

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

SNC/DE/062/22

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 26 de enero de 2023

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 1 de febrero 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 COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE, S.L. (en adelante, COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE) 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 71.000 euros fueron requeridas con fecha límite de 21 de enero de 2022.”

SEGUNDO. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de 22 de julio de 2022 se ha incorporado al expediente Certificación del Registro Mercantil de Murcia, de 29 de junio de 2022 relativa al último depósito de cuentas anuales efectuado por la empresa COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE correspondiente al ejercicio 2020, último disponible en el Registro Mercantil, en el que consta cumplimentado el importe neto de la cifra de negocios de la sociedad por importe de 492.826,36 euros.

TERCERO. Acuerdo de incoación

Con fecha 28 de octubre 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 COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE, por presunto estado de insuficiencia de las garantías exigidas por el Operador del Sistema con fecha límite inicial de 21 de enero de 2022 (71.000 euros) y actualización a 30 de septiembre de 2022 [CONFIDENCIAL] euros.

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”).

Del mismo modo, se informaba a COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE que en caso de no efectuar alegaciones en el plazo indicado, de conformidad con lo establecido en el artículo 64.2.f) de la Ley 39/2015, el Acuerdo de incoación sería considerado Propuesta de Resolución,

“por medio de la cual se propone al órgano competente para dictar la Resolución que se declare que COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE, S.L. es responsable de una infracción leve establecida en el artículo 66.2 de la Ley del Sector Eléctrico y se le imponga una sanción consistente en el pago de una multa de 13.000 EUROS (trece mil euros), pudiendo acogerse a las reducciones indicadas en el apartado VII del presente Acuerdo de incoación.”

CUARTO. Alegaciones de COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE al acuerdo de incoación- propuesta y tramitación pago para periodo voluntario

Con fecha 21 de noviembre de 2022, se presentó por la empresa COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE escrito de 18 de noviembre de 2022 de reconocimiento expreso de su responsabilidad en la comisión de la infracción reseñada en la propuesta de resolución y manifestación de que se procedería al pago voluntario de la sanción con anterioridad a que se dictara la resolución sancionadora, a los efectos de acogerse a las reducciones previstas en el artículo 85 de la LPAC.

Mediante oficio de 28 de noviembre de 2022 se remitió el modelo 069 requerido para poder efectuar el pago. La empresa accedió a la notificación telemática el día siguiente.

Con fecha de 30 de noviembre de 2022 consta ingreso por importe de 7.800 euros efectuado por la empresa.

QUINTO. 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 12 de enero de 2023, 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 HECHOS PROBADOS de este procedimiento que:

Único. COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE desatendió el requerimiento inicial de prestación de garantías exigidas por el OS por importe de 71.000 euros, con fecha límite de pago 21 de enero de 2022, manteniéndose en estado de insuficiencia de garantías al menos 30 de septiembre de 2022 con un importe actualizado de [CONFIDENCIAL] euros, y garantías depositadas por importe de [CONFIDENCIAL] euros.

Estos hechos así resultan acreditados del escrito del OS de denuncia con entrada en el registro de esta Comisión en fecha 1 de febrero de 2022, así como del informe mensual del OS de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de septiembre de 2022, remitido de conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica a partir del 1 de enero de 2007, mostrando el estado de insuficiencia de garantías el

último día del mes a la sociedad COMERCIALIZADORA ELÉCTRICA DEL SURESTE.

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 las reducciones previstas 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 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 COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE está incluida en el listado de comercializadores de electricidad con referencia R2-445 desde el 9 de julio de 2012 y hasta su baja con fecha 28 de junio 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 CNMC (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 los Hechos Probados, COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE no solo desatendió el requerimiento de prestación de garantías exigidas por el Operador del Sistema por importe de 71.000 euros, con fecha límite de pago el 21 de enero de 2022, sino que se ha mantenido en situación de insuficiencia de garantías a fecha 30 de septiembre de 2022, ascendiendo el importe de las garantías exigidas a [CONFIDENCIAL] euros, teniendo depositadas garantías por importe 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 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 21 de enero de 2022, COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE lo desatiende y la situación en estado de insuficiencia de garantías se mantiene a fecha 30 de septiembre de 2022. Esta situación, supone un incumplimiento de una de las obligaciones básicas de los comercializadores de electricidad en el mercado, que alcanza el importe de déficit reflejado en el hecho probado.

En definitiva, el estado de insuficiencia de garantías con el que ha operado COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE es una conducta que debe calificarse como culpable.

V. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y REDUCCIÓN DE LA SANCION

En la propuesta de resolución se indicaba que COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE, como presunta infractora, podía reconocer voluntariamente su responsabilidad, lo que debía hacerse en los términos

establecidos en el artículo 64.2.d) de la LPAC, con los efectos previstos en el artículo 85.

De conformidad con el artículo 85, apartado primero, de la LPAC, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permite 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, implicará la terminación del presente 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 aplicará reducciones de al menos el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo estas acumulables entre sí.

Mediante ingreso efectuado a través del modelo 069, consta que COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE ha realizado el pago de la sanción determinada en el inicio-propuesta de Resolución del procedimiento, conforme a las reducciones aplicables.

De este modo, al haberse realizado un reconocimiento expreso de responsabilidad por parte de COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE y al haberse producido el pago voluntario de la multa a través del medio indicado por la Propuesta de Resolución, procede aplicar la reducción del 40% al importe de la sanción propuesta de trece mil (13.000) euros, quedando en un total de siete mil ochocientos (7.800) euros.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar la terminación del procedimiento sancionador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 de la LPAC, en los términos de la incoación-propuesta del instructor, que se transcribe en el antecedente de hecho tercero, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se establece la sanción pecuniaria a la entidad COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE, S.L.

SEGUNDO. — Aprobar las dos reducciones del 20% sobre la sanción de trece mil (13.000) euros contenida en la propuesta del instructor, establecidas en el artículo 85, apartado 3, en relación con los apartados 1 y 2, de la LPAC; minorándose la sanción en un 40% a la cuantía de siete mil ochocientos (7.800) euros, que ya ha sido abonada por COMERCIALIZADORA ELECTRICA DEL SURESTE, S.L.

TERCERO. — Declarar que la efectividad de las reducciones de la sanción queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa

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.