

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A HISPANO TEX, S.A.U., POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR LAS GARANTÍAS EXIGIDAS POR EL OPERADOR DEL SISTEMA ELÉCTRICO

SNC/DE/010/22

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D^a María Ortiz Aguilar

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 24 de noviembre de 2022

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

ANTECEDENTES

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

El 18 de enero de 2022 se recibió en el Registro de la CNMC un escrito de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., en su condición de Operador del Sistema (en adelante REE u OS), adjuntando Informe acerca de un incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por este operador, por parte de la HISPANO TEX, S.A.U. (en adelante, HISPANO TEX) en los siguientes extremos:

“Obligación de prestación de garantías establecida en el párrafo e) del artículo 46.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Las garantías por valor de 63.000 euros fueron requeridas con fecha límite de 29 de diciembre de 2021.”

SEGUNDO. Acuerdo de incoación y ausencia de alegaciones

Con fecha 2 de marzo de 2022 la Directora de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Ley 3/2013») y en el artículo 23.f) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Estatuto Orgánico de la CNMC»), acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra HISPANO TEX, por presunto estado de insuficiencia de las garantías exigidas por el Operador del Sistema con fecha límite de 29 de diciembre de 2021.

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

El acuerdo de incoación notificado por vía postal el 15 de marzo de 2022.

TERCERO. ALEGACIONES DE HISPANO TEX, S.A.

Con fecha de 11 de abril de 2022 tiene entrada en la CNMC escrito de alegaciones de HISPANO TEX, S.A. en el que señala que son conscientes de la situación actual de las garantías de MEFF y de su evolución, y que tal situación viene dada porque la empresa que gestionaba sus operaciones no les informó debidamente de las exigencias de las garantías a su sociedad, aunque reconoce que esto no le exime de responsabilidad, y que han procedido al cambio de gestor de sus operaciones, asumiendo las consecuencias que se deriven del procedimiento, y señalando que procederá a realizar las actuaciones que sean precisas para intentar solventar la situación en la mayor brevedad posible.

CUARTO. Acto de instrucción

La Directora de Energía de la CNMC requirió al OS que, en el plazo de diez días desde la recepción de la notificación, informase sobre el estado del incumplimiento de la prestación de garantías por parte de HISPANO TEX y, en particular, sobre la existencia de pagos parciales de las garantías pendientes y de la posible existencia de comunicaciones entre HISPANO TEX y el OS en relación con la prestación de las garantías. El OS accedió al contenido de la notificación efectuada el día 10 de mayo de 2022.

En fecha 26 de mayo de 2022, tiene entrada en el Registro de la CNMC escrito del OS, en el que manifiesta lo siguiente:

- A fecha 10 de mayo de 2022, la garantía depositada por HISPANO TEX es de [CONFIDENCIAL] euros, siendo el importe de las garantías exigidas de [CONFIDENCIAL] euros. Esta situación se mantiene en fecha 24 de mayo de 2022, en la que continua con [CONFIDENCIAL] euros de garantías depositadas y el importe de las garantías exigidas es de [CONFIDENCIAL] euros.
- Desde la fecha del incumplimiento de garantías, el 29 de diciembre de 2021 en la que había depositadas [CONFIDENCIAL] euros, se ha registrado el siguiente movimiento de las garantías depositadas: constitución de garantías el 3 de enero de 2022 por importe de [CONFIDENCIAL] euros.
- En lo que respecta a las comunicaciones entre la comercializadora y el OS, no se ha producido ninguna relativa a garantías desde la comunicación a HISPANO TEX de su paso a situación de insuficiencia de garantías.

QUINTO. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de 31 de mayo de 2022 se ha incorporado al expediente Certificación del Registro Mercantil de Barcelona, de 30 de mayo de 2022 relativa al último depósito de cuentas anuales efectuado por la empresa HISPANO TEX correspondiente al ejercicio 2020, último disponible en el Registro Mercantil, 28.572.823 euros.

SEXTO. Propuesta de Resolución

El 2 de junio de 2022 la Directora de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, propuso adoptar la siguiente resolución:

“ACUERDA

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

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

SEGUNDO.- Imponga a HISPANO TEX, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de sesenta (60.000) euros por la comisión de la citada infracción leve.”

Se practicó la notificación vía postal de la propuesta de resolución a HISPANO TEX el día 9 de junio de 2022.

Con fecha 9 de junio de 2022 HISPANO TEX solicitó mantener una audiencia telemática con el secretario del procedimiento con la finalidad de poner en su conocimiento las circunstancias extraordinarias que llevaron a esa situación.

Con fecha 13 de septiembre el Secretario del procedimiento comunicó la imposibilidad de mantener dicha reunión y notificó nuevo plazo para la realización de alegaciones sobre la base de la documentación del expediente que obra en poder de la empresa.

HISPANO TEX no ha presentado alegaciones a la propuesta de resolución.

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

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por la Directora de Energía, mediante escrito de fecha 30 de septiembre de 2022, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

OCTAVO. Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y de lo establecido en el artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

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

Único. HISPANO TEX atendió tardíamente (3 de enero de 2022) el requerimiento de prestación de garantías exigidas por el OS por importe de 63.000 euros, con fecha límite de pago 29 de diciembre de 2021, y nuevamente desatendió requerimiento de prestación de garantías exigidas por el OS con fecha límite el 18 de enero de 2022, continuando a fechas de 10 y 24 de mayo

de 2022 en estado de insuficiencia de garantías por unos importes de [CONFIDENCIAL] euros, respectivamente y teniendo depositadas garantías por [CONFIDENCIAL] euros.

Así resulta de los escritos del OS de denuncia y de cumplimentación de requerimiento evacuado, con entrada en el registro de esta Comisión en fechas 18 de enero y 26 de mayo de 2022, así como del escrito de alegaciones al acuerdo de incoación de HISPANO TEX.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC

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

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

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

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE

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

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

III. TIPIFICACIÓN DEL HECHO PROBADO

En relación con el hecho probado recogido en la presente Resolución, el artículo 46.3 de la Ley 24/2013, leído conjuntamente con el artículo 46.1 e) de la misma Ley establece la obligación de los consumidores directos de «e) *Prestar las garantías que reglamentariamente se establezcan*».

Por su parte, el artículo 75 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 los consumidores directos deberán cumplir con las obligaciones previstas en el artículo 4.b) del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica. Dicho artículo 4.b) establece, a su vez, que los sujetos obligados a intervenir en el mercado de producción de energía eléctrica (entre ellos, los consumidores directos) *“no podrán participar en dicho mercado sin la prestación de las debidas garantías”*.

A este respecto, el Procedimiento de Operación 14.3 («Garantías de pago»), aprobado por Resolución de 1 de junio de 2016 (BOE 13 junio 2016), de la Secretaría de Estado de Energía, (sustituida por Resoluciones de 30 de noviembre y 16 de diciembre de 2021 y 15 de septiembre de 2022, de la CNMC), recoge, en su apartado 3, la obligación de aportación de garantías: *«Los Sujetos de Liquidación que puedan resultar deudores como consecuencia de las liquidaciones del Operador del Sistema deberán aportar a éste garantía suficiente para dar cobertura a sus obligaciones económicas derivadas de su participación en el Mercado y en los Despachos, de tal modo que se garantice a los Sujetos acreedores el cobro íntegro de las liquidaciones realizadas por el Operador del Sistema en los días de pagos y cobros establecidos en el Procedimiento de Operación 14.1. La hora límite para aportar las garantías será las 15:00 (14:00) horas del último día señalado en los distintos apartados de este procedimiento de operación»*.

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

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

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

c) Una garantía excepcional, exigible a los Sujetos en aquellos supuestos en que el Operador del Sistema lo considere necesario, bien por existir un riesgo superior a la

cobertura de las garantías de operación básica y adicional, bien por otras circunstancias especiales que justifiquen objetivamente la exigencia de garantías complementarias».

Específicamente, en su apartado 11, este Procedimiento de Operación 14.3 permite revisar la garantía de operación exigida (básica y adicional) como consecuencia del seguimiento diario de las mismas, y establece que el sujeto de liquidación deberá constituir la garantía exigida antes de las 14:00 (15:00) horas del tercer día hábil posterior a la petición de aumento o reposición de garantías.

Por su parte, el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, tipifica como infracción leve el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los procedimientos de operación, como la del depósito de garantías contenida en este Procedimiento de Operación 14.3.

De acuerdo con el Hecho Probado, HISPANO TEX ha permanecido en situación de insuficiencia de garantías durante el periodo de tiempo comprendido entre el 29 de diciembre de 2021 y el 3 de enero de 2022 y entre el 18 de enero al 24 de mayo de 2022, habiendo desatendido en plazo el requerimiento inicial de prestación de garantías exigidas por el OS por importe de 63.000 euros y los posteriores efectuados. A fecha 10 de mayo de 2022, la garantía depositada era de [CONFIDENCIAL] euros, siendo el importe de las garantías exigidas de [CONFIDENCIAL] euros. A 24 de mayo de 2022, la garantía depositada se mantenía en [CONFIDENCIAL] euros, siendo el importe de las garantías exigidas de [CONFIDENCIAL] euros.

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

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCION

IV.1. Consideraciones generales sobre la culpabilidad

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

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

sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa».

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

«Por último, en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta. No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe».

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

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

Dicha diligencia comporta una solvencia económica y/o financiera que permita a esa sociedad acometer todos y cada uno de los pagos necesarios en cumplimiento de sus obligaciones normativas, como en el presente caso el depósito de las correspondientes garantías.

En los términos reconocidos por la propia empresa, recibido el requerimiento de garantías, HISPANO TEX desatiende el requerimiento inicial desde el 29 de diciembre de 2021 hasta el 3 de enero de 2022 y habría incumplido posteriormente (desde el 18 de enero de 2022) de forma reiterada la obligación de depositar las garantías conforme a lo establecido en los procedimientos de operación del OS, por cuanto el importe depositado de garantías no alcanza a cubrir el déficit existente al menos hasta 24 de mayo de 2022, lo que supone un incumplimiento de una de las obligaciones básicas de los consumidores directos de electricidad en el mercado, que alcanza los importes actualizados de déficit reflejados en los hechos probados.

No obstante, ha de indicarse que el déficit de garantías actual no refleja adecuadamente el riesgo de impago, siendo excepcional e injustificadamente elevado como ya se ha indicado en otros casos similares. En todo caso, ello no supone una causa de exoneración de la responsabilidad, pues se incurrió en

déficit de garantías antes de que el importe fuera tan elevado, pero ha de tenerse en cuenta a la hora de evaluar la sanción aplicable. Debe significarse expresamente que la empresa no tiene cubiertas ni siquiera las básicas de operación (art.9), exigiéndose en consecuencia también las GOA al no tener cubiertas las básicas de operación durante un largo periodo.

En consecuencia, el estado de insuficiencia de garantías con el que ha operado HISPANO TEX es una conducta que debe calificarse como culpable.

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

El artículo 67 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico prevé una multa de hasta 600.000 euros por las infracciones leves; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.

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

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

Teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción de riesgo cometida, se considera que no concurre ninguna circunstancia que agrave su trascendencia en lo referente a la importancia del daño o perjuicio en la continuidad y regularidad del suministro.

Asimismo, se deja constancia de que, a efectos de respetar el límite máximo establecido en el artículo 67.2 de la Ley del Sector Eléctrico, se ha solicitado el depósito de las últimas cuentas disponibles de la comercializadora, resultando que el importe neto de la cifra de negocios de HISPANO TEX asciende a 28.572.823 euros.

Valorados los criterios citados en el artículo 67.4 de la Ley 24/2013, del Sector eléctrico en relación con el peligro resultante de la infracción, la importancia del daño, perjuicios sobre el suministro, grado de participación, beneficio obtenido, intencionalidad e impacto sobre la sostenibilidad del sistema, considerado el principio de proporcionalidad y visto el contenido y alcance del incumplimiento según consta en el Hecho Probado único, se considera adecuada la propuesta de sanción formulada y establecer una multa a HISPANO TEX por un importe de sesenta mil (60.000) euros.

No obstante lo anterior, de conformidad con el artículo 85, apartado primero, de la Ley 39/2015, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permitía resolver el presente procedimiento con la imposición de la sanción procedente. Asimismo, de acuerdo con el segundo apartado de este precepto, dado que la sanción tiene en este caso únicamente carácter pecuniario, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución podría implicar la terminación del procedimiento.

A este respecto, el artículo 85.3 prevé que, tanto en el caso de reconocimiento de responsabilidad como en el de pago voluntario de la multa con anterioridad a la resolución del procedimiento, y cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplique reducciones de, al menos, el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo estas acumulables entre sí hasta alcanzar una reducción total del 40%.

En el presente caso, HISPANO TEX no ha reconocido expresamente su responsabilidad en la comisión de la infracción ni tampoco ha procedido a pagar la sanción determinada en la propuesta de resolución del procedimiento, habiendo sido informada de tal posibilidad en la propuesta de resolución adoptada. De este modo, no procede aplicar reducción alguna a la sanción impuesta de sesenta mil (60.000) euros.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa HISPANO TEX, S.A.U. es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 23/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de lo establecido en el Procedimiento de Operación 14.3 en relación con la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema Eléctrico para operar en el mercado eléctrico.

SEGUNDO. Imponer a HISPANO TEX, S.A.U. una sanción consistente en el pago de una multa de sesenta mil (60.000) euros por la citada infracción leve.

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

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