

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

SNC/DE/009/22

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D^a María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

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 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 SOLWE ENERGÍA, S.L. (en adelante, SOLWE ENERGÍA) 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 261.000 euros fueron requeridas con fecha límite de 22 de diciembre de 2021.”

SEGUNDO. Acuerdo de incoación

Con fecha 28 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 SOLWE ENERGÍA, por presunto estado de insuficiencia de las garantías exigidas por el Operador del Sistema con fecha límite inicial de 22 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 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 29 de abril de 2022, quien accedió a la notificación el 3 de mayo de 2022.

TERCERO. Alegaciones de SOLWE ENERGÍA, S.L. al acuerdo de incoación

Con fecha de 4 de mayo de 2022, tiene entrada en la CNMC escrito de alegaciones de SOLWE ENERGÍA en el que señala, en síntesis, lo siguiente:

- La comercializadora ha empezado a operar en el mercado en mayo de 2021, por ello el P3 se ha calculado con una serie de solo 4 meses, que se han visto afectados por el crecimiento de la cartera de clientes y la escalada de los precios de mercado.
- Dadas las circunstancias excepcionales, el P3 aplicado ha sido de [INICIO CONFIDENCIAL] 3296,1 [FIN CONFIDENCIAL] %, que es un valor anómalo y no representativo de la deuda con el OS.
- Tanto es así, que la CNMC ha publicado el 8 de diciembre de 2021 una resolución por la que se modifican los P.O. 14.1, 14.3 y 14.4, limitándose el P3 al 500% o al máximo entre la liquidación final y la inicial.
- SOLWE ENERGÍA ha cumplido con todas las obligaciones de pago correspondientes al periodo objeto de cálculo y a los meses siguientes, sin existir a fecha de hoy ninguna deuda con el sistema.

Con su escrito de alegaciones, SOLWE ENERGÍA adjunta un documento de MEFF Tecnología y Servicios, S.A.U. titulado “Garantías de operación adicionales exigidas detalle cálculo por actividades de consumo de energía dentro del sistema eléctrico español”, donde consta el importe de la Garantía de operación adicional exigida y el informe del estado de garantías realizado por MEFF, donde consta el desvío porcentual mensual utilizado.

Por lo anterior, solicita que se tenga por presentado el escrito, junto con los documentos que le acompañan.

CUARTO. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de 7 de noviembre de 2022 se ha incorporado al expediente Certificación del Registro Mercantil de Jaén, de 2 de noviembre de 2022 relativa al último depósito de cuentas anuales efectuado por la empresa SOLWE ENERGÍA correspondiente al ejercicio 2021, 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 481.640,53 euros.

QUINTO. Propuesta de Resolución

El 7 de noviembre 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 SOLWE ENERGÍA, 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 SOLWE ENERGÍA, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de diez mil (10.000) euros por la comisión de la citada infracción leve.”

Se practicó el 17 de noviembre de 2022 la notificación telemática de la propuesta de resolución a SOLWE ENERGÍA, quien accedió a la notificación el mismo día.

SEXTO. Escrito de alegaciones a la propuesta de resolución y tramitación pago para periodo voluntario

Con fecha 23 de noviembre de 2022, se presentó por la empresa SOLWE ENERGÍA escrito de la misma fecha 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. La empresa

solicita a la CNMC la emisión del Modelo 069 como documento de ingreso de dicha sanción.

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 mismo día.

Con fecha de 1 de diciembre de 2022 consta ingreso por importe de 6.000 euros efectuado por la empresa.

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 10 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. SOLWE ENERGÍA desatendió el requerimiento inicial de prestación de garantías exigidas por el OS por importe de 261.000 euros, con fecha límite de pago 22 de diciembre de 2021, manteniéndose en estado de insuficiencia de garantías al menos hasta finales de agosto de 2022 con un importe actualizado de [CONFIDENCIAL] euros.

Este hecho así resulta acreditado del escrito del OS de denuncia con entrada en el registro de esta Comisión en fecha 18 de enero de 2022, así como del informe mensual del OS de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de agosto 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 SOLWE ENERGÍA. 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 SOLWE ENERGÍA está incluida en el listado de comercializadores de electricidad con referencia R2-862 desde el 1 de abril de 2021.

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, SOLWE ENERGÍA no solo desatendió el requerimiento de prestación de garantías exigidas por el Operador del Sistema por importe de 261.000 euros, con fecha límite de pago el 22 de diciembre de 2021, sino que se ha mantenido en situación de insuficiencia de garantías a fecha 31 de agosto de 2022.

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 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 22 de diciembre de 2021, SOLWE ENERGÍA lo desatiende. Con independencia de que el P.O. 14.3 se modificara sucesivamente por Resoluciones de la CNMC de 30 de noviembre y de 16 de diciembre de 2021, lo cierto es que aun con la aplicación de las nuevas normas de cálculo del P3 – más favorables, según afirma la propia comercializadora, en los meses siguientes a la denuncia del OS ante esta Comisión, esta empresa ha continuado en estado de insuficiencia de garantías.

En definitiva, el estado de insuficiencia de garantías con el que ha operado SOLWE ENERGÍA 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 SOLWE ENERGÍA, 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 SOLWE ENERGÍA 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 SOLWE ENERGÍA 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 diez mil (10.000) euros, quedando en un total de seis mil (6.000) 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 propuesta del instructor, que se transcribe en el antecedente de hecho quinto, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se establece la sanción pecuniaria a la entidad SOLWE ENERGÍA, S.L.

SEGUNDO. — Aprobar las dos reducciones del 20% sobre la sanción de diez mil (10.000) 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 seis mil (6.000) euros, que ya ha sido abonada por SOLWE ENERGÍA, 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.