

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A CIRSA SERVICIOS CORPORATIVOS, S.L., REPRESENTANTE DE CONSUMIDORES DIRECTOS, POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR LAS GARANTÍAS EXIGIDAS POR EL OPERADOR DEL SISTEMA ELÉCTRICO

SNC/DE/119/21

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

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 31 de agosto 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 agosto de 2021 acerca de un incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por este operador, por parte de CIRSA SERVICIOS CORPORATIVOS, S.L.U. (en adelante, CIRSA) 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 6.000 euros fueron requeridas con fecha límite de 19 de agosto de 2021.”

SEGUNDO. Acuerdo de incoación

Con fecha 17 de septiembre 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 CIRSA, por «presunto estado de insuficiencia de las garantías exigidas por el Operador del Sistema durante el periodo citado».

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 puesto a disposición telemática de CIRSA el 22 de septiembre de 2021 y transcurridos diez días, la empresa no accedió a su contenido resultado rechazada. Asimismo fue notificado a su dirección postal, el 22 de octubre de 2021.

TERCERO. Alegaciones de CIRSA al acuerdo de incoación

Con fecha 5 de noviembre de 2021 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de la sociedad CIRSA en el que manifestaba, en síntesis, lo siguiente:

- Imposibilidad del ejercicio del derecho del artículo 85 de la Ley 39/2015, por el hecho de no concretar la sanción impuesta e impedir a CIRSA acogerse a las reducciones de la Ley,
- Falta de culpabilidad: reconoce CIRSA que desde el 23 de abril de 2021, en que se tuvo por efectiva la baja presentada, ya no opera como empresa operadora, por lo que desde esa fecha ya no adquiere electricidad. No obstante y durante el tiempo que reste aproximadamente de once meses tras la baja como bien conoce la CNMC se les está cobrando únicamente los posibles gastos derivados de la gestión de la red eléctrica sobre el tiempo de su uso en el año anterior a la baja, de ahí que se mantengan presentadas una garantías más que suficientes para atender a esos cobros que obviamente, cada mes han de ser inferiores pues ya no se adquiere energía. Es decir, desde el momento de la baja se deja de pagar a OMIE las facturas

por el consumo diario, pues no hay tal consumo, quedando únicamente pendientes de emisión las facturas de MEFF por los gastos del sistema, tales como desvíos de red, pérdida de línea, etc., que son los únicos que se atienden en la actualidad con total puntualidad, sin que se haya producido ningún impagado. Señala que al producirse la baja como empresa operadora se retiraron las garantías que respondían al pago del consumo y se mantuvo la garantía para lo que serían los pagos de posibles desvíos y demás, consistiendo esa garantía en la cantidad de 100.000,00.- Euros, entendiendo que no haría falta incrementar la misma toda vez que el consumo había cesado completamente. Así las cosas se han continuado facturando los importes del MEFF que han sido atendidos siempre puntualmente y se siguen atendiendo, manteniendo la garantía prestada. Lo que ocurrió con la incidencia que ahora nos ocupa es que, a pesar de que las facturas de MEFF era decrecientes mensualmente, en el mes de agosto se produjo un incremento de la correspondiente a ese periodo por reflejar un pico de consumo que se había generado en agosto de 2020, lo que implicó que se estimara que la garantía debía incrementarse a la vez en 6.000,00.- euros si bien CIRSA no llegó a completarla por encontrarse la mayoría de su personal administrativo en periodo vacacional y no tener previsto que podía ocurrir una incidencia como esa, puesto que la facturación siempre era decreciente y los 100.000,00.- euros de la garantía resultaban más que suficiente. Prueba de lo anteriormente expuesto es que la garantía depositada en el mes anterior era incluso superior a la necesaria, tras la cual se produjo la variación puntual de agosto que implicó la solicitud de incremento de la misma en 6.000.- euros, cuyo depósito se debía realizar el 17 de agosto de 2021 pero por excepcionales circunstancias del caso no se atendieron a su fecha. No obstante lo anterior y tan solo unos días después, el 10 de septiembre de 2021, se les informaba por parte del MEFF que la garantía depositada era correcta y que incluso existía un exceso de 20.000,00.- Euros, que se incrementó hasta los 31.000,00.- Euros en el mes de octubre de 2021, lo que acredita que ese desajuste en la aportación de garantías de adicionales por 6.000,00.- Euros fue debido a una circunstancia meramente puntual, por unos pocos días y que ninguna incidencia ha causado, dándose por buena la previsión realizada por esta parte de que las garantías exigidas, al desaparecer el consumo de energía, cada vez sería menores como así está siendo. A pesar de esa sobre garantía existente que les permitiría ir reduciendo su importe, lo cierto es que CIRSA no ha procedido a su reducción manteniendo la suma de la garantía en 100.000,00.- Euros. Junto a ello hemos de tener muy presente que CIRSA no ha dejado de atender ninguna de las facturas que se le ha presentado, por lo que nunca ha hecho falta ejecutar la garantía, ni generándose ninguna situación de peligro de ningún tipo, poniendo de manifiesto el ánimo absoluto de cumplimiento que siempre ha mostrado.

- Inadecuación de la sanción a imponer y nulidad del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador: ni los artículos 46 y 47 de la Ley 24/2013 ni el apartado 13 del PO 14.3 previenen la posibilidad de sanción económica sino

únicamente una sanción con su suspensión. Existiendo una sanción concreta para un acto concreto, no cabe sancionar con el tipo genérico del artículo 67.1.c) y 2 de la Ley 24/2013. Ello vulnera el artículo 64.2.b) de la Ley 39/2015 y conlleva la aplicación de su artículo 47 (nulidad de pleno derecho).

- Moderación de la sanción económica: subsidiariamente, se estima la imposición de una sanción económica simbólica atendiendo a la falta de intencionalidad, que el importe de la garantía sin cubrir era escaso y por pocos días y no se ha producido ningún impago de facturas ni uso de la garantía existente.
- Aplicación del principio *in dubio pro reo* al administrado por las dudas existentes de aplicabilidad del tipo impositor

Finaliza su escrito, solicitando que se acuerde la nulidad del Acuerdo de Incoación recibido, procediéndose, previo los trámites oportunos, al archivo del presente expediente; subsidiariamente y para el caso de que se entendiera que procede la imposición de cualquier sanción económica, ésta lo sea en un importe simbólico atendido al nulo perjuicio causado y a la ausencia de intencionalidad en el actuar de CIRSA.

CUARTO. Propuesta de Resolución.

El 16 de noviembre 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 la empresa CIRSA SERVICIOS, S.L., no es responsable de la comisión de la infracción leve prevista en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

SEGUNDO.- Proceda al archivo del presente procedimiento sancionador en los términos previstos en el artículo 89 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.”

La propuesta de resolución fue notificada a CIRSA el 19 de noviembre de 2021.

CIRSA no ha presentado alegaciones en el plazo conferido para ello.

QUINTO. 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 21 de enero de 2022, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se consideran HECHOS PROBADOS de este procedimiento que:

ÚNICO. CIRSA desatendió el requerimiento de prestación de garantías exigidas por el Operador del Sistema por importe de 6.000 euros con fecha límite de pago de 19 de agosto de 2021.

En el mes de septiembre de 2021 y siguientes meses CIRSA volvió a situarse en superávit de garantías.

En el mes de abril de 2021 CIRSA se había dado de baja como participante en el mercado en península y como agente en los territorios no peninsulares.

Este hecho queda probado a través de:

- El reconocimiento de los hechos por la propia sociedad en su escrito de alegaciones con entrada el 5 de noviembre de 2021
- El informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de agosto de 2021, elaborado por el OS al objeto de comunicar a la CNMC, entre otros aspectos, el incumplimiento de garantías, así como la fecha de baja de la denunciada como participante y sus últimas medidas.

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. ANALISIS DEL HECHO PROBADADO.

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, en la fecha en la que acontecieron los hechos probados, 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, recogía, 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*».

En el apartado 4 de este Procedimiento «Liberación de garantías» se reseña que: «*El Operador del Sistema liberará la garantía que preste el Sujeto de Liquidación en el momento en que éste pierda su condición de Sujeto de Liquidación, siempre que*

haya cumplido todas sus obligaciones y haya hecho frente a todas sus deudas derivadas de su participación en el mismo o, en su caso, siempre que se haya verificado que no existen tales deudas.”.

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.

En este caso concreto, desde el día 23 de abril de 2021 que se tuvo por efectiva la baja presentada, CIRSA ya no operaba como empresa operadora, por lo que desde esa fecha ya no adquiría electricidad, aunque se le continuaran facturando los posibles gastos derivados de la gestión de la red eléctrica sobre la base de su uso en el año anterior a la baja. Por ello, se considera necesario el mantenimiento de unas garantías para atender a esos cobros. Es decir, desde el momento de la baja, OMIE no presenta facturas por el consumo diario, pues no hay tal consumo, quedando únicamente pendientes de emisión facturas de OS por los gastos del sistema (desvíos de red, pérdida de línea...). No consta que CIRSA haya incurrido en impago alguno por estos conceptos.

Una vez dada de baja CIRSA como empresa operadora lo cierto es que se mantuvo la garantía por importe de 100.000 euros para garantizar eventuales impagos por posibles desvíos y otros gastos del sistema. Pese a la tendencia de emisión de facturas en línea decreciente, según consta en el hecho probado,

únicamente respecto del mes de agosto de 2021 - en el que había un excepcional pico de consumo - se produjo un déficit de garantías (6.000 euros), constando un superávit en todos los restantes meses, esto es, tanto con anterioridad a dicha fecha como con posterioridad (ya en el mes de septiembre se constata un superávit de 20.000 euros, que se eleva a 31.000 euros en el mes de octubre). Debe tenerse en cuenta la situación particular del mes de agosto de 2021, que no se ha visto reproducida en meses posteriores y no es trasladable a la situación en la que se encuentra la empresa, que es de cese de actividad.

En atención a las circunstancias anteriores y de acuerdo con la propuesta, se considera procedente el archivo del presente procedimiento sancionador.

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

RESUELVE

UNICO. Declarar concluso el presente procedimiento sancionador incoado a la empresa CIRSA SERVICIOS CORPORATIVOS, S.L. y proceder al archivo de las actuaciones realizadas.

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.