

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A
COMERCIAL Y ASESORA DE ELECTRICIDAD, S.L., POR INCUMPLIMIENTO
DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR LAS GARANTÍAS EXIGIDAS POR EL
OPERADOR DEL SISTEMA ELÉCTRICO**

SNC/DE/007/22

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

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Oviés

En Madrid, a 23 de junio 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 18 de enero de 2022 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 acerca de un incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por este operador, por parte de COMERCIAL Y ASESORA DE ELECTRICIDAD, SCCL (en adelante, «CYADE») 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 67.000 euros fueron requeridas con fecha límite de 22 de diciembre de 2021.”

SEGUNDO. Acuerdo de incoación y ausencia de alegaciones

Con fecha 24 de enero de 2022 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 CYADE, por presunto estado de insuficiencia de las garantías exigidas por el Operador del Sistema con fecha límite de 22 de diciembre 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 fue puesto a disposición de CYADE a través de la sede electrónica de la CNMC el día 25 de enero de 2022, habiendo accedido la empresa al contenido de su notificación ese mismo día.

CYADE no presentó alegaciones al acuerdo de incoación.

TERCERO. Acto de instrucción

La Directora de Energía de la CNMC, mediante oficio de 3 de marzo de 2022, 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 CYADE y, en particular, sobre la existencia de pagos parciales de las garantías pendientes y de la posible existencia de comunicaciones entre CYADE y el OS en relación con la prestación de las garantías. El OS accedió al contenido de la notificación efectuada el día 3 de marzo de 2022.

En fecha 17 de marzo de 2022, tiene entrada en el Registro de la CNMC escrito del OS, en el que manifiesta lo siguiente:

- A fecha de 3 de marzo de 2022, la garantía depositada por CYADE es de 75.000 euros, siendo el importe de las garantías exigidas de 263.000 euros. En consecuencia, CYADE continúa en déficit de garantías.
- A fecha 15 de marzo de 2022, esta situación de déficit se mantiene porque CYADE tiene depositado el mismo importe de garantías 75.000 euros, habiéndose exigido un importe de garantías de 182.000 euros.
- Desde la fecha de incumplimiento de CYADE el 22 de diciembre de 2021, en las que el sujeto tenía depositadas garantías por importe de 75.000 euros en efectivo, no se ha registrado movimiento alguno.

- No se han producido comunicaciones entre CYADE y el OS relativas a garantías desde la comunicación de dicho operador al sujeto de su paso a situación de insuficiencia de garantías, tras su primer incumplimiento.

CUARTO. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de fecha 21 de marzo de 2022, se ha incorporado al expediente del extracto de cuentas anuales para el ejercicio 2020 de CYADE obtenido mediante certificación expedida el día 3 de marzo de 2022 por el Registro Mercantil de Córdoba. El importe neto de la cifra de negocios de COMERCIAL Y ASESORA DE ELECTRICIDAD asciende a 583.106,57 euros.

QUINTO. Propuesta de Resolución

El 23 de marzo de 2022 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 sociedad COMERCIAL Y ASESORA DE ELECTRICIDAD, SL 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 COMERCIAL Y ASESORA DE ELECTRICIDAD SL una sanción consistente en el pago de una multa de doce mil (12.000) euros por la comisión de la citada infracción leve.”

La propuesta de resolución fue puesta a disposición de CYADE a través de la sede electrónica de la CNMC y consta en el expediente que la empresa accedió a dicha notificación el día 25 de marzo de 2022.

SEXTO. Alegaciones de CYADE a la propuesta de Resolución

Por escrito de 4 de abril de 2022, que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el mismo día, CYADE efectuó alegaciones a la Propuesta de Resolución acogiendo a las reducciones del 20% en virtud de pronto pago y 20% por reconocimiento de la responsabilidad, conforme a lo estipulado en la propuesta solicitando la expedición del correspondiente modelo de ingresos no tributarios.

Tras la remisión del correspondiente modelo, con fecha 27 de mayo de 2022 consta emisión de justificante del pago en periodo voluntario de la sanción en su importe reducido (40%) por 7.200 euros.

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 23 de mayo 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 considera HECHO PROBADO de este procedimiento que:

Único. CYADE desatendió el requerimiento de prestación de garantías exigidas por el OS por importe de 67.000 euros (teniendo depositadas garantías por un importe de 75.000 euros), con fecha límite de pago 22 de diciembre de 2021, continuando a fecha 15 de marzo de 2022 en estado de insuficiencia de garantías por un importe de 182.000 euros (teniendo depositadas garantías por un importe 75.000 euros).

Así resulta del reconocimiento efectuado por CYADE en su escrito de 4 de abril de 2022 y de los escritos del OS de denuncia y de cumplimentación de requerimiento evacuado, de 18 de enero y 17 de marzo de 2022.

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 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 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, (sustituida por Resolución de 16 de diciembre de 2021, de la CNMC), 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 (14:00) 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 (14:00) 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 resolución, CYADE no solo desatendió el requerimiento de prestación de garantías exigidas por el Operador del Sistema por importe de 67.000 euros, con fecha límite de pago 22 de diciembre de 2021, sino que, a fecha 15 de marzo de 2022, la garantía depositada por CYADE continuaba siendo de 75.000 euros, siendo el importe de las garantías exigidas de 182.000 euros (107.000 euros adicionales a las depositadas).

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 INFRACCION

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, CYADE decide desatender el requerimiento, no llevando a cabo actuación adicional alguna al respecto, lo que supone un incumplimiento de una de las obligaciones básicas de los comercializadores de electricidad, que alcanza el 15 de marzo de 2022 un importe actualizado de déficit de 107.000 euros (182.000 euros exigidos y 75.000 euros depositados).

En definitiva, el estado de insuficiencia de garantías con el que ha operado CYADE es una conducta que debe calificarse como culpable.

V. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y REDUCCIÓN DE LA SANCION

En la Propuesta de Resolución se indicaba que CYADE, como presunta infractora, podía reconocer voluntariamente su responsabilidad, lo que debía hacerse en los términos establecidos en el artículo 64.2.d) de la LPAC, con los efectos previstos en el artículo 85.

De conformidad con el artículo 85, apartado primero, de la LPAC, 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 la multa con anterioridad a la Resolución del procedimiento, y cuando la sanción tenga 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.

Mediante ingreso efectuado a través del modelo 069, consta que CYADE ha realizado el pago de la sanción determinada en la Propuesta de Resolución del procedimiento, conforme a las reducciones aplicables.

De este modo, al haberse realizado un reconocimiento expreso de responsabilidad por parte de CYADE y al haberse producido el pago voluntario de la multa a través del medio indicado por la Propuesta de Resolución, procede aplicar la reducción del 40% al importe de la sanción propuesta de doce mil (12.000) euros, quedando en un total de siete mil doscientos (7.200) euros.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar la terminación del procedimiento sancionador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 de la LPAC, en los términos de la propuesta

del instructor, que se transcribe en el antecedente de hecho quinto, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se establece la sanción pecuniaria a CYADE.

SEGUNDO. Aprobar las dos reducciones del 20% sobre la sanción de doce mil (12.000) euros contenida en la propuesta del instructor, establecidas en el artículo 85, apartado 3, en relación con los apartados 1 y 2, de la LPAC; minorándose la sanción en un 40% a la cuantía de siete mil doscientos (7.200) euros, que ya ha sido abonada por CYADE.

TERCERO. Declarar que la efectividad de las reducciones de la sanción queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa.

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.