

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A FUSIONA COMERCIALIZADORA, S.A., POR LA FALTA DE ADQUISICIÓN DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA NECESARIA PARA EL DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES DE SUMINISTRO

SNC/DE/018/22

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 23 de febrero 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. Comunicación del incumplimiento por parte del Operador del Sistema.

Con fecha 27 de enero de 2022, se recibió en el Registro de la CNMC un escrito de misma fecha de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., en su condición de Operador del Sistema eléctrico (en adelante, «OS»), relativo a un incumplimiento de la sociedad FUSIONA COMERCIALIZADORA, S.A. (en adelante, FUSIONA COMERCIALIZADORA), de la obligación de pago frente al sistema eléctrico, expresado en los siguientes términos:

“...al no haber atendido el 18 de enero de 2022 la totalidad de su obligación de pago de la liquidación del Operador del Sistema por importe de 11.306,09 euros. Según lo dispuesto en el apartado 8 del procedimiento de Operación 14.7, se ejecutó la garantía depositada, de 199.000 euros, suficiente para permitir el cobro de la cantidad adeudada.”

SEGUNDO. Acuerdo de incoación

Con fecha 11 de julio 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 la comercializadora FUSIONA COMERCIALIZADORA, por su presunta falta de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro que, en el mes de mayo de 2022, tras ejecutarse las correspondientes garantías, comporta una pérdida para los acreedores de [CONFIDENCIAL].

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban como infracción grave, prevista en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en relación con el artículo 46.1.c) del mismo texto legal.

El acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue puesto a disposición telemática de FUSIONA COMERCIALIZADORA, sin que conste su acceso al contenido de la notificación y, por tanto debiéndose entendida por rechazada tras el transcurso de diez días naturales. En días 28 y 29 de septiembre de 2022, se intentó práctica de la notificación postal en el domicilio social de la empresa, sin que haya procedido a retirar la notificación, tras haber dejado aviso de llegada en el buzón. Finalmente, el acuerdo de incoación se notifica al domicilio social del administrador concursal y al profesional de la persona física designada como administrador concursal en fechas 14 de octubre y 13 de diciembre de 2022, respectivamente, según consta acreditado en el procedimiento

La empresa no ha presentado alegaciones al acuerdo de incoación.

TERCERO. Incorporación de documentación al expediente

Con fecha 19 de julio de 2022, se incorporó informe mensual de mayo de 2022 del Operador del Sistema de Energía Eléctrica (OS) en el que se resumen los principales resultados de la gestión de los mercados de servicios de ajuste del sistema y de la capacidad de intercambio en las interconexiones internacionales, en el que se detalla el volumen de impagos en la fecha de vencimiento y las pérdidas de los sujetos acreedores acumulados hasta la fecha del mes del informe ocasionados, siendo el importe impagado en plazo por FUSIONA COMERCIALIZADORA de [CONFIDENCIAL].

CUARTO. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de 3 de enero de 2023 se incorporó nota expedida por el Registro Mercantil de Madrid de 21 de diciembre de 2022 relativa al depósito de cuentas anuales para el ejercicio 2020 de la empresa FUSIONA COMERCIALIZADORA, con un importe neto de la cifra de negocios de 3.122.972,29 euros.

QUINTO. Propuesta de Resolución

El 10 de enero de 2023 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 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO. Declare que FUSIONA COMERCIALIZADORA, S.A. es responsable de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de su obligación de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica.

SEGUNDO. Imponga a FUSIONA COMERCIALIZADORA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de veinte mil (20.000) euros por la comisión de la infracción grave declarada en el precedente apartado primero, sin perjuicio de las reducciones que procedan de conformidad con lo establecido en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de Las Administraciones Públicas.”.

La propuesta de resolución fue notificada al administrador concursal de FUSIONA COMERCIALIZADORA el 24 de enero de 2023, según consta acreditado en el procedimiento.

Con fecha 2 de febrero de 2023 tuvo entrada escrito de la administración concursal de la empresa reconociendo expresamente su responsabilidad en la comisión de la infracción en los términos de la propuesta de la resolución, solicitándose acogerse a la reducción prevista en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), cuya efectividad está condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

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 8 de febrero 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 HECHO PROBADO de este procedimiento que:

Único. FUSIONA COMERCIALIZADORA no ha adquirido la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica en el mes de mayo de 2022.

Este hecho resulta acreditado por el informe mensual de mayo de 2022 del Operador del Sistema de Energía Eléctrica (OS) en el que se resumen los principales resultados de la gestión de los mercados de servicios de ajuste del sistema y de la capacidad de intercambio en las interconexiones internacionales, en el que se detalla el volumen de impagos en la fecha de vencimiento y las pérdidas de los sujetos acreedores acumulados hasta la fecha del mes del informe ocasionados por FUSIONA COMERCIALIZADORA con un impago en plazo de [CONFIDENCIAL] euros, tras la ejecución de la garantía correspondiente.

Asimismo, FUSIONA COMERCIALIZADORA ha asumido su responsabilidad en los hechos.

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.b) 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 grave tipificada en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013.

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 dieciocho meses al tratarse de la imputación de una infracción grave.

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 (en adelante, Ley 40/2015).

III. TIPIFICACIÓN DEL HECHO PROBADO

En relación con el hecho probado recogido en la presente Resolución, el artículo 46.1 de la Ley 24/2013 establece la obligación de los comercializadores de «c) *Adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones.*».

El incumplimiento de esta obligación está tipificado como una infracción grave por el artículo 65 de la Ley 24/2013, «28) *La no presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción*».

Tal como resulta del Hecho Probado Único, FUSIONA COMERCIALIZADORA, S.A. no adquirió la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica a los puntos de suministro con los cuales esta comercializadora tenía en vigor contrato en el mes de mayo de 2022. Esta conducta resulta típica en relación con lo dispuesto en el artículo 65.28 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, 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.c) de la Ley 24/2013, relativa a la adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones.

Al respecto, debe significarse que con fecha 20 de abril de 2022 la empresa se dio de baja en el listado de comercializadoras de electricidad

En el presente caso, resulta acreditado que el comportamiento de FUSIONA COMERCIALIZADORA implica una culpabilidad a título intencionado o doloso, ya que la empresa no adquirió la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica según cifras acumuladas en el mes de mayo de 2022. La comercializadora infractora no podía desconocer el incumplimiento de sus obligaciones, puesto que era perfectamente consciente de la ausencia de compras de energía eléctrica en el mercado de producción de energía eléctrica a través de cualquiera de las alternativas que tiene a estos efectos (realizando las correspondientes ofertas de compra -ya sea en el marco de contrataciones bilaterales o en el marco del denominado «mercado diario e intradiario de energía eléctrica») y, conociendo la situación, FUSIONA COMERCIALIZADORA la ha llevado a cabo. En tal sentido, la propia empresa

ha reconocido su responsabilidad, según señala el antecedente de hecho quinto de esta resolución.

V. SANCIÓN QUE SE FORMULA, APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA

El artículo 67 de la Ley 24/2013, prevé una multa no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 por las infracciones graves; 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 en principio no concurren las circunstancias citadas en las letras a) y f).

Respecto a las circunstancias indicadas en las letras d) y e), ha de señalarse que ambas operan como agravantes en relación con la infracción, atendiendo a que: i) el beneficio obtenido por la ausencia de compras sería el equivalente a las facturaciones realizadas a sus clientes por el concepto de energía, a lo que habría de añadirse que el coste de financiación de las garantías no aportadas también ha sido cero; y ii) la intencionalidad en la comisión de la infracción y en el fraude al sistema eléctrico es evidente.

En cuanto a las circunstancias indicadas en los apartados b), c) y g) ha de tenerse en cuenta que, como se ha dicho anteriormente, el daño en la correcta operación del sistema es un resultado consumado, consecuencia de la ausencia de compras y del previsible impacto en la sostenibilidad financiera del sistema de los desvíos que resulten, que habrá de ser previsiblemente soportado por terceros, como consecuencia de la insuficiencia de garantías en el caso de esta comercializadora.

No obstante, se considera que concurren las circunstancias establecidas en el artículo 67.3 de la Ley 24/2013 para aplicar la escala correspondiente a la clase o clases de infracciones que precedan en gravedad a aquella en que se integra la aquí considerada.

Asimismo, se deja constancia de que, a efectos de respetar el límite máximo establecido en el artículo 67.2 de la Ley 24/2013, resulta que el importe neto de la cifra de negocios de FUSIONA COMERCIALIZADORA asciende a 3.122.972,29 euros, correspondiente al ejercicio 2020.

Valorados los criterios citados en el artículo 67.4 de la Ley 24/2013, en relación con el peligro resultante de la infracción, la importancia del daño, perjuicios sobre el suministro, grado de participación, beneficio obtenido, intencionalidad e impacto sobre la sostenibilidad del sistema, considerado el principio de proporcionalidad y visto el contenido y alcance del incumplimiento según consta en el Hecho Probado único, se considera adecuada la propuesta de sanción formulada y establecer una multa a FUSIONA COMERCIALIZADORA, S.A. por un importe de veinte mil (20.000) euros.

No obstante lo anterior, de conformidad con el artículo 85, apartado primero, de la Ley 39/2015, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permitía resolver el presente procedimiento con la imposición de la sanción procedente. Asimismo, de acuerdo con el segundo apartado de este precepto, dado que la sanción tiene en este caso únicamente carácter pecuniario, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución podría implicar la terminación del procedimiento.

A este respecto, el artículo 85.3 prevé que, tanto en el caso de reconocimiento de responsabilidad como en el de pago voluntario de la multa con anterioridad a la resolución del procedimiento, y cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplique reducciones de, al menos, el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo estas acumulables entre sí hasta alcanzar una reducción total del 40%.

En el presente caso, por medio de su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, FUSIONA COMERCIALIZADORA, S.A. ha reconocido expresamente su responsabilidad en la comisión de la infracción pero no ha procedido a pagar la sanción determinada en la propuesta de resolución del procedimiento, habiendo sido informada de tal posibilidad en la propuesta de resolución adoptada.

De este modo, al haberse realizado un reconocimiento expreso de responsabilidad por parte de FUSIONA COMERCIALIZADORA, S.A., procede aplicar únicamente la reducción del 20% al importe de la sanción de veinte mil (20.000) euros propuesta, quedando la misma en dieciséis mil (16.000) euros.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa FUSIONA COMERCIALIZADORA, S.A., es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de su obligación de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica, correspondiendo por dicha infracción la imposición de una multa de veinte mil euros (20.000 €).

SEGUNDO. Aprobar la reducción sobre la referida sanción de un 20% por aplicación del porcentaje establecido en el artículo 85, apartado 3, en relación con el apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; minorándose la sanción a la cuantía de dieciséis mil euros (16.000 €).

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

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.