

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA
SOCIEDAD INTERCOT, S.A. POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN
DE PRESTACIÓN DE LAS GARANTÍAS EXIGIDAS POR EL OPERADOR DEL
SISTEMA ELÉCTRICO**

SNC/DE/013/21

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. Miguel Bordiu García-Oviés

En Madrid, a 7 de octubre 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 23 de febrero de 2021 se recibió en el Registro de la CNMC un escrito de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., como Operador del Sistema eléctrico (OS), adjuntando Informe de fecha 22 de febrero de 2021, acerca de un incumplimiento, de la sociedad INTERCOT, S.A., con CIF A58188095, de la obligación de prestar las garantías exigidas a este operador en los siguientes términos:

- Obligación de prestación de la totalidad de garantías establecida en el párrafo e) del artículo 46.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico

(Ley 24/2013). Las garantías por valor de 2.000 euros, fueron requeridas con fecha límite de 22 de enero de 2021.

SEGUNDO. Acuerdo de incoación

Con fecha 25 de marzo 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 (Ley 3/2013) y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (Estatuto Orgánico de la CNMC), acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra INTERCOT, S.A., 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”).

Con fecha 16 de abril de 2021, a las 11:46 horas, INTERCOT accedió a la segunda notificación del acuerdo de incoación practicada que había sido puesta a su disposición con fecha 13 de abril de 2021.

INTERCOT, S.A. no ha presentado alegaciones al acuerdo de incoación.

TERCERO. Actualización del incumplimiento de la prestación de garantías e incorporación al expediente.

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 viene remitiendo a esta Comisión los preceptivos informes mensuales de los servicios de ajuste del sistema. El último informe mensual disponible es el correspondiente al mes de abril de 2021, mostrando el estado de insuficiencia de garantías actualizado al último día de dicho mes de INTERCOT, S.A. Dicho informe se ha incorporado al procedimiento mediante diligencia de fecha 22 de junio de 2021, en la parte que se refiere a la empresa incoada, resultando un estado de insuficiencia de garantías actualizado de 41.000 euros, a fecha 30 de abril de 2021.

CUARTO. Incorporación de documentación al expediente.

En fecha 22 de junio de 2021, se incorporó al expediente extracto de la nota simple expedida por el Registro Mercantil de Barcelona el 17 de junio de 2021,

relativa al depósito de las últimas cuentas anuales disponibles de INTERCOT, S.A., correspondiente al ejercicio 2019.

QUINTO. Propuesta de Resolución.

El 23 de junio de 2021 la Directora de Energía formuló propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, propuso adoptar la siguiente resolución:

“ACUERDA

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

PRIMERO. Declare que INTERCOT, S.A. 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 diez mil (10.000) euros por la comisión de la citada infracción leve.”

Con fecha 28 de junio de 2021 a las 11:42 horas, INTERCOT accedió a la notificación de la propuesta de resolución practicada que había sido puesta a su disposición con fecha 25 de junio de 2021.

INTERCOT, S.A., no ha presentado alegaciones a la misma.

Esta Comisión ha tenido conocimiento de que la empresa INTERCOT, S.A. ha realizado el pago con fecha valor de 9 de julio de 2021 de la sanción con una reducción del 40% en la cuenta habilitada a tales efectos.

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 31 de agosto de 2021, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, en el presente procedimiento sancionador se considera

HECHOS PROBADOS

ÚNICO. INTERCOT, S.A. desatendió el requerimiento de prestación de garantías exigidas por el Operador del Sistema por importe de 2.000 euros con fecha límite de pago 22 de enero de 2021, ascendiendo dicha cantidad actualizada a 41.000 euros a fecha 30 de abril de 2021, continuando en estado de insuficiencia de garantías.

Así resulta del escrito del OS de fecha 22 de febrero de 2021 y del Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de abril de 2021, remitido 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 73.3.c) 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, de conformidad con lo establecido en los artículos 21.2.b) y 29 de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria 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 la imputación de una infracción leve.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en 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 (en adelante, Ley 39/2015). 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.

En relación con el hecho probado recogido en 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.

Por su parte, el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, tipifica como infracción leve el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los procedimientos de operación, como la del depósito de garantías contenida en este Procedimiento de Operación 14.3.

Según resulta del Hecho Probado Único de esta propuesta, INTERCOT, S.A. no sólo desatendió el requerimiento de aportación de garantías efectuado por el OS con fecha límite el 22 de enero de 2021, sino que se ha mantenido en situación de insuficiencia de garantías hasta al menos el 30 de abril de 2021, fecha a la que se refiere el último informe mensual disponible del OS, por un importe actualizado de 41.000 euros.

Este Hecho Probado Único constituye la conducta típica prevista y calificada como infracción 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.

Recibido el requerimiento de garantías, INTERCOT, S.A. decide simplemente desatender el requerimiento. No lleva a cabo actuación adicional alguna, sencillamente no presta la garantía requerida y continúa su actividad de suministro a sus clientes sin variar su comportamiento.

A la fecha disponible más reciente de los sucesivos informes mensuales del OS, 30 de abril de 2021, INTERCOT, S.A. continúa en un estado de insuficiencia de garantías, cuyo importe actualizado corresponde a 41.000 euros.

En consecuencia, el estado de insuficiencia de garantías con el que ha operado INTERCOT, S.A. con pleno conocimiento, desatendiendo el requerimiento efectuado por el OS 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 24/2013, en fecha 22 de junio de 2021, se ha incorporado al procedimiento extracto de la nota informativa del depósito de las últimas cuentas disponibles de esa comercializadora, resultando que INTERCOT, S.A. ha declarado un importe neto de la cifra de negocio de **[CONFIDENCIAL]** euros, correspondiente al ejercicio 2019.

Valorados los criterios citados en el artículo 67.4 de la Ley 24/2013, del Sector eléctrico en relación con el peligro resultante de la infracción, la importancia del daño, perjuicios sobre el suministro, grado de participación, beneficio obtenido, intencionalidad e impacto sobre la sostenibilidad del sistema, considerado el principio de proporcionalidad y visto el contenido y alcance del incumplimiento según consta en el Hecho Probado único, se considera proporcionado imponer la multa propuesta por la Dirección de Energía y sancionar a INTERCOT, S.A. con la imposición de una multa de diez mil (10.000) euros.

Debe señalarse que en la Propuesta de Resolución ya se indicaba que INTERCOT, S.A., como presunta infractora, podía reconocer voluntariamente su responsabilidad, lo que debía hacerse en los términos establecidos en el artículo 64.2.d) de la Ley 39/2015, con los efectos previstos en el artículo 85.

De conformidad con el artículo 85, apartado primero, de la Ley 39/2015, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permite resolver el presente procedimiento con la imposición de la sanción procedente. Asimismo, de acuerdo con el segundo apartado de este precepto, dado que la sanción tiene en este caso únicamente carácter pecuniario, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la Resolución, implicará la terminación del presente procedimiento.

A este respecto, el artículo 85.3 prevé que, tanto en el caso de reconocimiento de responsabilidad como en el de pago voluntario de las multas con anterioridad a la Resolución del procedimiento, y cuando las sanciones tengan únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de al menos el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo estas acumulables entre sí.

Pues bien, en el presente caso, se ha tenido conocimiento del pago por parte de INTERCOT, S.A. por un importe de 6.000 euros, en concepto de *“sanción con reducción del 40%”*. Consta que con fecha 9 de julio de 2021 INTERCOT, S.A. ha procedido a pagar la sanción determinada en la Propuesta de Resolución del procedimiento, aplicando un 40% de reducción.

Sin embargo, INTERCOT, S.A. no ha realizado un reconocimiento de su responsabilidad durante la tramitación del procedimiento ni con anterioridad a la

aprobación de la presente resolución. Esto es, en ningún momento INTERCOT, S.A. ha manifestado su voluntad ni ha exteriorizado su conformidad con los hechos y la sanción propuestos. En efecto, no cabe aceptar el mero pago con la reducción del 40% como reconocimiento por cuanto el mismo no es expreso ni claro, de modo que no garantiza la necesaria seguridad jurídica y, por ende, no se ajusta al espíritu y finalidad del artículo 85 de la Ley 39/2015, el cual asigna a tal reconocimiento una reducción de la sanción propuesta de un 20% condicionada a la renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa. INTERCOT, S.A. no ha efectuado tampoco renuncia alguna. En los términos reseñados de ausencia alguna de pronunciamiento por parte de la empresa, es evidente que no se cumplen los presupuestos que exige esta opción de reducción, regida por criterios de simplificación administrativa y celeridad del procedimiento.

En definitiva, no cabe admitir, en tales circunstancias, que INTERCOT, S.A. haya efectuado un verdadero reconocimiento de responsabilidad, de modo que no cabe aceptar la correspondiente reducción del 20% por este concepto prevista en el apartado 1 del artículo 85 de la Ley 39/2015.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que INTERCOT, S.A. 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 el Procedimiento de Operación 14.3 en relación con la constitución de garantías exigidas por el Operador del Sistema para operar en el mercado eléctrico.

SEGUNDO. Imponer a la citada empresa una sanción consistente en el pago de una multa de diez mil (10.000) euros por la comisión de la citada infracción leve, de los cuales el interesado ha abonado seis mil (6.000) euros, al haber considerado que era procedente una reducción de un 40% en aplicación del artículo 85.3 de la Ley 39/2015.

TERCERO. Declarar que INTERCOT, S.A. ha aplicado indebidamente la reducción del 20% del importe de 10.000 euros por reconocimiento de responsabilidad que establece el artículo 85.3 de la Ley 39/2015, por los motivos expuestos en el fundamento de derecho V de esta resolución, de modo que deberá proceder al ingreso de dicho 20% (2.000 euros) correspondiente a la reducción indebidamente aplicada.

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.