

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A EMPRESA HANWHA ENERGY RETAIL SPAIN, S.L.U. POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTACIÓN DE LAS GARANTÍAS EXIGIDAS POR EL OPERADOR DEL SISTEMA ELÉCTRICO

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 7 de abril 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 del Operador del Sistema

El 23 de agosto de 2021 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 la misma fecha, acerca de un incumplimiento, de la sociedad HANWHA ENERGY RETAIL SPAIN, S.L.U. (en adelante, HANWHA) de la obligación de prestar las garantías exigidas por este operador en los siguientes extremos:

- Obligación de prestación de garantías establecida en el párrafo e) del artículo 46.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Las garantías por valor de [CONFIDENCIAL] euros fueron requeridas con fecha límite de 20 de julio de 2021.

Posteriormente, mediante diligencia de 13 de septiembre de 2021, se incorporó al expediente, Informe mensual de julio de 2021 en el que se resumen los principales resultados de la gestión de los mercados de servicios de ajuste del sistema y de la capacidad de intercambio en las interconexiones internacionales elaborado por el OS. En dicho informe se muestra el estado de insuficiencia de

garantías el último día del mes correspondiente de la sociedad HANWHA ENERGY RETAIL SPAIN, S.L.U., conforme al siguiente cuadro:

Empresa	Informe mensual	Garantías depositadas EUR	Déficit garantías PO 14.3 Art. 11 EUR	Déficit garantías PO 14.3 Art. 9 y 10 EUR
HANWHA ENERGY RETAIL SPAIN, S.L.U.	Agosto 2021	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]

SEGUNDO. – Acuerdo de incoación.

Con fecha 13 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 (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 HANWHA, 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”).

Dicho acuerdo fue notificado por medios electrónicos el día 15 de septiembre, accediendo a él mediante el día 17 de septiembre de 2021 a las 8:17.

TERCERO. Alegaciones de HANWHA ENERGY RETAIL SPAIN, S.L.U.

En fecha 1 de octubre de 2021 se recibió en el registro electrónico de la CNMC alegaciones de HANWHA.

HANWHA señala, en primer lugar, que es una comercializadora que viene operando solo desde 2020 y cumpliendo con las garantías exigidas, en unos importes que han oscilado entre los [CONFIDENCIAL] euros desde junio de 2021, hasta los [CONFIDENCIAL] euros aportados a partir de del 16 de septiembre de 2021.

No obstante, el día 12 de julio de 2021 se dirigió a HANWHA nuevo Informe de Garantías Depositadas en el [CONFIDENCIAL] euros, frente al total de [CONFIDENCIAL] euros exigidos en el anterior Informe de Garantías Depositadas, con fecha 9 de julio de 2021, es decir, solo tres días antes.

En el desglose de garantías exigidas relacionado en el Informe de Garantías de 12 de julio, puede observarse como este notable incremento atiende fundamentalmente al aumento de un concreto concepto: “*Total garantía exigida por revisión periódica de Operación Adicional Mensual*”, el cual aumenta desde

los [CONFIDENCIAL] euros a los [CONFIDENCIAL] euros, lo cual supone un aumento de [CONFIDENCIAL] % de la cantidad registrada el día anterior.

Tras recibir este informe se mantuvieron diversas comunicaciones con el OS y con esta CNMC en las que tanto el OS como la CNMC reconocen la situación excepcional del requerimiento de garantías.

Posteriormente, el día 11 de agosto de 2021, las garantías de operación adicional se ven reducidas a [CONFIDENCIAL] euros, garantía exigida y constituida el día 16 de agosto. Desde ese momento, no se encuentra en situación de déficit de garantías.

A esto hechos se le aplican los siguientes fundamentos jurídicos.

- Falta de antijuridicidad de la actuación de HANWHA.

Se procede, en primer término, al análisis del P.O. 14.3 que ha provocado algunas situaciones excepcionales, como la presente. En particular, la fórmula utilizada para el cálculo de la garantía de operación adicional mensual - GOAm = $P3 \times LIC$ -, puede provocar situaciones anómalas, en tanto que el criterio P3 utilizado en el producto no encuentra limitación cuantitativa alguna, por lo cual en el caso de que sea un número muy elevado como consecuencia de la actividad económica de las comercializadoras, trae consigo la configuración de garantías extraordinariamente desproporcionadas que no atienden a las reales condiciones de mercado ni a las posibilidades de aportación de las compañías.

Concretamente, durante el periodo identificado por la CNMC en su Acuerdo de la CNMC, el factor P3 de la citada fórmula ascendió hasta la elevada cifra de [CONFIDENCIAL], dando como resultado la exigencia de unas garantías comprendidas entre los valores de [CONFIDENCIAL] y [CONFIDENCIAL] euros en el periodo que abarca el 12 de julio hasta el 11 de agosto de 2021. Estos valores se alejan de modo claro de los valores correspondientes al periodo anterior (que oscilaban en torno a los [CONFIDENCIAL] euros) y el periodo posterior al registro de estas cifras (en torno a los [CONFIDENCIAL] euros). Es más, si la cifra correspondiente al LIC de diciembre de 2020 hubiera sido de [CONFIDENCIAL] (en vez de [CONFIDENCIAL]) se habrían determinado unas GOA de [CONFIDENCIAL] €. La cifra resultante resulta sin duda desproporcionada y, si bien este escenario puede parecer extremo, lo cierto es que es totalmente posible bajo la vigente redacción del P.O. 14.3.

HANWHA recuerda además que esta Comisión ha propuesto una modificación de dicho P.O. 14.3, justamente en el concreto apartado de Garantía de Operación Adicional para limitar los desproporcionados efectos de este tipo de situaciones.

Aún más, el 8 de agosto de 2021 se ha sometido a consulta pública por parte de Red Eléctrica de España en su Portal de Clientes la nueva propuesta regulatoria del citado P.O. 14.3, el cual en su versión final refleja una aclaración explícita en

relación a la fórmula de cálculo controvertida, donde expresamente se limita cuando el porcentaje P3 sea superior a 500% a la máxima diferencia deudora entre la Liquidación Final o Intermedia y la Liquidación Inicial en la serie de nueve meses.

Esta propuesta es conforme con la necesidad de limitar el requerimiento de la garantía de operación adicional en los casos donde la aplicación de un P3 superior a 500% pueda suponer un requerimiento de garantía de operación adicional muy superior al riesgo real de impago. Sobre todo, cuando la actual fórmula es especialmente gravosa en aquellos casos de comercializadores en crecimiento o sin histórico de meses con liquidación con medidas de demanda.

Por todo ello, concluye:

“Así pues, resulta desproporcionada la aplicación de una sanción en virtud del método actual, el cual, como ha reconocido el propio Operador del Sistema, articula un sistema de garantías que puede llegar a requerir determinadas cantidades muy superiores al riesgo real de impago por parte de las comercializadoras”.

“Además, si bien el animus de la prestación de garantías resulta la salvaguardia del Operador del Sistema ante eventuales incumplimientos por parte de las comercializadoras, no resulta asumible la exigencia de cantidades resultantes de unos criterios de cálculo que no atienden la racionalidad de aplicación de las mismas”

“Resulta inasumible para comercializadoras de reciente creación la articulación de unas garantías que, no solo son desproporcionadas, sino que exceden de la natural relación de aseguramiento que reviste la articulación de la figura de la garantía”.

- Falta de culpabilidad de HANWHA.

HANWHA alega su falta de culpabilidad por las siguientes razones: (i) la extraordinaria desproporcionalidad de la exigencia de GOA, (ii) la situación patrimonial en cuanto comercializadora entrante, (iii) la voluntad de cumplimiento derivada de todas comunicaciones realizadas, y (iv) la imposibilidad de cumplimiento.

En cuanto a la primera de ellas, ya se ha indicado que el aumento de la garantía de operación adicional fue desproporcionado y efecto directo de un único factor de cálculo al tener en cuenta la liquidación de diciembre de 2020, cuyo resultado es que se pasó de una exigencia de garantías de entre [CONFIDENCIAL] a [CONFIDENCIAL] euros a más de [CONFIDENCIAL] euros. Con las nuevas fórmulas propuestas, la garantía de operación adicional hubiera sido de [CONFIDENCIAL] euros.

En segundo lugar, teniendo en cuenta que HANWHA es una comercializadora reciente y con una cifra de negocios en 2020 de apenas [CONFIDENCIAL] euros

simplemente no puede afrontar semejante exigencia de constitución de garantías, generando una situación objetiva de imposibilidad de incumplimiento.

- Aplicación del principio de proporcionalidad. Finalmente, y de forma subsidiaria, alega que debe procederse a la imposición de la sanción, en el caso de que efectivamente así se considerara, de forma proporcional a los hechos.

Concluye su escrito, solicitando la declaración de no existencia de infracción administrativa por parte de HANWHA y subsidiariamente, si se declara la existencia de tal infracción, se imponga la mínima sanción posible a HANWHA.

A sus alegaciones, aporta la documentación en la que basa las mismas.

CUARTO. – Acto de instrucción al Operador del Sistema.

En fecha 20 de octubre de 2021, se procedió conforme a lo previsto en el artículo 75 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas a requerir al Operador del Sistema la siguiente información a la vista de las alegaciones de HANWHA.

- 1) Actualice la situación de déficit de garantías de HANWHA
- 2) Confirme si en fecha 11 de agosto de 2021, es decir con carácter previo a la denuncia, la cantidad exigida a la comercializadora se redujo a [CONFIDENCIAL] euros, cantidad que la misma depositó en tiempo y forma.
- 3) Confirme si la desorbitada cantidad exigida con fecha 20 de julio de 2021, en comparación con la actividad de la comercializadora y las garantías exigidas previamente, se debió, como afirma HANWHA en su escrito de alegaciones, a que el factor P3 de la fórmula de cálculo no encuentra limitación cuantitativa alguna.

QUINTO. – Contestación al anterior requerimiento por parte del Operador del Sistema.

En fecha 5 de noviembre de 2021, tuvo entrada escrito del Operador del Sistema en el que, de forma resumida, se indica lo siguiente:

A la primera pregunta se responde que:

“A fecha 29 de octubre, el importe de garantía de operación adicional exigido asciende a [CONFIDENCIAL] €, que, unido a los requisitos de garantía básica y seguimiento diario, supone un total de [CONFIDENCIAL] €, que tienen cubierto con una garantía total depositada de [CONFIDENCIAL] euros. Por consiguiente, la sociedad HANWA no tiene actualmente déficit de garantías”.

A la segunda pregunta se contesta indicando que:

“Con fecha del 11 de agosto de 2021, en la que se publicó la revisión de la GOA del mes de agosto de 2021 el importe de la GOA exigida a la comercializadora

HANWHA ascendió a [CONFIDENCIAL] €. Con este nuevo importe de GOA, por seguimiento diario, el mismo 11 de agosto de 2021 se requirió al sujeto HANWHA un depósito adicional de garantías de [CONFIDENCIAL] €, que el sujeto depositó el 16 de agosto de 2021, recuperando de esta forma su estado de suficiencia de garantías” (...)

“En consecuencia, en la fecha de comunicación de incumplimiento del mes de julio del 2021, enviado con retraso respecto a los plazos habituales de remisión de estas comunicaciones debido al período vacacional, la sociedad HANWHA había recuperado el estado correcto de garantías tras casi un mes en estado de insuficiencia de garantías”.

A la tercera pregunta se contesta indicando que:

“El importe del requerimiento de depósito de garantías adicionales por [CONFIDENCIAL] € exigido con fecha del 20 de julio de 2021 es consecuencia del nuevo valor de la GOA del sujeto HANWHA tras la revisión de esta garantía efectuada el 12 de julio, que se situó en [CONFIDENCIAL] €.

Este valor de GOA es debido fundamentalmente, tal y como se observa en el informe de revisión de la GOA del mes de julio que se adjunta, a la aplicación al valor de la liquidación de los tres meses cuya última liquidación disponible en el momento de la citada revisión es la Liquidación Inicial Provisional Segunda (liquidación C2) (meses de abril, mayo y junio de 2021), de un valor del coeficiente P3 del [CONFIDENCIAL] %

Este valor del coeficiente P3 es el tercer valor más alto del porcentaje ponderado de desvío entre liquidación final y liquidación provisional de la serie de 9 meses con liquidación con medidas del sujeto HANWHA, según figura en el informe de incumplimiento remitido por el operador del sistema a la CNMC en agosto de 2021.

La aplicación del coeficiente P3 se llevó a cabo aplicando la metodología para el cálculo de la GOA establecida en el apartado 10.2.1 del Procedimiento de Operación 14.3, en el que no se fija ninguna limitación del valor del citado coeficiente.

A este respecto, cabe recordar que, desde el 8 de abril de 2021 al 9 de mayo, el operador del sistema puso a disposición de los participantes en el mercado, para comentarios, una propuesta de modificación del citado PO 14.3, que incorporaba, entre otros cambios, la limitación del importe de la GOA para estos casos.

La propuesta final del operador de sistema enviada a la CNMC en agosto de 2021, tras análisis de los comentarios recibidos (ninguno relativo a este aspecto), incorpora una limitación al coeficiente P3.

La propuesta de resolución para su aprobación está siendo actualmente sometida a consulta pública”.

SEXTO. - Propuesta de resolución.

Con fecha 16 de noviembre de 2021 la Directora de Energía de la CNMC formuló propuesta de resolución en la que propuso el archivo del procedimiento en los siguientes términos:

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Directora de Energía de la CNMC

ACUERDA

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

PRIMERO - Declare que HANWHA ENERGY RETAIL SPAIN, S.L.U no es responsable de la comisión de la infracción leve prevista en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, de 26 de noviembre, 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 se notificó a la interesada con fecha 17 de noviembre de 2021, sin que se realizaran alegaciones a la misma por su parte.

SÉPTIMO. - Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo.

Por medio de escrito de 20 de diciembre de 2021, la Directora de Energía de la CNMC remitió a la Secretaría del Consejo de la CNMC la propuesta de resolución junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo en los términos previstos en el artículo 89 de la Ley 39/2015.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se considera HECHOS PROBADOS en este procedimiento sancionador el siguiente:

PRIMERO.- En fecha 12 de julio de 2021, el Operador del Sistema remitió a HANWHA nuevo Informe de Garantías Depositadas en el cual, de manera súbita, se exige un total de garantía a depositar de [CONFIDENCIAL] euros. (folio 96 del expediente).

SEGUNDO.- Llegada la fecha límite del día 20 de julio de 2021, HANWHA no procedió a depositar la cantidad requerida por lo que entró en situación de déficit de garantías. (folio 1) al no haber depositado los [CONFIDENCIAL] euros, exigidos en el informe de 12 de julio de 2021.

TERCERO.- Con fecha del 11 de agosto de 2021, revisadas las garantías de operación adicionales para el mes de agosto de 2021 el importe de la garantía de operación adicional exigida a HANWHA ascendió a [CONFIDENCIAL] €. Con este nuevo importe de garantías de operación adicional, por seguimiento diario, el

mismo 11 de agosto de 2021 se requirió a HANWHA un depósito adicional de garantías de [CONFIDENCIAL] €, que depositó el 16 de agosto de 2021, recuperando de esta forma su estado de suficiencia de garantías hasta el momento presente. (folio 165 del expediente).

HANWHA estuvo en situación de déficit de garantías durante 27 días.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial y legislación aplicable.

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

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3 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 dicha Ley.

Dentro de la CNMC, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2 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.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el Capítulo III del Título X de la Ley 24/2013. 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, resulta de aplicación lo dispuesto 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. 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).

SEGUNDO. Tipificación de los hechos probados.

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 relación con los hechos probados recogidos 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».

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 resulta del Hecho Probado Segundo de esta resolución, HANWHA desatendió el requerimiento de aportación de garantías con fecha 20 de julio de 2021, situación en la que se mantuvo hasta el día 16 de agosto, según declara el OS en su escrito de 5 de noviembre de 2021.

Este Hecho Probado 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.

TERCERO. Falta de antijuridicidad de la falta de depósito de garantías por parte de HANWHA.

A la vista de los hechos probados, es evidente que HANWHA no procedió a depositar la garantía exigida en fecha 20 de julio de 2021 por la cantidad de [CONFIDENCIAL] euros, realizando así la conducta típica. Sin embargo, la misma no puede calificarse ni de antijurídica ni de culpable por las razones que se detallarán a continuación, lo que conlleva declarar que HANWHA no es responsable de la comisión de la infracción leve indicada y se proceda, por tanto, al archivo del presente procedimiento sancionador.

Como indica HANWHA en sus alegaciones y corrobora el OS en la contestación al requerimiento de información realizado como acto de instrucción, la cuantía de las **garantías de operación adicionales mensuales de [CONFIDENCIAL] euros** no guarda proporción con el resto de las garantías de operación adicionales solicitadas en los meses anteriores y posteriores. Hay que indicar que la misma es exactamente [CONFIDENCIAL] veces más elevada que la requerida en el mes de agosto y casi [CONFIDENCIAL] veces superior a la requerida en el mes de junio, ambas cumplidas en tiempo y forma por HANWHA. Por tanto, no hay relación alguna entre el riesgo real de impago, razón de la necesidad de constitución de garantías, y la cuantía de la garantía exigida.

La causa de ello es un fallo regulatorio, pues, como bien indican tanto HANWHA como el OS la cantidad resulta correcta como resultado del cálculo en aplicación de la metodología establecida en el apartado 10.2.1 del Procedimiento de Operación 14.3. En dicha metodología se utiliza un coeficiente -denominado P3 que se multiplica por un valor en atención al desvío de liquidaciones del comercializador en los meses anteriores. En el presente caso, el coeficiente P3 alcanzó la cifra de [CONFIDENCIAL], lo que aplicado sin más condujo a la citada cifra de garantías por valor de algo más de [CONFIDENCIAL]. Al no establecer la normativa vigente, el P.O ninguna limitación a la fórmula, que es un mero producto, podría darse el caso, como bien apunta HANWHA en sus alegaciones, de requerir unas garantías de operación adicionales máximas de [CONFIDENCIAL] euros ([CONFIDENCIAL] €) (folio 27 del expediente administrativo). Tal situación solo puede calificarse de insólita y, evidentemente carente de cualquier justificación razonable.

Por ello, el propio Operador del Sistema desde el 8 de abril al 9 de mayo de 2021 puso a disposición de los participantes en el mercado, para comentarios, una propuesta de modificación del citado PO 14.3, que incorporaba, entre otros cambios, la limitación del importe de la garantía de operación adicional para los casos en que el coeficiente P3 superara el 500% (en el presente caso superaba en más de [CONFIDENCIAL] veces tal porcentaje).

La propuesta final del OS enviada a esta CNMC en agosto de 2021, tras análisis de los comentarios recibidos (ninguno relativo a este aspecto), incorpora una

limitación al coeficiente P3. Dicha propuesta es contemporánea justamente con la denuncia que ha dado lugar al presente procedimiento sancionador.

En caso de haberse aplicado esta nueva fórmula, la solicitud de garantías de operación adicional hubiera sido solo de [CONFIDENCIAL] euros, cantidad proporcional al riesgo de impago.

Es evidente a la vista de la regulación, el resultado de la aplicación sin limitación de la indicada fórmula y del propio nivel de actividad de HANWHA que la exigencia de semejante cuantía de garantía es desproporcionada, carente de fundamento legal suficiente -en tanto que excede la razón de la exigencia de la garantía al no evaluar de forma correcta el riesgo de impago en las compras de energía en el mercado eléctrico y finalmente podría conducir a una situación de insolvencia a la comercializadora.

Por todo ello, el incumplimiento que, como ha quedado probado y reconocido por HANWHA existió, no puede calificarse de antijurídico al responder a una actuación razonable para evitar la inviabilidad de la propia comercializadora. En consecuencia, ni fue antijurídico ni, mucho menos, culpable, pues respondía a un estado de necesidad objetivo para evitar una lesión patrimonial que la comercializadora no tenía la obligación jurídica de soportar. En este sentido, baste tomar en consideración la actuación proactiva de HANWHA al realizar comunicaciones a MEFF y al OS tendentes a comprender y solucionar la situación sobrevenida, todo ello en el propio mes de julio de 2021 e incluso al día siguiente de recibir la comunicación de exigibilidad de incremento de depósito de garantías.

Dicho lo anterior, ha de reprobarse el automatismo de la actuación del OS, procediendo a denunciar ante esta Comisión, la presunta infracción de HANWHA, con pleno conocimiento que era resultado de una exigencia desproporcionada derivada de un error regulatorio que estaba en proceso de ser corregido por su propia iniciativa. En el mismo sentido, es reprochable que al trasladar la denuncia no pusiera de manifiesto dos circunstancias fundamentales y que, solo han sido reconocidos, mediante el correspondiente acto de instrucción, a saber, que la cuantía exigida respondía a un efecto no deseado de la regulación vigente que estaba siendo reformado para evitarlo y que HANWHA ya había cumplido el día 16 de agosto -siete días antes de la presentación de la denuncia que se produjo el día 23 de agosto.

En conclusión, la actuación de HANWHA no afrontando el depósito de una garantía desproporcionada que ponía en peligro su viabilidad y ajena, en todo punto, al riesgo de impago que justifica el sistema de garantías, no se puede calificar ni de antijurídica ni de culpable, y, además, está exenta de toda responsabilidad por lo que ha de procederse al archivo del presente procedimiento sancionador. Todo ello así resulta en el contexto de que HANWHA sí mostró su disponibilidad a un entendimiento con la remisión de comunicaciones a MEFF y OS en el mismo mes de la exigibilidad de depósito y con anterioridad a la fecha de vencimiento para cumplimentar el requerimiento recibido.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que HANWHA ENERGY RETAIL SPAIN, S.L.U no es responsable de la comisión de la infracción leve prevista en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, de 26 de noviembre, del Sector Eléctrico.

SEGUNDO. Proceder 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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.