

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA
SOCIEDAD ENERKIA ENERGÍA, S.L. POR EL PRESUNTO
INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTACIÓN DE GARANTÍAS**

SNC/DE/030/20

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 8 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.

El 25 de marzo de 2020 se recibió en el Registro de la CNMC un escrito de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., Operador del Sistema eléctrico (en adelante «OS») de fecha 24 de marzo de 2020, acerca de un incumplimiento de la sociedad ENERKIA ENERGIA, S.L. de la obligación de prestar las garantías exigidas por este operador en los siguientes extremos:

- Obligación de prestación de la totalidad de garantías establecida en el párrafo e) del artículo 46.1 de la Ley 24/2013. Las garantías por valor de 27.000 euros fueron requeridas con fecha límite de 21 de febrero de 2020.

El OS adjunta a este escrito un informe sobre el incumplimiento de prestación de garantías de ENERKIA ENERGIA, S.L. (B66589904) de fecha 6 de marzo de 2020. En este informe, el OS explica que las garantías se deben a la divergencia existente entre, de un lado, el consumo real mensual (la energía facturada por los distribuidores por el consumo de energía eléctrica de los clientes de ENERKIA ENERGIA, S.L.), elevada a barras de central, y, de otro lado, el programa de compras que esta empresa está efectuando en el mercado de producción de energía eléctrica.

SEGUNDO. – Incumplimiento de la prestación de garantías

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 a esta CNMC los preceptivos informes mensuales de los servicios de ajuste del sistema correspondientes a los meses de febrero de 2020 (mes en el que se produce el estado de insuficiencia de garantías) a enero de 2021 (último informe disponible en la fecha de redacción de la propuesta de resolución), mostrando el estado de insuficiencia de garantías el último día del mes correspondiente de la sociedad ENERKIA ENERGIA S.L., conforme al siguiente cuadro:

Empresa	Informe mensual	Déficit garantías PO 14.3 Art. 11 EUR	Déficit garantías PO 14.3 Art. 9 y 10 EUR
ENERKIA ENERGIA S.L.	Febrero 2020	21.000	14.274
ENERKIA ENERGIA S.L.	Marzo 2020	68.000	28.230
ENERKIA ENERGIA S.L.	Abril 2020	150.000	77.232
ENERKIA ENERGIA S.L.	Mayo 2020	280.000	147.000
ENERKIA ENERGIA S.L.	Junio 2020	270.000	139.000
ENERKIA ENERGIA S.L.	Julio 2020	224.000	114.000
ENERKIA ENERGIA S.L.	Agosto 2020	224.000	115.000
ENERKIA ENERGIA S.L.	Septiembre 2020	230.000	122.000
ENERKIA ENERGIA S.L. (*)	Octubre 2020	0	135.000
ENERKIA ENERGIA S.L. (*)	Noviembre 2020	0	137.000
ENERKIA ENERGIA S.L. (*)	Diciembre 2020	0	116.000
ENERKIA ENERGIA S.L. (*)	Enero 2021	0	91.000

(*) A la fecha de elaboración por el OS de los cuatro últimos informes mensuales, la sociedad ENERKIA ENERGÍA, S.L. se encontraba inhabilitada para el ejercicio de la actividad de comercialización de energía eléctrica. La fecha de inhabilitación surtió efectos el 21 de noviembre de 2020.

TERCERO- Acuerdo de incoación

Con fecha 26 de febrero de 2021, la Directora de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Ley 3/2013») y en el artículo 23.f) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Estatuto de la CNMC»), acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra ENERKIA ENERGÍA, S.L., por presunto incumplimiento de la obligación de prestación de garantías establecida en el párrafo e) del artículo 46.1 de la Ley 24/2013.

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban como infracción leve prevista en el artículo 66.2 de la Ley del Sector Eléctrico, en relación con el apartado 3 del Procedimiento de Operación 14.3 (“Garantías de pago”).

Habiendo constatado que la dirección de la indicada sociedad era desconocida, se procedió a publicar Acuerdo de incoación en el Boletín Oficial de Estado con fecha 9 de marzo de 2021.

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

CUARTO- Propuesta de Resolución.

El 19 de abril de 2021 la Directora de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, la Directora de Energía propuso adoptar la siguiente resolución:

“ACUERDA PROPONER

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

PRIMERO. - Declare que la empresa ENERKIA ENERGÍA, S.L. es responsable de la comisión 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.

SEGUNDO. - Imponga a la citada empresa una sanción consistente en el pago de una multa de 20.000 euros por la comisión de la citada infracción leve.”

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

La Propuesta de Resolución fue notificada a través de publicación en el Boletín Oficial del Estado con fecha 24 de abril de 2021.

ENERKIA no ha presentado alegaciones a la misma.

SEXTO. 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 14 de mayo de 2021, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

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

ÚNICO. - ENERKIA ENERGÍA, S.L. desatendió el requerimiento de prestación de garantías exigidas por el Operador del Sistema por importe de 27.000 euros con fecha límite de pago 21 de febrero de 2020, ha llegado a tener un déficit máximo de prestación de garantías de 280.000 euros el 30 de mayo de 2020 y a fecha 31 de enero de 2021 continúa en estado de insuficiencia de garantías.

Así resulta del escrito del OS de fecha 24 de marzo de 2020 y de los Informes mensuales de los servicios de ajuste del sistema correspondientes a los meses desde febrero de 2020 a enero de 2021, todos ellos remitidos a esta Comisión por el OS en cumplimiento de lo dispuesto 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, según consta en el apartado «Incumplimientos prolongados de garantías. Artículo 46.1.e. Ley 24/2013» del capítulo 14 «Incumplimientos de los sujetos de liquidación».

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 a la Dirección 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 73.2 de la Ley 24/2013, se atribuye a la CNMC la competencia para imponer sanciones por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 66.2 de la Ley del Sector Eléctrico.

Dentro de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución del presente 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. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de dicha Ley, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de nueve meses al tratarse de una infracción leve.

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.

En relación con el hecho recogido de la presente Resolución, el artículo 46.1 e) de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico establece la obligación de los comercializadores de «e) Prestar las garantías que reglamentariamente se establezcan».

Por su parte, el artículo 73.3 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización y suministro de energía eléctrica, dispone que las empresas comercializadoras deberán prestar, ante el Operador del Sistema, las garantías que resulten exigibles para la adquisición de energía en el mercado de producción de electricidad, de acuerdo con lo establecido en los Procedimientos de Operación.

A este respecto, el Procedimiento de Operación 14.3 («Garantías de pago»), aprobado por Resolución de 1 de junio de 2016 (BOE 13 junio 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. La hora límite para aportar las garantías será las 15:00 horas del último día señalado en los distintos apartados de este procedimiento de operación».

A su vez, el apartado 6 del mismo Procedimiento de Operación 14.3 establece los tipos de garantías exigidas a los sujetos de liquidación, que son:

«a) Una garantía de operación básica que se determinará por el Operador del Sistema según lo establecido en el apartado 9, con el fin de asegurar con carácter permanente un suficiente nivel de garantía.

b) Una garantía de operación adicional mensual y, en su caso, intramensual, calculada según lo establecido en el apartado 10 para cubrir las obligaciones de pago derivadas de futuras liquidaciones correctoras de la liquidación inicial para cada mes que no disponga de Liquidación Final Definitiva.

c) Una garantía excepcional, exigible a los Sujetos en aquellos supuestos en que el Operador del Sistema lo considere necesario, bien por existir un riesgo superior a la cobertura de las garantías de operación básica y adicional, bien por otras circunstancias especiales que justifiquen objetivamente la exigencia de garantías complementarias».

Finalmente, el apartado 11 del mismo Procedimiento de Operación permite revisar la garantía de operación exigida (básica y adicional) como consecuencia del seguimiento diario de las mismas, y establece que el sujeto de liquidación deberá constituir la garantía exigida antes de las 15:00 horas del tercer día hábil posterior a la petición de aumento o reposición de garantías.

Según se refleja en el Hecho Probado Único de esta Resolución, ENERKIA ENERGÍA, S.L. no solo desatendió el requerimiento de aportación adicional de

garantías con fecha 21 de febrero de 2020, sino que se mantuvo en situación de insuficiencia de garantías (tanto las garantías básicas de operación como de las adicionales mensuales e intramensuales que el OS le ha venido requiriendo de forma continuada) hasta al menos el 31 de enero de 2021.

Este Hecho Probado Único constituye la conducta típica prevista y calificada como falta leve en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, por cuanto supone el incumplimiento de una obligación derivada de los Procedimientos de Operación, que no tiene la consideración de infracción muy grave o grave de conformidad con los artículos 64 y 65 de dicha Ley, cuando de dicho incumplimiento no derive perjuicio para el funcionamiento del mercado o del sistema 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 encuentran la ya mencionada obligación descrita en el artículo 46.1.e) de la Ley del Sector Eléctrico, relativa al depósito de las garantías exigidas en relación con su participación en mercado.

Dicha diligencia comporta una solvencia económica y/o financiera que permita a esa sociedad acometer todos y cada uno de los pagos necesarios en cumplimiento de sus obligaciones normativas, como en el presente caso el depósito de las correspondientes garantías. Todo ello, aun cuando la actividad de comercialización se encuentra liberalizada (o sometida a una menor intensidad regulatoria), su ejercicio no está exento del cumplimiento de obligaciones normativas.

A la fecha de la presente resolución, ENERKIA ENERGÍA, S.L. no tiene garantías depositadas ante el OS para cubrir los desvíos de la energía no adquirida de las liquidaciones que aún tiene pendientes y tampoco está abonando la energía que consumen sus clientes, hecho que ha motivado pérdida de ingresos a los sujetos acreedores de los servicios de ajuste del sistema eléctrico que se eleva a 101.193 euros.

En consecuencia, el estado de insuficiencia de garantías con el que ha operado ENERKIA ENERGÍA, S.L. con pleno conocimiento y sin tomar medida alguna para resolverlo es una conducta que debe calificarse como culpable a título doloso, ya que, conociendo la situación, la ha mantenido en el tiempo e incluso, se ha ido acrecentando.

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 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».

Teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción de riesgo cometida, se considera que no concurre ninguna circunstancia que agrave su trascendencia en lo referente a la importancia del daño o perjuicio en la continuidad y regularidad del suministro. En cuanto a la intencionalidad, ya se ha motivado que se aprecia dolo en la comisión de la infracción, ante la continuidad de la infracción.

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 las cuentas para el ejercicio 2019¹.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa ENERKIA ENERGÍA, S.L. es responsable de la comisión de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el

¹ A partir de los datos de consumidores y energía declarados por los distribuidores en la Circular 1/2005, de 30 de junio, de la CNE sobre la comercializadora Enerkia Energía (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.

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.

SEGUNDO. Imponer a ENERKIA ENERGÍA, S.L., una sanción consistente en el pago de una multa de veinte mil (20.000) euros por la citada infracción leve.

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.