

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA SOCIEDAD TAMECO ENERGÍA, S.L., —ANTES VITA CAPITAL TRADING, S.L.U.— POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ABONO DE LOS PEAJES DE ACCESO A LA RED DE DISTRIBUCIÓN

(SNC/DE/134/21)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 30 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

I. ANTECEDENTES.....	3
Primero. Denuncia de [DISTRIBUIDORA 1]	3
Segundo. Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador	3
Tercero. Alegaciones de TAMECO	3
Cuarto. Incorporación de documentación al expediente.....	4
Quinto. Propuesta de resolución.....	4
Sexto. Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo.....	5
Séptimo. Informe de la Sala de Competencia.....	5
II. HECHOS PROBADOS	5
III. FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
Primero. Habilitación competencial y legislación aplicable	5
Segundo. Contestación a las alegaciones de TAMECO	6
Tercero. Tipificación de los hechos probados	8
Cuarto. Culpabilidad de TAMECO en la comisión de la infracción.....	9
A. Consideraciones generales sobre la culpabilidad	9
B. Examen de las circunstancias concurrentes en el caso de la infracción cometida por TAMECO.....	9
Quinto. Sanción aplicable a la infracción grave cometida	10
Sexto. Otras medidas	11
IV. RESUELVE.....	12

I. ANTECEDENTES

Primero. Denuncia de [DISTRIBUIDORA 1]

Con fecha 27 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 de 2021, respecto de la situación de impago de peajes de acceso facturados a la comercializadora VITA CAPITAL TRADING S.L.U. (actualmente TAMECO ENERGÍA, S.L. —en adelante «TAMECO»). En dicho escrito se ponía en conocimiento de esta Comisión que la cantidad adeudada y vencida total a esta distribuidora ascendía a euros.

Se adjuntaron los datos identificativos de las remesas impagadas como anexo a la referida denuncia.

Segundo. Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador

El 1 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 TAMECO 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 fue notificado telemáticamente a TAMECO a través de la sede electrónica de la CNMC el 4 de octubre de 2021.

Tercero. Alegaciones de TAMECO

El 13 de octubre de 2021 tiene entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de TAMECO al acuerdo de incoación en el que manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- En primer lugar, pone de manifiesto las circunstancias excepcionales que se están dando en el mercado de gas, entrando en pérdidas desde el pasado mes de abril de 2021 al mantener los precios fijos a los clientes.

- Que debido a dichas circunstancias no ha podido mantener el pago del ATR a **[DISTRIBUIDORA 1]**, situación que ahora es objeto de denuncia.
- Que ha solicitado en fecha 10 de septiembre de 2021 la situación de concurso para poder renegociar con los acreedores, dada la situación de insolvencia actual.

Cuarto. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de 22 de noviembre de 2021, se incorporó al expediente nota simple del Registro Mercantil de Madrid, de 19 de noviembre de 2021, relativa al depósito de cuentas anuales efectuado por TAMECO correspondiente al ejercicio 2020.

Quinto. Propuesta de resolución

El 22 de noviembre de 2021 la Directora de Energía de la CNMC formuló Propuesta de Resolución en la que propuso que se impusiese a TAMECO una sanción de 60.000 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 VITA CAPITAL TRADING, S.L.U. 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]** del importe reflejado en el hecho probado de esta propuesta.

SEGUNDO. - Imponga a la sociedad VITA CAPITAL TRADING, S.L.U. una sanción consistente en el pago de una multa de sesenta mil (60.000) euros por la comisión de la citada infracción grave.

TERCERO. - Imponga, a VITA CAPITAL TRADING S.L.U., la obligación de restituir el importe impagado a **[DISTRIBUIDORA]**, que asciende al tiempo de formular la presente propuesta de resolución a euros.

La Propuesta de Resolución se notificó telemáticamente a la interesada el día 23 de noviembre de 2021.

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»).

El 13 de diciembre de 2021 TAMECO presentó alegaciones a la propuesta de resolución cuyo contenido se examina en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución.

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

Por medio de escrito de 16 de diciembre de 2021, 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 de la LPAC.

Séptimo. 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 VITA CAPITAL TRADING, S.L.U. —actualmente TAMECO ENERGÍA, 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 que asciende a euros, que es la deuda vencida y no pagada a fecha 23 de septiembre de 2021. Así lo reconoce la propia VITA CAPITAL TRADING, S.L.U.

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. Contestación a las alegaciones de TAMECO

Según se indica en el antecedente de hecho quinto, TAMECO presentó el 13 de diciembre de 2021 un escrito de alegaciones frente a la propuesta de resolución, cuyo contenido se examina a continuación:

Sobre la presunta imposibilidad de satisfacer los pagos debido a la situación del mercado

Según TAMECO, reiterando lo ya alegado frente al acuerdo de incoación, actualmente en Europa estamos «*atravesando unas especiales e inusuales situaciones económicas y de disponibilidad en materia energética, en general, y del gas natural, en particular, lo que repercute de manera directa en el precio de la electricidad*».

Esta Comisión no es en absoluto ajena a la complejidad de la situación actual en el mercado de la energía, pero dicha circunstancia no justifica el impago de los peajes de acceso a la red de distribución, que supone además un perjuicio directo para otros sujetos del sector, que deben afrontarlo frente al sistema de liquidaciones

Como se examinará más adelante en sede de culpabilidad, las compañías comercializadoras tienen la obligación de prever las diversas contingencias que puedan afectar a su labor, sin que la actualización de los riesgos derivados de su actividad profesional pueda ser considerada justificativa del incumplimiento de sus deberes.

Sobre la situación de precurso de acreedores

Alega TAMECO que, como consecuencia de la situación del mercado examinada en el apartado anterior, no ha tenido más remedio que acudir a la situación de concurso de acreedores. Al respecto se realizan afirmaciones inexactas que merecen ser tratadas individualizadamente:

- *«TAMECO ENERGÍA S.L.U. se encuentra y está haciendo uso de los instrumentos que la legislación mercantil le otorga y por ellos la CNMC le impone una sanción».*

Como se puede desprender del contenido de esta Resolución y del conjunto de la actuación instructora, esta Comisión no impone una sanción por el recurso a la legislación mercantil. El uso de los mecanismos previstos en la normativa mercantil es por completo ajeno al perfeccionamiento del tipo infractor, que no ha sido negado por TAMECO.

En el hecho probado se acredita una deuda total de euros, remontándose los incumplimientos al mes de abril de 2021 según consta en el expediente administrativo. Se trata de impagos que tuvieron lugar mucho antes de la solicitud de concurso que, según TAMECO —pues no consta acreditación documental de este extremo— se realizó el 10 de septiembre de 2021.

- *«[L]a CNMC no puede sancionar a una sociedad mercantil por hacer uso de los instrumentos que la legislación Mercantil le provee y si así lo hace estaría atentando contra los derechos fundamentales de TAMECO ENERGÍA S.L.U.».*

En estrecha relación con lo anterior, ya se ha acreditado que es el propio impago de peajes, muy anterior al recurso a la normativa concursal, el que determina la incoación y posterior resolución del procedimiento sancionador, habiendo quedado acreditada en el curso de la investigación la deuda mantenida con **[DISTRIBUIDORA 1]**.

No existe por tanto relación alguna entre la solicitud de concurso y la sanción que justifique las alegaciones de TAMECO. Los principios rectores del derecho administrativo sancionador constituyen una garantía para los presuntos responsables, que están facultados para exigir un procedimiento transparente que no menoscabe su derecho de defensa.

En este caso no solo no ha existido la vulneración de los derechos fundamentales esgrimida por TAMECO, sino que ni siquiera ha habido una situación de riesgo objetivo que pueda sostener argumentalmente tal afirmación. La investigación de los hechos, seguida por la constatación de

la existencia del tipo infractor y de la culpabilidad, llevan necesariamente a la sanción de TAMECO, siguiendo un itinerario por completo ajeno al devenir de la sociedad en relación con la utilización de las herramientas previstas para la situación de insolvencia.

- «Adicionalmente, la amenaza de sanción por importe tan elevado pone en situación financiera complicada a la mercantil TAMECO ENERGÍA S.L.U. y la imposición de la misma finalmente por la CNMC obligaría a declarar la situación concursal inexorablemente».

Por último, la propuesta de resolución no supone una «amenaza» como equivocadamente expresa TAMECO, sino la fórmula legalmente prevista para garantizar a los presuntos infractores la información necesaria para alegar lo que a su derecho convenga.

La CNMC, como garante del correcto funcionamiento de todos los mercados, tiene la obligación de responder ante incumplimientos legales con las herramientas a su alcance, en este caso con la potestad sancionadora.

Tercero. 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, TAMECO ha incumplido su obligación de abono del peaje de acceso a la red de distribución de la sociedad **[DISTRIBUIDORA 1]** por un importe total que asciende a euros. Esta conducta resulta típica en relación con lo dispuesto en el artículo 65.3 de la Ley 24/2013.

Cuarto. Culpabilidad de TAMECO 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 TAMECO

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 no pueden permitir el impago de los peajes que conlleva, además, que otros sujetos del sector deban afrontarlo frente al sistema de liquidaciones.

Como se ha examinado en el fundamento de derecho segundo, las alegaciones de TAMECO se han limitado a escudarse en la compleja situación actual del mercado, sin poder negar el impago denunciado. La alegada solicitud de concurso de acreedores es indiciaria de una grave situación económica de la mercantil, pero no es idónea para justificar el impago de los peajes de acceso a la red de distribución, que repercute en el resto de sujetos.

Quinto. 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 reprobabilidad 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.

El párrafo 2 del artículo 67 establece a continuación que, en cualquier caso, la cuantía de la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.

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 TAMECO aplicando la escala prevista para las infracciones leves en el artículo 67.1.c).

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, visto el contenido y alcance del incumplimiento según consta en el Hecho Probado Único, se sanciona a TAMECO con una multa de sesenta mil (60.000) euros.

Sexto. 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 TAMECO 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 TAMECO 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 TAMECO ENERGÍA, 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]** del importe reflejados en el hecho probado de esta Resolución.

SEGUNDO. — Imponer a la sociedad TAMECO ENERGÍA, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de sesenta mil euros (60.000 €) por la comisión de la citada infracción grave.

TERCERO. — Imponer a TAMECO ENERGÍA S.L., la obligación de restituir el importe impagado a **[DISTRIBUIDORA 1]** en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto 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.