

## **RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A BIROU GAS, S.L. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ABONO DE LOS PEAJES DE ACCESO A LA RED DE DISTRIBUCIÓN**

(SNC/DE/142/21)

### **CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

#### **Presidente**

D. Ángel Torres Torres

#### **Consejeros**

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D.<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez

#### **Secretario**

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 9 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 (en adelante «Ley 24/2013»), la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

## ÍNDICE

<b>I. ANTECEDENTES.....</b>	<b>3</b>
<b>Primero. Denuncia de [DISTRIBUIDORA 1] .....</b>	<b>3</b>
<b>Segundo. Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador .....</b>	<b>3</b>
<b>Tercero. Alegaciones de BIROU GAS .....</b>	<b>3</b>
<b>Cuarto. Acto de instrucción.....</b>	<b>4</b>
<b>Quinto. Contestación de la distribuidora.....</b>	<b>4</b>
<b>Sexto. Diligencia de incorporación de las cuentas anuales de BIROU         GAS.....</b>	<b>4</b>
<b>Séptimo. Propuesta de resolución .....</b>	<b>5</b>
<b>Octavo. Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la         Secretaría del Consejo.....</b>	<b>5</b>
<b>Noveno. Informe de la Sala de Competencia.....</b>	<b>6</b>
<b>II. HECHOS PROBADOS .....</b>	<b>6</b>
<b>III. FUNDAMENTOS DE DERECHO .....</b>	<b>6</b>
<b>Primero. Habilitación competencial y legislación aplicable .....</b>	<b>6</b>
<b>Segundo. Tipificación de los hechos probados .....</b>	<b>6</b>
<b>Tercero. Culpabilidad de BIROU GAS en la comisión de la infracción.....</b>	<b>7</b>
A. Consideraciones generales sobre la culpabilidad .....	7
B. Examen de las circunstancias concurrentes en el caso de la infracción cometida por BIROU GAS .....	8
<b>Cuarto. Sanción aplicable a la infracción grave cometida .....</b>	<b>9</b>
<b>Quinto. Otras medidas .....</b>	<b>10</b>
<b>IV. RESUELVE.....</b>	<b>10</b>

## I. ANTECEDENTES

### **Primero. Denuncia de [DISTRIBUIDORA 1]**

El 30 de septiembre de 2021, se registró en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «CNMC»), por parte de la sociedad **[DISTRIBUIDORA 1]**, escrito de denuncia de 23 de septiembre, respecto de la situación de peajes de acceso a red facturados a la comercializadora BIROU GAS, S.L. (en adelante «BIROU GAS»).

En dicho escrito se exponía que la cantidad total adeudada a esta distribuidora en concepto de facturación de peajes de acceso a la red ascendía a euros, siendo la deuda vencida de €.

### **Segundo. Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador**

El 7 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 de la CNMC»), acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra BIROU GAS, por presunto incumplimiento de la obligación de pago de los peajes de acceso a la red de distribución prevista en el artículo 46.1.d) de la Ley 24/2013.

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban como infracción grave prevista en el artículo 65.3 de la Ley 24/2013.

El acuerdo de incoación se notificó por medios electrónicos a BIROU GAS el 15 de octubre de 2021.

### **Tercero. Alegaciones de BIROU GAS**

El 26 de octubre de 2021, BIROU GAS., presentó alegaciones al acuerdo de incoación, manifestando lo siguiente que se expone de forma resumida:

- Reconoce que a 23 de septiembre de 2021 tenía pendiente de pago la cantidad de € a la distribuidora.
- Que la situación de impago ha tenido lugar en el marco de las excepcionales circunstancias que han concurrido en el mercado eléctrico a lo largo de los últimos meses y que han dado lugar a que muchas comercializadoras hayan atravesado serias dificultades de tesorería,

fundamentalmente el incremento de los precios de la energía. Por ello, más que de un incumplimiento de pago, debe hablarse de un retraso por la dificultad en las circunstancias existentes.

- Que, en todo caso, esta entidad ya ha satisfecho la deuda que mantenía con la distribuidora mediante la transferencia emitida el día 22 de octubre de 2021, del que acompaña justificante de pago.
- Solicita se tenga en cuenta lo anterior en orden a determinar su culpabilidad al no concurrir circunstancia agravante alguna.

#### **Cuarto. Acto de instrucción**

A la vista de las alegaciones de BIROU GAS, y de conformidad con lo previsto en el artículo 75 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Directora de Energía, mediante oficio de 28 de octubre de 2021, requirió a **[DISTRIBUIDORA 1]** para que en el plazo de diez días confirmara el pago realizado por BIROU GAS, y pudiera, en consecuencia, tener por satisfecha la deuda vencida y denunciada en su momento.

#### **Quinto. Contestación de la distribuidora**

El 24 de noviembre de 2021, tuvo entrada en la CNMC escrito de **[DISTRIBUIDORA 1]** por el que contesta al acto de instrucción antes referido, remitiendo información actualizada de la situación de impagos denunciados e impagos posteriores a la denuncia.

Señala que a fecha 23 de noviembre de 2021, BIROU GAS le adeudaba la cantidad de €, de los cuales € corresponden a deuda ya vencida. Acompaña documento de detalle de remesas pendientes.

El 22 de diciembre de 2021, la distribuidora presenta nuevo escrito en el que informa de que la comercializadora sigue incumpliendo su obligación legal de pago de los peajes de acceso, ascendiendo la cantidad adeudada y vencida a fecha de este escrito a la cantidad de € en concepto de facturación de peajes de acceso. Se adjunta Anexo con los datos identificativos de las remesas impagadas.

#### **Sexto. Diligencia de incorporación de las cuentas anuales de BIROU GAS**

El 10 de marzo de 2022 se procedió, mediante diligencia firmada por la Secretaria del procedimiento, a incorporar las cuentas anuales de 2020.

## Séptimo. Propuesta de resolución

El 10 de marzo de 2022 la Directora de Energía de la CNMC formuló propuesta de resolución en la que propuso que se impusiese a BIROU GAS una sanción de 75.000 euros por la infracción grave que se consideró cometida, así como la obligación de restituir los importes impagados, todo ello 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 la sociedad BIROU GAS, S.L. es responsable de la comisión de una infracción grave del artículo 65.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del retraso en el pago de peajes de distribución a **[DISTRIBUIDORA 1]** del importe reflejado en el hecho probado único de esta propuesta.

**SEGUNDO.** — Imponga a la sociedad BIROU GAS, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de (75.000) euros por la comisión de la citada infracción grave.

**TERCERO.** — Imponga, a BIROU GAS, S.L., la obligación de restituir el importe impagado a **[DISTRIBUIDORA 1]**, a tenor del fundamento jurídico octavo de esta propuesta de resolución.

La propuesta de resolución se notificó por medios electrónicos a BIROU GAS el 11 de marzo de 2022.

Asimismo, se comunicó a la interesada que podía reconocer su responsabilidad y proceder al pago voluntario de la sanción a los efectos de lo previsto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante «LPAC»).

BIROU GAS no presentó alegaciones a la propuesta de resolución.

## Octavo. Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de 29 de marzo de 2022, la Directora de Energía remitió a la Secretaría del Consejo de la CNMC la propuesta de resolución junto con el

resto de los documentos que conforman el expediente administrativo en los términos previstos en el artículo 89 LPAC.

## **Noveno. 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 de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión ha aprobado informe sobre el presente procedimiento sancionador.

## **II. HECHOS PROBADOS**

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se consideran hechos probados en este procedimiento sancionador los siguientes:

**ÚNICO.** — La sociedad BIROU GAS, S.L. ha dejado de abonar el pago de los peajes de acceso a la red de distribución de la sociedad **[DISTRIBUIDORA 1]** por un importe total adeudado y vencido que asciende a €.

## **III. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero. Habilitación competencial y legislación aplicable**

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013, corresponde a la CNMC imponer sanciones por la comisión de la infracción administrativa prevista en el artículo 65.3 de la misma Ley.

Dentro de la CNMC, de acuerdo con los artículos 29 y 21.2.b) de la Ley 3/2013, así como con el artículo 14.2.b) del Estatuto de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria la resolución del presente procedimiento, previo informe de la Sala de Competencia.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el título X de la citada Ley 24/2013. El artículo 79 de la Ley misma dispone un plazo de dieciocho meses para resolver y notificar el presente procedimiento sancionador.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en la LPAC; 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 «LRJSP»).

### **Segundo. Tipificación de los hechos probados**

El artículo 65.3 de la Ley 24/2013 tipifica como infracción grave:

*El incumplimiento de las obligaciones resultantes del sistema de peajes, o de sus criterios de recaudación, cuando no suponga un perjuicio grave para el sistema eléctrico. En particular se entenderá como incumplimiento de dichas obligaciones la falta de abono del peaje de acceso a las redes de transporte y distribución por parte del comercializador en los términos del párrafo d) del artículo 46.1 de esta ley.*

La Ley 24/2013 en su artículo 46.1 d) establece las obligaciones de las empresas comercializadoras, en relación con el suministro, entre las que se encuentra:

*Contratar y abonar el peaje de acceso a las redes de transporte y distribución correspondiente a la empresa distribuidora a partir de los datos de facturación, con independencia de su cobro del consumidor final, así como abonar los precios y cargos conforme a lo que reglamentariamente se determine, con independencia de su cobro del consumidor final.*

De acuerdo con los Hechos Probados de este procedimiento, BIROU GAS ha incumplido su obligación de abono del peaje de acceso a la red de distribución. Esta conducta resulta típica en relación con lo dispuesto en el artículo 65.3 de la Ley 24/2013.

## **Tercero. Culpabilidad de BIROU GAS en la comisión de la infracción**

### **A. 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 le impute la comisión. Es decir, la realización de un hecho típico y antijurídico 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 se desprende del artículo 28.1 de la LRJSP según el cual «Solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas [...] que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa». Así como en reiterada jurisprudencia (STS de 22 de abril de 1991, sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª y de 23 de febrero de 2012, sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª).

En todo caso, el elemento subjetivo de la culpabilidad 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 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª ECLI:ES:TS:1991:481), 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.*

## **B. Examen de las circunstancias concurrentes en el caso de la infracción cometida por BIROU GAS**

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 encuentra la obligación descrita en el artículo 46.1.d) de la Ley 24/2013: «Contratar y abonar el peaje de acceso a las redes de transporte y distribución correspondiente a la empresa distribuidora a partir de los datos de facturación, con independencia de su cobro del consumidor final, así como abonar los precios y cargos conforme a lo que reglamentariamente se determine, con independencia de su cobro del consumidor final».

Es necesario insistir en que, si bien es cierto que la actividad de comercialización se encuentra liberalizada (o sometida a una menor intensidad regulatoria), su ejercicio no está exento del cumplimiento de obligaciones normativas, como en el presente caso el pago de los correspondientes peajes de acceso.

El impago por la comercializadora es una conducta que debe calificarse como culpable, ya que no ha desplegado la diligencia que es exigible a un sujeto comercializador para desempeñar su actividad, y que comporta el cumplimiento puntual de las obligaciones propias de estos sujetos, entre ellas, la obligación de hacer efectivos los importes de los peajes de acceso descrita en el artículo 46.1.d) de la Ley 24/2013.

Esta diligencia debe incluir la previsión de las distintas contingencias de la labor propia de la comercialización como pueda ser el alto precio de la energía o la falta de financiación, que son riesgos propios de la actividad de comercialización, y no causas que puedan justificar y exonerar de la responsabilidad sancionadora.

Este tipo de situaciones, que además no han sido justificadas, no pueden permitir el impago de los peajes que conlleva, además, que otros sujetos del sector deban afrontarlo frente al sistema de liquidaciones.

#### **Cuarto. Sanción aplicable a la infracción grave cometida**

El artículo 67 de la Ley 24/2013 prevé una multa de hasta 6.000.000 euros por la comisión de una infracción grave. No obstante, la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor (artículo 67.2 de la Ley 24/2013). Por su parte, el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar las sanciones:

- 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.*

El artículo 67.1.b) de la Ley 24/2013 establece, para la comisión de infracciones graves, la imposición de una multa por importe no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros. No obstante, se considera que las circunstancias del presente caso justifican la aplicación del artículo 67.3 de la Ley 24/2013, en cuanto permite determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase de infracción que preceda en gravedad. En este sentido, se estima que procede determinar la cuantía de la sanción a imponer a BIROU GAS aplicando la escala prevista para las infracciones leves en el artículo 67.1.c).

En atención a las alegaciones de BIROU GAS, S.L. y a la información suministrada por **[DISTRIBUIDORA 1]** en contestación al requerimiento practicado por esta Comisión, puede observarse que la comercializadora se encuentra en una situación de retraso en el pago de los citados peajes, sin llegar a incurrir en un impago permanente total y habiéndose acreditado la realización de, al menos, un pago parcial de la deuda, lo que demuestra su voluntad de minimizar su situación de retraso en el pago de peajes.

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, se sanciona a BIROU GAS con una multa de setenta y cinco mil (75.000) euros.

### **Quinto. Otras medidas**

El artículo 69.1 de la Ley 24/2013 dispone que la resolución del procedimiento sancionador ha de declarar la obligación de restitución o reparación del daño que sea procedente:

*Además de imponer las sanciones que en cada caso correspondan, la resolución del procedimiento sancionador declarará la obligación de:*

- a) Restituir las cosas o reponerlas a su estado natural anterior al inicio de la actuación infractora en el plazo que se fije.*

Al amparo de este precepto de la Ley 24/2013, se impone a BIROU GAS la obligación de restitución, mediante el abono a **[DISTRIBUIDORA 1]** del importe de los peajes impagados que se contemplan en el hecho probado de la presente Resolución.

Ello sin perjuicio de la obligación de BIROU GAS derivada del artículo 46.1 d) de la Ley 24/2013 de hacer efectivos los importes de los peajes de acceso correspondientes a facturaciones posteriores a las contempladas en el presente procedimiento, y sin perjuicio de eventuales indemnizaciones por mora en el pago que puedan resultar exigibles.

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

## **IV. RESUELVE**

**PRIMERO.** — Declarar que la sociedad BIROU GAS, S.L. es responsable de la comisión de una infracción grave del artículo 65.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del impago de peajes de distribución a **[DISTRIBUIDORA 1]** de los importes reflejados en el hecho probado de esta Resolución.

**SEGUNDO.** — Imponer a la sociedad BIROU GAS, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de SETENTA Y CINCO MIL EUROS (75.000 €) por la comisión de la citada infracción grave.

**TERCERO.** — Imponer a BIROU GAS, S.L. la obligación de restituir los importes impagados a **[DISTRIBUIDORA 1]** en los términos expuestos en el fundamento de derecho quinto de esta Resolución.

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.