

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A FUSIONA SOLUCIONES ENERGÉTICAS, S.A. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ECONÓMICAS EN CASO DE DESBALANCE.

SNC/DE/099/22

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 12 de enero de 2023.

De acuerdo con la función establecida en el artículo 116 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la Sala de la Supervisión Regulatoria, resuelve:

I. ANTECEDENTES

Primero. Denuncia presentada del Gestor Técnico del Sistema.

El 23 de marzo de 2022 se recibió en el registro de la CNMC un escrito de ENAGAS, GTS, S.A.U., Gestor Técnico del Sistema gasista, en el que denunciaba el impago por parte de la sociedad FUSIONA SOLUCIONES ENERGÉTICAS, S.A. de los pagos en concepto de desbalances en el período 11 de enero de 2022 a 8 de marzo de 2022 por una cantidad de 1.147.326,87 euros, cantidad pendiente una vez ejecutadas las garantías depositadas por FUSIONA SOLUCIONES ENERGÉTICAS, S.A.

Segundo. Acuerdo de incoación.

Con fecha 20 de junio 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 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, acordó la incoación de un procedimiento sancionador por incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance.

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban como una infracción muy grave establecida en el artículo 109.1 z) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, estando, en concreto, tipificada en los siguientes términos: «*El incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance derivadas de la regulación establecidas por las Normas de Gestión Técnica del sistema*». Asimismo, el acuerdo señaló que la sanción que lleva aparejada la comisión de una infracción muy grave es la imposición de una multa de hasta 30.000.000 euros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley 34/1998.

El apartado IX del acuerdo de incoación señaló expresamente que, en caso de no efectuarse alegaciones en el plazo de diez días concedido, el acuerdo de incoación sería considerado propuesta de resolución por la cual se propone al órgano competente para dictar resolución que declare que FUSIONA SOLUCIONES ENERGÉTICAS, S.A. es responsable de la citada infracción muy grave del artículo 109.1.z) de la Ley 34/1998 y le imponga una sanción de multa por importe de 1.500.000 euros, sin perjuicio de la posibilidad de acogerse a las

reducciones previstas en el artículo 85 de la Ley 39/2015 que en dicho acuerdo se expresaban.

El acuerdo de incoación fue notificado el 29 de noviembre de 2022, en la sede del administrador concursal de la empresa.

Tercero. Incorporación de información mercantil.

Con fecha 15 de junio de 2022 se incorporó al expediente copia del depósito de las últimas cuentas anuales disponibles de FUSIONA SOLUCIONES ENERGÉTICAS, S.A. correspondientes al ejercicio 2020, obtenido mediante nota expedida por el Registro Mercantil de Madrid de 13 de junio de 2022. Con arreglo a dichas cuentas anuales el importe neto de la cifra de negocios de FUSIONA SOLUCIONES ENERGÉTICAS, S.A. asciende a 31.506.199,43 euros.

Cuarto. Reconocimiento de responsabilidad.

Con fecha 7 de diciembre de 2022, el administrador concursal de FUSIONA SOLUCIONES ENERGÉTICAS, S.A., presentó formulario de reconocimiento de responsabilidad en la comisión de la infracción, en los términos de la propuesta de resolución, de tal modo que solicitó 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 resolución.

Quinto. Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo.

Por escrito de 17 de diciembre de 2022, la Directora de Energía remitió oficio a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el que puso de manifiesto la finalización de la instrucción, remitiéndose en consecuencia la propuesta de resolución junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC.

II. HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se consideran HECHOS PROBADOS los siguientes:

ÚNICO. La sociedad FUSIONA SOLUCIONES ENERGÉTICAS, S.A. incurrió en el impago de desbalances en el período 11 de enero de 2022 a 8 de marzo de 2022 por una cantidad de 1.147.326,87 euros, cantidad pendiente una vez

ejecutadas las garantías depositadas por FUSIONA SOLUCIONES ENERGÉTICAS, S.A.

Así se acredita según el escrito de 23 de marzo de 2022 de Enagás GTS que obra en el expediente (folios 12 y 13).

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Habilitación competencial y legislación aplicable.

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y conforme al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde al Director de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético, debiendo realizar la propuesta de resolución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 116 de la Ley 34/1998, «*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito de sus competencias, y en lo que se refiere a los gases combustibles, será competente para imponer sanciones por la comisión de las infracciones administrativas siguientes*», entre las cuales figuran las tipificadas como muy graves en el artículo 109.1.z) de la Ley 34/1998.

Dentro de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2013, la resolución del presente procedimiento.

En materia de procedimiento resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 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).

Segundo. Naturaleza de los cargos por desbalance.

Los cargos por desbalance están definidos en el artículo 9.3 y regulados en los artículos 19 a 23 del Reglamento (CE) n.º 312/2014 de la Comisión, de 26 de marzo de 2014, por el que se establece un código de red sobre el balance del gas en las redes de transporte.

Dicho Reglamento fue desarrollado inicialmente por la Circular 2/2015, de 22 de julio, por la que se establecen las normas de balance en la red de transporte del sistema gasista, y en la actualidad se regulan por la Circular 2/2020, de 9 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se

establecen las normas de balance de gas natural, norma, vigente al tiempo de los hechos probados.

El artículo 15 de la Circular 2/2020 define el concepto de recargo por desbalance en los siguientes términos:

1. Los usuarios comenzarán cada día de gas con una cantidad de desbalance nula en el área de balance en PVB.

2. En el día después del día de gas, el gestor técnico del sistema calculará la cantidad de desbalance provisional para cada usuario en el día de gas como la diferencia entre las entradas y las salidas del área de balance en PVB correspondientes al usuario en el día de gas. La cantidad de desbalance provisional del usuario se proporcionará al mismo según el calendario y con el desglose de información que exija la normativa vigente.

El gestor técnico del sistema será el responsable de calcular y facturar telemáticamente la liquidación económica de los desbalances provisionales de los usuarios. La liquidación se hará con cargo a una cuenta común que mantendrá el gestor técnico del sistema para la liquidación de los desbalances diarios y acciones de balance de productos normalizados con transferencia de título de propiedad de gas en PVB.

(...)

4. Los usuarios con desbalance negativo en PVB (defecto de gas en el área de balance en PVB) en el día de gas deberán abonar al gestor técnico del sistema el resultado de multiplicar la cantidad de desbalance individual provisional por la tarifa de desbalance diario que corresponda al día de gas. No se considerarán en este cálculo las posibles acciones de balance llevadas a cabo por el gestor técnico del sistema de adquisición/cesión de productos normalizados con transferencia de título de propiedad de gas local o servicios de balance.

(...)

Por tanto, cuando un usuario del sistema se encuentra en situación de desbalance negativo, habrá de abonar al Gestor Técnico del Sistema un recargo que es el resultado de multiplicar la cantidad de desbalance individual provisional por la tarifa de desbalance diario que corresponda al día de gas.

De la anterior normativa resulta que el recargo por desbalance diario negativo responde de la falta de aportación de suficiente gas al sistema en el Punto Virtual de Balance, situación que no es la óptima, en tanto que puede obligar al Gestor Técnico del Sistema a adquirir el gas que el comercializador en desbalance no ha aportado. Por tanto, el cargo es, por un lado, compensatorio por la necesidad

de reponer ese gas, se adquiriera o no el mismo y, sobre todo, un desincentivo que pretende que los usuarios eviten dicha situación.

En este caso, FUSIONA SOLUCIONES ENERGÉTICAS, S.A. incurrió en desbalance negativo en el período 11 de enero de 2022 a 8 de marzo de 2022 por una cantidad de 1.147.326,87 euros. En tal sentido, mediante la Orden TED/82/2022, de 8 de febrero, se inhabilitó a FUSIONA SOLUCIONES ENERGÉTICAS, S.A. para el ejercicio de la actividad de comercialización de gas natural debido al incumplimiento, entre otras, de sus obligaciones económicas en materia de desbalance.

En conclusión, los cargos por desbalance diario negativo son la consecuencia normativa regulatoria, en forma de obligación económica, del incumplimiento de la obligación de mantener el nivel suficiente de gas en el sistema.

Tercero. Tipificación del hecho probado.

El Título VI de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, contiene todo el catálogo de infracciones administrativas cometidas en desarrollo de actividades del sector y su correspondiente régimen sancionador.

La conducta objeto del procedimiento está tipificada como muy grave en el artículo 109.1.z) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre: «z) *El incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance derivadas de la regulación establecida por las Normas de Gestión Técnica del Sistema*».

Como se ha manifestado anteriormente, en el presente caso FUSIONA SOLUCIONES ENERGÉTICAS incurrió en desbalance negativo en el período 11 de enero de 2022 a 8 de marzo de 2022 por una cantidad de 1.147.326,87 euros.

Se trata, por tanto, de un hecho que se incardina de forma perfecta con el tipo infractor. No hay duda en cuanto al pleno encuadre de la actuación en el tipo infractor y, en consecuencia, el carácter antijurídico de los hechos, como así ha quedado probado en el presente expediente sancionador.

Aunque el tipo se refiere a las Normas de Gestión Técnica del Sistema que hasta la entrada en vigor de la Circular 2/2015, sustituida por la Circular 2/2020, recogían dichas obligaciones económicas, tras la entrada en vigor de las circulares de la CNMC la referencia debe entenderse efectuada a estas, en tanto pasaron a establecer la obligación económica en caso de desbalance.

Por otra parte, FUSIONA SOLUCIONES ENERGÉTICAS incurrió en desbalance durante un extenso período de tiempo, acumulando una elevada cuantía en

concepto de impago de sus obligaciones económicas. Por tanto, los hechos objeto del presente procedimiento sancionador han de considerarse constitutivos de una infracción muy grave.

Cuarto. Culpabilidad.

a) Consideraciones generales.

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 pasivo al que se impute su comisión. 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 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, según el cual *“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”*.

Este precepto debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual *“la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable”* (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, y 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª).

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 enero 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”.

b) Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso.

La conducta de la sociedad imputada puede reputarse como culpable. A pesar de estar obligada por su condición de comercializador de gas, FUSIONA SOLUCIONES ENERGÉTICAS no ha cumplido con la obligación de pagar los cargos por desbalance negativo.

En tal sentido, la propia empresa ha reconocido su responsabilidad, según señala el antecedente de hecho cuarto de esta resolución.

Quinto. Sanción y terminación del procedimiento.

El artículo 113 de la Ley 34/1998 prevé una multa por importe de hasta 6.000.000 euros por la comisión de una infracción grave; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 5 % del volumen de negocio anual del sujeto infractor.

Por su parte, el artículo 112 de la Ley 34/1998 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 a usuarios.
- d) El grado de participación y el beneficio obtenido.
- e) La intencionalidad o reiteración en la comisión de la infracción.
- f) La reiteración por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.

La conducta infractora se atribuye a la empresa a título de negligencia culpable. Según lo indicado, FUSIONA SOLUCIONES ENERGÉTICAS, S.A. incurrió en desbalance durante un extenso período de tiempo, acumulando una elevada cuantía en concepto de impago de sus obligaciones económicas.

La interesada, según lo indicado, ha reconocido su responsabilidad, lo que en este caso dará lugar a que se resuelva el procedimiento con la sanción que proceda, según establece el artículo 85.1 de la Ley 39/2015. El mismo artículo establece, en su apartado 3, que, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará una reducción del 20% sobre el importe de la sanción propuesta.

Atendidas las anteriores circunstancias y teniendo en cuenta el límite del 5% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, que asciende a 31.506.199,43 euros, procede aplicar la reducción del 20% al importe de 1.500.000 euros propuesto, quedando fijada la sanción en 1.200.000 euros.

En atención a lo recogido en los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

ACUERDA

PRIMERO. Declarar que FUSIONA SOLUCIONES ENERGÉTICAS, S.A. es responsable de la comisión de la infracción muy grave prevista en el artículo 109.1.z) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, correspondiéndole por dicha infracción la imposición de una multa de un millón quinientos mil (1.500.000) euros.

SEGUNDO. Aprobar la reducción del 20%, establecida en el artículo 85, apartado 3, en relación con el apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre; minorándose la sanción a la cuantía un millón doscientos mil (1.200.000) euros.

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.

CUARTO. Declarar la terminación del procedimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a la interesada.

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 y en el artículo 36.2 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC.