



Roj: **SAN 4831/2022 - ECLI:ES:AN:2022:4831**

Id Cendoj: **28079230042022100687**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **30/09/2022**

Nº de Recurso: **919/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000919 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00964/2019

Demandante: SUMINISTRADORA ELECTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE (SEVAL)

Procurador: LUIS DE VILLANUEVA FERRER

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D. MARCIAL VIÑOLY PALOP

Madrid, a treinta de septiembre de dos mil veintidós.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **919/2019** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **SUMINISTRADORA ELECTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE (SEVAL)**, representada por el Procurador Sr. de Villanueva Ferrer, contrala Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada por su Sala de Supervisión Regulatoria en su sesión de 3 de octubre de 2019 en el Expediente SNC/DE/130/17, y por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a la entidad Suministradora Eléctrica Vientos Alisios de Lanzarote, S.L. (SEVAL), ahora demandante, como consecuencia de la comisión de las infracciones consistentes en (1^a) el incumplimiento de la obligación de adquisición de energía suficiente para el desarrollo de sus actividades de suministro, durante los meses de diciembre de 2017 a febrero de 2019; y (2^a) el incumplimiento de lo previsto en los procedimientos de operación en relación con la constitución de garantías para operar en el mercado eléctrico, desde el 31 de agosto de 2017 hasta octubre de 2018.



Ha sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora interpuso, en fecha 4 de diciembre de 2019 este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo y forma mediante escrito presentado el 3 de julio de 2020 y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"Tenga por interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 3 de octubre de 2019, Expediente SNC/DE/130/17, por la que se impone a mi mandante una sanción pecuniaria, y tras los trámites legales, dicte una Sentencia por la que se declare la nulidad de la Resolución con la expresa condena en costas a la Administración."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 7 de agosto de 2020 en el cual, tras exponer los hechos y refutar cada uno de los argumentos de derecho de la actora, terminó suplicando la desestimación del recurso formulado de contrario.

TERCERO.- Se recibió a prueba el procedimiento, habiéndose practicado la admitida con el resultado obrante en las actuaciones, tras lo cual y presentadas conclusiones por las partes, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo. Siendo señalado para votación y fallo el día 28 de septiembre de 2022, fecha en que efectivamente se deliberó y votó.

CUARTO.- Se fija la cuantía del procedimiento en 160.000 euros.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Santos Honorio de Castro García, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso jurisdiccional la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada por su Sala de Supervisión Regulatoria en su sesión de 3 de octubre de 2019 en el Expediente SNC/DE/130/17, y por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a la entidad Suministradora Eléctrica Vientos Alisios de Lanzarote, S.L. (SEVAL), ahora demandante, como consecuencia de la comisión de las infracciones consistentes en (1ª) el incumplimiento de la obligación de adquisición de energía suficiente para el desarrollo de sus actividades de suministro, durante los meses de diciembre de 2017 a febrero de 2019; y (2ª) el incumplimiento de lo previsto en los procedimientos de operación en relación con la constitución de garantías para operar en el mercado eléctrico, desde el 31 de agosto de 2017 hasta octubre de 2018.

SEGUNDO.- En dicha Resolución, en base a los hechos y fundamentos de derecho que en ella se contienen, se declara en su parte dispositiva:

"PRIMERO- Declara que la sociedad SUMINISTRADORA ELECTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE S.L. es responsable de la comisión de una infracción muy grave del artículo 64 . 39 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , como consecuencia del incumplimiento de su obligación de adquisición de energía suficiente durante los meses de diciembre de 2017 a febrero de 2019 .

SEGUNDO- Impone una sanción a la sociedad SUMINISTRADORA ELECTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE S.L. consistente en el pago de una multa de ciento cincuenta mil euros (150.000 €), por la comisión de la infracción muy grave declarada en el precedente apartado primero.

TERCERO- Declara que la sociedad SUMINISTRADORA ELÉCTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE S.L. es responsable 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, desde el 31 de agosto de 2017 hasta octubre de 2018.

CUARTO- Impone una sanción a la sociedad SUMINISTRADORA ELECTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE S.L. consistente en el pago de una multa de diez mil euros (10.000 €), por la comisión de la infracción leve declarada en el precedente apartado tercero".

Previamente, en este extenso acto administrativo se consignan ampliamente los antecedentes y los hechos que se reputan probados; se explica, ya dentro de sus fundamentos de derecho, la tipificación de los citados



hechos; se razona sobre la concurrencia del elemento de la culpabilidad de la entidad SEVAL; se contesta a las alegaciones efectuadas en relación a la propuesta de resolución; y, por último, se valoran las circunstancias concurrentes a los efectos de cuantificar la sanción aplicable.

Así, en lo que hace a los hechos probados se recogen estos dos apartados:

" PRIMERO. No presentación de ofertas de compra de manera reiterada .

De conformidad con el último informe de REE recibido, de 10 de junio de 2019, desde febrero de 2018, es decir, en los meses posteriores a la imposición de sanción en el marco del expediente SNC/DE/060/17 por la falta de presentación de ofertas de compra de energía eléctrica en el mercado de producción, ha seguido incurriendo en desvíos que presentan un porcentaje superior al diez por ciento, aunque disminuyendo y unos volúmenes relevantes, de más de 100 MWh.

Asimismo, es necesario poner de manifiesto que dicha comercializadora opera en el sistema extrapeninsular, sistema aislado en el que este volumen tiene un efecto más significativo.

Por tanto, resulta probado que, con posterioridad a la imposición de la sanción inicial el día 1 de febrero de 2018, de SEVAL, siguió durante el período de un año comprando de forma insuficiente e incurriendo en los desvíos indicados en la tabla superior. Este documento está incorporado al expediente administrativo.

SEGUNDO. Insuficiencia de garantías de pago ante el operador del sistema.

A resultas del informe mensual de febrero de 2019 emitido por REE, se encuentra con un déficit de garantías respecto a los pagos pendientes de 209.026 euros, como consta incorporado al expediente administrativo."

TERCERO.- Se ejercita en el presente proceso una pretensión de carácter anulatorio, en la que se interesa la anulación de la mencionada resolución de la CNMC de 3 de octubre de 2019.

En pro de tales pretensiones se esgrimen, en síntesis, los dos siguientes bloques argumentales:

a) Incidencia en la conducta de la actora de las actuaciones de Red Eléctrica de España en el funcionamiento del SENP Canario y, a la postre, en la actividad de las comercializadoras. En el escrito de conclusiones se añade la incidencia que asimismo ha tenido la actuación llevada a cabo por parte de ENDESA.

b) Vulneración del principio de non bis in ídem.

Por su parte el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta de la Administración demandada, rechaza todos y cada uno de los argumentos esgrimidos de contrario, remitiéndose al contenido de la propia resolución impugnada y esgrimiendo una serie de alegaciones que, por lo general, van a ser aceptadas por esta Sala.

Desarrollaremos cada uno de los anteriores motivos en los subsiguientes fundamentos jurídicos.

CUARTO.- No obstante, antes de abordar las distintas cuestiones debatidas en este proceso y con un fin clarificador, conviene hacer una referencia a la existencia de otros procedimientos y recursos ejercitados por la misma entidad aquí recurrente, en la medida que tienen relación con los hechos que han sido objeto de sanción en la resolución que aquí nos ocupa, y también de evitar confusiones innecesarias.

Ello se explica con mucha claridad en el escrito de contestación a la demanda, donde se expresa lo que sigue:

" 1) Sobre la falta de constitución de garantías .

2. La actividad de comercialización de energía eléctrica en los territorios no peninsulares (TNP) es una actividad liberalizada, sujeta a análogos requisitos a los de esta actividad desarrollada en la península.

3. No obstante, al no existir un mercado como el peninsular y adquirirse la energía en un despacho de las centrales conforme a criterios de mínimo coste, el precio de adquisición de la energía no es un precio de mercado, por lo que se encuentra regulado en el artículo 70 del RD 738/2015 de 31 de julio , por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y el procedimiento de despacho en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares.

4. Los procedimientos para la liquidación de la energía en el despacho por parte del operador del sistema (OS), así como las garantías de pago exigidas están establecidos en sendos procedimientos de operación aplicables a todas las comercializadoras.

5. El procedimiento de liquidaciones establece un calendario en el que se van realizando liquidaciones provisionales, a partir de cierres de medidas provisionales, hasta que se dispone del cierre de las medidas definitivo y se realiza la liquidación definitiva, de forma general 11 meses después del suministro.



6. Las comercializadoras, tanto en la península como en los TNP, están obligadas a presentar garantías para acreditar su capacidad económica, lo que constituye un requisito para ejercer la actividad cuyo incumplimiento puede conllevar la inhabilitación del comercializador de acuerdo con el artículo 47 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, « LSE »).

7. En el caso de la recurrente, el informe mensual de servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de octubre de 2018 pone de manifiesto un déficit de garantías respecto a pagos pendientes de 149.668 euros. Y el informe mensual de servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de febrero 2019 pone de manifiesto un déficit de garantías respecto a pagos pendientes de 209.026 euros.

2) Sobre la falta de compra de energía.

2. De conformidad con el **último informe de REE recibido, de 10 de junio de 2019, desde febrero de 2018, es decir, en los meses posteriores a la imposición de sanción en el marco del expediente SNC/DE/060/17 por la falta de presentación de ofertas de compra de energía eléctrica en el mercado de producción, ha seguido incurriendo en desvíos que presentan un porcentaje superior al diez por ciento, aunque disminuyendo y unos volúmenes relevantes, de más de 100 MWh.**

3. Por ello, resulta probado que, con posterioridad a la imposición de la sanción inicial el día 1 de febrero de 2018, de SEVAL, **siguió durante el período de un año comprando de forma insuficiente e incurriendo en los desvíos indicados en la tabla superior.**

3) Incoación del procedimiento de inhabilitación.

8. A la vista los hechos puestos de manifiesto por REE y con fecha 27 de junio de 2019, se acordó la incoación del procedimiento de inhabilitación para el ejercicio de la actividad de comercialización a la empresa SEVAL y el inicio del procedimiento de traspaso de sus clientes a un comercializador de referencia, por incumplimiento del requisito de prestación de las garantías exigibles para la adquisición de energía en el mercado de producción de electricidad recogido en el artículo 73 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre .

9. Este acuerdo ha sido impugnado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (**PO 4/638/2019**), en el que se ha admitido la alegación previa de inadmisibilidad formulada por esta Abogacía del Estado por dirigirse con un acto que de forma sobrevenida ha dejado de ser susceptible de impugnación, acordándose el **archivo** del procedimiento por Auto ya firme de 21 de febrero de 2020.

4) Resolución del procedimiento de inhabilitación.

10. El procedimiento de inhabilitación concluyó mediante la Orden de la Ministra de Transición Ecológica de 17 de septiembre de 2019, por la que se inhabilita para el ejercicio de la actividad de comercialización a la empresa SUMINISTRADORA ELECTRICA VIENTOS ALISIOS DE LANZAROTE, S.L. y se traspasan sus clientes a un comercializador de referencia y se determinan las condiciones de suministro a dichos clientes.

11. Dicha Orden ha sido igualmente impugnada por la recurrente, que se encuentra tramitándose ante esa Ilma. Sala en el **PO 4/798/2019**, actualmente en fase de conclusiones.

5) Reclamación de responsabilidad patrimonial.

12. Por otro lado, el Ministerio para la Transición Ecológica desestimó -por silencio administrativo- la reclamación de responsabilidad patrimonial promovida por SEVAL **como consecuencia de los presuntos incumplimientos en que había incurrido la Administración, en lo relativo a lo previsto en la disposición transitoria tercera y en el anexo VI del Real Decreto 738/2015, de 31 de julio , por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y el procedimiento de despacho en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares.**

13. Frente a dicha desestimación presunta, SEVAL interpuso recurso contencioso administrativo ante esa Ilma. Sala (**PO 4/170/2019**) en el que se reclama la cantidad de 1.664.623,83 euros, que se corresponden, según la demanda, a los daños y perjuicios causados por la fijación inadecuada de precios por Red Eléctrica de España en las sucesivas liquidaciones, y la demora indebida en la práctica de las liquidaciones definitivas; así como el correlativo exceso de recaudación por las incorrectas peticiones de garantías a depositar (GAS y GOBS) en los ejercicios 2015, 2016 y 2017.

6) Procedimiento sancionador tramitado por la CNMC.

14. Finalmente, la CNMC acordó incoar, el 11 de enero de 2019, expediente sancionador a SEVAL por la infracción de falta reiterada de adquisición de la energía eléctrica necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro y de insuficiencia de garantías ante el operador del sistema. Expediente que terminó en la resolución de 3 de octubre de 2019, que es la aquí recurrida."



QUINTO.- Abordando ya el primero de los argumentos de la demanda, ha de significarse que en realidad la parte recurrente no llega a negar los hechos que la resolución recurrida toma como base para apreciar la comisión de las dos infracciones indicadas, consistentes en el incumplimiento de la obligación de adquisición de energía suficiente, durante los meses de diciembre de 2017 a febrero de 2019, y el incumplimiento de lo previsto en los procedimientos de operación en relación con la constitución de garantías para operar en el mercado eléctrico, desde el 31 de agosto de 2017 hasta octubre de 2018; incluso reconoce que dejó de presentar las garantías y que incurrió en faltas de compras de energía, si bien pretende hacer recaer la responsabilidad de estos hechos en sujetos ajenos.

En efecto, el eje de sus alegaciones pivota fundamentalmente en que su conducta habría sido provocada por una serie de concausas, y en particular por el incumplimiento generalizado por REE, lo que a su juicio ya sería suficiente para excluir la responsabilidad en la comisión de las infracciones. Se refiere al respecto a que REE incumplió las previsiones del Real Decreto 738/2015, lo que ha supuesto que se le exigiera indebidamente la cantidad de tres millones de euros en concepto de garantías en exceso, como consecuencia de que atendió unas liquidaciones sobrevaloradas, advirtiendo que este hecho ha sido reconocido en un informe de 30 de julio de 2019.

Cuestiona, así, que se sostenga la sujeción a tales liquidaciones incorrectas por parte de SEVAL y que de ello derive la consecuencia sancionadora, en tanto la referida circunstancia ha entrañado una quiebra del sistema, cuando en cambio los incumplimientos reconocidos de REE no han merecido ninguna consecuencia, ni en relación con la capacidad económica de dicha entidad ni respecto al impacto provocado por la exigencia de garantías.

Se citan, en apoyo de las pretensiones deducidas, la sentencia del Tribunal de Justicia de las entonces Comunidades Europeas de 10 de diciembre de 1957, ALMA/Alta Autoridad (8/56, Rec. p. 179), y la del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007 (rec.6923/2004).

Ya en el escrito de conclusiones, se llama la atención de la publicación de la Resolución de 19 de septiembre de 2020 de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba la cuantía definitiva de los costes de generación de liquidación y del extracoste de la actividad de producción en los territorios no peninsulares correspondiente al ejercicio 2015 para los grupos titularidad del Grupo Endesa, la cual ha sido publicada en el BOE de 1 de octubre de 2020, y donde se detalla la tramitación seguida para determinar la cuantía definitiva de la liquidación del extracoste de la actividad de producción.

Esto se trae a colación para significar que, como resultado de la liquidación excepcional C7, los costes de generación definidos en el citado Real Decreto 738/2015 así como los ingresos provenientes de despacho de producción para algunas empresas titularidad de ENDESA, variaban en relación con los valores con los que se había elaborado el informe de la CNMC, habiendo considerado el OS que los costes de generación ascendían en realidad a 1.680.483.330,56 euros, lo cual implicaba una reducción de casi 200 millones de euros con respecto a lo calculado por la CNMC; y, finalmente, que el mismo Ministerio, atendiendo a lo alegado por ENDESA, reconoció que los costes de generación de liquidación del año 2015 de titularidad de dicha mercantil ascendieron a 1.882.577.471,85 euros. De este modo, la liquidación-compensación definitiva se calcula por la diferencia entre esos costes de generación reconocidos y los ingresos obtenidos de forma provisional a lo largo del ejercicio.

Por lo tanto -sigue argumentando la recurrente-, de dicha Resolución ministerial se desprende que ENDESA percibió, por el concepto de liquidaciones por la venta de energía a los comercializadores en el territorio no peninsular canario, unos determinados importes con arreglo a las resoluciones de determinación de los precios definitivos de los combustibles vigentes en un determinado momento, pero que una vez publicadas las de 4 de diciembre de 2015 y 17 de marzo, 28 de marzo y 19 de junio de 2017, por las que se fijaban los precios para el primer y segundo semestre de 2015 de los combustibles, resultó que las cantidades que había cobrado a los comercializadores en el ejercicio de 2015 ya no se ajustaban a los nuevos precios aprobados -con retraso- por el ministerio competente. En el mismo sentido, el retraso en la aprobación de las respectivas resoluciones ministeriales coincidió con un período de bajada del precio de los combustibles, produciéndose durante ese retraso un sobreprecio en las liquidaciones a afrontar por las comercializadoras, en tanto se basaba en un precio de coste de combustibles para la generación desactualizado.

De este modo, a los incumplimientos ya descritos por parte de REE, se añaden estos otros incumplimientos de ENDESA, que la propia CNMC conocía según se desprende de su informe de 21 de septiembre de 2018.

En definitiva, se reitera que no corresponde a SEVAL, ni a ninguna otra comercializadora, soportar las consecuencias de la incorrecta actividad o inactividad por parte de REE o de ENDESA, los cuales constituyen a la postre la causa directa de su situación patrimonial que fue la que le llevó a incumplir las desmesuradas obligaciones económicas impuestas.

SEXTO.- En relación a los incumplimientos por parte del Departamento y de REE, en que la demandante trata de justificar las conductas infractoras apreciadas en la resolución impugnada, pero cuyos hechos declarados probados como tales no se cuestionan, interesa ya significar que la misma entidad promovió el recurso contencioso-administrativo nº 798/2019 contra la Orden de la Ministra para la Transición Ecológica de fecha 17 de septiembre de 2019, por la que se le inhabilitaba para el ejercicio de la actividad de comercialización y se determinaba el traspaso de sus clientes a un comercialización de referencia y las condiciones de suministro a dichos clientes; y planteándose entonces unos argumentos análogos.

Toda vez que en el referido recurso se ha pronunciado sentencia desestimatoria de fecha 18 de mayo de 2022, y aun cuando, como veremos, la inhabilitación acordada en la resolución impugnada en el mismo no tiene carácter sancionador, procede ahora recoger los fundamentos de misma, en tanto en ellos se abordan los aludidos incumplimientos de la Administración, que ahora se vuelven a plantear en el escrito rector del actual proceso, y para tras ello concluir que tampoco podrán tener incidencia en orden a la anulación de la resolución sancionadora que nos ocupa.

Y se expresaba en los fundamentos séptimo a décimo tercero de la mencionada sentencia lo que sigue:

"SÉPTIMO.- Pretende la recurrente que se anule la Orden impugnada en cuanto fue dictada aun a sabiendas el Ministerio de los siguientes hechos:

. - primero, que el propio Departamento no había cumplido con el Real Decreto 738/2015, por el retraso al aprobar las resoluciones de determinación de precio de combustibles y del poder calorífico inferior, esenciales para la fijación del precio en el SENP canario y la actividad de las comercializadoras en ese ámbito territorial.

. - segundo, que REE había incumplido, por su parte, lo establecido en el anexo I del referido Real Decreto 738/2015, al no haber tenido en cuenta el factor de apuntamiento allí previsto de manera expresa, tal y como reconoce en las comunicaciones y los informes que obran en el expediente administrativo y, de forma especialmente clara, en el documento 08.02.01 (apartado 2, "Antecedentes"), incumplimientos reconocidos y comunicados al Ministerio, que motivaron, a su vez, unas "reliquidaciones" a favor de SEVAL de 551.378,09 € del exceso recaudado de los ejercicios 2015, 2016 y 2017, en concepto de exceso en las liquidaciones practicadas, tras ser requerida REE a su corrección inmediata por el Ministerio, y

. - tercero, que REE (apartado 4.3 del citado documento 08.02.01), como consecuencia del incumplimiento del Real Decreto 738/2015 durante más de dos años, por no incluir el factor de apuntamiento en el modo exigido por el anexo I de la citada norma, incurrió así mismo en un incumplimiento en materia de exigencia de garantías a SEVAL. En dicho informe de 30 de julio de 2019, obrante en el procedimiento de inhabilitación desde el 5 de septiembre de 2019, es decir, 12 días antes de la adopción de la Orden de inhabilitación, REE admite que "si desde el 1 de septiembre de 2015, los sistemas de información del OS hubieran estado adaptados al Real Decreto 738/2015, todas las liquidaciones desde septiembre de 2015 se habrían realizado con el factor de apuntamiento calculado con coste de despacho. Las garantías en euros que se hubieran exigido en agosto de 2017 y hasta julio de 2019 se muestran en la tabla" que se incluye en dicho documento 08.02.01, de la que resulta que la cantidad exigida en exceso por REE a SEVAL en concepto de garantías, como consecuencia de no haber aplicado en sus términos el Real Decreto 738/2015, superó, solo en el período comprendido entre agosto de 2017 y diciembre de 2018, la cifra de tres (3) millones de euros.

En definitiva, el documento 08.02.01 del expediente administrativo acredita que ha habido un incumplimiento sistemático por el Ministerio y por REE de lo establecido en el Real Decreto 738/2015, lo que ha motivado una exigencia de liquidaciones y garantías a SEVAL absolutamente desajustada con las previsiones de dicha norma reglamentaria, que le ha hecho incurrir en impagos de unos y otros conceptos sin culpa o negligencia alguna por su parte. No es exigible a ningún operador del mercado, tampoco a SEVAL, que ajuste su capacidad económica, como requisito de ejercicio de su actividad en un sector regulado, al incumplimiento constante y manifiesto por los sujetos reguladores y supervisores del propio marco normativo de ese concreto sector de actividad económica.

OCTAVO.- El artículo 46.1.e) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, impone a las empresas comercializadoras la obligación de prestar las garantías que reglamentariamente resulten exigibles.

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 para acreditar la capacidad económica, las empresas que quieran ejercer la actividad de comercialización 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, recoge, en su apartado 3, la obligación de aportación de garantías:

"Los Sujetos del Mercado que puedan resultar deudores como consecuencia de las liquidaciones del Operador del Sistema le deberán aportar garantía suficiente para dar cobertura a sus obligaciones económicas derivadas de su participación en el Mercado, de tal modo que se garantice a los Sujetos acreedores el cobro íntegro de las liquidaciones realizadas por el Operador del Sistema y en los días de pagos y cobros establecidos en el Procedimiento de Operación 14.1."

Específicamente, en su apartado 6, este Procedimiento de Operación 14.3 recoge la obligación de prestar las siguientes garantías:

- 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.

El artículo 46.1.c) Ley 24/2013, por su parte, establece, como otra de las obligaciones de las empresas comercializadoras en relación al suministro, la de adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones.

NOVENO.- La entidad SEVAL presentó comunicación para ejercer la actividad de comercialización de energía eléctrica en el ámbito territorial no peninsular mediante escrito de 15 de abril de 2015. Posteriormente, en fecha 18 de mayo de 2016, presentó comunicación para ejercer la actividad de comercialización de energía eléctrica en el ámbito peninsular.

Con fecha 17 de mayo de 2017 se acordó el inicio de un procedimiento de inhabilitación para el ejercicio de la actividad de comercialización a dicha entidad y el inicio del procedimiento de traspaso de sus clientes a un comercializador de referencia, por incumplimiento del requisito de prestación de las garantías exigibles para la adquisición de energía en el mercado de producción de electricidad, que fue archivado el 17 de julio de 2017 al proceder la entidad a regularizar las garantías exigidas.

Posteriormente, con fecha 5 de septiembre de 2017 REE comunicó al Ministerio de Energía, Industria y Turismo (actualmente Ministerio para la Transición Ecológica) que SEVAL había incurrido en un incumplimiento de garantías por importe de 146.000 €, que fueron requeridas con fecha límite 31 de agosto de 2017.

En el mismo sentido y con fecha 9 de febrero de 2018 tuvo entrada en el Ministerio para la Transición Ecológica comunicación de REE en la que se informa del incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 46.1.f) Ley 24/2013, al no haber atendido al pago de la liquidación del operador del sistema por parte de la empresa comercializadora y que a fecha de la misma, las garantías disponibles de SEVAL eran cero euros, encontrándose en insuficiencia de garantías desde el 31 de agosto de 2017.

Asimismo, en el informe mensual de los servicios de ajuste del sistema de septiembre de 2018, la empresa SEVAL figura en estado de incumplimiento prolongado de garantías con insuficiencia de garantías en el último día hábil del mes de agosto de 2018 por seguimiento diario de garantías de 2.925.000 €, y por garantías de operación básica y adicional de 1.462.168 €.

El informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 30 de julio de 2019, puso de manifiesto los siguientes hechos:

Con fecha 1 de septiembre de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de REE de 29 de agosto de 2017, sobre comunicación de incumplimiento de la obligación de pago de la liquidación del operador del sistema por parte de SEVAL por una cuantía de 267.313,77 euros que fue cubierta por la garantía depositada de 716.000 euros.

Con fecha 4 de septiembre de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de REE de la misma fecha, sobre incumplimiento de prestación de garantías por parte de SEVAL por valor de 146.000 euros con vencimiento el día 31 de agosto de 2017.



Con fecha 9 de febrero de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de REE de la misma fecha en el que, por una parte, se reiteraba la situación de insuficiencia de garantías ya indicada en el escrito de 4 de septiembre y se denunciaba un nuevo incumplimiento del pago de la liquidación del 26 de enero de 2018 por importe de 145.144,60 euros, con un importe impagado de 45.144,60 euros. Este importe fue finalmente abonado con 152,72 euros de garantías y un pago de 44.991,88 euros el día 6 de febrero de 2018. El operador del sistema destaca que las garantías disponibles se quedan en 0 euros.

Tras estas denuncias iniciales, el día 27 de noviembre de 2018 tuvo entrada en la CNMC el informe mensual de servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de octubre de 2018 donde se ponía de manifiesto un impago en el último mes de 210.882,00 €. Este impago de la liquidación sumado a anteriores impagos en plazo, alcanzan a la fecha de cierre del informe el valor de 2.773.151 € con pérdida para acreedores de 1.400.433 €.

De acuerdo con esos informes mensuales de los servicios de ajuste del sistema que REE viene enviando a la CNMC, señala que la evolución mensual del déficit de garantías de esta empresa ha continuado agravándose desde el primer incumplimiento de prestación de las mismas, llegando a tener un máximo incumplimiento por prestación de garantías por valor de más de 2.925.000 € en el mes de septiembre de 2018. Destaca que SEVAL que no tiene garantías depositadas desde el mes de febrero de 2018.

El informe mensual de los servicios de ajuste del OS correspondiente a julio de 2019 evidencia que SEVAL sigue teniendo un déficit de garantías básica y adicional de 920.213,00 €, y un déficit de garantías por seguimiento diario que asciende a 1.841.000 €.

Por otra parte, en el informe de la CNMC de 30 de julio de 2019 se recoge también que, según los informes mensuales de los servicios de ajuste del Operador del Sistema, SEVAL no ha abonado algunas de las liquidaciones de desvíos de la medida provocados por la insuficiencia de compras de energía. En este sentido y según el informe de los servicios de ajuste del sistema del mes de junio de 2019 del Operador del Sistema, ha realizado impagos de liquidaciones de desvíos de energía por valor de 3.112.465 € y una vez ejecutadas todas las garantías depositadas junto a pagos efectuados con posterioridad, no han sido suficientes para cubrir las deudas pendientes por lo que se ha tenido que minorar un total de 1.111.447 € a los sujetos acreedores.

Pues bien, teniendo en cuenta todas las circunstancias expuestas, cabe concluir que SEVAL ha incumplido de forma reiterada la obligación de depositar las garantías conforme a lo establecido en los procedimientos de operación y no contaba con ninguna garantía depositada desde febrero de 2018.

Asimismo, las compras de energía han sido insuficientes desde el inicio de su actividad de comercialización y no ha atendido en plazo el pago de alguna de las liquidaciones de la energía por los desvíos en los que ha incurrido, provocando que el importe no cubierto por garantías haya tenido que ser repercutido sobre el resto de sujetos del sistema, acreedores en las liquidaciones del Operador del Sistema.

DÉCIMO.- La parte actora admite el incumplimiento de su obligación de prestar las garantías, pero atribuye toda la responsabilidad a la Administración por el retraso al aprobar las resoluciones de determinación del precio de combustibles y del poder calorífico inferior, esenciales para la fijación del precio en el SENP canario y la actividad de las comercializadoras en ese ámbito territorial, según lo establecido en el Real Decreto 738/2015, así como al incumplimiento del Real Decreto 738/2015 durante más de dos años, por no incluir el factor de apuntamiento en el modo exigido por el anexo I de la citada norma.

Estas alegaciones ya tuvieron respuesta en la Orden impugnada, que señala que se basan en una interpretación errónea de la normativa que estuvo en vigor hasta diciembre de 2018, ya que SEVAL vincula el precio de adquisición de la energía para la demanda en el despacho de producción de energía eléctrica de los territorios no peninsulares a los costes de liquidación aplicables a los generadores de energía. Sin embargo, los costes de generación variables que deben considerarse hasta diciembre de 2018 en el cálculo del factor de apuntamiento que afecta a la demanda son los costes variables de despacho, atendiendo al anexo I del Real Decreto 738/2015, de 31 de julio, los cuales están definidos en el Anexo VI del mismo.

No obstante, ante la alusión de SEVAL a los desajustes temporales e inadecuación de las cuantías de las liquidaciones llevadas a cabo por REE, se solicitó a la misma, durante la tramitación del procedimiento, información adicional al Operador del Sistema sobre el cálculo de las garantías exigidas a la comercializadora.

En el "Informe Adicional sobre el cálculo de garantías de la comercializadora Suministradora Eléctrica Vientos Alisios de Lanzarote, S.L" emitido por REE se hace constar, como antecedentes, que:

"Desde el 1 de septiembre de 2015 hasta el 17 de marzo de 2017, las liquidaciones provisionales y definitivas (C1 a C5) se realizaron sin el factor de apuntamiento corregido conforme al escrito de la Subdirección General de Energía Eléctrica (SGEE) de fecha 9 de octubre de 2018, ya que tanto en el numerador como en el denominador del factor de apuntamiento no se utilizaron los costes de despacho.



Desde el 18 de marzo de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2017 las liquidaciones provisionales y definitivas (C1 a C5) se realizaron sin el factor de apuntamiento corregido conforme al escrito de la SGEE ya que en el numerador del factor de apuntamiento se utilizaron los costes de despacho, no así en alguno de los doce meses anteriores que afectan al denominador.

Desde diciembre de 2017 a marzo de 2018, las liquidaciones definitivas (C5) se realizaron con el factor de apuntamiento corregido conforme al escrito de SGEE. Las liquidaciones provisionales (C1 a C4) se realizaron sin el factor de apuntamiento corregido conforme al escrito de SGEE, ya que en el numerador del factor de apuntamiento se utilizaron los costes de despacho, no así en alguno de los doce meses anteriores que afectan al denominador.

Desde abril de 2018, las liquidaciones provisionales y definitivas (C1 a C5) se realizaron conforme a lo dispuesto en el Anexo I del Real Decreto y no fue necesario aplicar ninguna corrección en la Liquidación Final Definitiva (C5) por cambio en el factor de apuntamiento.

El 9 de octubre de 2018 la SGEE solicitó la corrección de las liquidaciones de energía realizadas por el operador del sistema desde el 1 de septiembre de 2015 hasta el 17 de marzo de 2017 utilizando el coste de despacho para el cálculo del factor de apuntamiento. Esta corrección de las liquidaciones afecta también al denominador del factor de apuntamiento de los meses siguientes hasta marzo de 2018. Esta corrección se reflejó en:

. Liquidación Excepcional por otros motivos desde septiembre de 2015 a noviembre de 2017, meses que a dicha fecha tenían Liquidación Final Definitiva (C5).

. Liquidación Final Definitiva (C5) de diciembre de 2017 a marzo de 2018".

En dicho Informe, en respuesta a las aclaraciones solicitadas sobre la afectación de la corrección del factor de apuntamiento en el cálculo de las garantías exigidas a los sujetos de liquidación, se contesta:

1) Si la corrección del factor de apuntamiento efectuada tuvo una afectación directa en el cálculo de las garantías exigidas a los sujetos de liquidación en aplicación del procedimiento de operación 14.3.

Las garantías de operación básica (GOB) requeridas no se han visto afectadas. Las primeras GOB solicitadas después de la corrección fueron las del primer trimestre de 2019 que se calcularon con los importes de la Liquidación Final Definitiva Provisional (C4) de enero a marzo de 2018, realizadas antes de la corrección.

Las GOA requeridas en los meses desde noviembre de 2018 a julio de 2019 sí estuvieron afectadas por los meses que formaron la serie histórica empleada para el cálculo de las GOA en los que la Liquidación Final Definitiva (C5) se realizó con la corrección y las liquidaciones provisionales se realizaron sin la corrección. (...)

2) En el caso de que los importes de las garantías exigidas a SEVAL no hubiesen sido actualizados con los valores resultantes de los precios corregidos, se solicita a REE remita la tabla que contenga los importes de las garantías que hubiesen resultado exigidas, desde agosto de 2017 y hasta el último mes en que se hayan tenido en cuenta meses afectados por dicha corrección, aplicando los valores corregidos.

El punto 3.b de la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto 738/2015, de 1 de agosto, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y el procedimiento de despacho en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares estableció un mandato al operador del sistema para que en el plazo de tres meses enviara "una propuesta de modificación de los procedimientos de operación de los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares cuyo contenido sea necesario adaptar para recoger las modificaciones introducidas por el presente real decreto. Dicha propuesta incluirá el plazo necesario para adaptar los sistemas de información del operador del sistema y de los sujetos".

Si desde septiembre de 2015, los sistemas de información del OS hubieran estado adaptados al Real Decreto 738/2015, todas las liquidaciones desde septiembre de 2015 se habrían realizado con el factor de apuntamiento calculado con coste de despacho. Las garantías en euros que se hubieran exigido en agosto de 2007 y hasta julio de 2019 se muestran en la tabla siguiente: (...)

De esta tabla resulta que las garantías exigidas fueron superiores a las garantías que se hubieran exigido de haber tenido en cuenta el coste de despacho para determinar el factor de apuntamiento en las liquidaciones.

UNDÉCIMO.- Para la recurrente, en este escrito REE reconoce:

a) Que como Operador del Sistema incumplió el Real Decreto 738/2015, al aplicar su anexo I sin tener en cuenta uno de los factores incluidos en él -el de apuntamiento-;

b) Que el Ministerio no supervisó que los sistemas de información del OS estuvieran adaptados al citado Real Decreto, lo que permitió el reiterado incumplimiento por REE y motivó alteraciones en la forma de calcular las liquidaciones en el SENP canario desde 2015 hasta 2018;



c) Que el importe de las liquidaciones está directamente relacionado con el cálculo de las GOB y las GOA exigidas a los comercializadores; y

d) Que si REE hubiera observado lo previsto en el Real Decreto 738/2015 desde su entrada en vigor, no habría exigido a SEVAL en concepto de GOB y de GOA cantidades equivalentes a un exceso de más de 3.000.000 euros en el período comprendido entre agosto de 2017 y diciembre de 2018.

Por tanto, la Orden de inhabilitación fue adoptada cuando:

- El Ministerio sabía que había incumplido los plazos que establece el Real Decreto 738/2015 para la aprobación de las resoluciones de fijación de precios de combustible y de poder calorífico inferior, necesarias para la fijación del precio a efectos de despacho y de liquidación (artículo 40, disposición transitoria tercera y anexo VI del citado Real Decreto).

- El Ministerio tenía conocimiento por haberlo denunciado SEVAL en 2017 de la existencia de irregularidades en la aplicación del Real Decreto 738/2015, que motivaban un sobreesfuerzo económico y financiero por esta empresa, en materia de cálculo de liquidaciones y de prestación de garantías.

- El Ministerio tenía conocimiento de que REE había incumplido de manera sistemática con el Real Decreto 738/2015 desde el momento mismo de su aprobación, y por ello le requirió (escrito de 8 de octubre de 2018) para que procediera "a la inmediata corrección de las liquidaciones" giradas a SEVAL, lo que motivó la ya mencionada devolución de los indicados 551.378,09 € del exceso recaudado de los ejercicios 2015, 2016 y 2017.

- El Ministerio era conocedor desde el 5 de septiembre de 2019, fecha del registro de entrada que obra en la primera hoja del documento 08.02.01, de que REE reconocía, en la línea que ya había afirmado SEVAL en años anteriores, que se había producido un desajuste extraordinario en la prestación de garantías, superior en exigencia sobre la que hubiera debido producirse por una cantidad que excedía los 3.000.000 euros.

DUODÉCIMO. - El Real Decreto 738/2015 de 31 de julio regula la actividad de producción de energía eléctrica y el procedimiento de despacho en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares.

En los sistemas eléctricos no peninsulares no existe un mercado como el sistema peninsular, sino que la energía se adquiere en un despacho de producción en el que participan todas las instalaciones de producción, los comercializadores y los consumidores directos que operen en estos sistemas.

El precio de adquisición de la energía en el despacho de producción viene determinado en el artículo 70 RD 738/2015, siendo este el precio horario de adquisición de la demanda $Ph_{demanda}(j)$, expresado en €/MWh, definido en el anexo I.

Según este Anexo I, uno de los factores a tener en cuenta para el cálculo del precio horario de adquisición es el apuntamiento en la hora h . A su vez, para el cálculo del factor de apuntamiento en la hora h del sistema eléctrico aislado j , término $Ah(j)$, se definen los distintos costes que deben considerarse, entre ellos, los costes de generación variables de los grupos con régimen retributivo adicional:

«CG $_{vhRRA}(j)$: costes de generación variables de despacho en la hora h , excluyendo los costes de arranque de los grupos con régimen retributivo adicional del sistema eléctrico aislado j , en la programación final del despacho de producción, expresado en euros».

El RD 738/2015 establece dos tipos diferentes de costes variables de los grupos con régimen retributivo adicional: costes variables de generación a efectos de despacho, definidos en el artículo 61, y costes variables de generación a efectos de liquidación de la retribución, definidos en el artículo 31. Los costes variables de generación dependen, a su vez, del precio del combustible.

El texto citado del Anexo I establece que el apuntamiento se calculará con los «costes de generación variables de despacho en la hora h »; el anexo establece también que para determinar el precio de adquisición de cada hora hay que considerar en el cálculo los apuntamientos horarios de los doce meses naturales previos, término $Panualmóvil(j)$.

El punto 3.b de la Disposición Adicional Séptima estableció el mandato al operador del sistema para que remitiera a la Secretaría de Estado de Energía «Una propuesta de modificación de los procedimientos de operación de los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares cuyo contenido sea necesario adaptar para recoger las modificaciones introducidas por el presente real decreto. Dicha propuesta incluirá el plazo necesario para adaptar los sistemas de información del operador del sistema y de los sujetos».

Según se desprende de lo actuado en el presente procedimiento, los costes de generación variables de despacho, con las modificaciones introducidas en el Real Decreto, se implantaron para el despacho del día 18 de marzo



de 2017 en todos los sistemas de los territorios no peninsulares, cuando los sistemas de información del OS se adaptan al Real Decreto 738/2015.

Los costes disponibles hasta el 17 de marzo de 2017 son los costes de generación variables de liquidación calculados de acuerdo con lo dispuesto en el RD 738/2015. Por este motivo, el apuntamiento de cada hora de ese periodo se calculó con los costes de generación variables de liquidación de las instalaciones con régimen retributivo adicional.

A partir del 18 de marzo de 2017, tras la adaptación de los sistemas de información para recoger las modificaciones introducidas por el Real Decreto en el cálculo de los costes a efectos del despacho, el apuntamiento de cada hora se calculó utilizando los costes de generación variables de despacho.

Por ello, fue necesario efectuar la corrección de las liquidaciones de energía realizadas por el operador del sistema desde el 1 de septiembre de 2015 hasta el 17 de marzo de 2017 utilizando el coste de despacho para el cálculo del factor de apuntamiento, dando lugar a una Liquidación Excepcional por otros motivos en los meses para los que ya existía liquidación definitiva, y en los que no se había dictado aún, la corrección se efectuó en la Liquidación Definitiva Final. Ello determinó una devolución a la entidad recurrente de determinadas cantidades liquidadas en exceso en los ejercicios 2015, 2016 y 2017.

A su vez, el importe de las liquidaciones tiene relación directa con la determinación de las garantías ya que según el Procedimiento de Operación 14.3 "Garantías de pago", tanto la garantía de operación básica (GOB) como la garantía de operación adicional (GOA) se determinan con base en las liquidaciones realizadas a los sujetos del sistema: liquidaciones provisionales (C1 a C4) y definitivas (C5), de los 12 meses anteriores al mes para el que se están calculando las garantías.

Según el informe emitido por REE, como consecuencia de no haber practicado las liquidaciones calculando el factor de apuntamiento con el coste de despacho hasta que no fueron adaptados los sistemas de información, las garantías exigidas a SEVAL fueron superiores a las que se habrían exigido de haber tenido en cuenta el coste de despacho.

DÉCIMOTERCERO - Las circunstancias expuestas son admitidas por ambas partes.

Ahora bien, siendo eso así, lo que no ha quedado justificado es que ese exceso en la exigencia de garantías fuera la causa que motivó que SEVAL incumpliera su obligación de prestar las garantías exigidas, encontrándose en insuficiencia de garantías desde el mes de agosto de 2017 y no prestara garantía alguna desde febrero de 2018, llegando a tener una insuficiencia de garantías en el último día hábil del mes de agosto de 2018 por seguimiento diario de garantías de 2.925.000 € y por garantía de operación básica y adicional de 1.1462.188 €.

En efecto, SEVAL pretende establecer una relación de causalidad directa entre ese exceso de la exigencia de garantías consecuencia de no haber tenido en cuenta al practicar las liquidaciones el coste de despacho para calcular el factor de apuntamiento y su incumplimiento de la prestación de garantías, pero lo cierto es que esa relación no ha quedado acreditada en este procedimiento mediante prueba alguna, más allá de las alegaciones que se efectúan por la demandante. Al respecto cabe señalar que la prueba pericial propuesta por la recurrente y denegada por la Sala tenía por objeto determinar el perjuicio causado a la entidad como consecuencia de la inhabilitación, pero no las circunstancias que podrían haber justificado su incumplimiento, y en concreto que este hubiera venido motivado por el exceso de las garantías exigidas en relación con las que se hubieran exigido.

Como tampoco ha justificado que esta fuera la causa por la que, desde el inicio de su actividad incurriera en insuficiencia en la compra de energía, o la improcedencia de las liquidaciones por desvíos de la medida provocados por esa insuficiencia en la compra de energía, o el impago de estas liquidaciones.

En virtud de todo lo expuesto, la Orden de inhabilitación es conforme al Derecho y, por tanto, ha de rechazarse la pretensión de anulación de la misma, así como la indemnización por daños y perjuicios solicitada."

SÉPTIMO.- Realmente las razones expresadas en la sentencia de 18 de mayo, que hemos transcrito pese a su amplitud porque en ella se recogen de manera minuciosa los hechos acaecidos, nos han de llevar, también ahora, a rechazar la pretensión anulatoria de la resolución sancionadora.

Es verdad que buena parte de las alegaciones de la demanda han resultado acreditadas en el proceso, pues las liquidaciones tenidas en cuenta en su día para realizar el cálculo de las garantías fueron incorrectas, como consecuencia de que no se practicaran calculando el factor de apuntamiento con el coste de despacho hasta que no fueron adaptados los sistemas de información, lo cual motivo que su resultado excediera del que realmente correspondía, y habiéndose dado lugar por ello a un reintegro como consecuencia del exceso de recaudación.



Ahora bien, tal circunstancia no resulta ahora suficiente para anular la citada resolución sancionadora, ello si se repara en las cuatro siguientes consideraciones.

Así, la primera de ellas consiste en advertir que la recurrente en su momento no pudo escudarse, para justificar los déficits reiterados en la aportación de garantías suficientes, en el hecho de que las primeras liquidaciones -tenidas en cuenta para calcular el importe de esas garantías- reflejasen una cantidad superior a la que finalmente fue debida, pues no debió obviar que las mismas estaban arropadas de la presunción de validez y exactitud y, por tanto, hubo de atenerse a sus determinaciones.

En segundo lugar, resulta relevante significar que, con independencia de lo que aduce la demandante, los hechos relatados han puesto de manifiesto que sus incumplimientos, tanto en lo que respecta a la compra de energía como en cuanto a la prestación de garantías, han sido reiterados, pues: las compras de energía han sido insuficientes desde el inicio de su actividad de comercialización, sin que se atendiera dentro de plazo el pago de alguna de las liquidaciones por los desvíos en que incurrió, provocando que el importe no cubierto por garantías haya tenido que ser repercutido sobre el resto de sujetos del sistema, acreedores en las liquidaciones del Operador del Sistema; y, por otro lado, el estado de cosas llegó a tal punto que incluso la actora ya no contaba con ninguna garantía depositada desde febrero de 2018.

Consta la insuficiencia de dichas garantías desde el mes de agosto de 2017 y que las mismas no se prestaron desde febrero de 2018, llegando a tener una insuficiencia de garantías en el último día hábil del mes de agosto de 2018.

En este mismo sentido, en la sentencia de reiterada cita se hacía constar que con fecha 9 de febrero de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de REE de la misma fecha en el que, por una parte, se reiteraba la situación de insuficiencia de garantías ya indicada en el escrito de 4 de septiembre y se denunciaba un nuevo incumplimiento del pago de la liquidación del 26 de enero de 2018 por importe de 145.144,60 euros, con una cifra impagada de 45.144,60 euros, siendo ésta abonada con 152,72 euros de garantías y un pago de 44.991,88 euros el día 6 de febrero de 2018, destacándose que las garantías disponibles se quedaron en 0 euros.

Igualmente, el 27 de noviembre de 2018 tuvo entrada en la CNMC el informe mensual de servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de octubre de 2018, donde se ponía de manifiesto un impago en el último mes de 210.882,00 €, que sumado a anteriores impagos en plazo alcanzan a la fecha de cierre del informe el valor de 2.773.151 € con pérdida para acreedores de 1.400.433 €. En esos informes mensuales que REE viene enviando a la CNMC se señala que la evolución mensual del déficit de garantías ha continuado agravándose desde el primer incumplimiento de prestación de las mismas, llegando a tener un máximo incumplimiento por prestación de garantías por valor de más de 2.925.000 € en el mes de septiembre de 2018, destacando de nuevo que SEVAL no tiene garantías depositadas desde el mes de febrero de 2018.

Y en el informe mensual de los servicios de ajuste del OS de julio de 2019, se evidencia que SEVAL sigue teniendo un déficit de garantías básica y adicional de 920.213,00 €, y un déficit de garantías por seguimiento diario que asciende a 1.841.000 €.

Por otra parte, en el informe de la CNMC de 30 de julio de 2019 se recoge que, según se desprende de los informes mensuales de los servicios de ajuste del Operador del Sistema, la entidad no ha abonado algunas de las liquidaciones de desvíos de la medida provocados por la insuficiencia de compras de energía; y según el informe de los servicios de ajuste del sistema del mes de junio de 2019 del Operador del Sistema, constan impagos de liquidaciones de desvíos de energía por valor de 3.112.465 €, y que una vez ejecutadas todas las garantías depositadas junto a pagos posteriores, no han sido suficientes para cubrir las deudas pendientes, por lo que se ha tenido que minorar a los sujetos acreedores un total de 1.111.447 €.

En tercer lugar, sucede, tal y como se explica en la sentencia de reiterada cita, que la recurrente no ha justificado que el exceso en la exigencia de garantías fuera efectivamente la causa que motivó que incumpliera su obligación de prestar las garantías exigidas. Y al igual que tampoco ha probado que precisamente esa fuera también la causa por la que desde el inicio de su actividad incurrió en insuficiencia en el volumen de compra de energía, o del propio impago de las liquidaciones, lo que a su vez provocó que las garantías disponibles de SEVAL fueran en su momento de cero euros; encontrándose además en insuficiencia de garantías desde el 31 de agosto de 2017.

Por último y en cuarto lugar, no es tampoco baladí destacar que las circunstancias aducidas por la actora sin ninguna duda han sido tenidas en cuenta a la hora de graduar y determinar el importe de las respectivas sanciones en la resolución impugnada. Nótese, en este sentido, que la sanción correspondiente a la infracción leve por el incumplimiento de la obligación de prestar garantías se impuso en una cuantía mínima -10.000 euros-, cuando el intervalo de la multa prevista para este tipo de infracciones en el artículo 67 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico -que es aquí el caso-, puede alcanzar hasta 600.000 euros. Lo mismo



podrá decirse en relación a la infracción muy grave motivada en el incumplimiento de la falta de adquisición de energía suficiente, en que la multa impuesta asciende a 150.000 euros, y en cambio la prevista legalmente en dicho precepto no puede ser inferior a 6.000.001 euros ni superior a 60.000.000 de euros.

OCTAVO.- En sustento de la vulneración del principio non bis in ídem, que es el segundo de los motivos de la demanda, se aduce, tras recogerse abundante jurisprudencia constitucional que trata de dicho principio, que SEVAL ha sido objeto al mismo tiempo de la inhabilitación acordada a través de la Orden ministerial de 17 de septiembre de 2019 y de la sanción impuesta por la CNMC en la resolución impugnada en el presente proceso; llamándose la atención de que la tramitación del procedimiento de inhabilitación tuvo lugar cuando ya se estaba tramitando el procedimiento sancionador.

Se considera al respecto que entre ambos procedimientos concurre identidad del sujeto sancionado, de los hechos y de los fundamentos, ello toda vez que: la orden por la que se acuerda la inhabilitación se dicta tras la constatación de la falta de prestación de garantías y de compra de energía suficiente para los consumidores, conforme a los informes de REE y de CNMC, a la vez que la CNMC ha sancionado por estos mismos hechos; la inhabilitación ministerial se fundamenta en el incumplimiento por parte de SEVAL de los requisitos para ejercer la actividad de comercialización, regulados en la Ley 24/2013 y en el Real Decreto 1955/2000, así como el Procedimiento Operativo 14.3, y la CNMC sanciona en base a idénticos fundamentos, que considera como incumplimientos de lo previsto en los artículos 64. 39 y 66.2 de la Ley 24/2013; y, por último, también hay identidad en cuanto a los bienes jurídicos protegidos.

En este mismo orden de cosas, la demandante considera muy débil el argumento dado por la CNMC para rechazar el argumento análogo aducido en la vía administrativa, cuando señala que la inhabilitación que el Ministerio puede imponer al amparo del artículo 47 de la LSE no constituye una sanción; pues, aunque la misma encaje en las denominadas medidas de restablecimiento de la legalidad, no puede obviarse que en ocasiones estas medidas también se contemplan como sanciones propiamente dichas, en cuyo caso deberán aplicarse las normas y las garantías propias de la potestad sancionadora (STC 115/1987, de 7 de julio, y STC 201/2016), lo que a su vez incluye la interdicción constitucional del non bis in ídem. Y en este sentido se recuerda que la propia Ley 24/2013 del Sector Eléctrico tipifica dicha inhabilitación como una sanción accesoria (a la multa) en las infracciones muy graves y graves (artículos 67, 68 en alguna de las infracciones).

Por lo tanto, a su juicio, no puede sostenerse que unos mismos hechos, con idénticos fundamentos y bienes jurídicos protegidos, puedan motivar su inhabilitación por el Ministerio y a la vez que se le sancione con la multa impuesta por la CNMC, no siendo lógico que ostenten dos naturalezas distintas. En definitiva, que la caracterización de la inhabilitación en la propia LSE como sanción implica que la inhabilitación decretada por el Ministerio ha de tener éste mismo carácter, de suerte que se ha incurrido en una vulneración del artículo 25 de la Constitución.

NOVENO.- En el mencionado recurso 798/2019 la propia mercantil actora ya planteó en similares términos el motivo de la vulneración del principio del non bis in ídem, que no fue acogido entonces por esta Sala en base a las razones que se recogen en el fundamento de derecho sexto de la mencionada sentencia, los cuales perfectamente nos sirven ahora para hacer lo propio.

Y reza el referido fundamento:

"SEXTO.- El segundo motivo de impugnación que se invoca es la nulidad de la Orden impugnada por quebrantamiento del principio constitucional del non bis in ídem, fundamentado en el hecho de que SEVAL fue objeto, al mismo tiempo, de la inhabilitación acordada por la Orden ministerial de 17 de septiembre de 2019 y de la sanción impuesta por la CNMC el 3 de octubre de 2019. Aduce que concurren identidad tanto del sujeto sancionado, como de los hechos y fundamento, teniendo en cuenta que SEVAL fue inhabilitada por el Ministerio y sancionada por la CNMC por la falta de presentación de garantías y la falta de compra de energía a los consumidores.

Este razonamiento no puede ser acogido puesto que el principio non bis in ídem proscribe sancionar dos veces por los mismos hechos, y en el caso de la inhabilitación no estamos ante una medida sancionadora sino ante un acuerdo que, por más que tenga contenido desfavorable, no tiene carácter sancionador.

En tal sentido nos pronunciamos en nuestras SSAN, 4ª de 16 de diciembre de 2015 (rec. 354/2013) y 14 de noviembre de 2018 (rec. 314/2016) cuyos argumentos son plenamente trasladables:

«La Sala no considera que la medida adoptada pueda ser calificada como una sanción, en la medida en que ni la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, aplicable ratione temporis (en adelante LSE97), la configura como una sanción, ni un análisis de su régimen jurídico permite, por más que se trate de un medida desfavorable, atribuirle carácter el carácter represivo propio de las sanciones administrativas (STC 39/2011,



de 31 de marzo , entre otras) que conllevaría la aplicación de las exigencias del procedimiento administrativo sancionador.

Que la LSE97 no configura el traspaso de clientes como una sanción lo pone de manifiesto el hecho de que la habilitación conferida por su art. 44.5 al Ministerio de Industria, Energía y Minas para acordar el traspaso de clientes de una comercializadora cuando incumplan determinadas obligaciones, "se entenderá sin perjuicio de las sanciones que puedan derivarse de acuerdo con lo establecido en el Título VI de la presente Ley" (último inciso del precepto citado). Es decir, la configuración legal de la potestad en cuestión es independiente de si, además, por concurrir los elementos característicos del derecho administrativo sancionador, el incumplimiento de obligaciones que justifica la medida que el precepto habilita a tomar constituye una infracción administrativa. De hecho, en el presente caso se siguió un procedimiento sancionador que concluyó con la imposición de una sanción a la demandante.

Tampoco el análisis material del precepto invocado tolera afirmar que estamos en presencia de una medida represiva, esto es, materialmente sancionadora. En efecto, el art. 45.1 LSE 97 establece las obligaciones de las empresas comercializadoras de energía eléctrica, mientras que el art. 44.5 incluye la previsión de un tratamiento especial para los consumidores vulnerables, establece las garantías del consumidor para el cambio de suministro y, como medida complementaria, faculta al Ministerio de Industria, Energía y Minas para acordar el traspaso de clientes cuando el suministrador incumpla alguna de las obligaciones que específicamente indica -no todas ni cualquiera de ellas-. Se trata por ello de una medida prevista para la protección de los consumidores frente al incumplimiento por parte del comercializador de determinadas obligaciones, o incluso, en garantía del correcto funcionamiento del sistema eléctrico en un aspecto de su economía de particular relevancia."

DÉCIMO.- Por todo lo expuesto en los precedentes fundamentos jurídicos, en fin, procede desestimar el presente recurso contencioso administrativo; lo que conlleva la consiguiente imposición de costas a la parte recurrente, en aplicación el principio del vencimiento objetivo y según lo que establece el artículo 139.1 de la LJCA.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLAMOS

Que **desestimamos** el presente recurso contencioso administrativo nº **919/2019**, interpuesto por la representación procesal de la mercantil **Suministradora Eléctrica Vientos Alisios de Lanzarote, S.L. (SEVAL)** contra la Resolución de Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada por su sesión de 3 de octubre de 2019 en el Expediente SNC/DE/130/17, y por la que se resuelve el procedimiento sancionador por la infracción reiterada de falta de adquisición de la energía eléctrica necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro y la de insuficiencia de garantías ante el operador del sistema.

Imponiéndole las costas causadas por la interposición de dicho recurso.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.