

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

SNC/DE/149/21

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

Secretaria

D^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 22 de junio 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. Comunicaciones del incumplimiento por parte del Operador del Sistema.

Con fecha 6 de octubre de 2021, el Operador del Sistema remite a esta CNMC información relativa al incumplimiento por parte de la empresa ENERGÍA GRAFENO, S.L. (en adelante, ENERGÍA GRAFENO) de la obligación establecida en el artículo 46.1.f) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, expresado en los siguientes términos:

“no haber atendido el 29 de septiembre de 2021, la obligación de pago de la liquidación del Operador del Sistema por importe de 74.705,18 euros. Según lo dispuesto en el apartado 8 del procedimiento de operación 14.7, se ejecutó la garantía depositada de 179.010 euros, suficiente para permitir el cobro de la cantidad adeudada.”

Asimismo, con fecha 4 de julio de 2022 se recibió en el Registro de la CNMC Informe mensual de mayo de 2022 en el que se resumen los principales resultados de la gestión de los mercados de servicios de ajustes del sistema y de la capacidad de intercambio en las interconexiones internacionales, documentando en particular la evolución de los volúmenes y costes de estos mercados en dicho mes y en el último año móvil.

En el apartado 4 de dicho Informe dedicado al “Incumplimiento de los sujetos de liquidación” se muestran los impagos en la fecha de vencimiento y las pérdidas de los sujetos acreedores acumulados hasta el mes del informe de comercializadores o consumidores directos dados de alta como sujetos de liquidación o que son baja pero tienen liquidaciones pendientes. La pérdida para los acreedores es la diferencia entre el importe impagado el día de vencimiento de las facturas y las cantidades cubiertas por garantías ejecutadas, por pagos y por derechos de cobro posteriores.

Según el Informe del Operador del Sistema la situación de ENERGÍA GRAFENO en el mes de mayo de 2022 es la siguiente:

[CONFIDENCIAL]

SEGUNDO. Acuerdo de incoación y falta de alegaciones a la incoación.

Con fecha 19 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 ENERGÍA GRAFENO, por su presunta falta de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro.

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 de ENERGÍA GRAFENO en la sede electrónica de la CNMC el día 6 de octubre de 2022 sin que transcurrido el plazo de diez días hábiles hubiera accedido a la notificación efectuada. De igual forma se procedió a intentar la notificación postal a su domicilio social resultando dirección incorrecta. Finalmente, se publicó en el Boletín Oficial del Estado de fecha 1 de noviembre de 2022.

Transcurrido el plazo otorgado para efectuar alegaciones, no se han efectuado las mismas al acuerdo de incoación

TERCERO. Incorporación de documentación al expediente

Con fecha 13 de diciembre de 2022 se han incorporado al procedimiento: (i) el documento “Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema” correspondientes al mes de octubre de 2022, en virtud del cual se actualizan los datos del incumplimiento, constatando que la persistencia en el incumplimiento de la obligación normativa y (ii) estimación de facturación correspondiente al ejercicio 2021, en ausencia de cuentas anuales recientes, a fin de respetar los límites establecidos en el artículo 67.2 de la Ley 24/2013: «la cuantía de la sanción no podrá superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor».

CUARTO. Propuesta de Resolución y falta de alegaciones a la propuesta

El 31 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 ENERGÍA GRAFENO, S.L. 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 ENERGÍA GRAFENO, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de 50.000 € 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.

TERCERO. Imponga a ENERGÍA GRAFENO, S.L., la obligación de restituir el importe impagado a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., a tenor del fundamento jurídico VIII de esta propuesta de resolución.”

La propuesta de resolución fue notificada a través de su publicación en el Boletín Oficial del Estado de fecha 31 de marzo de 2023.

Finalizado el plazo de alegaciones, la empresa no ha presentado alegaciones a la propuesta de resolución.

QUINTO. Finalización de la instrucción y elevación del expediente al Consejo

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por la Directora de Energía, mediante escrito de fecha 20 de abril de 2023, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

SEXTO. Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 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. ENERGÍA GRAFENO S.L. no ha adquirido la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica, al menos en el periodo comprendido desde septiembre de 2021 hasta octubre de 2022.

Así resulta de los actos de instrucción que constan incorporados al procedimiento, según la descripción recogida en los antecedentes de la presente resolución. En concreto,

- Informe relativo al incumplimiento por parte de la empresa ENERGÍA GRAFENO, S.L. (en adelante, ENERGÍA GRAFENO) de la obligación establecida en el artículo 46.1.f) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, remitido por el Operador del Sistema con fecha 6 de octubre de 2021.
- Informe mensual de mayo de 2022 remitido por el Operador del Sistema con fecha 4 de julio de 2022, en el que se incluye información relativa a ENERGÍA GRAFENO en su apartado 4 "Incumplimiento de los sujetos de liquidación".
- "Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema" correspondientes al mes de octubre de 2022, remitido por el Operador del Sistema con fecha 13 de diciembre de 2022.

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, previo informe de la Sala de Competencia, 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, ENERGÍA GRAFENO 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 periodo comprendido desde septiembre de 2021 hasta octubre de 2022.

En definitiva, esta conducta – esto es, la ausencia de compras suficientes de electricidad en el mercado por parte de ENERGÍA GRAFENO, manteniendo clientes con consumo- 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.

En el presente caso, resulta acreditado que el comportamiento de ENERGÍA GRAFENO 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 en el periodo comprendido desde septiembre de 2021 hasta octubre de 2022. La comercializadora infractora no podía desconocer el incumplimiento de sus obligaciones, puesto que era perfectamente consciente de la total 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»). Todo ello, por cuanto 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.

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) habida cuenta la liquidación tardía de la energía por desvíos, 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.

No obstante lo anterior, 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, de conformidad con la estimación de la cifra de negocios neta del año 2021 indicada en el antecedente de hecho correspondiente, el importe máximo a imponer sería de 93.211 euros.

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 ENERGÍA GRAFENO, S.L. por un importe de cincuenta mil (50.000) euros.

Asimismo, el artículo 69.2 de la Ley 24/2013 dispone que la resolución del procedimiento sancionador, además de imponer la sanción que corresponda, exigirá la siguiente obligación:

«Artículo 69. Otras medidas.

(...)

2. Se exigirá la indemnización por daños y perjuicios cuando no fuera posible la restitución o reposición y en todo caso si se hubieran producido daños y perjuicios a los intereses públicos.

«Cuando los daños fueran de imposible o difícil evaluación, para fijar la indemnización se tendrán en cuenta el coste de la restitución y reposición y el valor de los bienes dañados, debiendo aplicarse el que proporcione el mayor valor.»

Al amparo de este precepto de la Ley 24/2013, se determina para ENERGÍA GRAFENO la obligación de abonar todas las facturas no cubiertas con garantías que tiene impagadas, que se deben a los desvíos producidos en la medida (causados por no haber adquirido suficiente energía en el mercado de producción de electricidad).

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa ENERGÍA GRAFENO, S.L., 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.

SEGUNDO. Imponer a ENERGÍA GRAFENO, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de cincuenta mil (50.000) euros por la citada infracción grave.

TERCERO. Imponer a ENERGÍA GRAFENO, S.L. la obligación de restituir el importe impagado a RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., a tenor de lo dispuesto en el fundamento de derecho V de la presente resolución.

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.