

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ENERGY TRADER SOLUTIONS, S.L., POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR LAS GARANTÍAS EXIGIDAS POR EL OPERADOR DEL SISTEMA ELÉCTRICO

SNC/DE/078/22

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Miguel Bordiu García-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, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente resolución:

ANTECEDENTES

PRIMERO. Denuncia de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.

El 11 de marzo de 2022 se recibió en el Registro de la CNMC un escrito de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., en su condición de Operador del Sistema (en adelante REE u OS), adjuntando Informe de diciembre de 2021 acerca de un incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por este operador, por parte de ENERGY TRADER SOLUTIONS, S.L. (en adelante, ENERGY TRADER SOLUTIONS) en los siguientes extremos:

“Obligación de prestación de garantías establecida en el párrafo e) del artículo 46.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Las garantías por valor de 534.000 euros fueron requeridas con fecha límite de 18 de febrero de 2022.”

SEGUNDO. Acuerdo de incoación

Con fecha 24 de marzo de 2022 la Directora de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Ley 3/2013») y en el artículo 23.f) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Estatuto Orgánico de la CNMC»), acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra ENERGY TRADER SOLUTIONS, por presunto estado de insuficiencia de las garantías exigidas por el Operador del Sistema con fecha límite de 18 de febrero de 2022.

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban como infracción leve, prevista en el artículo 66.2 de la Ley del Sector Eléctrico, en relación con el apartado 3 del Procedimiento de Operación 14.3 (“Garantías de pago”).

El acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado telemáticamente a ENERGY TRADER SOLUTIONS, S.L. y el 24 de marzo de 2022 la empresa accedió al contenido de la notificación

TERCERO. – Escrito de alegaciones al acuerdo de incoación

Con fecha 6 de abril de 2022, tuvo entrada escrito de alegaciones de la empresa al acuerdo de incoación, en los siguientes términos:

- Desde julio de 2014 y hasta junio de 2021 nunca había incurrido en déficit de garantías.
- A partir de los retrasos en la comunicación de medidas de las distribuidoras de una parte de sus clientes, el programa informático no pudo asumir el desfase generado entre las compras y los consumos reales, provocando un aumento sin precedentes de las garantías
- A junio de 2021 las garantías exigidas eran de 105.000€ y las depositadas eran de [CONFIDENCIAL] euros. En diciembre las exigencias aumentaron a 277.000€ y depositadas a [CONFIDENCIAL]€ y en tres meses más se incrementaron las depositadas a [CONFIDENCIAL] euros, siendo las exigidas aún superiores por causas ajenas e imputables a las distribuidoras.
- En todo momento han puesto en conocimiento del MEFF y del OS su situación -aportan documentación en este sentido- de retraso y han ido aumentando las garantías.
- No ha habido culpa en la actuación porque el origen del déficit de garantías procede de la falta de facturación por parte de las distribuidoras y ahora mismo dicho déficit alcanza una cifra que, objetivamente, no se corresponde con el número de clientes de la comercializadora.

CUARTO. – Acto de instrucción al Operador del Sistema

En fecha 18 de abril de 2022, se procedió conforme a lo previsto en el artículo 75 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas a requerir al Operador del Sistema para que informe sobre el estado del incumplimiento de la prestación de garantías por parte de ENERGY TRADER SOLUTIONS a la fecha de recepción del requerimiento y, en particular, sobre la posible existencia de pagos parciales de las garantías pendientes y de comunicaciones entre ENERGY TRADER SOLUTIONS, S.L. y RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. en relación con la prestación de las garantías exigidas. El Operador del Sistema accedió a la notificación telemática el día 20 de abril de 2022.

En fecha 5 de mayo de 2022, tuvo entrada escrito del Operador del Sistema en el que, de forma resumida, se indica lo siguiente:

- A fecha 20 de abril de 2022, la garantía depositada por ENERGY TRADER SOLUTIONS es de [CONFIDENCIAL] euros, siendo el importe de las garantías exigidas de 3.247.000 euros. A fecha 4 de mayo de 2022 la garantía depositada sigue siendo [CONFIDENCIAL] euros y la exigida 5.296.000 euros. Por consiguiente, la sociedad continúa actualmente en déficit de garantías.
- Desde la fecha del incumplimiento de garantías, el 18 de febrero de 2022, se han registrado los siguientes movimientos de las garantías depositadas: [CONFIDENCIAL]
- En lo que respecta a las comunicaciones entre ENERGY TRADER SOLUTIONS y el OS, no se ha producido ninguna relativa a garantías desde la comunicación del OS a la sociedad de su paso a situación de insuficiencia de garantías tras su primer incumplimiento.

QUINTO. - Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de fecha 23 de mayo de 2022, se ha incorporado al expediente del extracto de cuentas anuales para el ejercicio 2020 de ENERGY TRADER SOLUTIONS obtenido mediante certificación expedida el día 23 de mayo de 2022 por el Registro Mercantil de Alicante. El importe neto de la cifra de negocios de ENERGY TRADER SOLUTIONS asciende a 5.882.729,78 euros.

SEXTO. Propuesta de Resolución

El 24 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, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO. Declare que la sociedad ENERGY TRADER SOLUTIONS, S.L. es responsable de la comisión de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de lo establecido en los procedimientos de operación en relación con la constitución de garantías para operar en el mercado eléctrico.

SEGUNDO. Imponga a ENERGY TRADER SOLUTIONS, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de cincuenta y tres mil (53.000) euros por la comisión de la citada infracción leve.

La propuesta de resolución fue notificada telemáticamente a ENERGY TRADER SOLUTIONS, S.L., quien accedió a su contenido el 26 de mayo de 2022.

SÉPTIMO. Tramitación pago para periodo voluntario

Con fecha 27 de mayo de 2022, se presentó por la empresa ENERGY TRADER SOLUTIONS, S.L. escrito de la misma fecha de reconocimiento expreso de su responsabilidad en la comisión de la infracción reseñada en la propuesta de resolución y manifestación de que se procedería al pago voluntario de la sanción con anterioridad a que se dictara la resolución sancionadora, a los efectos de acogerse a las reducciones previstas en el artículo 85 de la LPAC.

Mediante oficio de 3 de junio de 2022 se remitió el modelo 069 requerido para poder efectuar el pago. La empresa accedió a la notificación el 6 de junio de 2022.

Con fecha 6 de junio de 2022 tuvo entrada justificante de ingreso del mismo día por importe de 31.800 euros efectuado por la empresa.

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 8 de junio de 2022, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se considera HECHO PROBADO de este procedimiento que:

Único. ENERGY TRADER SOLUTIONS, S.L. desatendió el requerimiento de prestación de garantías exigidas por el Operador del Sistema por importe de 534.000 euros con fecha límite de pago 18 de febrero de 2022, continuando a fecha 4 de mayo de 2022 en estado de insuficiencia de garantías, siéndole

exigidas por un importe de 5.296.000 euros y pese a que ha constituido garantías durante los meses de febrero y marzo de 2002.

Este hecho resulta acreditado por los escritos del OS de 11 de marzo y 4 de mayo de 2022, y las propias alegaciones de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013 y al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Dirección de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético debiendo realizar propuesta de Resolución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, Ley 24/2013), se atribuye a la CNMC la competencia para imponer sanciones por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 66.2 de la Ley del Sector Eléctrico.

Dentro de la CNMC, de conformidad con lo establecido en los artículos 21.2 y 29 de la Ley 3/2013 y del artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria la resolución del presente procedimiento.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el Capítulo III del Título X de la Ley del Sector Eléctrico. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de dicha Ley, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de nueve meses al tratarse de la imputación de una infracción leve.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y, en particular, sus artículos 63, 64, 85, 89 y 90, en los que se contemplan especialidades relativas al procedimiento sancionador. Asimismo, resultan de aplicación los principios de la potestad sancionadora contenidos en el capítulo III del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

III. TIPIFICACIÓN DEL HECHO PROBADO

En relación con el hecho probado recogido en la presente Resolución, el artículo 46.1 e) de la Ley 24/2013 establece la obligación de los comercializadores de «e) Prestar las garantías que reglamentariamente se establezcan».

Por su parte, el artículo 73.3 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización y suministro de energía eléctrica, dispone que las empresas comercializadoras deberán prestar, ante el Operador del Sistema, las garantías que resulten exigibles para la adquisición de energía en el mercado de producción de electricidad, de acuerdo con lo establecido en los Procedimientos de Operación.

A este respecto, el Procedimiento de Operación 14.3 («Garantías de pago»), aprobado por Resolución de 1 de junio de 2016 (BOE 13 junio 2016), de la Secretaría de Estado de Energía, (sustituida por Resoluciones de 30 de noviembre y 16 de diciembre de 2021, de la CNMC), recoge, en su apartado 3, la obligación de aportación de garantías: *« Los Sujetos de Liquidación que puedan resultar deudores como consecuencia de las liquidaciones del Operador del Sistema deberán aportar a éste garantía suficiente para dar cobertura a sus obligaciones económicas derivadas de su participación en el Mercado y en los Despachos, de tal modo que se garantice a los Sujetos acreedores el cobro íntegro de las liquidaciones realizadas por el Operador del Sistema en los días de pagos y cobros establecidos en el Procedimiento de Operación 14.1. La hora límite para aportar las garantías será las 15:00 (14:00) horas del último día señalado en los distintos apartados de este procedimiento de operación».*

A su vez, el apartado 6 del mismo Procedimiento de Operación 14.3 establece los tipos de garantías exigidas a los sujetos de liquidación, que son:

«a) Una garantía de operación básica que se determinará por el Operador del Sistema según lo establecido en el apartado 9, con el fin de asegurar con carácter permanente un suficiente nivel de garantía.

b) Una garantía de operación adicional mensual y, en su caso, intramensual, calculada según lo establecido en el apartado 10 para cubrir las obligaciones de pago derivadas de futuras liquidaciones correctoras de la liquidación inicial para cada mes que no disponga de Liquidación Final Definitiva.

c) Una garantía excepcional, exigible a los Sujetos en aquellos supuestos en que el Operador del Sistema lo considere necesario, bien por existir un riesgo superior a la cobertura de las garantías de operación básica y adicional, bien por otras circunstancias especiales que justifiquen objetivamente la exigencia de garantías complementarias».

Específicamente, en su apartado 11, este Procedimiento de Operación 14.3 permite revisar la garantía de operación exigida (básica y adicional) como consecuencia del seguimiento diario de las mismas, y establece que el sujeto de liquidación deberá constituir la garantía exigida antes de las 15:00 horas del tercer día hábil posterior a la petición de aumento o reposición de garantías.

Por su parte, el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, tipifica como infracción leve el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los procedimientos de

operación, como la del depósito de garantías contenida en este Procedimiento de Operación 14.3.

De acuerdo con el Hecho Probado de la presente propuesta, ENERGY TRADER SOLUTIONS desatendió el requerimiento de prestación de garantías exigidas por el Operador del Sistema por importe de 534.000 euros, con fecha límite de pago a 18 de febrero de 2022. Tras la constitución de nuevas garantías en febrero y marzo de 2022, a fecha 4 de mayo de 2022, tenía depositadas unas garantías por importe de [CONFIDENCIAL] euros, siendo el importe de las exigidas de 5.296.000 euros. En consecuencia, ENERGY TRADER SOLUTIONS continúa actualmente en déficit de garantías.

Esta conducta resulta típica en relación con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCION

IV.1. Consideraciones generales sobre la culpabilidad

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto al que se impute su comisión. Es decir, la realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que señala: «*Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa*».

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de Derecho 4, indica:

«Por último, en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento

del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta. No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe».

IV.2. Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso

La diligencia que es exigible a un comercializador en su condición de sujeto de mercado implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos, entre las que se encuentran la ya mencionada obligación descrita en el artículo 46.1.e) de la Ley del Sector Eléctrico, relativa al depósito de las garantías exigidas en relación con su participación en mercado.

Dicha diligencia comporta una solvencia económica y/o financiera que permita a esa sociedad acometer todos y cada uno de los pagos necesarios en cumplimiento de sus obligaciones normativas, como en el presente caso el depósito de las correspondientes garantías. Todo ello, aun cuando la actividad de comercialización se encuentra liberalizada (o sometida a una menor intensidad regulatoria), su ejercicio no está exento del cumplimiento de obligaciones normativas, como en el presente caso la prestación de las correspondientes garantías.

En cuanto a la falta de facturación del distribuidor, ésta no es eximente de responsabilidad, pues la misma, aun pudiéndose haber producido, no ha sido ni generalizada -de todas las facturas- ni permanente en el tiempo, de modo que se han producido retrasos que, sin duda, han supuesto una tensión para la tesorería de la comercializadora, pero que podrían haberse resuelto con una mayor diligencia financiera como han hecho la inmensa mayoría de las comercializadoras, evitando en todo momento incurrir en retrasos en los depósitos de garantías.

No obstante lo anterior, ha de indicarse que el déficit de garantías actual no refleja adecuadamente el riesgo de impago, siendo excepcional e injustificadamente elevado como ya se ha indicado en otros casos similares. De hecho, el importe de la garantía es similar a la cifra de negocios de la propia comercializadora en 2020, lo que supone una carga adicional para la viabilidad de la misma. Tal cuantía responde a que el comportamiento de compras de ENERGY TRADER SOLUTIONS en determinados meses ha sido errático, situación especialmente penalizada en el procedimiento de operación de garantías y que debería tenerse en cuenta por parte del operador del sistema y el MEF. En todo caso, ello no supone una causa de exoneración de la responsabilidad, pues se incurrió en déficit de garantías antes de que el importe fuera tan elevado, pero ha de tenerse en cuenta a la hora de evaluar la sanción aplicable.

Recibido el requerimiento de garantías, ENERGY TRADER SOLUTIONS ha ido constituyendo nuevas garantías, aunque muy insuficientes para cubrir su déficit,

pero que ponen de manifiesto una voluntad inequívoca de no empeorar su situación, aunque no lo haya conseguido. Esta circunstancia debe ser valorada en la determinación de la cuantía de la sanción.

En consecuencia, se aprecia la concurrencia de una negligencia culpable en la actuación de la comercializadora.

V. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y REDUCCIÓN DE LA SANCION

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

De conformidad con el artículo 85, apartado primero, de la LPAC, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permite resolver el presente procedimiento con la imposición de la sanción procedente. Asimismo, de acuerdo con el segundo apartado de este precepto, dado que la sanción tiene en este caso únicamente carácter pecuniario, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la Resolución, implicará la terminación del presente procedimiento.

A este respecto, el artículo 85.3 prevé que, tanto en el caso de reconocimiento de responsabilidad como en el de pago voluntario de la multa con anterioridad a la Resolución del procedimiento, y cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de al menos el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo estas acumulables entre sí.

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

De este modo, al haberse realizado un reconocimiento expreso de responsabilidad por parte de ENERGY TRADER SOLUTIONS y al haberse producido el pago voluntario de la multa a través del medio indicado por la Propuesta de Resolución, procede aplicar la reducción del 40% al importe de la sanción propuesta de cincuenta y tres mil euros (53.000) euros, quedando en un total de treinta y un mil ochocientos (31.800) euros.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar la terminación del procedimiento sancionador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 de la LPAC, en los términos de la propuesta del instructor, que se transcribe en el antecedente de hecho sexto, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se establece la sanción pecuniaria a la entidad ENERGY TRADER SOLUTIONS, S.L.

SEGUNDO. — Aprobar las dos reducciones del 20% sobre la sanción de cincuenta y tres mil (53.000) euros contenida en la propuesta del instructor, establecidas en el artículo 85, apartado 3, en relación con los apartados 1 y 2, de la LPAC; minorándose la sanción en un 40% a la cuantía de treinta y un mil ochocientos (31.800) euros, que ya ha sido abonada por ENERGY TRADER SOLUTIONS, S.L.

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

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.