

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A TAMECO ENERGÍA, S.L.U., POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR LAS GARANTÍAS EXIGIDAS POR EL OPERADOR DEL SISTEMA ELÉCTRICO

SNC/DE/159/21

CONSEJO. 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

Secretaria

D^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 24 de febrero de 2022

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 26 de octubre de 2021 se recibió en el Registro de la CNMC un escrito de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., en su condición de Operador del Sistema (en adelante REE u OS), adjuntando Informe de octubre de 2021 acerca de un incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por este operador, por parte de la TAMECO ENERGIA SL (anteriormente denominada VITA CAPITAL TRADING, S.L.U.) (en adelante, TAMECO ENERGÍA) 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 50.000 euros fueron requeridas con fecha límite de 7 de octubre de 2021.”

SEGUNDO. Acuerdo de incoación

Con fecha 28 de octubre 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 Orgánico de la CNMC»), acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra TAMECO ENERGÍA, por presunto estado de insuficiencia de las garantías exigidas por el Operador del Sistema con fecha límite de 7 de octubre de 2021.

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”).

El acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado a TAMECO ENERGÍA, el 28 de octubre de 2021.

TERCERO. Alegaciones de TAMECO ENERGIA al acuerdo de incoación

Con fecha 4 de noviembre de 2021 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de la sociedad TAMECO ENERGIA en el que manifestaba, en síntesis, lo siguiente:

- TAMECO ENERGÍA es plenamente conocedora del incumplimiento de depósito de las garantías por Seguimiento Diario que el OS le requirió por importe de 50.000 euros con fecha límite de depósito del 7 de octubre de 2021.
- La situación excepcional consistente en el fuerte incremento del precio del MWh en la semana del 5 al 8 de octubre provocó fuertes tensiones de liquidez de depósito de garantías ante el Mercado Diario de Producción, OMIE, para la casación de la energía necesaria para abastecer a los clientes de la sociedad, además de atender el miércoles 6 el pago de la nota del mismo operador por las compras de la semana anterior. La empresa priorizó el pago de las notas semanales de OMIE, así como las facturas de las liquidaciones del Operador del Sistema.
Esta situación justifica la excepcionalidad de la situación vivida justamente esa semana.
- Desde la fecha de inicio de la actividad, el 25 de octubre de 2019, TAMECO ENERGÍA ha cumplido puntualmente con sus obligaciones como comercializadora de electricidad, siendo este el primer requerimiento de garantías no atendido.

TAMECO ENERGÍA solicita la no imposición de sanción por la situación excepcional en la que se encuentra el mercado de energía.

CUARTO. Acto de instrucción

La Directora de Energía de la CNMC requirió al OS que, en el plazo de diez días desde la recepción de la notificación, informase sobre el estado del incumplimiento de la prestación de garantías por parte de TAMECO ENERGÍA y, en particular, sobre la existencia de pagos parciales de las garantías pendientes y de la posible existencia de comunicaciones entre TAMECO ENERGÍA y el OS en relación con la prestación de las garantías. El OS accedió al contenido de la notificación efectuada el día 11 de noviembre de 2021.

En fecha 25 de noviembre de 2021, tiene entrada en el Registro de la CNMC escrito del OS, en el que manifiesta lo siguiente:

- A fecha 23 de noviembre de 2021, la garantía depositada por TAMECO ENERGÍA es de 422.000 euros, siendo el importe de las garantías exigidas de 1.129.000 euros. En consecuencia, la sociedad TAMECO ENERGÍA continúa actualmente en déficit de garantías.
- Desde la fecha del incumplimiento de garantías, el 7 de octubre de 2021, TAMECO ENERGÍA no ha efectuado ningún depósito de garantías. El 14 de octubre, después del pago de la liquidación C2 del mes de septiembre de 2021, recupera la suficiencia de garantías. Con fecha de 15 de octubre de 2021, TAMECO ENERGÍA retiró 100.000 euros de sus garantías depositadas, que pasaron de 522.000 euros a 422.000 euros, volviendo a situarse en insuficiencia de garantías hasta la fecha actual. En lo que respecta a las comunicaciones entre la comercializadora y el OS, no se ha producido ninguna relativa a garantías desde la comunicación a TAMECO ENERGÍA de su paso a situación de insuficiencia de garantías.

QUINTO. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de fecha 1 de diciembre de 2021, se ha incorporado al expediente Nota simple del Registro Mercantil de Madrid, de fecha 19 de noviembre de 2021, relativa al último depósito de cuentas anuales efectuado por la empresa TAMECO ENERGÍA correspondiente al ejercicio 2020, último disponible en el Registro Mercantil.

SEXTO. Propuesta de Resolución

El 1 de diciembre 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, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO.- Declare que la empresa TAMECO ENERGÍA, S.L.U., anterior VITA CAPITAL TRADING, S.L.U., 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 TAMECO ENERGÍA, S.L.U., anterior VITA CAPITAL TRADING, S.L.U. una sanción consistente en el pago de una multa de cuarenta mil (40.000) euros por la comisión de la citada infracción leve.

La propuesta de resolución fue notificada a TAMECO ENERGÍA, el 2 de diciembre de 2021.

TAMECO ENERGÍA 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 10 de enero de 2022, 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

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se considera HECHO PROBADO de este procedimiento que:

Único. TAMECO ENERGÍA desatendió el requerimiento de prestación de garantías exigidas por el Operador del Sistema por importe de 50.000 euros, con fecha límite de pago 7 de octubre de 2021, continuando a fecha 23 de noviembre de 2021 en estado de insuficiencia de garantías por un importe de 1.129.000 euros.

Este hecho ha sido probado a través de:

- El reconocimiento de los hechos por la propia sociedad en su escrito de alegaciones de 4 de noviembre de 2021, respecto de la circunstancia del 7 de octubre de 2021
- El escrito del OS de 25 de noviembre de 2021 de cumplimentación del requerimiento evacuado.

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, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, 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 y 29 de la Ley 3/2013 y del artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria, 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 III 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. 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 DEL HECHO PROBADO

En relación con el hecho probado recogido en la presente Resolución, el artículo 46.1 e) de la Ley 24/2013 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».

Específicamente, en su apartado 11, este Procedimiento de Operación 14.3 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, 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.

De acuerdo con el Hecho Probado de la presente propuesta, TAMECO ENERGÍA, ha permanecido en situación de insuficiencia de garantías durante el periodo de tiempo comprendido entre el 7 de octubre de 2021 y el 14 de octubre de 2021 y, además, el 15 de octubre de 2021, momento en el que se encontraba en una situación de suficiencia de garantías como consecuencia del pago de la liquidación C2 del mes de septiembre de 2021, procede a retirar 100.000 euros de las garantías depositadas, incurriendo nuevamente en déficit de garantías. Así, a fecha 23 de noviembre de 2021, tenía depositadas unas garantías de 422.000 euros, siendo exigidas por un importe de 1.129.000 euros.

Esta conducta resulta típica en relación con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN

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, TAMECO ENERGÍA 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. Y al día siguiente de encontrarse en situación de suficiencia, retira 100.000 euros incurriendo nuevamente en incumplimiento.

Asimismo, a fecha 23 de noviembre de 2021, TAMECO ENERGÍA continúa en un estado de insuficiencia de garantías, cuyo importe actualizado corresponde a 1.129.000 euros, esto es, desde el momento en que incurrió en estado de insuficiencia de garantías – 7 de octubre- no ha depositado garantías que haya disminuido el importe pendiente, sino todo lo contrario, en el momento en que se encontraba en una situación de suficiencia de garantías, realiza una retirada por un importe de 100.000 euros, incurriendo nuevamente en déficit de garantías, sin que desde ese momento haya realizado ninguna actuación tendente a revertir dicha situación.

La alegada situación excepcional del mercado en la semana 5 al 8 de octubre en modo alguno determina la ausencia de responsabilidad por parte de TAMECO ENERGIA respecto del hecho probado, dado que, además de que la diligencia que le es exigible en su condición de comercializadora cubre las tensiones reseñadas en esa semana, lo cierto es que el incumplimiento que se tipifica como infracción en el presente procedimiento va más allá del periodo semanal

reseñado por TAMECO ENERGÍA en su escrito de alegaciones, tal y como se ha reseñado.

En consecuencia, el estado de insuficiencia de garantías con el que ha operado TAMECO ENERGIA 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 las infracciones leves; 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 la sanción:

- «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 el importe neto de la cifra de negocios de TAMECO ENERGÍA asciende a [CONFIDENCIAL] euros.

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 adecuada la propuesta de sanción formulada y establecer una multa a TAMECO ENERGÍA por un importe de cuarenta mil (40.000) euros.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa TAMECO ENERGÍA, S.L.U. (anteriormente VITA CAPITAL TRADING, S.L.U.), es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 23/2013, 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 obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema Eléctrico para operar en el mercado eléctrico.

SEGUNDO. Imponer a TAMECO ENERGÍA, S.L.U. (anteriormente VITA CAPITAL TRADING, S.L.U.), una sanción consistente en el pago de una multa de cuarenta mil (40.000) 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.