

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

SNC/DE/155/21

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 21 de julio 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 Mercado.

Con fecha 17 de septiembre de 2021, se recibió en el Registro de la CNMC un escrito de misma fecha de OMI-POLO ESPAÑOL, S.A., en su condición de Operador del Mercado (en adelante, «OMIE»), relativo a la situación del agente MI ELÉCTRICA, S.L. (en adelante, MI ELÉCTRICA), expresado en los siguientes términos:

El agente MIEL dispone a 16/9/2021 de unas garantías de [CONFIDENCIAL]€, habiendo sido rechazadas [CONFIDENCIAL] ofertas en cada una de las semanas objeto del análisis de seguimiento semanal entre el 23/7/2021 y el 16/9/2021 porque la valoración económica de las ofertas de compra de energía presentada por este agente supera el valor de las garantías que tiene depositadas, según se observa en el cuadro siguiente:

[CONFIDENCIAL]

Asimismo, OMIE indica que desde la semana del viernes 28/5/2021 al jueves 3/6/2021 se produjo una reducción significativa de las garantías, pasando a [CONFIDENCIAL]€ el 3/6/2021, cuando el jueves 20/5/2021 disponía de [CONFIDENCIAL]€, tal y como se ve en el cuadro siguiente:

En lo relativo al programa de adquisición de energía, en dicho informe, constaba que: [CONFIDENCIAL]

SEGUNDO. Actuaciones previas

En fecha 27 de octubre de 2021, la Subdirección de Energía Eléctrica de la CNMC comprobó los siguientes hechos:

- Según la información disponible en la CNMC en la base de datos de consumidores y puntos de suministros (SIPS) que se establece en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, la evolución del número de puntos de suministro que son clientes de MI ELECTRICA, clasificados por peaje, desde finales de abril de 2021 a septiembre de 2021 (SIPS mayo 2021 a SIPS octubre 2021)¹ son al menos los que se reflejan en el siguiente cuadro: [CONFIDENCIAL]

TERCERO. Acuerdo de incoación y ausencia de alegaciones

Con fecha 2 de noviembre 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 MI ELÉCTRICA, por su presunta falta de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro desde, al menos, el 28 de mayo de 2021 hasta el 16 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.

¹ El SIPS de cada mes da la información del número de clientes a finales del mes inmediatamente anterior

El acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado telemáticamente a MI ELÉCTRICA, quien accedió el 2 de noviembre de 2021.

La empresa no ha presentado alegaciones al acuerdo de incoación.

CUARTO. Cese de actividad de MI ELÉCTRICA, S.L.

Mediante escrito de fecha 2 de noviembre de 2021, la empresa MI ELECTRICA, S.L. comunicó al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico el cese de su actividad como comercializadora de energía eléctrica.

QUINTO. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de fecha 5 de mayo de 2022, se incorporaron al expediente las cuentas anuales de MI ELÉCTRICA correspondientes al año 2019, último disponible, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil de Zaragoza de 21 de marzo de 2022. De acuerdo con la misma el importe neto de la cifra de negocios fue de 156.610,75 euros.

Mediante diligencia de fecha 5 de mayo de 2022, se incorporó la estimación realizada por la Subdirección de Energía Eléctrica de la CNMC de facturación de 2021 con los concretos cálculos respecto de la empresa MI ELÉCTRICA, alcanzando [CONFIDENCIAL] €.

Mediante diligencia de fecha 10 de mayo de 2022, se incorporó el documento “Falta de adquisición de la energía eléctrica necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de la comercializadora MI ELÉCTRICA, S.L.”, en virtud del cual se actualizan por parte de la Subdirección de Energía Eléctrica de la CNMC, en los siguientes términos:

- A través de los informes mensuales de agosto de 2021 a abril de 2022 del OS, se constatan los siguientes impagos: [CONFIDENCIAL]
- Según la información disponible en la CNMC sobre las compras de energía eléctrica en el mercado mayorista producción de energía eléctrica, a través de los informes del OM de situaciones anómalas en el mercado mayorista de electricidad y de la información de la liquidación de desvíos de energía del OS, entre el 25 de mayo de 2021 y el 2 de noviembre de 2021, la comercializadora MI ELECTRICA ha adquirido un total de [CONFIDENCIAL] MWh, por lo que los desvíos de la energía que ha provocado por la falta de adquisición de energía eléctrica han sido del [CONFIDENCIAL]% con respecto al consumo de sus clientes durante los meses de junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2021.
[CONFIDENCIAL]
- Según la información disponible en la CNMC en la base de datos del SIPS regulada en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, se ha consultado la evolución del número de consumidores a los que está suministrando MI

ELECTRICA, clasificados por peaje desde finales de abril de 2021 a noviembre de 2021 (SIPS mayo 2021 a SIPS diciembre 2021) y resultando [CONFIDENCIAL], respectivamente en los meses de octubre y noviembre. [CONFIDENCIAL]

SEXTO. Propuesta de Resolución

El 10 de mayo 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 MI ELÉCTRICA, 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 MI ELÉCTRICA, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de 190.000 € 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.

TERCERO. Imponga a MI ELÉCTRICA, S.L., la obligación de restituir el importe impagado a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., a tenor del fundamento jurídico VIII de esta propuesta de resolución.”

La propuesta de resolución fue notificada telemáticamente a MI ELÉCTRICA, quien accedió al contenido de la notificación el 11 de mayo de 2022.

SÉPTIMO. Alegaciones a la Propuesta de Resolución

Con fecha 20 de mayo de 2022 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de MI ELECTRICA a la propuesta de resolución en los siguientes términos:

- Reconoce el incumplimiento de las obligaciones referidas en cuanto al incumplimiento de los plazos establecidos para el pago, siendo su intención abonar las cantidades que realmente adeuda a MEFF. No reconoce otros hechos.

- Se ha contactado con MEFF para que aclaren las cantidades reclamadas y se ha recibido remisión a REE por cuanto recogen las cantidades y precios marcados por REE y se limitan a traspasarlas a sus facturas.
- Se ha intentado contactar con REE el 10-2-22 sin haber obtenido respuesta.
- Se está pendiente de verificación y aclaración por parte de MEFF, principalmente cómo debe facturarse la energía consumida cuando no se ha presentado oferta de casación.
- Se ha pagado a MEFF [CONFIDENCIAL]
- Se discrepa en la cantidad de garantías exigidas por el OS el 27 de julio de 2021 y no se ha recibido contestación por parte de REE.
- El comportamiento (retrasos en la facturación, errores desproporcionados en la facturación y retraso en la tramitación de las bajas solicitadas de los clientes) de las distribuidoras bloquea su facturación y le obliga a asumir costes de los clientes.
- Dado que los importes emitidos por REE no son fiables, la CNMC debe comprobar su exactitud antes de sancionar.
- Los cambios normativos empeoran la situación de MI ELECTRICA. Debe tenerse en cuenta las nuevas medidas que suavizan el sistema de garantías y que deberían haberse aprobado con carácter retroactivo.
- La exigencia de garantías de MEFF no es suficientemente clara. Además, la exigencia de las mismas sólo a las comercializadoras pequeñas va en contra del libre mercado.
- En 2021 se ha producido una continua alza de precios en el mercado eléctrico y de gas que beneficia a productores y comercializadoras reguladas.
- Se apela a la irregular situación societaria de la empresa y a las dificultades con las entidades bancarias para significar el carácter colaborador de MI ELECTRICA con la CNMC ante situaciones extraordinarias que a las que tuvo que enfrentarse y el hecho de que su ausencia le hubiera permitido el cumplimiento de sus obligaciones.
- No se pudo facturar a la mayoría de clientes dados de baja por falta de facturas de varios periodos de las distribuidoras.
- La intención de MI ELÉCTRICA fue el cumplimiento lográndose poner al día con determinados agentes.
- El cese de actividad se solicitó inicialmente de forma errónea al gestor el 30-8-2021. El retraso en la baja de clientes debe ser imputada a las distribuidoras.
- Muestran su disconformidad con el sistema de cálculo estimativo no contrastado utilizado por la CNMC para la determinación del importe neto anual de la cifra de negocios. No se pueden utilizar estimaciones realizadas por la CNMC respecto del ejercicio 2021, por no tratarse de un ejercicio económico terminado y presentado a fecha de incoación del sancionador, por incluirse premisas no ciertas respecto del negocio de MI ELECTRICA, por utilizar un año ruinoso que le abocaría a su desaparición y le impediría hacer frente a sus obligaciones con el resto de los sujetos

del mercado. Además, supone un agravio comparativo con otros sancionadores.

- Se adjuntan modelos 390 de los ejercicios 2019 y 2020 para acreditar el importe neto anual de la cifra de negocios.
- No pueden considerarse agravantes los puntos d) y e) del art.67.4 de la LSE, ya que no puede demostrar el instructor ni el beneficio económico obtenido por la situación ni la intencionalidad en la comisión de la infracción (no hay intención sino que se ha visto abocada por diversas circunstancias)
- No existe fraude al sistema eléctrico, reiterando su intención de abonar todas las cantidades pendientes. Solo se ha recibido requerimiento de MEFF que no ha contestado a la aclaración solicitada y del que se constata que mensualmente sigue modificando las cantidades mensualmente en base a distintos cierres que no deberían afectar a MI ELECTRICA desde su cese como comercializadora. Cuando exista un importe definitivo y justificado se propondrá una forma de pago para liquidar dicha cantidad.
- La importancia del daño o deterioro causado al sistema eléctrico (67.4.b) LSE) es ínfima dado el tamaño del sistema y de MI ELECTRICA
- El perjuicio en la continuidad y regularidad del suministro (67.4.c) LSE) y el impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico (67.4.g) LSE) han sido nulos.

Por todo ello, SOLICITA:

- Que MEFF aclare el método aplicado para el cálculo del precio de la energía consumida por nuestros clientes al no haber presentado oferta de casación.
- Que se utilicen datos de cifra de negocios de 2019 o 2020, para evitar agravio comparativo con otras empresas sancionadas.
- Que de existir errores en los datos de facturación de MEFF u OMIE de los que resultara una merma injustificada de la liquidez de MI ELECTRICA, se archive este sancionador y se incoen otros a dichas empresas y a REE y OS
- Que en la fijación del importe de la sanción se tengan en cuenta (i) los cambios normativos que provocaron retrasos en la facturación e incremento de IVA, (ii) también las medidas que suavizan ahora exigencias a las comercializadoras, (iii) la información incompleta sobre exigibilidad de garantías que ofrece MEFF, (iv) que REE no ha tenido en cuenta el cese de actividad y ha continuado calculando garantías de forma errónea, (v) la autodenuncia del administrador de la sociedad y su intención de abonar todas sus facturas pendientes, (vi) no se ha tramitado ningún contrato nuevo desde la entrada del nuevo administrador único, (vii) los imprevistos contables, el mercado alcista, los retrasos en la facturación por parte de las distribuidoras y la enorme imprevista tasa de

- devoluciones por parte de los clientes debido a la pandemia y (viii) el reconocimiento del incumplimiento y colaboración de MI ELECTRICA.
- Que no se tenga en cuenta la sanción propuesta y basada en una estimación sin fundamento, sino que se tenga en cuenta que la sanción no debe superar el 10% de la cifra de negocio de 2019 o 2020 y que se aplique la posibilidad de reducción establecida en la normativa.

OCTAVO. 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.

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 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. MI ELÉCTRICA 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 28 de mayo de 2021 hasta el 2 de noviembre de 2021. En concreto, en las referidas semanas MI ELECTRICA ha adquirido un total de [CONFIDENCIAL] MWh.

Así resulta de los actos de instrucción que constan incorporados al procedimiento, según la descripción recogida en los antecedentes de la presente resolución. En concreto,

- (i) El informe del Operador del Mercado (en adelante «OMIE») sobre la falta de compras del agente “MI ELECTRICA SL (MIEL)” de fecha 17 de septiembre de 2021 referido al intervalo desde 14 de mayo de 2021 al 16 de septiembre de 2021 (antecedente primero), donde se advierte que desde la semana del 28 de mayo de 2021 hasta el 16 de septiembre de 2021 las compras de energía han sido [CONFIDENCIAL] MWh.
- (ii) Informe de la Subdirección de Energía Eléctrica sobre la falta de adquisición de la energía eléctrica necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de MI ELECTRICA de 27 de octubre de 2021

- (antecedente segundo) que traslada los datos obrantes en la base de datos del SIPS con el número de puntos de suministro que son clientes de MI ELECTRÍCA en el periodo mayo 2021 a septiembre 2021, desglosado por meses y peajes, alcanzando una horquilla de [CONFIDENCIAL] clientes y que incluye clientes industriales (6.1TD).
- (iii) Informe de la Subdirección de Energía Eléctrica sobre la falta de adquisición de la energía eléctrica necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de MI ELECTRICA de 9 de mayo de 2022 (antecedente quinto) que (i) traslada la información de los informes semanales del Operador del Mercado (OMIE) sobre determinadas situaciones anómalas en el mercado mayorista de electricidad, referido a MI ELECTRICA referidos a las semanas comprendidas en el periodo 25 de mayo de 2021 a 2 de noviembre de 2021 y enviados a la CNMC, donde se advierte que desde la semana del 28 de mayo de 2021 hasta el 2 de noviembre de 2021 las compras de energía han sido [CONFIDENCIAL] MWh teniendo una adquisición deficitaria con un umbral mensual desde [CONFIDENCIAL] MWh a [CONFIDENCIAL] MWh, y (ii) traslada actualización de los datos obrantes en la base de datos del SIPS con el número de puntos de suministro que son clientes de MI ELECTRICA en el periodo de mayo 2021 a noviembre de 2021, desglosado por meses y peajes, alcanzando una horquilla de [CONFIDENCIAL] a [CONFIDENCIAL] clientes y que incluye clientes industriales (6.1TD).

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, MI ELÉCTRICA 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 28 de mayo de 2021 hasta el 2 de noviembre de 2021.

MI ELECTRICA, en su escrito de alegaciones a la propuesta, manifiesta su discrepancia sobre la cantidad de garantías exigidas por el OS y sobre el concreto importe que adeuda a MEFF, reconociendo únicamente el incumplimiento de los plazos establecidos para el pago. Al respecto, debe significarse que el objeto del presente sancionador, y del que deriva, por tanto, la imposición de la sanción impuesta tras la tramitación del presente procedimiento, trae única causa de la propia conducta de MI ELECTRICA que desde el 28 de mayo de 2021 tuvo compras de energía eléctrica en el mercado ([CONFIDENCIAL] MWh). Dicha falta de compras evidentemente resulta significativamente insuficiente para mantener el suministro eléctrico a sus clientes, como, a su vez, también queda evidenciado por los desvíos de la energía que ha provocado su falta de adquisición. El desvío de energía ha sido del [CONFIDENCIAL]% durante más de cinco meses.

Por tanto, las alegaciones relativas a su discrepancia sobre los concretos importes que debe abonar al OS o a MEFF, en nada afectan a la tipificación aquí reseñada, por cuanto se refieren a circunstancias ajenas a la misma. Todo ello, sin perjuicio de que la ausencia de compras en el mercado (hecho probado)

conlleva una serie de actuaciones, además de la tramitación del presente sancionador, como son el pago por la energía consumida por los clientes de MI ELECTRICA en régimen de desvíos y la actualización de las garantías exigidas, todo ello en los términos que la propia normativa establece. En concreto, ya en el seno de esta Comisión se ha tramitado sancionador a MI ELÉCTRICA por el incumplimiento de prestación de las garantías que debidamente le fueron exigidas por el OS (SNC/DE/113/21).

En definitiva, esta conducta – esto es, la ausencia total de compras de electricidad en el mercado por parte de MI ELECTRICA, manteniendo clientes con consumo- 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 28 de diciembre de 2021 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 MI ELÉCTRICA, 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 2 de noviembre de 2021. El anuncio de dicha Orden se publicó en el BOE de 31 de diciembre de 2021.

En el presente caso, resulta acreditado que el comportamiento de MI ELÉCTRICA 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 28 de mayo de 2021 hasta el 2 de noviembre de 2021. La comercializadora infractora no podía desconocer el incumplimiento de sus obligaciones, puesto que era perfectamente consciente de la total 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, MI ELÉCTRICA la ha mantenido en el tiempo, esto es, durante más de cinco meses. 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.

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, MI ELECTRICA alude al comportamiento de las distribuidoras (retrasos en la facturación, errores desproporcionados en la facturación y retraso en la tramitación de las bajas solicitadas de los clientes) que bloquean su facturación a los clientes, a los cambios normativos que empeoran su situación y al alza continua de los precios en el mercado.

Sin embargo, al respecto, debe significarse que las meras afirmaciones por parte de MI ELECTRICA sin concreción alguna ni acreditación del alcance

individualizado de las mismas no desvirtúan la necesaria responsabilidad que debe asumir MI ELECTRICA en su condición de comercializadora en los términos que la normativa establece, con el grado doloso que le es imputado. Sorprende especialmente la imputación generalizada a todas las distribuidoras de retrasos en la baja de los clientes durante más de cinco meses, que pretende corroborarse con la mera aportación de intercambio epistolar con su propio gestor. En el artículo 46 de la LSE se determina el conjunto de derechos y obligaciones que son exigibles a las comercializadoras y desde luego, en la medida que las comercializadoras son las empresas con las que los clientes contratan su suministro de energía, la obligación de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de su actividad es primordial para el propio ejercicio de ésta y del sistema eléctrico en su conjunto. En el presente caso, MI ELECTRICA tuvo clientes durante el periodo 28 de mayo de 2021 al 2 de noviembre de 2021 para los cuales adquirió energía eléctrica de [CONFIDENCIAL] MWh.

Durante más de cinco meses ésa fue la conducta de MI ELÉCTRICA ante el mercado de energía eléctrica, sin que pueda entenderse justificada su omisión completa de adquisición de energía por los cambios normativos y/o precios alcistas del mercado, que, en todo caso, no solo afectaron a MI ELÉCTRICA sino también a los restantes agentes del mercado, quienes no han adoptado con carácter general la conducta aquí imputada y sancionada.

Por otra parte, MI ELECTRICA también apela a su situación específica societaria y a su error meses atrás en la comunicación de la baja como comercializadora, así como a diversas actuaciones llevadas a cabo con/por su gestor. Al respecto, debe significarse que una de las obligaciones de las comercializadores es el mantenimiento en el cumplimiento de sus requisitos de capacidad legal, técnica y económica que determina la normativa en relación con la energía eléctrica. Estas son obligaciones imputadas por la normativa a MI ELECTRICA, como comercializadora que comunicó a la Administración su alta de actividad y también en su condición de agente en el mercado y ello así resulta ineludiblemente, sin perjuicio de las acciones que en el ámbito privado pueda MI ELECTRICA estimar procedentes perseguir *ad intra*.

En definitiva, la mera alusión a cuestiones internas de gestión empresarial en modo alguno exoneran, ni pueden exonerar, de responsabilidad a la propia comercializadora de la obligación de adquisición de la energía necesaria para el ejercicio de su actividad, del mismo modo que el eventual desconocimiento del trámite para darse de baja en su actividad (artículo 46.1.a) LSE, indica expresamente que la comunicación del inicio y del cese se efectúa ante el mismo Ministerio) tampoco justifica que MI ELECTRICA no adquiriera durante más de cinco meses la energía consumida por los clientes a los que, sin embargo, sí estaba manteniendo en su cartera hasta el propio mes de noviembre, momento en el que presentó su baja. Téngase en cuenta a estos efectos que la comunicación de baja voluntaria de actividad fue presentada por MI ELECTRICA

una vez le fue comunicado el procedimiento para su inhabilitación por parte del Ministerio.

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 reprobabilidad 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) habida cuenta la liquidación tardía de la energía por desvíos, 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.

Pues bien, en lo referente a estas dos circunstancias debe señalarse que, por una parte, y contrariamente a lo que sostiene MI ELECTRICA en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, el beneficio obtenido es el señalado con anterioridad por cuanto MI ELECTRICA durante los más de cinco meses indicados la empresa no adquirió energía que, sin embargo, al menos sí podría facturar a los clientes que estaban consumiéndola. Por otra parte, está

claramente identificado como una situación anómala al sistema (disminución de ingresos a terceros agentes del mercado que son sujetos acreedores) el hecho de que una comercializadora, teniendo una cartera de clientes con consumo activo de energía eléctrica, sin embargo, conscientemente no adquiriera la energía correspondiente a dicho consumo de ninguna de las formas de adquisición que tiene habilitadas a su alcance. Téngase en cuenta en este sentido que fue intención y voluntad de MI ELECTRICA, durante más de cinco meses, tener adquisiciones nulas ([CONFIDENCIAL] MWh).

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.

En cuanto a la escasa importancia económica alegada por MI ELECTRICA en su escrito de alegaciones a la propuesta, cabe señalar que el importe de daño económico alcanzado por la conducta de la sancionada está reseñado en los propios antecedentes de la presente resolución. Dicho daño afecta a todo el periodo analizado 28 de mayo de 2021 a 2 de noviembre de 2021 y se corresponde con el alcance recogido en los diversos informes del OS, OMIE y de la Subdirección de Energía Eléctrica de esta Comisión. Del mismo modo, en cuanto al perjuicio en la continuidad y regularidad del suministro, efectivamente no se han constatado cortes a los clientes afectados, en la medida que han sido terceros agentes del sistema quienes han soportado los costes del suministro de la energía no adquirida por MI ELECTRICA, importes que la comercializadora reconoce continúan sin estar abonados.

No obstante lo anterior, 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, consta inicialmente en el expediente la diligencia de incorporación de las últimas cuentas anuales disponibles de la comercializadora, resultando ser el ejercicio 2019 el último depositado por dicha empresa y con un importe neto de la cifra de negocios de MI ELÉCTRICA de 156.610,55 euros.

Pues bien, a la vista de que la información relativa al ejercicio 2020 no está depositada en el Registro Mercantil por causa únicamente imputable a MI ELECTRICA y que queda claramente evidenciado que el importe obtenido de la información registral 2019 no se corresponde con la imagen fiel de la situación

actual de MI ELÉCTRICA a partir de los datos de los consumidores que están en la cartera de clientes de MI ELÉCTRICA durante los hechos imputados y de la energía consumida por los mismos, en los términos declarados por los distribuidores en la Circular 1/2005 de la CNMC, resulta necesario efectuar una estimación del volumen de negocios de la empresa a partir de los datos señalados y comunicados a esta Comisión. Así el importe estimado del volumen de negocios de la empresa durante el ejercicio 2021 es de **[CONFIDENCIALIDAD]**.

Junto con su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, MI ELECTRICA parece pretender sustituir su falta de presentación de cuentas anuales en el Registro Mercantil con la aportación del Modelo 390 del ejercicio 2020 (no aportando el Modelo 390 del año 2021 que ya debe tener presentado en Hacienda al 31 de enero de 2022). Con carácter previo, debe significarse que dicho Modelo no es el depósito contable previsto por la LSE como umbral máximo, que en todo caso sí es verificable directa e irrefutablemente por esta Comisión (mediante solicitud de emisión de Nota Informativa/Certificación). Además, sin perjuicio de ello, respecto del documento 390 aportado por MI ELECTRICA se advierte que en el mismo no está cumplimentado el apartado “*Volumen de Operaciones en régimen general*” de la empresa y, además, no puede ser cotejado con documentación contable alguna por cuanto las Cuentas Anuales no han sido presentadas ante el correspondiente Registro Mercantil respecto del referido ejercicio 2020.

Además, en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, MI ELÉCTRICA indica que la utilización de este cálculo estimativo por la CNMC supone un agravio comparativo con otros sancionadores dictados por esta Comisión. Al respecto, únicamente baste señalar que, en el presente caso, las circunstancias reseñadas, esto es, la ausencia de imagen fiel de la situación contable de la empresa en la información 2019 obtenida, así como la disponibilidad por parte de esta Comisión de datos ciertos derivados de la actividad ordinaria de MI ELECTRICA son los que han determinado la necesidad de que esta Comisión realice tal simulación. En efecto, la ausencia de información ajustada a MI ELECTRICA es una realidad irrefutable e imputable únicamente a la propia empresa y, en modo alguno, en este caso se ha efectuado un cálculo con metodología distinta respecto de aquellos otros procedimientos en los que se ha advertido la concurrencia de las mismas circunstancias.

En concreto, la realidad constatada por esta Sala es que durante el año 2019 y los tres primeros trimestres del año 2020, no consta que MI ELECTRICA tuviera una cartera significativa de clientes de energía eléctrica (**[CONFIDENCIAL]**). En efecto, de conformidad con la información obrante en esta Comisión es únicamente desde finales de 2020 y a partir de 2021 cuando surge verdaderamente una cartera de consumidores de energía eléctrica (**[CONFIDENCIAL]**). De ahí se evidencia que la utilización por esta Comisión del

ejercicio 2021 en el cálculo estimativo es, en realidad, la única que se ajusta a las concretas circunstancias de la actividad comercializadora de MI ELÉCTRICA y ofrecen su imagen fiel.

Téngase en cuenta que la LSE apela a la referencia del importe neto de la cifra de negocios en aras de tomar en consideración la imagen fiel del volumen de la facturación que el citado importe contable debe ofrecer respecto de la empresa sancionada. Así, esta cifra (magnitud contable) viene determinada por la cantidad total de los ingresos de la empresa fruto de su actividad realizada con regularidad y resulta indiscutible que dicha cifra viene a ser (o al menos debería ser) equivalente a los importes facturados a los clientes suministrados que son la base del cálculo estimativo efectuado en el marco del presente procedimiento. Pues bien, con la utilización de una metodología conservadora, la Subdirección de Energía Eléctrica ha efectuado la simulación tomando estrictamente los costes en los que ha incurrido MI ELÉCTRICA para la adquisición de la energía suministrada, aplicando un margen 0% de beneficio y sin incluir ningún gravamen impositivo.

También, en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución y sin ofrecer un alternativo importe neto de cifra de negocios calculado por la propia empresa, MI ELECTRICA simplemente muestra su mera disconformidad con el sistema de cálculo estimativo de la CNMC por cuanto no es un ejercicio económico terminado y se incluyen premisas no ciertas del negocio de MI ELECTRICA (dificultades de cobro, imposibilidad de facturación, bajas de clientes...). Sin embargo, la empresa no alega motivo concreto que justifique minoración por importe alguno respecto del estimado por esta Comisión.

En primer lugar, el hecho de que MI ELÉCTRICA se diera de baja como comercializadora el 2 de noviembre de 2021 (no desarrolla esa actividad durante el año completo) es una circunstancia que sí ha sido tomada en consideración en la simulación efectuada. En efecto, tal y como se observa en el expediente administrativo, tomando un criterio conservador, la Subdirección de Energía Eléctrica ha calculado un promedio de cartera de clientes considerando que **[CONFIDENCIAL]**.

En segundo lugar, la crítica al modelo estimativo que realiza MI ELECTRICA basándose en el hecho de que dicho modelo no toma en consideración sus dificultades para cobrar de los clientes los importes facturados tampoco puede tener favorable acogida por cuanto la magnitud utilizada (tanto en el caso del importe neto de la cifra de negocios que prevé la LSE como en el caso del modelo estimativo utilizado) no se corresponde con el importe cobrado por la empresa sino por el importe facturado, se haya cobrado o no.

MI ELECTRICA también critica que para el cálculo estimativo no se haya tenido en cuenta su delicada situación financiera ni tampoco los gastos elevados en los que ha podido incurrir. Sin embargo, por una parte, debe hacerse notar que tanto

la magnitud contable que la LSE prevé (importe neto de cifra de negocios) como la metodología del modelo estimativo, resultan ajenos a dichos elementos por cuanto vienen exclusivamente determinados por la facturación de la empresa sancionada (PGC, Norma 11ª de Elaboración de las Cuentas Anuales). En ambos casos, eso sí, están excluidos los impuestos sobre las ventas que se repercuten a los clientes. Por otra parte, en todo caso, tal y como se indicará más adelante, la situación económica del infractor es una de las circunstancias concurrentes previstas en el artículo 67.3 del LSE a los efectos de que pueda determinarse la aplicación la escala correspondiente a la infracción que precede en gravedad (grave a leve) a la que determina la conducta infractora, tal y como se ha efectuado en el presente procedimiento.

En definitiva, a la vista de la ausencia de información relativa al ejercicio 2020 por causa imputable a MI ELECTRICA y que la información registral relativa al ejercicio 2019 no se compadece con la información obrante respecto de la prestación ordinaria de servicios de comercialización eléctrica acreditada durante la tramitación del presente procedimiento, se efectúa la simulación con los datos de ingresos (importes facturables) de la actividad comercializadora que obran en esta Comisión. Esta metodología tiene en cuenta el precio de adquisición de los servicios entregados en ese momento. Las críticas que realiza MI ELECTRICA al modelo estimativo no se ven acompañadas de documentación justificativa de minoración del resultado estimativo en importe alguno.

Además, esta Sala otorga plena certeza al importe estimado, dado que la metodología conservadora empleada permite obtener como resultado un importe que vendría ser equivalente al importe neto de la cifra de negocios que establece la LSE. Para esta simulación, la Subdirección de Energía Eléctrica:

- Ha utilizado (i) datos reales y contrastados de la energía consumida por los propios clientes de MI ELECTRICA (teniendo en cuenta las bajas de clientes habidas), (ii) ha desagregado los datos de energía consumida por cada uno de los tipos de consumidor (cliente) que tenía MI ELÉCTRICA y, (iii) respecto a la misma, ha aplicado cada uno de los conceptos facturables por la comercializadora, todo ello en plena aplicación de la normativa vigente en cada periodo.
- Ha utilizado estrictamente los precios regulados por la normativa y los precios medios que han salido del mercado,
- No ha incluido (i) margen de beneficio alguno, que lógicamente MI ELÉCTRICA, como toda empresa con pretensiones de viabilidad, si deberá aplicar en los precios que factura a sus clientes, y (ii) gravamen impositivo alguno.

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 MI ELÉCTRICA, S.L. por un importe de ciento noventa mil (190.000) euros.

VI. OTRAS MEDIDAS

El artículo 69.1 de la LSE dispone que la resolución del procedimiento sancionador, además de imponer la sanción que corresponda, exigirá la siguiente obligación:

«Artículo 69. Otras medidas.

(...)

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 LSE, se acuerda imponer a MI ELÉCTRICA la obligación de abono a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. del importe de las liquidaciones de dicho operador por los desvíos de energía que ha causado consecuencia de la ausencia de compras de energía contemplada en el presente procedimiento.

En su escrito de alegaciones MI ELECTRICA manifiesta no tener clara la facturación de MEFF respecto de las liquidaciones por desvíos y que presentará un plan de pagos cuando el importe sea fijo.

Al respecto, con carácter previo, debe advertirse que la tipificación de la infracción cometida y aquí sancionada ya queda plenamente configurada por el hecho probado de la actuación de MI ELÉCTRICA con *“ausencia de compras de energía en el mercado durante el periodo 28 de mayo de 2021 a 2 de noviembre de 2021”*. En efecto, la concreta determinación del importe facturado como consecuencia de la citada conducta o el pago/impago del mismo, no perturba la concurrencia de la tipificación y responsabilidad acreditadas en el presente procedimiento sancionador.

Sentado lo anterior, se advierte que MI ELECTRICA es comercializadora desde el año 2015 y que, cuanto menos, sorprende que manifieste ahora su desconocimiento de la metodología de liquidación de energía por desvíos y del hecho de que las liquidaciones mensuales se prolongan en el tiempo debido a la recepción de nuevas medidas hasta la última liquidación con medidas firmes (C5).

Téngase en cuenta que MI ELECTRICA no sólo recibe las facturas soporte de los requerimientos de las liquidaciones de energía por desvíos, sino que también tiene a su disposición información muy detallada de todos los segmentos que dan origen a ese importe reclamado (documentos detallados adjuntos, acceso

vía web y datos de contacto para efectuar comunicaciones individualizadas con MEFF). MI ELECTRICA tiene dicha disponibilidad de información detallada respecto de cada uno de los segmentos (por ejemplo, energía de regulación secundaria, terciaria, etc...) desde el mismo momento en que es reclamada. MI ELECTRICA, asimismo, con antelación a tales requerimientos, es plenamente consciente de la situación que está generando por cuanto su configuración viene directamente determinada por su propia actuación en el mercado (ausencia total de compras de energía que automáticamente generan desvíos).

Pero es más, el mero desconocimiento y manifestaciones de la empresa realizadas ahora tras la incoación del presente procedimiento (nótese que manifiesta estar solicitando aclaraciones a REE en febrero de 2022 y no antes, habiéndose iniciado su conducta omisiva de compras ya en mayo de 2021), a juicio de esta Sala no desvirtúa la necesidad de imponer medidas adicionales, dada la certeza de ausencia de pago al sistema de las liquidaciones por desvíos, tal y como tiene reconocido MI ELECTRICA.

En todo caso, lo que resulta cierto es que a fecha de hoy, tal y como ha reconocido MI ELECTRICA, no ha abonado las liquidaciones facturadas por MEFF derivadas de su ausencia de compras y que, según el informe de los servicios del ajuste de sistema correspondiente al mes de abril de 2022, el mismo alcanza la cifra de [CONFIDENCIAL] euros, de los cuales ha sido detraídos a los acreedores [CONFIDENCIAL] euros, una vez ejecutada la garantía de [CONFIDENCIAL] euros que MI ELECTRICA tenía depositada.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa MI ELÉCTRICA, 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 MI ELÉCTRICA, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de ciento noventa mil (190.000) euros por la citada infracción grave.

TERCERO. Imponer a MI ELÉCTRICA, S.L., la obligación de restituir el importe impagado a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., a tenor del fundamento jurídico VI de esta resolución.

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.