

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A VIVA LUZ SOLUCIONES, S.L., POR LA FALTA DE ADQUISICIÓN DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA NECESARIA PARA EL DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES DE SUMINISTRO**

**SNC/DE/143/21**

**CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

**Presidente**

D. Ángel Torres Torres

**Consejeros**

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez

**Secretario**

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 26 de mayo 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. Comunicación del incumplimiento por parte del Operador del Sistema.**

Con fecha 1 de octubre de 2021, se recibió en el Registro de la CNMC un escrito de misma fecha de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., en su condición de Operador del Sistema eléctrico (en adelante, «OS»), relativo a un incumplimiento de la sociedad VIVA LUZ SOLUCIONES, S.L. (en adelante, VIVA LUZ SOLUCIONES), de la obligación de pago frente al sistema eléctrico, expresado en los siguientes términos:

*“Obligación de pago con fecha de vencimiento del 15 de septiembre, por importe de 224,32 euros. Según lo dispuesto en el apartado 8 del*

*procedimiento de operación 14.7, se ejecutó la garantía depositada, de 11.000 euros, suficiente para permitir el cobro de la cantidad adeudada.*

*Obligación de pago con fecha de vencimiento del 29 de septiembre, por importe de 41.050,73 euros. Las garantías disponibles, 10.775,68 euros, no han sido suficientes para permitir el cobro de la cantidad adeudada, por lo que según lo dispuesto en el apartado 8 del procedimiento de operación 14.7 el importe no cubierto por las garantías, 30.275,05 euros, se ha prorrateado entre los sujetos de liquidación acreedores.”*

## **SEGUNDO. Incorporación de documentación al expediente**

Mediante diligencia de fecha 16 de noviembre de 2021, se incorporó la siguiente información obtenida por la Subdirección de Energía Eléctrica de la CNMC, relativa a las bases de datos de Consumidores y Puntos de Suministros (SIPS), donde el SIPS de cada mes da la información del número de clientes a finales del mes inmediatamente anterior:

*“Según la información disponible en la CNMC en la base de datos del SIPS que se establece en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, la evolución del número de puntos de suministro que son clientes de VIVA LUZ SOLUCIONES, S.L., clasificados por peaje, en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2021 (SIPS septiembre, octubre y noviembre 2021), son al menos los que se reflejan en el siguiente cuadro:*

*[INICIO CONFIDENCIAL]*

*[FIN CONFIDENCIAL]*

## **TERCERO. Informe de seguimiento del mercado remitido por el Operador del Mercado.**

Mediante diligencia de 2 de diciembre de 2021 se ha incorporado al expediente extracto del informe semanal sobre determinadas situaciones anómalas en el mercado mayorista de electricidad en 2021 del mercado, correspondiente al periodo comprendido entre el 29 de octubre al 4 de noviembre de 2021, elaborado por OMI-Polo Español, S.A. (OMIE) recibido en el Registro de la CNMC.

En lo relativo al programa de adquisición de energía, en dicho informe, al que se adjunta un extracto en formato de tabla sobre la liquidación del programa, consta que el agente VIVA LUZ SOLUCIONES:

*[INICIO CONFIDENCIAL]*

*[FIN CONFIDENCIAL]*

#### **CUARTO. Acuerdo de incoación**

Con fecha 3 de diciembre 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 la comercializadora VIVA LUZ SOLUCIONES, por su presunta falta de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro desde, al menos, el 10 de septiembre de 2021.

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban como infracción grave, prevista en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en relación con el artículo 46.1.c) del mismo texto legal.

El acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado a VIVA LUZ SOLUCIONES, S.L. mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 5 de febrero de 2022, según consta acreditado en el procedimiento. La empresa no ha presentado alegaciones al acuerdo de incoación.

#### **QUINTO. Incorporación de documentación al expediente**

Mediante diligencia de fecha 9 de marzo de 2022, se incorporó la siguiente información obtenida por la Subdirección de Energía Eléctrica de la CNMC, en los siguientes términos:

- Informes semanales del operador del mercado OMI-Polo Español, S.A. (OMIE) enviados a la CNMC entre los meses de noviembre 2021 y marzo 2022, donde consta que VIVA LUZ SOLUCIONES:

*[INICIO CONFIDENCIAL]*

*[FIN CONFIDENCIAL]*

- Con fecha 8 de marzo de 2022, se ha consultado la información disponible en la CNMC en la base de datos del SIPS regulada en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión.

La evolución del número de puntos de suministro que son clientes de VIVA LUZ SOLUCIONES, S.L., clasificados por peaje, a finales de cada uno de los meses de noviembre y diciembre de 2021 y enero de 2022, son al menos los que se reflejan en el siguiente cuadro:

*[INICIO CONFIDENCIAL]*

*[FIN CONFIDENCIAL]*

## **SEXTO. Propuesta de Resolución**

El 10 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 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:*

*PRIMERO. Declare que VIVA LUZ SOLUCIONES, S.L. es responsable de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de su obligación de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica.*

*SEGUNDO. Imponga a VIVA LUZ SOLUCIONES, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de quince mil (15.000) euros por la comisión de la infracción grave declarada en el precedente apartado primero, sin perjuicio de las reducciones que procedan de conformidad con lo establecido en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de Las Administraciones Públicas.”*

La propuesta de resolución fue notificada a VIVA LUZ SOLUCIONES, S.L. mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 22 de marzo de 2022, según consta acreditado en el procedimiento. La empresa no ha presentado alegaciones a la propuesta de resolución. La empresa 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 7 de abril 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 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.** VIVA LUZ SOLUCIONES, S.L. no ha adquirido la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica en el periodo comprendido desde el 10 de septiembre de 2021 hasta el 3 de marzo de 2022.

Este hecho resulta acreditado por:

- (i) los informes semanales sobre determinadas situaciones anómalas en el mercado mayorista de electricidad en 2021-2022 del mercado, correspondientes al periodo comprendido entre el 29 de octubre a 4 de noviembre de 2021, elaborado por OMI-Polo Español, S.A. (OMIE) recibido en el Registro de la CNMC- (antecedente tercero) y enviados a la CNMC entre los meses de noviembre 2021 y marzo 2022 (antecedente quinto) y
- (ii) las informaciones obtenidas por la Subdirección de Energía Eléctrica de la CNMC, de las bases de datos de Consumidores y Puntos de Suministros (SIPS) sobre la evolución del número de puntos de suministro que son clientes de VIVA LUZ SOLUCIONES, S.L., clasificados por peaje, en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2021 (antecedente segundo) y los meses de noviembre y diciembre de 2021 y enero de 2022 (antecedente quinto).

### **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.b) 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 grave tipificada en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013.

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 24/2013. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de dicha Ley, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de dieciocho meses al tratarse de la imputación de una infracción grave.

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 (en adelante, Ley 40/2015).

## III. TIPIFICACIÓN DEL HECHO PROBADO

En relación con el hecho probado recogido en la presente Resolución, el artículo 46.1 de la Ley 24/2013 establece la obligación de los comercializadores de «c) *Adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones.*».

El incumplimiento de esta obligación está tipificado como una infracción grave por el artículo 65 de la Ley 24/2013, «28) *La no presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción*».

Tal como resulta del Hecho Probado Único, VIVA LUZ SOLUCIONES, S.L. no adquirió la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica a los puntos de suministro con los cuales esta comercializadora tenía en vigor contrato en el periodo comprendido desde el 10 de septiembre de 2021 hasta el 3 de marzo de 2022.

Esta conducta resulta típica en relación con lo dispuesto en el artículo 65.28 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, 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.c) de la Ley 24/2013, relativa a la adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones.

Al respecto, debe significarse que con fecha 30 de marzo de 2022 se ha dictado Orden del Ministerio para la transición ecológica y el reto demográfico por la que se finaliza el procedimiento acumulado de inhabilitación para el ejercicio de la actividad de comercialización a la empresa VIVA LUZ SOLUCIONES, S.L. y de traspaso de sus clientes a un comercialización de referencia y se acuerda el archivo del mismo, debido a la comunicación de la citada empresa del cese de su actividad como comercializadora de energía eléctrica mediante escrito de 18

de marzo de 2022. El anuncio de dicha Orden se publicó en el BOE de 5 de abril de 2022.

En el presente caso, resulta acreditado que el comportamiento de VIVA LUZ SOLUCIONES implica una culpabilidad a título intencionado o doloso, ya que la empresa no adquirió la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica en el periodo comprendido desde el 10 de septiembre de 2021 hasta el 3 de marzo de 2022. La comercializadora infractora no podía desconocer el incumplimiento de sus obligaciones, puesto que era perfectamente consciente de la ausencia de compras de energía eléctrica en el mercado de producción de energía eléctrica a través de cualquiera de las alternativas que tiene a estos efectos (realizando las correspondientes ofertas de compra -ya sea en el marco de contrataciones bilaterales o en el marco del denominado «mercado diario e intradiario de energía eléctrica») y, conociendo la situación, VIVA LUZ SOLUCIONES la ha mantenido en el tiempo. Todo ello, por cuanto 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.

## **V. SANCIÓN QUE SE FORMULA, APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA**

El artículo 67 de la Ley 24/2013, prevé una multa no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 por las infracciones graves; 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 probabilidad de la infracción».*

Teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción de riesgo cometida, se considera que en principio no concurren las circunstancias citadas en las letras a) y f).

Respecto a las circunstancias indicadas en las letras d) y e), ha de señalarse que ambas operan como agravantes en relación con la infracción, atendiendo a que: i) el beneficio obtenido por la ausencia de compras sería el equivalente a las facturaciones realizadas a sus clientes por el concepto de energía, a lo que habría de añadirse que el coste de financiación de las garantías no aportadas también ha sido cero; y ii) la intencionalidad en la comisión de la infracción y en el fraude al sistema eléctrico es evidente.

En cuanto a las circunstancias indicadas en los apartados b), c) y g) ha de tenerse en cuenta que, como se ha dicho anteriormente, el daño en la correcta operación del sistema es un resultado consumado, consecuencia de la ausencia de compras y del previsible impacto en la sostenibilidad financiera del sistema de los desvíos que resulten, que habrá de ser previsiblemente soportado por terceros, como consecuencia de la insuficiencia de garantías en el caso de esta comercializadora.

No obstante, se considera que concurren las circunstancias establecidas en el artículo 67.3 de la Ley 24/2013 para aplicar la escala correspondiente a la clase o clases de infracciones que precedan en gravedad a aquella en que se integra la aquí considerada.

Asimismo, se deja constancia de que, a efectos de respetar el límite máximo establecido en el artículo 67.2 de la Ley 24/2013, ya constan en los expedientes SNC/DE/116/21 y SNC/DE/133/21 las diligencias de incorporación de las últimas cuentas anuales disponibles de la comercializadora, resultando que el importe neto de la cifra de negocios de VIVA LUZ SOLUCIONES asciende a 1.564.688,10 euros, correspondiente al ejercicio 2020.

Valorados los criterios citados en el artículo 67.4 de la Ley 24/2013, 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 VIVA LUZ SOLUCIONES, S.L. por un importe de quince mil (15.000) 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 VIVA LUZ SOLUCIONES, S.L., es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de su obligación de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica.

**SEGUNDO.** Imponer a VIVA LUZ SOLUCIONES, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de quince mil (15.000) euros por la citada infracción grave.

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.