mencionadas, se considera proporcionado la imposición de una multa de cincuenta mil (50.000) euros por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 65.28 de la Ley del Sector Eléctrico, como consecuencia de la falta de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de las actividades de suministro de energía eléctrica.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que ENERKIA ENERGÍA, S.L. es responsable de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de su obligación de adquisición de energía.

SEGUNDO. Imponer a ENERKIA ENERGÍA, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de cincuenta mil (50.000) euros por la comisión de la infracción grave declarada en el precedente apartado primero.

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.