

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

SNC/DE/123/22

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 16 de marzo 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 28 de junio 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 ANILLACO ENERGÍA, S.L. (en adelante, ANILLACO 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 502.000 € fueron requeridas con fecha límite 27/05/2022”.

SEGUNDO. - Acuerdo de incoación y ausencia de alegaciones

Con fecha 13 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 ANILLACO ENERGÍA, por presunto estado de insuficiencia de las garantías exigidas por el Operador del Sistema con fecha límite de 27 de mayo 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 del procedimiento sancionador fue notificado telemáticamente a ANILLACO ENERGÍA quien accedió a la notificación el 18 de octubre de 2022.

La empresa ANILLACO ENERGÍA no ha presentado alegaciones a la incoación del procedimiento.

TERCERO. - Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de 11 de noviembre de 2022, se ha incorporado al expediente del extracto de cuentas anuales para el ejercicio 2020 de ANILLACO ENERGÍA obtenido mediante certificación expedida el día 7 de octubre de 2022 por el Registro Mercantil de Madrid. El importe neto de la cifra de negocios de ANILLACO ENERGÍA asciende a 0 euros. No consta a dicha fecha depósito de cuentas del ejercicio 2021, a pesar de haber transcurrido el plazo legal para su depósito.

Asimismo, mediante diligencia de 11 de noviembre de 2022, se han incorporado al expediente informes mensuales de los servicios de ajuste del sistema remitidos, 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 de 1 de enero de 2007, por el Operador del Sistema correspondientes a los meses de junio a septiembre de 2022, que muestran el estado de déficit de garantías de la sociedad ANILLACO ENERGÍA en el último día del mes correspondiente, conforme al siguiente cuadro:
[CONFIDENCIAL]

CUARTO. Propuesta de Resolución

El 15 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 ANILLACO 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 ANILLACO ENERGÍA, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de doscientos mil (200.000) euros, salvo que ANILLACO ENERGÍA, S.L. 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 17 de noviembre de 2022 la notificación telemática de la propuesta de resolución a ANILLACO ENERGÍA, quien accedió a la notificación el mismo día.

QUINTO. Alegaciones a la propuesta de resolución

Con fecha 29 de noviembre de 2022, tuvo entrada escrito de alegaciones de ANILLACO ENERGÍA a la propuesta de resolución que, en síntesis, viene a señalar lo siguiente:

- Que la empresa ha iniciado su actividad en el año 2022, por lo que no puede tener información contable en el Registro Mercantil
- Que la empresa *“ha incurrido en un desvío de garantía complementaria, que no las garantías de operación, para cubrir el valor de las ofertas de compra de la unidades de la que el agente es titular exigible a los agentes en aquellos supuestos.”.*
- Que las circunstancias que han originado la falta de depósito de garantías lo ha sido por dos conceptos diferentes: (i) *“la ausencia de lecturas reales de las distribuidoras ha supuesto acumulaciones de consumo que ha tenido que pagar la comercializadora a distribución, y liquidación de la energía de manera irregular. La falta de cumplimiento normativo de distribución ha provocado mayor estrés financiero para la comercializadora”* y (ii) *“la excepción ibérica o mecanismo de ajuste con*

relación al topado de gas ha supuesto que la repercusión de los importes a la comercializadora haya incrementados potencialmente el precio de la electricidad y de las garantías a depositar por este concepto. El desajuste financiero para esta comercializadora que ha tenido que pagar en base a unas estimaciones al alza, en cuanto a volúmenes de energía consumida los clientes, a unos precios de mercado y la consiguiente fijación de precio a costa de desvíos, cuando provenían de períodos anteriores donde el precio no era el que se estaba liquidando. Estas lecturas antirreglamentarias, han supuesto una exigencia de garantías inasumible por Anillaco a la que además de iniciarle un procedimiento de inhabilitación, pretende ponerse una sanción de ni más ni menos de 200.000€. Este mecanismo de ajuste repercutido a la comercializadora en cuanto el precio y garantías a depositar, suponen una intervención del mercado de la electricidad que vulnera la liberalización del sector auspiciado por la Unión Europea, y (iii) “la inexistencia de coberturas totales de la comercializadora en la compra de la electricidad, que había recién iniciado su actividad en este año 2022, ha supuesto el colofón que nos ha llevado a la situación que ahora nos ocupa. Pero que de ahí a incurrir en una actuación negligente o dolosa criterio de esta parte va una distancia considerable que debe de ser valorada.”

- *“Consideramos que la resolución sancionadora no se ajusta a una motivación que permita legitimar el pago de tan Magna cantidad de 200.000€.”*
- *Sobre el precedente administrativo en la imposición de sanción a ANILLACO:*
 - *“Tras el seguimiento de diferentes expedientes sancionadores por el mismo supuesto que nos ocupa, vemos una cuantificación desorbitada en la imposición de una sanción como la que se imputa a esta comercializadora con la que no podemos estar más en desacuerdo, por no existir un respeto al precedente administrativo y con una absoluta desconexión con la realidad de Anillaco”.*
 - *“Esta comercializadora no realizó alegaciones al inicio del expediente sancionador, intentando por todos sus medios conseguir los importes reclamados en cuanto garantías exigidas, y confiando en el buen criterio de la sala de supervisión regulatoria, a la hora de imponer una sanción en su caso ajustada a la realidad del sector, y lo que es aún más importante a la intencionalidad y perjuicio causado al sistema considerando que esta comercializadora ha cumplido con todos los operadores en cuanto a pagos se requiere, salvo las garantías adicionales.”*
 - *“No observamos una diferencia sustancial con las últimas resoluciones impuestas por este organismo ante falta de depósito de garantías ante otras comercializadoras, en las que ha existido una horquilla sancionadora de 5000 a 200.000€ pero donde todas las resoluciones tienen la misma ratio decendi, incluyendo los fundamentos jurídicos prácticamente en su totalidad.*

- *En consecuencia esta parte está interesada en conocer los expedientes sancionadores que se hayan incoado y resuelto en relación con las sociedades anteriormente referidas y por el ejercicio de sus actividades, aunque se omita el nombre de la persona jurídica afectada. Es por ello que con arreglo a los derechos que otorga a esta parte el artículo 12.1 de la Ley 19/2013 .. y el artículo 13.d) de la Ley 39/2015... se solicita poder acceder a los expedientes correspondientes, a fin y efecto de que le sea facilitada por su parte toda la información contenida en el mismo y, especialmente y sin carácter limitativo, la información referenciada en el párrafo anterior, dado que interesa a esta parte poder conocer estas actuaciones a fin y efecto de poder valorar la conveniencia de acometer posibles acciones.”*
- *Sobre la falta de motivación: “deben de valorarse las circunstancias concurrentes que han asolado el sector en los últimos dos años, y cuáles han sido las medidas que se han habilitado para resolver las disfunciones y riesgos inherentes a la actividad. Teniendo esta comercializadora unas compras que no superan el millón de euros, se pretende el depósito de unas garantías que ascienden hasta 11 millones de euros.”. “Entendemos que la propuesta de resolución incurre en una motivación generalizada, imprecisa y estereotipada, que no satisface las exigencias mínimas de justificación del criterio administrativo, llegando a considerarse el paradigma de la ausencia de justificación.... Igualmente, la mera remisión global a cierta normativa no es motivación sucinta, sino genérica e imprecisa que merece reputarse inexistente ... Ello que no impide que series semejantes o idénticas de actos administrativos puedan encontrarse motivadas de idéntica manera ..”.*
- *Sobre la inexistencia de responsabilidad merecedora de sanción: “ANILLACO no ha actuado, en ningún momento, de forma dolosa o culposa... La alta variabilidad en el precio de la electricidad en el mercado regulado a lo largo del día y de un día a otro, con las altas fluctuaciones del precio de generación, determinadas a su vez por la demanda y la oferta de energía eléctrica en cada momento. La cuantía del MA que a su vez depende de la diferencia entre el precio de mercado del GN y el ‘tope’ de 50 €/MWh fijado por el gobierno. El importe de los peajes y cargos, muy bajos (0,00303 €/kWh) en el tramo P1 valle, bastante más altos (0,02847 €/kWh) en el tramo P2 llano, y muy elevados en el tramo P3 punta (0,07441 €/kWh) en el que suponen un porcentaje significativo del precio final soportado por los clientes, y que condicionan la inestabilidad de las previsiones de pago y desajuste en el sistema de garantías. Todo ello lleva a entender que no procede la infracción y consecuente sanción , y que, de aplicarse, habría de imponerse en sus niveles más bajos, que no debieren exceder en ningún caso más de 1.000 euros.”.*

SEXTO. 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 11 de diciembre de 2022, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

SÉPTIMO. ACTUACIONES COMPLEMENTARIAS

Con fecha 12 de enero de 2023 la Sala de Supervisión Regulatoria adoptó acuerdo relativo a la práctica de actuaciones complementarias, solicitando información a la Dirección de Energía relativa a (i) la estimación de la facturación (volumen de negocios) de ANILLACO ENERGÍA en el año 2022 a partir de los datos de consumidores y energía declarados por los distribuidores en la Circular 1/2005, de la CNMC; y (ii) el volumen de compras de energía en el año 2022 por parte de ANILLACO ENERGÍA según información obrante en esta Comisión.

Dicha información fue incorporada al expediente y remitida a ANILLACO ENERGÍA, mediante oficio que fue notificado telemáticamente el 6 de febrero de 2023, concediéndole a la empresa plazo para alegaciones.

Transcurrido el plazo otorgado, la empresa no ha presentado alegaciones.

OCTAVO. 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 HECHO PROBADO de este procedimiento que:

Único. ANILLACO ENERGÍA, S.L. desatendió el requerimiento de prestación de garantías exigidas por el Operador del Sistema por importe de 502.000 euros con fecha límite de pago 27 de mayo de 2022, continuando a fecha 30 de septiembre de 2022 en estado de insuficiencia de garantías [CONFIDENCIAL].

Este hecho resulta acreditado por el escrito de denuncia de incumplimiento de prestación de garantías de ANILLACO ENERGÍA presentado por el Operador del Sistema el 28 de junio de 2022 en el Registro de esta Comisión, así como de los informes mensuales de los servicios de ajuste del sistema remitidos, 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 de 1 de enero de 2007, por el Operador del Sistema

correspondientes a los meses de junio a septiembre de 2022, que muestran el estado de déficit de garantías de la sociedad ANILLACO ENERGÍA en el último día del mes correspondiente en los términos expresados en los antecedentes de la presente resolución, como sigue: [CONFIDENCIAL]

En su escrito de alegaciones a la propuesta, ANILLACO ENERGÍA alude a los importes de déficit probados, sin cuestionar su existencia, aunque aludiendo a su posible desproporcionalidad, de conformidad con la actividad comercializadora que mantiene. Al respecto, debe significarse que la empresa no refuta ninguno de los elementos de los hechos probados, ya que la empresa no ha cuestionado ni que el OS le hubiera exigido los importes referidos en el cuadro ni tampoco reseña que sean incorrectos los importes reflejados de las garantías depositadas por ella en cada momento. Cuestión distinta y ajena al objeto de este procedimiento sancionador, es su mera apreciación personal de que el P.O. 14.3 exija a los comercializadores unas garantías, a su juicio, desmedidas.

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 ANILLACO ENERGÍA estuvo incluida en el listado de comercializadores de electricidad con referencia R2-853 desde el 5 de marzo de 2021 hasta el 1 de febrero de 2023. Ello así resulta, debido a que mediante Orden de 18 de enero de 2023 dictada por la Ministra para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico se inhabilitó para el ejercicio de la actividad de comercialización a ANILLACO ENERGÍA, se traspasaron sus clientes a un comercializador de referencia y se determinaron las condiciones de suministro a dichos clientes, cuyo anuncio se publicó en el Boletín Oficial del Estado de 21 de enero de 2023.

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 16 de diciembre de 2021 (BOE 27 de diciembre de 2021), de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, (sustituida por Resolución 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 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 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 de la presente resolución, ANILLACO ENERGÍA ha permanecido en situación de insuficiencia de garantías, al menos, durante el periodo de tiempo comprendido entre el 27 de mayo de 2022 a 30 de septiembre de 2022 en estado de insuficiencia de garantías en los términos probados.

En particular resulta que dicha insuficiencia de garantías, contrariamente a las modalidades que sostiene ANILLACO ENERGÍA en su escrito de alegaciones a la propuesta, la ha mantenido la comercializadora en el tiempo tanto al hacerle el requerimiento de garantías por el seguimiento diario establecido en el artículo 11 del P.O. 14.3 como por los seguimientos mensuales de los artículos 9 y 10 del mismo procedimiento (esto es, la Garantía de Operación adicional + Garantía de Operación Básica – Garantías Reales depositadas).

Es incuestionado por ANILLACO ENERGÍA que durante el periodo probado se encontró en situación deficitaria de garantías, dicha situación por sí misma está tipificada.

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 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, ANILLACO ENERGÍA decide desatender el requerimiento inicial desde el 27 de mayo de 2022, pero no sólo eso, sino que también habría incumplido de forma reiterada la obligación de depositar las garantías conforme a lo establecido en los procedimientos de operación del OS. Cabe señalar que las garantías depositadas por la comercializadora ante el OS durante ese periodo resultaban ser notoriamente insuficientes, lo que determina la existencia de un importante déficit. Debido a esta circunstancia, dicho operador no dispuso de cobertura ante los impagos que surgieron por causa de la ausencia de compras de energía. La empresa no llevó a cabo actuación adicional alguna determinante de la subsanación del déficit inicialmente incurrido, sencillamente ese déficit fue creciendo exponencialmente y la empresa continuó durante meses su actividad de suministro a sus clientes sin variar su comportamiento, lo que ha provocado que la situación se agravara significativamente. Esta situación, supone un incumplimiento de una de las obligaciones básicas de los comercializadores de electricidad en el mercado, que alcanza los importes actualizados de déficit reflejados en los hechos probados.

ANILLACO ENERGÍA alega en su escrito de alegaciones a la propuesta la inexistencia de responsabilidad por su parte merecedora de sanción y refiere a la existencia de otras circunstancias que han determinado ese déficit (ausencia de lecturas reales por parte de distribuidoras, la excepción ibérica que genera su desajuste financiero e inexistencia de coberturas totales por su parte en la compra de electricidad, la alta variabilidad en el precio de la electricidad).

Sin embargo, lo cierto es que desde el inicio de su actividad en la comercialización, ANILLACO ENERGÍA no ha cumplido con su obligación legal de depósito de garantías en los importes que determina el P.O. 14.3 aprobado por esta Comisión. La empresa, en su condición de comercializadora, no puede pretender aducir inexistencia de responsabilidad por su parte cuando, desde el inicio de su actividad y, al menos, durante cuatro meses consecutivos, era conocedora de que estaba incurso en déficit de garantías y, sin embargo, el importe deficitario fue incrementándose sustancialmente durante todo el periodo probado en el presente procedimiento. Ninguna circunstancia de las señaladas en su escrito de alegaciones le impedía cumplir con la obligación que le es únicamente imputable a ella, que en su condición de comercializadora debe tener la suficiente solvencia económica-financiera exigible para desarrollar su actividad de comercialización en las condiciones regulatorias y de mercado que existan en todo momento, pudiendo cubrirse frente al riesgo de las subidas de materias primas y/o del mercado mayorista de electricidad, como han realizado la mayoría de las comercializadoras.

Véase que: (i) la regulación normativa de la “excepción ibérica” no ha impedido a la mayoría de las comercializadoras continuar cumpliendo con sus obligaciones de depósito de garantías, (ii) las eventuales tensiones financieras generadas por su relación con las distribuidoras no están cuantificadas ni acreditadas ni tampoco provocan los efectos pretendidos a toda la comercialización y (iii) la mera afirmación de inexistencia de cobertura por su parte para la compra de electricidad es ya por sí misma el reconocimiento de la existencia una circunstancia individualizada solo de la propia empresa (con eventuales consecuencias previsibles para dar cumplimiento a la exigibilidad determinada por la normativa), que puede provocar que, al menos, culpablemente, ANILLACO ENERGÍA sea la responsable del déficit de garantías objeto de este sancionador si no es atendida.

En concreto, estas alegaciones se tratan de meras afirmaciones por su parte, no cuantificadas ni tampoco documentadas, pero que, en todo caso, tampoco exoneran de la obligación de ANILLACO ENERGÍA de depositar las garantías que le son exigibles. Téngase en cuenta que ese incremento de garantías exigidas deriva directamente del propio comportamiento de ANILLACO ENERGÍA en el mercado tanto por su aparente falta de compras que provocan desviaciones importantes, como por el aumento de sus compras en el mercado, lo que necesariamente determina el incremento de las garantías que debe depositar y su mera desatención provoca *per se* la continuación en el incumplimiento incurrido desde el 27 de mayo de 2022 hasta al menos 30 de septiembre de 2022.

En definitiva, el estado de insuficiencia de garantías con el que ha operado ANILLACO ENERGÍA es una conducta que debe calificarse como culpable, y ello así resulta por tener en cuenta que durante tres de los cuatro meses analizados la empresa incrementó el importe de las garantías depositadas, aunque en importes manifiestamente insuficientes.

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.

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 solicitado el depósito de las últimas cuentas disponibles de la comercializadora, resultando que el importe neto de la cifra de negocios de ANILLACO ENERGÍA asciende a 0 euros en el ejercicio 2020, último disponible.

En su escrito de alegaciones a la propuesta, indica la empresa a que su actividad se inició en el año 2022. Al respecto debe señalarse que, de conformidad con su escritura fundacional, el inicio de actividades es del 13 de mayo de 2020, lo que determina su obligatoriedad de depositar cuentas anuales en el Registro Mercantil, ello con independencia de si tal inicio fue efectivo o no en la referida fecha. Además, debe tenerse en cuenta que el límite previsto en el artículo 67.2 de la LSE no se limita a la actividad de comercialización del sujeto infractor sino que se refiere al importe neto anual de la cifra de negocios de todas sus actividades.

Además, en el presente caso, se han practicado actuaciones complementarias, que han determinado de forma indubitada que las afirmaciones de ANILLACO ENERGÍA respecto de su actividad durante el periodo referenciado no son ciertas. En efecto, a partir de la información obrante en esta Comisión, y en particular, a partir de la energía suministrada por la empresa, se ha realizado una estimación de la facturación de la empresa en el año 2022 (hasta fechas disponibles), únicamente respecto de la actividad de comercialización y con el escenario conservador reflejado en el informe emitido, que determina la inaplicabilidad del límite 10% del artículo 67 de la Ley 24/2013, contrariamente a lo que sostiene ANILLACO ENERGÍA.

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 en la incoación del sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 64.2.f) de la Ley 39/2015 y establecer una multa a ANILLACO ENERGÍA por un importe de doscientos mil (200.000) euros.

En lo que respecta al importe de la sanción propuesta, ANILLACO ENERGÍA, en su escrito de alegaciones señaló que la motivación de la propuesta no permitía legitimar el importe de 200.000 euros de sanción aludiendo a diversas cuestiones respecto de las que de da la oportuna contestación:

- (i) ANILLACO ENERGÍA sostiene que la propuesta se aparta de precedentes administrativos, aun cuando reconoce que todas las resoluciones sancionadoras por déficit de garantías tienen la misma *ratio decendi*, incluyendo sus fundamentos jurídicos.

Sin perjuicio de la estimación a la solicitud de acceso a expedientes sancionadores tramitados por esta Comisión con arreglo a la Ley 19/2013 efectuada mediante resolución de 21 de diciembre de 2022, en lo que aquí interesa debe significarse que tal y como reconoce la propia empresa, en el presente caso se han aplicado, como no podía ser de otro modo, las circunstancias recogidas en el artículo 67.4 de la LSE. En efecto, son dichas circunstancias las que deben aquí valorarse, al tratarse de una infracción tipificada en el art.66.2 de la LSE, en relación con el art.46.1.e) de la misma Ley y el P.O. 14.3. y dicha valoración es la que se lleva a cabo en cada uno de los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, tal y como reconoce ANILLACO ENERGÍA.

Sin embargo, ello no puede llevar a ANILLACO ENERGÍA a pretender que todas las sanciones impuestas por la CNMC derivadas de esta tipología de conducta sean por el mismo importe, dado que en cada caso concurren elementos singulares que determinan la cuantificación, fundamentalmente, el grado de responsabilidad (dolo vs culpa/negligencia), así como los importes y periodos de déficit de garantías y de garantías depositadas.

- (ii) ANILLACO ENERGÍA señala que deben valorarse las circunstancias concurrentes en los dos últimos años y las medidas habilitadas para resolver las disfunciones y riesgos inherentes a la actividad.

En el presente caso, de conformidad con el artículo 67 de la LSE, para la imposición de las sanciones por conductas tipificadas en la misma ley deben valorarse las circunstancias reseñadas en su apartado 4, arriba transcrito. Pues bien, de entre las transcritas, en cada caso procederá aludir, a las que sean aplicables según la naturaleza de los hechos probados y conductas que se hayan tipificados.

Así pues, en el caso que nos ocupa, en los términos ya reseñados en la propuesta, se considera que:

- No concurre ninguna circunstancia que suponga peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, para la seguridad de las cosas y el medio ambiente o suponga perjuicios en la continuidad y regularidad del suministro, en la medida que la propia legislación eléctrica ya determina la continuidad del suministro a los CUPS de los clientes afectados de comercializadoras que se encuentren en déficit de garantías para la adquisición de la energía de sus clientes.
 - Los importes de déficit inicial y actualizados en los que ha incurrido ANILLACO ENERGÍA, así como las garantías depositadas según los hechos probados irrefutablemente son las cuestiones que, por la naturaleza de la conducta tipificada, aquí aplican en cuanto a la importancia del daño o deterioro causado así como en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico. En este sentido, baste señalar que, aun cuando la empresa indica la desproporción de las garantías que le fueron exigidas, el importe se calcula con las previsiones recogidas en el P.O. y ha resultado que todas ellas ya han debido aplicarse en el mes de octubre para el abono de parte de los impagos al sistema eléctrico que ha generado ANILLACO ENERGÍA.
 - El grado de participación en la conducta tipificada (déficit de garantías) de ANILLACO ENERGÍA es la autoría, por cuanto, dada la naturaleza de la infracción, esta comercializadora es la que está obligada a depositar las garantías exigidas y es la que no lo ha efectuado en el periodo reseñado en los hechos probados.
 - Se ha calificado la intencionalidad de ANILLACO ENERGÍA en la comisión de la infracción como culpable y se toma en consideración la duración de la conducta que ha sido probada, tal y como se ha reseñado en los hechos probados y en el fundamento de derecho de responsabilidad.
 - No aplica la circunstancia de reincidencia.
- (iii) ANILLACO ENERGÍA indica que teniendo la comercializadora unas compras que no superan el 1.000.000 euros, no corresponde pretender que se depositen garantías por importe de 11.000.000 euros.

Tal y como se ha indicado, los importes requeridos por el O.S. no han sido rebatidos en ningún momento durante el periodo de incumplimiento y únicamente ahora, en alegaciones a la propuesta de resolución, se efectúan meras afirmaciones pero que no aducen la existencia de un eventual error por parte del O.S. al aplicar el P.O. 14.3, sino que se trata

una mera valoración personal respecto de la regulación prevista en dicho P.O. Todo ello, sin perjuicio de reiterar que incluso *a posteriori* se ha visto que ha sido necesario aplicar la totalidad de las garantías que estaban depositadas en el mes de septiembre de 2021 a impagos generados por ANILLACO ENERGÍA en el sistema.

- (iv) ANILLACO ENERGÍA señala que la propuesta contiene una motivación generalizada, imprecisa y estereotipada, no siendo suficiente la remisión global a la normativa porque es una motivación genérica e imprecisa.

En los términos reseñados, la remisión a las circunstancias previstas en el artículo 67.4 LSE es necesaria y obliga a esta Comisión para la fijación de la cuantía de la sanción, pero ello no determina una imprecisa o insuficiente motivación, sino todo lo contrario, dada la naturaleza de la conducta infractora y los hechos probados.

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, ANILLACO ENERGÍA no ha reconocido expresamente su responsabilidad en la comisión de la infracción ni tampoco 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, no procede aplicar reducción alguna a la sanción impuesta de doscientos mil (200.000) 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].

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa ANILLACO ENERGÍA, 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 ANILLACO ENERGÍA, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de doscientos mil (200.000) 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.