

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

SNC/DE/197/21

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D^a María Ortiz Aguilar

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 25 de octubre 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. Comunicaciones del incumplimiento por parte del Operador del Sistema y del Operador del Mercado.

Con fecha 3 de diciembre 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 KIPIN ENERGY, S.L. (en adelante, KIPIN ENERGY), expresado en los siguientes términos:

“KIPIN ENERGY SL ha incumplido la obligación establecida en el Artículo 46.1.f), al no haber atendido el 26 de noviembre de 2021 al pago de la totalidad de su obligación de pago de la liquidación del operador del sistema por importe de [CONFIDENCIAL] euros. Según lo dispuesto en el apartado 8 del procedimiento de operación 14.7, se ejecutó la garantía depositada, de [CONFIDENCIAL] euros, suficiente para permitir el cobro de la cantidad adeudada.”

El 4 de enero de 2022, tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de OMI-POLO ESPAÑOL, S.A. (en adelante, OMIE) adjuntando informe de situaciones anómalas correspondiente al periodo comprendido entre el viernes 24 de diciembre de 2021 y el jueves 30 de diciembre de 2021. Dicho informe contiene asimismo información sobre las adquisiciones de compra eléctrica desde el 5 de noviembre de 2021 hasta el 30 de diciembre de 2021. En lo relativo al programa de adquisición de energía, en dicho informe consta, en cuanto a KIPIN ENERGY, que este agente ha tenido adquisiciones nulas en todo el periodo de 5 de noviembre de 2021 al 30 de diciembre de 2021.

Posteriormente, con fecha 25 de febrero de 2022 tuvo entrada en el Registro de la CNMC nuevo escrito de OMIE adjuntando informe de situaciones anómalas correspondiente al periodo comprendido entre el viernes 18 de febrero de 2022 y el jueves 24 de febrero de 2022. Dicho informe contiene asimismo información sobre las adquisiciones de compra de energía eléctrica desde el 31 de diciembre de 2021 hasta el 24 de febrero de 2022. En lo relativo al programa de adquisición de energía, en dicho informe consta, en cuanto a KIPIN ENERGY, que este agente ha tenido adquisiciones nulas en todo el periodo de 31 de diciembre de 2021 al 24 de febrero de 2022.

Finalmente, con fecha 11 de marzo de 2022 tuvo entrada en el Registro de la CNMC nuevo escrito de OMIE adjuntando informe de situaciones anómalas correspondiente al periodo comprendido entre el viernes 4 de marzo de 2022 y el jueves 10 de marzo de 2022. Dicho informe contiene asimismo información sobre las adquisiciones de compra de energía eléctrica desde el 14 de enero de 2022 hasta el 10 de marzo de 2022. En lo relativo al programa de adquisición de energía, en dicho informe consta, en cuanto a KIPIN ENERGY, que este agente ha tenido adquisiciones nulas en todo el periodo de 14 de enero de 2022 al 10 de marzo de 2022.

SEGUNDO. Actuaciones previas

En fecha 17 de marzo de 2022, 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 KIPIN ENERGY, clasificados por peaje, entre los meses de octubre de 2021 a febrero de 2022 (SIPS noviembre 2021 a SIPS marzo 2022)¹ son al menos los que se reflejan en el siguiente cuadro: **[CONFIDENCIAL]**

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

Fuente: Base de datos SIPS

TERCERO. Acuerdo de incoación y ausencia de alegaciones

Con fecha 18 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 la comercializadora KIPIN ENERGY, por su presunta falta de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro desde, al menos, el 5 de noviembre de 2021 y el 10 de marzo de 2022.

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

El acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado telemáticamente a KIPIN ENERGY, quien accedió el 22 de marzo de 2022.

La empresa no ha presentado alegaciones al acuerdo de incoación.

CUARTO. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de fecha 3 de junio de 2022, se incorporaron al expediente las cuentas anuales de KIPIN ENERGY correspondientes al año 2020, último disponible, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil de Madrid de 2 de junio de 2022. De acuerdo con la misma el importe neto de la cifra de negocios fue de 2.278.436,70 euros.

QUINTO. Cese de actividad de KIPIN ENERGY, S.L.

Mediante diligencia de fecha 10 de junio de 2022, se incorporó al expediente Informe solicitado por la Dirección General de Política Energética y Minas sobre el Acuerdo de inicio del procedimiento de inhabilitación y el traspaso de los clientes de KIPIN ENERGY, aprobado por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC el 9 junio de 2022.

SEXTO. Propuesta de Resolución y ausencia de alegaciones

El 10 de junio 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 KIPIN ENERGY, 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 KIPIN ENERGY, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de doscientos veinte mil (220.000) euros por la comisión de la infracción grave declarada en el precedente apartado primero, sin perjuicio de las reducciones que procedan de conformidad con lo establecido en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de Las Administraciones Públicas.”

La propuesta de resolución fue notificada telemáticamente a KIPIN ENERGY, quien accedió al contenido de la notificación el 14 de junio de 2022. La empresa no presentó alegaciones a la propuesta de resolución.

SÉPTIMO. Finalización de la instrucción y elevación del expediente al Consejo

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por la Directora de Energía, mediante escrito de fecha 4 de julio de 2022, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

OCTAVO. Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y de lo establecido en el artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

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

Único. KIPIN ENERGY 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 5 de noviembre de 2021 hasta finales de abril de 2022. En concreto, en las referidas semanas KIPIN ENERGY 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 “KIPIN ENERGY S.L.” de fecha 4 de enero de 2022 referido al intervalo desde 5 de noviembre de 2021 hasta el 30 de diciembre de 2021.
- (ii) El informe del Operador del Mercado (en adelante «OMIE») sobre la falta de compras del agente “KIPIN ENERGY S.L.” de fecha 25 de febrero de 2022 referido al intervalo desde el 31 de diciembre de 2021 al 24 de febrero de 2022.
- (iii) El informe del Operador del Mercado (en adelante «OMIE») sobre la falta de compras del agente “KIPIN ENERGY S.L.” de fecha 11 de marzo de 2022 referido al intervalo desde el 14 de enero de 2022 al 10 de marzo de 2022.
- (iv) 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 KIPIN ENERGY de 17 de marzo de 2022 que traslada los datos obrantes en la base de datos del SIPS con el número de puntos de suministro que son clientes de KIPIN ENERGY en el periodo octubre de 2021 a febrero de 2022 (SIPS noviembre 2021 a marzo 2022), desglosado por meses y peajes, alcanzando una horquilla de [CONFIDENCIAL] clientes y que incluye clientes [CONFIDENCIAL].

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, KIPIN ENERGY 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 5 de noviembre de 2021 hasta finales de abril de 2022.

En definitiva, esta conducta – esto es, la ausencia total de compras de electricidad en el mercado por parte de KIPIN ENERGY, 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 se ha iniciado procedimiento acumulado de inhabilitación para el ejercicio de la actividad de comercialización a la empresa KIPIN ENERGY, S.L. y de traspaso de sus clientes a un comercialización de referencia. El anuncio del inicio de dicho procedimiento se publicó en el BOE de 26 de mayo de 2022.

En el presente caso, resulta acreditado que el comportamiento de KIPIN ENERGY 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 5 de noviembre de 2021 hasta finales de abril de 2022. 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, KIPIN ENERGY 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.

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

El artículo 67 de la Ley 24/2013, prevé una multa no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 por las infracciones graves; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.

Por su parte, el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la sanción:

- a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.*
- b) La importancia del daño o deterioro causado.*
- c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro.*
- d) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.*
- e) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.*
- f) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma entidad cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.*
- g) El impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.*
- h) Cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el mayor o menor grado de probabilidad de la infracción».*

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

Respecto a las circunstancias indicadas en las letras d) y e), ha de señalarse que ambas operan como agravantes en relación con la infracción, atendiendo a que: i) 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.

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 2020 el último depositado por dicha empresa y con un importe neto de la cifra de negocios de KIPIN ENERGY de 2.278.436,70 euros.

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 KIPIN ENERGY, S.L. por un importe de doscientos veinte mil (220.000) euros.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa KIPIN ENERGY, 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 KIPIN ENERGY, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de doscientos veinte mil (220.000) euros por la citada infracción grave.

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

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