

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A FUSIONA COMERCIALIZADORA, S.A., POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR LAS GARANTÍAS EXIGIDAS POR EL OPERADOR DEL SISTEMA ELÉCTRICO**

**SNC/DE/050/22**

**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

D<sup>a</sup> María Ortiz Aguilar

**Secretario**

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 15 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.**

Con fecha 1 de febrero de 2022 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión 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 FUSIONA COMERCIALIZADORA, S.A. (en adelante, FUSIONA COMERCIALIZADORA) 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 383.000 € fueron requeridas con fecha límite de 21 de enero de 2022.”*

**SEGUNDO. Acuerdo de incoación y ausencia de alegaciones**

Con fecha 24 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 FUSIONA COMERCIALIZADORA, por presunto estado de insuficiencia de las garantías exigidas por el Operador del Sistema con fecha límite de 21 de enero de 2022.

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 fue notificado por vía postal a FUSIONA COMERCIALIZADORA el día 30 de marzo de 2022.

La empresa FUSIONA COMERCIALIZADORA no presentó alegaciones al acuerdo de incoación.

### **TERCERO. Incorporación de documentación al expediente**

Con fecha 7 de septiembre de 2022, se incorporaron al expediente las cuentas de FUSIONA COMERCIALIZADORA correspondientes al año 2020, último disponible, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil de Madrid de 8 de junio de 2022. De acuerdo con la misma el importe neto de la cifra de negocios fue de 3.122.972,29 euros.

### **CUARTO. - Acto de instrucción**

La Directora de Energía de la CNMC, en fecha 7 de septiembre de 2022, 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 FUSIONA COMERCIALIZADORA, y, en particular, sobre la existencia de pagos parciales de las garantías pendientes y de comunicaciones entre FUSIONA COMERCIALIZADORA y el OS en relación con la prestación de las garantías. El OS accedió al contenido de la notificación efectuada con fecha 8 de septiembre de 2022.

En fecha 22 de septiembre de 2022, tiene entrada en el Registro de la CNMC escrito del OS, en el que manifiesta lo siguiente:

- A fecha 8 de septiembre de 2022, la garantía depositada por FUSIONA COMERCIALIZADORA es de [CONFIDENCIAL] euros, siendo el importe

de las garantías exigidas de [CONFIDENCIAL] euros. A fecha 20 de septiembre de 2022 la empresa tiene depositado el mismo importe de garantías y las exigidas son [CONFIDENCIAL] euros. En consecuencia, la sociedad FUSIONA COMERCIALIZADORA continúa actualmente en déficit de garantías.

- Desde la fecha del incumplimiento de garantías, el 20 y 27 de enero y el 15 y 28 de febrero de 2022, se ha ejecutado garantías por [CONFIDENCIAL] euros, respectivamente.
- 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 FUSIONA COMERCIALIZADORA, de su paso a situación de insuficiencia de garantías tras su primer incumplimiento.

### **QUINTO. Propuesta de Resolución y ausencia de alegaciones**

El 23 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 FUSIONA COMERCIALIZADORA, 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 FUSIONA COMERCIALIZADORA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de trece mil (13.000) euros por la comisión de la citada infracción leve, salvo que reconozca su responsabilidad en la infracción cometida y/o proceda al pago voluntario de la sanción con anterioridad a la resolución, en cuyo caso, se imponga la sanción propuesta con las reducciones legalmente establecidas.”*

Se practicó el 26 de septiembre de 2022 la notificación telemática de la propuesta de resolución a FUSIONA COMERCIALIZADORA, y debido al transcurso de diez días naturales sin que se produzca acceso al contenido de la notificación, se entiende que la notificación ha sido rechazada y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento. Asimismo, se han practicado notificaciones por vía postal a FUSIONA COMERCIALIZADORA y a su administrador concursal con resultado de rechazo tácito. Finalmente, se remitió reiteración de notificación al administrador concursal de la comercializadora que, finalmente, accedió el 28 de noviembre de 2022.

## **SEXTO. Alegaciones de FUSIONA COMERCIALIZADORA a la propuesta de resolución**

Con fecha 29 de noviembre de 2022 ha tenido entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones del administrador concursal de FUSIONA COMERCIALIZADORA a la propuesta de resolución mediante la que reconoce expresamente su responsabilidad en la comisión de la infracción en los términos de la propuesta de resolución y solicita acogerse a la reducción prevista en el artículo 85 de la LPAC, cuya efectividad está condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

## **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 1 de diciembre de 2022, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

## **HECHOS PROBADOS**

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

**Único.** FUSIONA COMERCIALIZADORA desatendió el requerimiento de prestación de garantías exigidas por el OS por importe inicial de 383.000 euros con fecha límite de pago 21 de enero de 2022, continuando en estado de insuficiencia de garantías a 20 de septiembre de 2022 por un importe actualizado de [CONFIDENCIAL] euros y manteniendo un depósito de garantías de [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 1 de febrero y 22 de septiembre de 2022.

Asimismo, dicho hecho ha sido reconocido por la propia comercializadora en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución con reconocimiento expreso y solicitud de aplicación de la correspondiente reducción prevista en el art. 85 de la Ley 39/2015.

## **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 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 46.1 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 FUSIONA COMERCIALIZADORA estuvo incluida en el listado de comercializadores de electricidad con referencia R2-616 desde el 22 de marzo de 2016 hasta el 20 de abril de 2022.

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 30 de noviembre de 2021* (BOE 8 de diciembre de 2021), de la Secretaría de Estado de Energía (sustituida por Resoluciones de

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 el Hecho Probado, FUSIONA COMERCIALIZADORA ha permanecido en situación de insuficiencia de garantías durante el periodo de tiempo comprendido entre, al menos, el 21 de enero de 2022 y el 20 de septiembre de 2022, habiendo desatendido el requerimiento inicial de prestación de garantías exigidas por el OS por importe de 383.000 euros y siendo de [CONFIDENCIAL] euros el importe actualizado a la fecha fin del periodo indicado y con garantías depositadas 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 INFRACCIÓN**

##### **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 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. 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.

Recibido el requerimiento de garantías, FUSIONA COMERCIALIZADORA habría incumplido de forma culpable la obligación de depositar garantías conforme a lo establecido en los procedimientos de operación del OS Cabe señalar que actualmente la comercializadora no dispone de garantías depositadas ante el OS y no dispone de cobertura ante los eventuales impagos que puedan surgir por causa de ausencia de compras de energía, si bien, al respecto, debe señalarse que se produjo la baja de esta empresa como comercializadora con efectos 20 de abril de 2022, por lo que no continua su actividad de suministro a sus clientes.

## **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 probabilidad 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 o el impacto en la sostenibilidad económica y

financiera del sistema eléctrico. 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.

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 incorporado al procedimiento certificación del depósito de últimas cuentas disponibles de FUSIONA COMERCIALIZADORA, resultando que esta comercializadora ha declarado un importe neto de cifra de negocios de 3.122.972,29 euros, correspondiente al ejercicio 2020.

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 FUSIONA COMERCIALIZADORA por un importe de trece mil (13.000) 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, por medio de su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, FUSIONA COMERCIALIZADORA ha reconocido expresamente su responsabilidad en la comisión de la infracción pero no 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, al haberse realizado un reconocimiento expreso de responsabilidad por parte de FUSIONA COMERCIALIZADORA, procede aplicar únicamente la reducción del 20% al importe de la sanción de trece mil (13.000) euros propuesta, quedando la misma en diez mil cuatrocientos (10.400) 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 FUSIONA COMERCIALIZADORA, S.A. 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, correspondiendo por dicha infracción la imposición de una multa de trece mil euros (13.000 €).

**SEGUNDO.** Aprobar la reducción sobre la referida sanción de un 20% por aplicación del porcentaje establecido en el artículo 85, apartado 3, en relación con el apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; minorándose la sanción a la cuantía de diez mil cuatrocientos euros (10.400 €).

**TERCERO.** Declarar que la efectividad de la reducción de la sanción queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

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.