

## **RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ENERGÍA LIBRE COMERCIALIZADORA, S.L.U. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ABONO DE LOS PEAJES DE ACCESO A LA RED DE DISTRIBUCIÓN**

(SNC/DE/138/21)

### **CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

#### **Presidente**

D. Ángel Torres Torres

#### **Consejeros**

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez

#### **Secretario**

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 1 de diciembre de 2022

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 73.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante «Ley 24/2013»), la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

## ÍNDICE

<b>I. ANTECEDENTES.....</b>	<b>3</b>
<b>Primero. Denuncia de [DISTRIBUIDORA 1] .....</b>	<b>3</b>
<b>Segundo. Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador .....</b>	<b>3</b>
<b>Tercero. Alegaciones de ENERLI .....</b>	<b>3</b>
<b>Cuarto. Acto de instrucción.....</b>	<b>4</b>
<b>Quinto. Propuesta de resolución.....</b>	<b>4</b>
<b>Sexto. Finalización de la instrucción y remisión del expediente a la         Secretaría del Consejo.....</b>	<b>5</b>
<b>Séptimo. Acuerdo de recalificación del expediente.....</b>	<b>5</b>
<b>Octavo. Alegaciones de ENERLI al Acuerdo de recalificación.....</b>	<b>6</b>
<b>Noveno. Informe de la Sala de Competencia.....</b>	<b>7</b>
<b>II. HECHOS PROBADOS .....</b>	<b>7</b>
<b>III. FUNDAMENTOS DE DERECHO .....</b>	<b>7</b>
<b>Primero. Habilitación competencial y legislación aplicable .....</b>	<b>7</b>
<b>Segundo. Contestación a las alegaciones de ENERLI.....</b>	<b>8</b>
<b>Tercero. Tipificación de los hechos probados .....</b>	<b>11</b>
<b>Cuarto. Culpabilidad de ENERLI en la comisión de la infracción .....</b>	<b>12</b>
A. Consideraciones generales sobre la culpabilidad .....	12
B. Examen de las circunstancias concurrentes en el caso de la infracción cometida por ENERLI .....	13
<b>Quinto. Sanción aplicable a la infracción grave cometida .....</b>	<b>13</b>
<b>IV. RESUELVE.....</b>	<b>15</b>

## I. ANTECEDENTES

### Primero. Denuncia de [DISTRIBUIDORA 1]

El 27 de septiembre de 2021, se registró en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «CNMC»), por parte de la sociedad [DISTRIBUIDORA 1], escrito de denuncia de 23 de septiembre, respecto de la situación de peajes de acceso a red facturados a la comercializadora ENERGÍA LIBRE COMERCIALIZADORA, S.L.U. (en adelante «ENERLI»).

En dicho escrito se exponía que la cantidad total adeudada a esta distribuidora en concepto de facturación de peajes de acceso a la red ascendía a [CONFIDENCIAL] euros, siendo la deuda vencida de [CONFIDENCIAL] euros.

Se adjuntaban como anexo a la referida denuncia los datos identificativos de las remesas impagadas y se señalaba que estos mismos hechos habían sido puestos en conocimiento de la Dirección General de Política Energética y Minas.

### Segundo. Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador

El 30 de septiembre de 2021, la Directora de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Ley 3/2013») y en el artículo 23.f) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Estatuto de la CNMC»), acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra ENERLI, por presunto incumplimiento de la obligación de pago de los peajes de acceso a la red de distribución prevista en el artículo 46.1.d) de la Ley 24/2013.

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban como infracción grave prevista en el artículo 65.3 de la Ley 24/2013.

El acuerdo de incoación se notificó por medios electrónicos a ENERLI el 4 de octubre de 2021.

ENERLI presentó alegaciones al acuerdo de incoación, que tuvieron entrada en el registro de la CNMC el 13 de octubre de 2021.

### Tercero. Alegaciones de ENERLI

En su escrito de alegaciones, ENERLI expone los siguientes argumentos:

- Reconocimiento del hecho: ENERLI no niega el hecho y reconoce su responsabilidad en el impago de los peajes facturados.
- Falta de tipicidad: ENERLI considera que no se ha producido el hecho típico porque solamente se habría producido un retraso que, además, se habría intentado subsanar de manera diligente. Aduce también ENERLI que la calificación de la conducta como grave es excesiva, lo que supondría un error en la tipificación.
- Falta de culpabilidad: El impago de los peajes habría sido consecuencia de factores exógenos imprevisibles e imposibles de controlar para ENERLI (reducción del IVA para consumidores, que las comercializadoras deben adelantar; problemas operativos de las distribuidoras en la facturación; incremento inusual de precios en el mercado mayorista), la cual habría desplegado toda la diligencia exigible para minorar la perturbación ocasionada por el impago, proponiendo a la acreedora mecanismos de resarcimiento. ENERLI habría manifestado una clara voluntad de cumplimiento de sus obligaciones, siendo su deuda a la fecha del escrito de alegaciones «sensiblemente» inferior a la existente cuando la distribuidora les requirió por primera vez.
- Falta de proporcionalidad: Alega por último ENERLI que la imposición de una sanción grave (entre 600.001 euros y 6.000.000 euros), sería desproporcionada a la entidad de la presunta infracción.

ENERLI finaliza el escrito solicitando el archivo del presente procedimiento.

#### **Cuarto. Acto de instrucción**

Vistas las alegaciones presentadas por ENERLI la Directora de Energía de la CNMC, de conformidad con el artículo 75 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante «LPAC») requirió el 26 de octubre de 2021 a **[DISTRIBUIDORA 1]** para que, en el plazo de diez días desde la recepción de la notificación, confirmase, desmintiera o precisara los hechos expuestos por ENERLI y, en particular, sobre la existencia de pagos parciales de la deuda pendiente y de tratos preliminares con la finalidad de alcanzar un acuerdo de pagos.

El oficio de información fue leído por la distribuidora el 27 de octubre de 2021, sin que conste escrito de respuesta.

#### **Quinto. Propuesta de resolución**

El 30 de noviembre de 2021 la Directora de Energía de la CNMC formuló propuesta de resolución en la que propuso que se archivara el procedimiento sancionador en los siguientes términos:

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Directora de Energía de la CNMC

### **ACUERDA**

Proponer a la Sala de Supervisión Regulatoria, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

**PRIMERO.** - Declare que la sociedad ENERGÍA LIBRE COMERCIALIZADORA, S.L.U. no es responsable de la comisión de una infracción grave del artículo 65.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del impago de peajes de distribución a **[DISTRIBUIDORA 1]**.

**SEGUNDO.** - Proceda al archivo del presente procedimiento sancionador en los términos previstos en el artículo 89 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La propuesta de resolución se notificó por medios electrónicos a ENERLI el 1 de diciembre de 2021 sin que la empresa presentara alegaciones.

### **Sexto. Finalización de la instrucción y remisión del expediente a la Secretaría del Consejo**

Por medio de escrito de 10 de enero de 2022, la Directora de Energía remitió a la Secretaría del Consejo de la CNMC la propuesta de resolución junto con el resto de los documentos que conforman el expediente administrativo en los términos previstos en el artículo 89 LPAC.

### **Séptimo. Acuerdo de recalificación del expediente**

El 16 de junio de 2022 la Sala de Supervisión Regulatoria acordó la recalificación del expediente sancionador, confiriendo un plazo de quince días a ENERLI para que aportara cuantas alegaciones estimase convenientes en los términos del artículo 90.2 de la LPAC.

En aquel Acuerdo, esta Sala se expresaba en los siguientes términos:

*La propuesta de resolución formulada por el órgano instructor, consideraba la conducta desarrollada por ENERGÍA LIBRE COMERCIALIZADORA, S.L.U. como típica a los efectos de la infracción prevista en el artículo 65.3 de la Ley 24/2013, al valorar que la incoada había incumplido su obligación de pago, habiendo reconocido la conducta. No obstante, el órgano instructor consideró que no concurría el requisito de culpabilidad dada la «probada voluntad de pago» por parte de ENERGÍA LIBRE COMERCIALIZADORA, S.L.U.*

*A juicio de esta Sala, sin embargo, la conducta desarrollada por ENERGÍA LIBRE COMERCIALIZADORA, S.L.U. sí es reprochable a título sancionador. La*

*diligencia que es exigible a un sujeto comercializador a los efectos de desempeñar su actividad implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos, entre las que se encuentra la obligación del abono de peajes previsto en el artículo 46.1.d) de la Ley 24/2013*

[...]

*A tenor del desarrollo de la instrucción, no puede considerarse que la conducta de ENERGÍA LIBRE COMERCIALIZADORA, S.L.U. haya de ser considerada dolosa, pero sí se aprecia la existencia de culpabilidad por falta de diligencia en la labor comercializadora.*

[...]

*Es preciso además recordar que —aunque aquí no se ha acreditado el pago— el tipo se perfecciona por el mero transcurso del plazo reglamentario de veinte días naturales para el abono de los peajes, previsto en el artículo 4 del Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre, por el que se establecen tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica.*

[...]

*Considerados los criterios citados en el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 y el principio de proporcionalidad, se valora la sanción a imponer a ENERGÍA LIBRE COMERCIALIZADORA, S.L.U. en la cuantía de 60.000 euros, debiendo además imponerse la obligación de restituir el importe impagado a la distribuidora de conformidad con lo previsto en el artículo 69.1.a) de la Ley 24/2013.*

El Acuerdo de recalificación fue notificado a ENERLI el día 21 de junio de 2022. ENERLI presentó alegaciones que tuvieron entrada en la CNMC el día 12 de julio de 2022.

### **Octavo. Alegaciones de ENERLI al Acuerdo de recalificación**

En su escrito frente al Acuerdo de recalificación, además de remitirse a los argumentos ya manifestados frente a la incoación, ENERLI plantea las siguientes alegaciones:

- Alteración del criterio de la CNMC: Según ENERLI la CNMC habría incurrido en un cambio injustificado de criterio, por cuanto la Dirección de Energía archivó un procedimiento sustancialmente idéntico frente a ODF ENERGÍA, empresa perteneciente al mismo grupo empresarial que la incoada.
- Pago de la deuda: ENERLI aporta documentación que acredita el ingreso de **[CONFIDENCIAL]** euros a la distribuidora denunciante el día 25 de

octubre de 2021, con lo que habría quedado satisfecha la deuda vencida a la fecha de la denuncia.

## **Noveno. Informe de la Sala de Competencia**

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

## **II. HECHOS PROBADOS**

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se consideran hechos probados en este procedimiento sancionador los siguientes:

**ÚNICO.** La sociedad ENERGÍA LIBRE COMERCIALIZADORA, S.L.U. ha dejado de abonar oportunamente el pago de los peajes de acceso a la red de distribución de la sociedad **[DISTRIBUIDORA 1]** por un importe total que asciende a **[CONFIDENCIAL]** euros, siendo la deuda vencida de **[CONFIDENCIAL]** euros. Así lo reconoce la propia ENERLI.

El pago final de la citada cantidad se produjo con posterioridad al vencimiento del plazo reglamentario, según se acredita con los justificantes de transferencia remitidos por ENERLI en las alegaciones al Acuerdo de recalificación de esta Comisión de 16 de junio de 2022.

## **III. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero. Habilitación competencial y legislación aplicable**

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013, corresponde a la CNMC imponer sanciones por la comisión de la infracción administrativa prevista en el artículo 65.3 de la misma Ley.

Dentro de la CNMC, de acuerdo con los artículos 29 y 21.2.b) de la Ley 3/2013, así como con el artículo 14.2.b) del Estatuto de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria la resolución del presente procedimiento, previo informe de la Sala de Competencia.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el título X de la citada Ley 24/2013. El artículo 79 de la Ley misma dispone un plazo de dieciocho meses para resolver y notificar el presente procedimiento sancionador.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en la LPAC; asimismo, resultan de aplicación los principios de la potestad sancionadora contenidos en

el capítulo III del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante «LRJSP»).

## **Segundo. Contestación a las alegaciones de ENERLI**

ENERLI presentó escrito de alegaciones al Acuerdo de recalificación, que tuvo entrada en esta Comisión el día 12 de julio de 2022. Por medio de dicho escrito ENERLI solicita que se archiven las actuaciones o, subsidiariamente, se minore el importe de la sanción en atención a las circunstancias concurrentes.

A continuación se examinan conjuntamente las alegaciones de ENERLI al Acuerdo de incoación y al de recalificación.

### **1. Sobre la presunta falta de tipicidad:**

Alega en primer lugar ENERLI que el hecho típico no se habría producido porque no ha habido un impago sino un mero retraso y en todo caso la conducta no podría calificarse como grave. Además, aduce que ha actuado diligentemente para intentar minimizar el perjuicio causado.

Como ya se manifestó en el Acuerdo de recalificación, la tipificación de la conducta está sólidamente fundamentada en la literalidad de los preceptos legales, que han sido interpretados de manera coherente por esta Sala. La diligencia que es exigible a un sujeto comercializador a los efectos de desempeñar su actividad implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos, entre las que se encuentra la obligación del abono de peajes previsto en el artículo 46.1.d) de la Ley 24/2013. La propia propuesta de resolución se expresa en los siguientes términos:

*Es necesario insistir que, si bien es cierto que la actividad de comercialización se encuentra liberalizada (o sometida a una menor intensidad regulatoria), su ejercicio no está exento del cumplimiento de obligaciones normativas, como en el presente caso el pago de los correspondientes peajes de acceso, debiendo, para ello, cubrirse frente al riesgo de las subidas de las materias primas, en este caso el gas natural y, por consiguiente, del precio del mercado mayorista de electricidad, como han realizado, por otra parte, la inmensa mayoría de las comercializadoras, hasta el punto de que solo algunas de ellas, entre las que destaca ENERGÍA LIBRE COMERCIALIZADORA, S.L.U., de las más de cuatrocientas que operan actualmente en el mercado español ha procedido a no poder abonar los peajes de acceso a las redes de distribución, incumpliendo así con una de las obligaciones básicas de los comercializadores de electricidad.*

Es preciso además recordar que el tipo se perfecciona por el mero transcurso del plazo reglamentario de veinte días naturales para el abono de los peajes, previsto en el artículo 4 del Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre, por el que se establecen tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de

energía eléctrica. Al respecto, esta Sala ya tuvo oportunidad de pronunciarse en el SNC/DE/067/21:

*El argumento principal de LUVON es que los peajes no han sido abonados en el plazo de veinte días naturales por causas ajenas a su voluntad, entre las que cita la falta de remisión completa de las lecturas de los suministros por parte de la distribuidora o el «desorden» de los ficheros en los que se remitían los datos.*

*Sin perjuicio de que las alegaciones de LUVON pudieran conducir a la apertura de una investigación por parte de la Dirección de Energía, sí que podemos afirmar que esos hipotéticos incumplimientos por parte de la distribuidora no alteran en lo sustancial el tipo infractor, que se ha perfeccionado por el mero transcurso del plazo reglamentario para hacer efectivo el pago de los peajes de acceso a la red de distribución.*

En sentido similar se resolvió el expediente SNC/DE/148/21.

A juicio de esta Sala no suscita dudas la incardinación de la conducta de ENERLI dentro del tipo previsto en el artículo 65 de la Ley 24/2013, motivo por el cual se rechaza la alegación.

## 2. Sobre la presunta falta de culpabilidad

Según ENERLI el impago de los peajes habría sido consecuencia de factores exógenos imprevisibles e imposibles de controlar para ENERLI, la cual habría desplegado toda la diligencia exigible para minorar la perturbación ocasionada por el impago, proponiendo a la acreedora mecanismos de resarcimiento.

Esta Sala ya ha tenido oportunidad de manifestarse en numerosas ocasiones sobre la concurrencia de la culpabilidad en las comercializadoras que incumplen sus obligaciones relativas al abono de los peajes de acceso a la red de distribución. El propio Acuerdo de recalificación insistía en que los hechos acreditados durante la instrucción no permitían considerar la existencia de una conducta dolosa, pero sí se apreciaba la existencia de culpabilidad por falta de diligencia en la labor comercializadora. Al respecto se citaba un extracto del SNC/DE/049/21:

*El impago por la comercializadora es una conducta que debe calificarse como culpable, ya que no ha desplegado la diligencia que es exigible a un sujeto comercializador para desempeñar su actividad, y que comporta el cumplimiento puntual de las obligaciones propias de estos sujetos, entre ellas, la obligación de hacer efectivos los importes de los peajes de acceso descrita en el artículo 46.1.d) de la Ley 24/2013.*

*Esta diligencia debe incluir la previsión de las distintas contingencias de la labor propia de la comercialización como pueda ser el alto precio de la energía o la falta de financiación, que son riesgos propios de la actividad de comercialización, y no causas que puedan justificar y exonerar de la responsabilidad sancionadora.*

En lo que respecta a las circunstancias alegadas por ENERLI en términos de negociación del pago con la acreedora, éstas no pueden considerarse idóneas para enervar la culpabilidad, por cuanto que no justifican la conducta típica, ni acreditan una actuación diligente, sino que se limitan a exponer las acciones de ENERLI tendentes a la minoración de los efectos del ilícito. Esta clase de alegaciones pueden ser tenidas en cuenta en sede de proporcionalidad, pero no permiten exonerar a la empresa de la responsabilidad en que ha incurrido, como ya se afirmó en el SNC/DE/037/20.

Las alegadas irregularidades en la actuación de la distribuidora son sin duda aspectos relevantes en la relación entre comercializadora y distribuidora y en las que no es descartable de plano la intervención del regulador, pero no son elementos decisivos a la hora de valorar el cumplimiento de una obligación normativa de importancia tan esencial como es el puntual pago de los peajes de acceso, que constituyen uno de los ingresos más relevantes del sistema eléctrico a tenor de lo previsto en el artículo 13.2.a) de la Ley 24/2013.

### 3. Sobre la presunta falta de proporcionalidad

La infracción cometida por ENERLI se tipifica como grave en el artículo 65.3 de la Ley 24/2013, previendo el artículo 67.1.b) de la misma ley una sanción mínima de 600.001 euros.

La incardinación de la conducta en el tipo como infracción grave es corolario de la propia descripción del ilícito, previsto por expresa voluntad del legislador en el catálogo de las infracciones graves. No obstante lo anterior, el propio Acuerdo de recalificación proponía una sanción de 60.000 euros, esto es, diez veces inferior a la mínima prevista para las infracciones graves, haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 67.3 de la Ley 24/2013.

### 4. Sobre el presunto cambio de criterio de la CNMC

En sus alegaciones al Acuerdo de recalificación, ENERLI expone que la CNMC ha actuado de manera divergente en asuntos sustancialmente iguales, ya que la Dirección de Energía archivó un procedimiento idéntico frente a ODF ENERGÍA, empresa perteneciente al mismo grupo empresarial que la incoada.

En primer lugar, es preciso destacar que no se trata de procedimientos idénticos, puesto que en el sancionador tramitado frente a ODF ENERGÍA la empresa incoada justificó el pago íntegro de la deuda en las alegaciones al acuerdo de incoación, mientras que ENERLI, en el mismo trámite, se limitó a afirmar que la deuda era ya «sensiblemente inferior» a la existente en el momento de ser requerida por primera vez, sin concretar qué pago se había producido y sin justificarlo documentalmente.

En relación con la falta de abono de peajes de acceso a la red de distribución, o el retraso en el pago, el parecer de esta Sala ha sido constante al considerar que se trata de una conducta que perjudica al conjunto del sistema y a sus integrantes y, por tanto, debe ser adecuadamente sancionada, sin perjuicio de la toma en consideración de los elementos de cada caso particular.

En el ya citado SNC/DE/037/20 se sancionó a la comercializadora por el impago de los peajes de acceso a la red de distribución, a pesar de que se había alegado igualmente la existencia de negociaciones para minorar el importe de la deuda, así como sucesivos intentos de acordar un plan de pagos. En aquel expediente, decíamos:

*[...] En cuanto a la alegada voluntad de pago por parte de la comercializadora, se trata de una cuestión que en ningún caso altera el perfeccionamiento del tipo y la culpabilidad.*

En el presente caso, la Dirección de Energía, en el ejercicio de sus atribuciones, elevó la propuesta de archivo de las actuaciones por considerar que se había producido una conducta típica en la que no concurría el requisito de culpabilidad. Esta Sala ha decidido recalificar la conducta con arreglo a lo previsto en el 90.2 de la LPAC y en coherencia con las consideraciones sobre culpabilidad que se han vertido en las numerosas resoluciones que se encuentran publicadas.

## 5. Sobre el alegado pago de la deuda

En las alegaciones al Acuerdo de recalificación, ENERLI aporta documentación que acredita el ingreso de **[CONFIDENCIAL]** euros a la distribuidora denunciante el día 25 de octubre de 2021, con lo que habría quedado satisfecha la deuda vencida a la fecha de la denuncia.

Esta información, que no había sido aportada hasta el 12 de julio de 2022, no es suficiente para descartar la responsabilidad de ENERLI. Como se ha examinado en la respuesta a las alegaciones sobre tipicidad y culpabilidad, el mero retraso es suficiente para considerar perfeccionada la infracción, sin perjuicio de que la satisfacción del importe pueda ser tenida en cuenta en sede de proporcionalidad, habida cuenta la probada voluntad de ENERLI de saldar la deuda, como ha quedado acreditado con el pago.

## **Tercero. Tipificación de los hechos probados**

El artículo 65.3 de la Ley 24/2013 tipifica como infracción grave:

*El incumplimiento de las obligaciones resultantes del sistema de peajes, o de sus criterios de recaudación, cuando no suponga un perjuicio grave para el sistema eléctrico. En particular se entenderá como incumplimiento de dichas obligaciones la falta de abono del peaje de acceso a las redes de transporte y*

*distribución por parte del comercializador en los términos del párrafo d) del artículo 46.1 de esta ley.*

La Ley 24/2013 en su artículo 46.1 d) establece las obligaciones de las empresas comercializadoras, en relación con el suministro, entre las que se encuentra:

*Contratar y abonar el peaje de acceso a las redes de transporte y distribución correspondiente a la empresa distribuidora a partir de los datos de facturación, con independencia de su cobro del consumidor final, así como abonar los precios y cargos conforme a lo que reglamentariamente se determine, con independencia de su cobro del consumidor final.*

De acuerdo con los Hechos Probados de este procedimiento, ENERLI ha incumplido su obligación de abono de los peajes de acceso a la red de distribución. Esta conducta resulta típica en relación con lo dispuesto en el artículo 65.3 de la Ley 24/2013.

## **Cuarto. Culpabilidad de ENERLI en la comisión de la infracción**

### **A. Consideraciones generales sobre la culpabilidad**

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

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa se desprende del artículo 28.1 de la LRJSP según el cual «Solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas [...] que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa». Así como en reiterada jurisprudencia (STS de 22 de abril de 1991, sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª y de 23 de febrero de 2012, sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª).

En todo caso, el elemento subjetivo de la culpabilidad se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª ECLI:ES:TS:1991:481), en su fundamento de derecho 4, indica:

*Por último, en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse que, sin*

*negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta. No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe.*

## **B. Examen de las circunstancias concurrentes en el caso de la infracción cometida por ENERLI**

La diligencia que es exigible a un comercializador en su condición de sujeto de mercado implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos, entre las que se encuentra la obligación descrita en el artículo 46.1.d) de la Ley 24/2013: «Contratar y abonar el peaje de acceso a las redes de transporte y distribución correspondiente a la empresa distribuidora a partir de los datos de facturación, con independencia de su cobro del consumidor final, así como abonar los precios y cargos conforme a lo que reglamentariamente se determine, con independencia de su cobro del consumidor final».

Es necesario insistir en que, si bien es cierto que la actividad de comercialización se encuentra liberalizada, su ejercicio no está exento del cumplimiento de obligaciones normativas, como en el presente caso el pago de los correspondientes peajes de acceso.

El impago por la comercializadora es una conducta que debe calificarse como culpable, ya que no ha desplegado la diligencia que es exigible a un sujeto comercializador para desempeñar su actividad, y que comporta el cumplimiento puntual de las obligaciones propias de estos sujetos, entre ellas, la obligación de hacer efectivos los importes de los peajes de acceso descrita en el artículo 46.1.d) de la Ley 24/2013.

Este tipo de situaciones, que además no han sido justificadas, no pueden permitir el impago de los peajes que conlleva, además, que otros sujetos del sector deban afrontarlo frente al sistema de liquidaciones.

### **Quinto. Sanción aplicable a la infracción grave cometida**

El artículo 67 de la Ley 24/2013 prevé una multa de hasta 6.000.000 euros por la comisión de una infracción grave. No obstante, la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor (artículo 67.2 de la Ley 24/2013). Por su parte, el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar las sanciones:

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

En el presente caso, no concurre ninguna de las circunstancias objetivas determinantes de una especial gravedad del comportamiento enjuiciado, en lo relativo a peligro, importancia del daño, cuantía relevante del beneficio obtenido o impacto sobre la sostenibilidad del sistema.

El artículo 67.1.b) de la Ley 24/2013 establece, para la comisión de infracciones graves, la imposición de una multa por importe no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros. No obstante, se considera que las circunstancias del presente caso justifican la aplicación del artículo 67.3 de la Ley 24/2013, en cuanto permite determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase de infracción que preceda en gravedad. En este sentido, se estima que procede determinar la cuantía de la sanción a imponer a ENERLI aplicando la escala prevista para las infracciones leves en el artículo 67.1.c).

Valorados los criterios citados en el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 en relación con el peligro resultante de la infracción, la importancia del daño, perjuicios sobre el suministro, grado de participación, beneficio obtenido, intencionalidad e impacto sobre la sostenibilidad del sistema, considerado el principio de proporcionalidad y visto el contenido y alcance del incumplimiento según consta en los hechos probados, se sanciona a ENERLI con una multa de sesenta mil (60.000) euros.

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

## IV. RESUELVE

**PRIMERO.** — Declarar que la sociedad ENERGÍA LIBRE COMERCIALIZADORA, S.L.U. es responsable de la comisión de una infracción grave del artículo 65.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del retraso en el pago de peajes de distribución a **[DISTRIBUIDORA 1]** de los importes reflejados en el hecho probado de esta Resolución.

**SEGUNDO.** — Imponer a la sociedad ENERGÍA LIBRE COMERCIALIZADORA, S.L.U. una sanción consistente en el pago de una multa de SESENTA MIL EUROS (60.000 €) por la comisión de la citada infracción grave.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.