

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

SNC/DE/165/21

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D^a María Ortiz Aguilar

Secretaria

D^a M^a Ángeles Rodríguez Paraja, Vicesecretaria del Consejo

En Madrid, a 14 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, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente resolución:

ANTECEDENTES

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

El 12 de noviembre de 2021 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 ETERNAL ENERGY, S.L. (en adelante, ETERNAL ENERGY) 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 191.000 euros fueron requeridas con fecha límite de 25 de octubre de 2021.”

SEGUNDO. Acuerdo de incoación

Con fecha 27 de abril 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 ETERNAL ENERGY, por presunto estado de insuficiencia de las garantías exigidas por el Operador del Sistema con fecha límite de 25 de octubre 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 24/2013, en relación con el apartado 3 del Procedimiento de Operación 14.3 (“Garantías de pago”).

El acuerdo de incoación notificado telemáticamente a la empresa el día 28 de abril de 2022, quien accedió a la notificación el mismo día.

TERCERO. Alegaciones de ETERNAL ENERGY, S.L. al acuerdo de incoación

Con fecha de 13 de mayo de 2022 tiene entrada en la CNMC escrito de alegaciones de ETERNAL ENERGY en el que señala- en síntesis lo siguiente, acompañando determinada documental:

- ETERNAL ENERGY comenzó a operar en solitario en el mercado de la electricidad en octubre de 2021, tras separar su actividad de otra mercantil.
- Para operar en el mercado, ETERNAL ENERGY depositó en concepto de garantía de operación básica inicial la cantidad de [CONFIDENCIAL] euros, en Meff Energía (gestor de cobros y pagos de REE).
- El 18 de octubre de 2021 ETERNAL ENERGY recibió una notificación de REE por la que se le reclamaba el depósito de una garantía excepcional por importe de [CONFIDENCIAL] euros antes de las 15:00 horas del día siguiente, 19 de octubre de 2021, por existir riesgo superior a la cobertura de las garantías de operación básica y adicional depositadas. Dicho plazo, inferior a 24 horas, impidió que ETERNAL ENERGY pudiera rectificar la situación de déficit.
- A fin de valorar distintas opciones de pago, ETERNAL ENERGY ha intentado contactar con REE y con MEFF Energía en varias ocasiones.
- El 20 de octubre de 2021 ETERNAL ENERGY propuso ajustar las compras de energía para reducir al máximo los desvíos producidos. Asimismo, propuso aportar garantías mediante aval bancario por valor de

- [CONFIDENCIAL] euros, en el plazo de 72 horas, siendo intención de ETERNAL ENERGY aportar la cantidad restante en el futuro.
- En las comunicaciones cruzadas con REE, el OS informa de que no va a ejercer la potestad de suspensión temporal, por lo que ETERNAL ENERGY podría continuar participando en el mercado, a pesar de no haber depositado las garantías requeridas. Lo anterior, pone de manifiesto que el riesgo de no depositar las garantías era mínimo.
 - En febrero de 2022, ETERNAL ENERGY regularizó la compra de energía de octubre de 2021, pagando en plazo la factura emitida por MEFF Energía, restableciéndose las garantías y sobrepasando el umbral requerido, desde el 10 de marzo de 2022.
 - ETERNAL ENERGY considera que no ha incurrido en ninguna infracción, por cuanto ha efectuado la aportación de la garantía de operación básica y ha subsanado la conducta en cuanto ha tenido conocimiento del estado irregular en el que podría estar incurriendo.
 - MEFF y REE han incumplido el plazo estipulado (2 días hábiles) en el apartado 13.2 del PO 14.3 por lo que su requerimiento podría ser considerado nulo y, en consecuencia, su denuncia.
 - En caso de que la CNMC considere la existencia de una conducta tipificada, la responsabilidad de ETERNAL ENERGY se habría extinguido con el pago de la factura emitida por Meff Energía.
 - La sanción debe modularse en base a la buena fe empleada por ETERNAL ENERGY y las restantes circunstancias previstas en la Ley 24/2013

Por todo ello, solicita que se estimen sus alegaciones y se acuerde el archivo de la incoación del sancionador, y subsidiariamente se acuerde dar plazo para subsanar en legal forma cualquier hito que considere parcialmente incumplido. Y subsidiariamente a las anteriores, que la eventual sanción se vea minorada en base a la buena fe empleada por la empresa (en los actos llevados a cabo para solventar la situación y la actual situación regulada).

CUARTO. Acto de instrucción

Con fecha 22 de julio de 2022, 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 ETERNAL ENERGY y, en particular, sobre la existencia de pagos parciales de las garantías pendientes y de la posible existencia de comunicaciones entre ETERNAL ENERGY y el OS en relación con la prestación de las garantías. El OS accedió al contenido de la notificación efectuada el día 22 de julio de 2022.

En fecha 8 de agosto de 2022, tiene entrada en el Registro de la CNMC escrito del OS, en el que manifiesta lo siguiente:

- A fecha 22 de julio de 2022, la garantía depositada por ETERNAL ENERGY es de [CONFIDENCIAL] euros, siendo el importe de las garantías exigidas de [CONFIDENCIAL] euros. Esta situación se mantiene en fecha 5 de agosto de 2022, en la que continúa 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 25 de octubre de 2021 en la que había depositadas [CONFIDENCIAL] euros, se ha registrado el siguiente movimiento de las garantías depositadas: constitución de garantías en aval el 28 de octubre de 2021 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 ETERNAL ENERGY de su paso a situación de insuficiencia de garantías.

QUINTO. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de 29 de septiembre de 2022 se ha incorporado al expediente Certificación del Registro Mercantil de Sevilla, de 22 de agosto de 2022 relativa al último depósito de cuentas anuales efectuado por la empresa ETERNAL ENERGY correspondiente al ejercicio 2019, último disponible en el Registro Mercantil, en el que no consta cumplimentado el importe neto de la cifra de negocios de la sociedad.

Según información registral que figura publicada en el BORME (I/A 13-04-2020) esta sociedad en el acto fundacional comunicó el 20 de diciembre de 2019 como fecha de comienzo de operaciones.

Ante la inexistencia de depósito de cuentas anuales, se ha incorporado al expediente la estimación que los servicios de esta Comisión han efectuado de la cifra neta de negocios de ETERNAL ENERGY del último año 2021, en [CONFIDENCIAL] euros.

SEXTO. Propuesta de Resolución

El 30 de septiembre 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 ETERNAL ENERGY, S.L. es responsable de la comisión de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de lo establecido en los procedimientos de

operación en relación con la constitución de garantías para operar en el mercado eléctrico.

SEGUNDO.- Imponga a ETERNAL ENERGY, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de ciento noventa mil (190.000) euros por la comisión de la citada infracción leve.”

Se practicó el 5 de octubre de 2022 la notificación telemática de la propuesta de resolución a ETERNAL ENERGY, quien accedió a la notificación al día siguiente.

SÉPTIMO. Alegaciones de ETERNAL ENERGY a la propuesta de resolución

Con fecha 19 de octubre de 2022, ha tenido entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de ETERNAL ENERGY, que, en síntesis, señala lo siguiente:

- Reconoce de forma voluntaria su responsabilidad de forma expresa respecto de los hechos que han dado lugar a la propuesta de resolución
- Acepta, en su caso, la imposición de la sanción que proceda con la reducción del 20% del reconocimiento anteriormente referido y sumándole a ello el 20% aplicable al pago voluntario de la misma, resultando de ello una aplicación de un 40% sobre la cantidad resultante de la sanción, con la salvedad de esta, que se indica a continuación.
- Las cuentas anuales del ejercicio 2019 depositadas en el Registro Mercantil resulta con una cifra de negocios de 0 euros, dado que la fecha de solicitud del CIF para operar fue del 23 de diciembre de 2019. Aporta copia del justificante del depósito de cuentas 2019 al que ha procedido a realizar el Registrador Mercantil con fecha 18 de mayo de 2022.
- Las cuentas anuales del ejercicio 2020 fueron depositadas en el Registro Mercantil el 30 de julio de 2021, con cifra de negocios de [CONFIDENCIAL] euros. Aporta copia del acuse de recibo con número de entrada [CONFIDENCIAL] en fecha 30 de julio de 2021 que la empresa identifica con presentación de cuentas del ejercicio 2020.
- Las cuentas anuales del ejercicio 2021 fueron depositadas en el Registro Mercantil el 1 de agosto de 2022 con una cifra neta de negocios de [CONFIDENCIAL] euros y una pérdida antes de impuestos de [CONFIDENCIAL] euros. Igualmente hay un margen bruto negativo del importe del a variación de existencias y aprovisionamientos, lo que determina que ese margen bruto deriva de la propia actividad de compraventa de energía. Aporta copia del acuse de recibo con número de entrada [CONFIDENCIAL] en fecha 1 de agosto de 2022 que la empresa identifica con presentación de cuentas del ejercicio 2021.
- La fiel realidad determina que el cálculo de la sanción deba realizarse teniendo en cuenta el margen bruto negativo, no siendo válida la estimación realizada por la CNMC.

- Pone de relevancia la mejora de la empresa en su dinámica de operación en el mercado, señalando la fase III (desde 1 de julio de 2022) cuando el nuevo representante de la empresa llevó la gestión de compras ordenada y competitivamente, mejorando los desvíos.
- La aplicación de la sanción basada en cifras presumidas que no respetan la realidad de la empresa, suponen un daño irreparable y letal para la empresa.
- Interesa que se recoja la real cifra neta de negocios, siendo el margen [CONFIDENCIAL] euros y no la cifra estimada, procediéndose a evacuar sanción rectificadora en cuanto a la cifra neta real de negocio correspondiente.

Por todo ello, se solicita que se tenga por esgrimido el reconocimiento voluntario de la responsabilidad respecto de los hechos constitutivos, accediendo a las reducciones en su cuantía por reconocimiento y pronto pago. Asimismo, se solicita que se imponga la correcta y acorde sanción en cuanto a la realidad social de ETERNAL ENERGY.

Posteriormente, con fecha 21 de octubre de 2022, la Directora de Energía remitió oficio solicitando a ETERNAL ENERGY que manifestara su inequívoca voluntad de acogerse a las reducciones previstas en el artículo 85 de la Ley 39/2015 sobre el importe de sanción recogido en la propuesta de resolución y adjuntándole el formulario que puede rellenar a esos efectos. Además se indicaba que la falta de contestación en el plazo otorgado producía como único efecto la consideración de que ETERNAL ENERGY no desea acogerse a las mencionadas reducciones. Dicho oficio fue notificado telemáticamente a la empresa el día 25 de octubre de 2022, quien accedió a la notificación el mismo día.

Con fecha 28 de octubre de 2022 ha tenido entrada en el Registro de la CNMC escrito de ETERNAL ENERGY en el que señalan que renuncian a acogerse a dichas reducciones por considerar que la resolución no es acorde a derecho, instando que se atiendan los anteriores escritos presentados, así como este mismo, en base a las siguientes alegaciones:

- La empresa ha manifestado su intención permanente de cumplimiento, la ausencia de tipicidad, y la necesaria modulación de la sanción. La CNMC no ha atendido a ninguno de estos extremos.
- Posteriormente, la empresa ha reconocido su responsabilidad expresamente, mostrando su desacuerdo con el importe de la cifra neta de negocios y poniendo de manifiesto su evolución positiva en el mercado.
- No es que no proceda la imposición de una sanción, sino que la misma está impuesta a base de unas circunstancias que han de tenerse en cuenta y a base de una cantidad referente a la cifra de negocios irreal e imposible de afrontar y que no se asemeja a la cifra neta de negocio producida por la empresa.
- En sus siguientes alegaciones, reproduce los extremos ya vertidos en sus anteriores escritos.

Por todo ello, solicita que se estimen sus alegaciones acordando el archivo de la incoación y, subsidiariamente, se interponga la sanción correspondiente en base a la cifra neta real de negocios (margen bruto negativo [CONFIDENCIAL] euros) y acorde a la realidad social de la empresa.

Finalmente, con fecha 16 de noviembre de 2022, ha tenido entrada en el Registro de la CNMC nuevo escrito de ETERNAL ENERGY manifestando que el origen de la situación crítica de la empresa y que impide hacer frente a la sanción impuesta es consecuencia del impago arbitrario producido por dos mercantiles y reiterando la cifra neta de negocios negativa que presenta ETERNAL ENERGY. Por ello, solicita que se tengan en cuenta estas manifestaciones.

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

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por la Directora de Energía, mediante escrito de fecha 15 de noviembre de 2022, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

NOVENO. 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 HECHOS PROBADOS de este procedimiento que:

Primero. ETERNAL ENERGY desatendió el requerimiento inicial de prestación de garantías exigidas por el OS por importe de 191.000 euros, con fecha límite de pago 25 de octubre de 2021.

Segundo. A fecha 5 de agosto de 2022, ETERNAL ENERGY, S.L. continúa en un estado de insuficiencia de garantías. En concreto, las garantías depositadas son de [CONFIDENCIAL] euros, mientras que el importe exigido asciende a [CONFIDENCIAL] euros.

Estos hechos así resultan acreditados de los escritos del OS de denuncia y de cumplimiento de requerimiento evacuado, con entrada en el registro de esta Comisión en fechas 12 de noviembre de 2021 y 8 de agosto de 2022. Además, tales extremos no han sido rebatidos por ETERNAL ENERGY en ninguno de los escritos de alegaciones presentados durante la tramitación del presente procedimiento.

Asimismo, respecto del requerimiento inicial, este hecho ha sido reconocido, cuanto menos, parcialmente por la propia ETERNAL ENERGY:

- Al efectuar las siguientes afirmaciones en su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación y reiteradas en su escrito de alegaciones de 28 de octubre de 2022 (*subrayado añadido*):

“Eternal Energy propone una solución ante la imposibilidad de aportar la totalidad de las garantías exigidas [...]. Acreditando Eternal Energy que, en el plazo de 72 horas, a contar desde el día 20 de octubre de 2021, podría aportar garantías, mediante aval bancario, por valor de [CONFIDENCIAL] euros.

En febrero de 2022 [...] hizo frente a la regularización de la compra de energía de octubre de 2021, pagando en plazo la factura emitida por MEFF Tecnología y Servicios, S.A.U.”

Respecto del incumplimiento inicial y de su actualización, este hecho ha sido reconocido, cuanto menos, parcialmente por la propia ETERNAL ENERGY:

- Al presentar el 19 de octubre de 2022 las siguientes alegaciones, sin perjuicio de su discrepancia sobre el importe de la sanción propuesta (*subrayado añadido*):

“PRIMERO.- Mediante el presente escrito, esta parte reconoce de forma voluntaria su responsabilidad de manera expresa, respecto a los hechos que han dado lugar a la presente Propuesta de Resolución del Procedimiento Sancionador incoado por Red Eléctrica de España, S.A. y seguido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia....

SEGUNDO.- Esta parte, reconociendo los hechos imputados, no puede estar, sin embargo, de acuerdo con el Antecedente de Hecho Cuarto recogido en la Propuesta de Resolución del Procedimiento Sancionador Incoado a Eternal Energy, S.L por incumplimiento de la obligación de la presentación de las cuentas [...]

[...] FASE II: Fue el 1 octubre 2021, fue uno de los motivos por los que REE nos exigió mayor número de garantías en brevísimo periodo de tiempo, lo cual sin previsión fue de imposible cumplimiento. Aun así,, aunque el cumplimiento de garantías fue parcial. Fue en esta etapa cuando Eternal Energy no pudo acometer en tiempo y forma la exigencia de garantías de REE, por lo que recibió requerimiento que ha dado pie a la propuesta que ahora se evacua. [...]”

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 24/2013. 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 DE LOS HECHOS PROBADOS

En relación con el hecho probado recogido en la presente Resolución, el artículo 46.1 e) de la Ley 24/2013 establece la obligación de los comercializadores de «e) Prestar las garantías que reglamentariamente se establezcan». Téngase en cuenta que ETERNAL ENERGY está incluida en el listado de comercializadores de electricidad con referencia R2-814 desde el 22 de junio de 2020.

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

A este respecto, el Procedimiento de Operación 14.3 («Garantías de pago»), aprobado por Resolución de 1 de junio de 2016 (BOE 13 de junio de 2016), de la Secretaría de Estado de Energía, (sustituida por Resoluciones de 30 de noviembre y 16 de diciembre de 2021 y de 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 15:00 [14:00] 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 los Hechos Probados, ETERNAL ENERGY no solo desatendió el requerimiento de prestación de garantías exigidas por el Operador del Sistema por importe de 191.000 euros, con fecha límite de pago el 25 de octubre de 2021, sino que se ha mantenido en situación de insuficiencia de garantías a fecha 5 de

agosto de 2022, ascendiendo el importe de las garantías exigidas a [CONFIDENCIAL] euros, mientras que las garantías depositadas por valor de [CONFIDENCIAL] euros no se han modificado.

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

En cuanto a la alegación de falta de tipicidad de ETERNAL ENERGY, acerca de que el requerimiento inicial de fecha límite de 25 de octubre de 2021 era nulo por cuanto el plazo otorgado por el OS era inferior al periodo recogido en el P.O. 14.3., debe significarse que se considera que en el presente caso un eventual defecto en el plazo concedido no determinaría *per se* la nulidad del contenido material del requerimiento efectuado por cuanto lo cierto es que el importe requerido era cierto y, además, ETERNAL ENERGY no tuvo un retraso de un día en cumplimentar el referido requerimiento sino que han transcurrido más de nueve meses en los que la comercializadora ha incumplido sucesivamente su obligación de actualizar las garantías depositadas en los términos requeridos por el OS, habiéndose incrementado exponencialmente el déficit en el que ha incurrido la propia empresa.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCION

IV.1. Consideraciones generales sobre la culpabilidad

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

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

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

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

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

La diligencia que es exigible a un comercializador en su condición de sujeto de mercado implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos, entre las que se encuentran la ya mencionada obligación descrita en el artículo 46.1.e) de la Ley 24/2013, relativa al depósito de las garantías exigidas en relación con su participación en mercado.

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

En los términos reconocidos por la propia empresa, recibido el requerimiento inicial de garantías con fecha límite desde el 25 de octubre de 2021, ETERNAL ENERGY lo desatiende parcialmente y de forma extemporánea. Ciertamente, según consta en el expediente, recibido el requerimiento de garantías, ETERNAL ENERGY intenta de forma improcedente e infructuosa negociar con el OS el pago fraccionado del importe exigido, procediendo a depositar a través de aval una garantía de [CONFIDENCIAL] euros que, unida a la garantía de [CONFIDENCIAL] euros que ya tenía, seguía resultando a todas luces insuficiente para cubrir la garantía exigida de 191.000 euros.

Pero, a pesar del pago parcial efectuado inicialmente, y a lo alegado por la comercializadora en cuanto a que su voluntad ha sido siempre la de cumplir sus obligaciones, lo cierto es que este incumplimiento ha sido sostenido durante un largo periodo, incumpliendo de forma reiterada los requerimientos recibidos, y además el déficit generado de las garantías se ha visto sustancialmente incrementado ([CONFIDENCIAL] euros a 5 de agosto de 2022) sin que se haya incrementado el importe depositado. Esta situación supone un incumplimiento de una de las obligaciones básicas de los comercializadoras de electricidad en el mercado, que, en el presente caso, alcanza los importes actualizados de déficit reflejados en los hechos probados.

Pues bien, la alegada situación excepcional en la que se encuentra el mercado de energía, o incluso la imputación de las actuaciones de mercado a terceros en modo alguno determinan la ausencia de responsabilidad por parte de ETERNAL ENERGY respecto de los hechos probados, dado que, además de que la diligencia que le es exigible en su condición de comercializadora aplica en el largo periodo que constituye el objeto del presente sancionador donde, en lo que se refiere al hecho probado que es el que constituye el objeto del presente procedimiento, no sólo no se minoró el importe deficitario sino que se ha incrementado de forma exponencial, en los términos que se han reseñado.

En consecuencia, el estado de insuficiencia de garantías con el que ha operado ETERNAL ENERGY es una conducta que debe calificarse como dolosa, habida cuenta el estado de insuficiencia de garantías con el que ha operado la comercializadora, con pleno conocimiento y sin tomar medida alguna para resolverlo o minorarlo con efectividad en el largo periodo de déficit acreditado en este procedimiento.

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. En cuanto a la intencionalidad, ya se ha motivado que

se aprecia dolo en la comisión de la infracción, ante la continuidad de la infracción.

En primer lugar, con fecha 19 de octubre de 2022 ETERNAL ENERGY presentó escrito inicial de alegaciones a la propuesta de resolución remitida en el que en su motivo primero viene a reconocer de forma voluntaria su responsabilidad de manera expresa respecto a los hechos que han dado lugar a la propuesta de resolución y acepta, en su caso la imposición de la sanción con una eventual aplicación del 40% de reducción sobre la misma. Sin embargo, en su motivo segundo, ETERNAL ENERGY señala que, reconociendo los hechos imputados, no puede estar, sin embargo, de acuerdo con el antecedente de hecho cuarto por cuanto la nota aportada y expedida por el Registro Mercantil no refleja la realidad en cuanto a la presentación de las Cuentas Anuales presentadas, señalando la presentación de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2020 y 2021 por su parte. Igualmente, tras la aclaración requerida por la instrucción del procedimiento, con fecha 28 de octubre de 2022 tiene entrada nuevo escrito de ETERNAL ENERGY en el que renuncia a acogerse a dichas reducciones por considerar que la resolución no es acorde a derecho y procediendo a reiterar sus manifestaciones vertidas en su escrito de alegaciones a la incoación de 13 de mayo de 2022.

De lo anterior, debe concluirse que en el presente procedimiento sancionador ETERNAL ENERGY no ha efectuado reconocimiento formal y explícito de la responsabilidad en los términos que exige el artículo 85 de la Ley 39/2015. Por cuanto el reconocimiento presentado con fecha 19 de octubre, fue posteriormente rechazado por la propia empresa y, además, el mismo no se ha habilitado en los términos exigidos por la normativa. Así, tal y como reseña la jurisprudencia, el reconocimiento de los hechos debe ser una exteriorización de la conformidad con los mismos, de tal forma que se asuma las consecuencias de tal reconocimiento en los términos previstos por la Administración, esto es, la empresa debe exteriorizar su conformidad con los hechos y con asumir las consecuencias, de tal forma que se genere una resolución “plena” en cuanto el reconocimiento del responsable es prueba suficiente para la imposición de la sanción. Finalmente, ETERNAL ENERGY no ha cumplimentado un reconocimiento que alcance a la calificación de la conducta antijurídica y a la determinación de la respuesta punitiva, esto es, en ningún momento la empresa ha manifestado su conformidad con la sanción propuesta, sino que ha acontecido todo lo contrario dado que en todo momento la empresa ha manifestado precisamente su disconformidad.

En segundo lugar, se deja constancia de que, a efectos de respetar el límite máximo establecido en el artículo 67.2 de la Ley 24/2013, se ha solicitado el depósito de las últimas cuentas disponibles de la comercializadora, resultando de dicha información registral que el último depósito contable existente a fecha 8 de agosto de 2022 es el correspondiente al ejercicio 2019.

Al respecto, la empresa indica que debe existir un error en la información registral obtenida, manifiesta que también tiene depositadas las cuentas anuales de los ejercicios 2020 y 2021 y que para su acreditación aporta: (i) copia del justificante del depósito de cuentas 2019 que ha realizado el Registrador Mercantil con fecha 18 de mayo de 2022; (ii) copia del acuse de recibo con número de entrada [CONFIDENCIAL] en fecha 30 de julio de 2021 que la empresa identifica con presentación de cuentas del ejercicio 2020 y (iii) copia del acuse de recibo con número de entrada [CONFIDENCIAL] en fecha 1 de agosto de 2022 que la empresa identifica con presentación de cuentas del ejercicio 2021.

Analizada la documentación aportada por la empresa, consta que la misma acredita que el Registrador Mercantil ha calificado y ha procedido al depósito únicamente de las cuentas anuales del ejercicio 2019 con fecha 18 de mayo de 2022 y no acredita que el depósito se haya practicado respecto de los ejercicios 2020 y 2021. Dicha conclusión no resulta contraria con la información obtenida registralmente por esta Comisión. Respecto de los ejercicios 2020 y 2021, la empresa únicamente aporta justificantes de acuses de recibo (que no quedan vinculando con contenido), y, además, no aporta la necesaria calificación positiva para los depósitos de cuentas anuales que debe efectuar el Registrador con posterioridad a tal presentación. Así, de conformidad con los artículos 43 y 367 del Reglamento del Registro Mercantil los asientos de presentación de las cuentas anuales tendrán una vigencia de cinco meses. Posteriormente a su presentación, es el Registrador Mercantil quien califica los documentos presentados y, tras la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa, tendrá por efectuado el depósito practicando el correspondiente asiento en el Libro de depósito de cuentas o lo tendrá por no efectuado.

En el presente procedimiento se ha constatado, por medio de certificación expedida por el Registrador Mercantil, que el último ejercicio de ETERNAL ENERGY ha sido depositado con fecha 18 de mayo de 2022 y pertenece al año 2019. De hecho consta que hay cierre de hoja por falta de depósito de cuentas anuales de la sociedad y, en consecuencia, de conformidad con el artículo 282 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, no se inscribirá en el Registro Mercantil documento alguno de la sociedad mientras el incumplimiento persista, salvo los títulos relativos al cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales o liquidadores, a la revocación o renuncia de poderes, a la disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores y a los ordenados por la autoridad judicial o administrativa.

En el presente caso, queda acreditado que a fecha 8 de agosto de 2022, y a 18 de noviembre de 2022, la empresa no tiene depositadas las cuentas 2020, lo que determina el cierre de hoja por falta de depósito de cuentas. Ello no resulta contradictorio con la existencia de acuses de recibo de asientos de presentación de fecha 30 de julio de 2021 y de 1 de agosto de 2022 por parte de la empresa, ni siquiera respecto de su eventual vinculación a presentación de las cuentas de los referidos ejercicios, que sin embargo, no han tenido favorable calificación por

parte del Registrador, quien no ha tenido por efectuados tales depósitos al menos a fecha 18 de noviembre de 2022. La información registral obtenida por esta Comisión es veraz e indubitada, no habiendo existido indicio sólido alguno de lo contrario tras el análisis de la información remitida por la empresa.

Asimismo, debe comprenderse que el hecho de que ETERNAL ENERGY no hubiera depositado en el Registro Mercantil sus cuentas del año 2020 ni del 2021 (las del año 2019 figuran presentadas el 18 de mayo de 2022, y al menos hasta esa fecha está impedida la presentación de ulteriores ejercicios) no puede impedir a esta Comisión valorar su cifra de negocios a partir de los datos que constan en el expediente (puntos de suministro de clientes y su consumo de energía).

Pero es más, la eventual ulterior presentación de cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2021 en el Registro Mercantil de Sevilla, con información congruente con el impuesto sobre sociedades del ejercicio 2021 presentado en el correspondiente Modelo 200 con fecha 24 de julio de 2022 que ha aportado la empresa acompañando a su escrito de alegaciones a la propuesta, tampoco determinaría los efectos que pretende ETERNAL ENERGY. En efecto, en la casilla 00255 del documento aportado figura un “importe neto de la cifra de negocios” de [CONFIDENCIAL] euros para el ejercicio 2021 y así lo reconoce expresamente ETERNAL ENERGY. Dicho eso, la empresa sostiene que no debe ser tenido en cuenta dicho importe de cifra de negocios sino el referido al margen bruto [CONFIDENCIAL].

Pues bien, la alegación de la empresa no puede tener favorable acogida por cuanto la Ley 24/2013, en su artículo 67.2, determina que *“2. En cualquier caso la cuantía de la sanción no podrá superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, o el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios consolidada de la sociedad matriz del grupo al que pertenezca dicha empresa, según los casos.”*

Esto es, esta previsión normativa establece un único límite general para todas las sanciones que se impongan en base a la Ley 24/2013 y dicho límite está vinculado al 10% del *“importe neto anual de la cifra de negocios”* de la empresa a la que se vaya a sancionar y no a otro, como pretende ETERNAL ENERGY.

Así pues, la referencia del artículo 67.2 de la Ley 24/2013 no determina automáticamente la sanción a imponer sino que es una cautela establecida por la normativa para evitar que la multa impuesta tenga un alcance confiscatorio respecto del patrimonio de un sujeto. Esta cautela no se refiere al importe de la facturación del sujeto infractor en una concreta rama de su actividad sino a toda su actividad en general, y toma como referencia la cifra de negocios, esto es, con sus principales variables (clientes/energía consumida por sus propios clientes, desagregando los datos por cada uno de los tipos de consumidor; sobre los que aplica los conceptos facturables por la comercializadora, en plena

aplicación de la normativa vigente en cada periodo). Además, la magnitud utilizada (tanto en el caso del importe neto de la cifra de negocios que prevé la Ley 24/2013 como en el caso del modelo estimativo utilizado) viene exclusivamente determinada por la facturación de la empresa sancionada (PGC, Norma 11ª de Elaboración de las Cuentas Anuales), estando, en ambos casos, eso sí, excluidos los impuestos sobre las ventas que se repercuten a los clientes.

En definitiva, el límite establecido artículo 67.2 Ley de la 24/2013 no se corresponde con el importe cobrado por la empresa sino por el importe facturado, se haya cobrado o no, por lo que no procede tomar en consideración eventuales dificultades para cobrar de los clientes los importes facturados ni la situación financiera o elevados gastos en los que hubiera podido incurrir la empresa. Por otra parte, en todo caso, tal y como se indicará más adelante, la situación económica del infractor es una de las circunstancias concurrentes previstas en el artículo 67.3 de la Ley 24/2013 a los efectos de que pueda determinarse la aplicación la escala correspondiente a la infracción que precede en gravedad (grave a leve) a la que prevé la conducta infractora, tal y como se ha efectuado en el presente procedimiento.

Sentado todo lo anterior, 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 considera adecuada la propuesta de sanción formulada y establecer una multa a ETERNAL ENERGY por un importe de ciento noventa mil (190.000) euros. Véase que dicho importe se encuentra por debajo del 10% la cifra estimada por esta Comisión como importe neto anual de la cifra de negocios [CONFIDENCIAL] y, también, del 10% del importe neto de la cifra de negocios consignado por la empresa en el Modelo 200 del impuesto de sociedades-ejercicio 2021 [CONFIDENCIAL].

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa ETERNAL ENERGY, S.L. 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 ETERNAL ENERGY, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de ciento noventa mil (190.000) 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.