

## **RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ENERGÍA GRAFENO, S.L. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ABONO DE LOS PEAJES DE ACCESO A LA RED DE DISTRIBUCIÓN**

(SNC/DE/201/21)

### **CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

#### **Presidente**

D. Ángel Torres Torres

#### **Consejeros**

D. Xabier Ormaetxea Garai

D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D<sup>a</sup>. 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 (en adelante «Ley 24/2013»), la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

## ÍNDICE

<b>I. ANTECEDENTES.....</b>	<b>3</b>
<b>Primero. Denuncia de [MATRIZ 1] .....</b>	<b>3</b>
<b>Segundo. Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador .....</b>	<b>3</b>
<b>Tercero. Cambio de instructora en el procedimiento .....</b>	<b>3</b>
<b>Cuarto. Incorporación de la estimación de ventas en el ejercicio 2021 .....</b>	<b>4</b>
<b>Quinto. Propuesta de resolución.....</b>	<b>4</b>
<b>Sexto. Finalización de la Instrucción y elevación del expediente al Consejo.....</b>	<b>5</b>
<b>Séptimo. Inhabilitación de GRAFENO.....</b>	<b>5</b>
<b>Octavo. Informe de la Sala de Competencia.....</b>	<b>5</b>
<b>II. HECHOS PROBADOS .....</b>	<b>6</b>
<b>III. FUNDAMENTOS DE DERECHO .....</b>	<b>6</b>
<b>Primero. Habilitación competencial y legislación aplicable .....</b>	<b>6</b>
<b>Segundo. Tipificación de los hechos probados .....</b>	<b>6</b>
<b>Tercero. Culpabilidad de GRAFENO en la comisión de la infracción.....</b>	<b>7</b>
A. Consideraciones generales sobre la culpabilidad .....	7
B. Examen de las circunstancias concurrentes en el caso de la infracción cometida por GRAFENO .....	8
<b>Cuarto. Sanción aplicable a la infracción grave cometida .....</b>	<b>9</b>
<b>Quinto. Otras medidas .....</b>	<b>10</b>
<b>IV. RESUELVE.....</b>	<b>10</b>

## I. ANTECEDENTES

### Primero. Denuncia de [MATRIZ 1]

El 10 de diciembre de 2021 se recibió en la CNMC copia del escrito de denuncia de la sociedad [MATRIZ 1] a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, respecto de la situación de impago de peajes de acceso facturados a la comercializadora ENERGÍA GRAFENO, S.L. (en adelante GRAFENO). En dicho escrito se denunciaba que la deuda vencida de peajes pendientes desde abril de 2021, con fecha límite 19 de noviembre de 2021, respecto de la sociedad [DISTRIBUIDORA 1] ascendía a [...] euros.

Se adjuntaban como anexo a la referida denuncia, los datos identificativos de las cantidades impagadas.

### Segundo. Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador

El 10 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 (en adelante «Ley 3/2013») y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Estatuto de la CNMC»), aprobado por Real Decreto 657/2013, acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra GRAFENO, por presunto incumplimiento de la obligación de pago de los peajes de acceso a la red de distribución prevista en el artículo 46.1.d) de la Ley 24/2013.

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban como infracción grave prevista en el artículo 65.3 de la Ley 24/2013.

El acuerdo de incoación se puso a disposición de GRAFENO por medios electrónicos el 14 de junio de 2022, entendiéndose rechazada el día 23 de junio por el transcurso de 10 días naturales, según lo previsto en el artículo 43.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

GRAFENO no ha realizado alegaciones al acuerdo de incoación.

### Tercero. Cambio de instructora en el procedimiento

Según determina el artículo 25.1.c) de la Ley 3/2013, corresponde a la Dirección de Energía la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en el artículo 7 de la misma Ley, entre las que se incluye la instrucción de los

procedimientos sancionadores. En sesión del Pleno de la CNMC celebrada el 2 de noviembre de 2022, doña Rocío Prieto González fue nombrada Directora de Energía de la CNMC, con efectos desde ese mismo día, resultando, por consiguiente, doña Rocío Prieto González instructora del presente procedimiento.

Por su parte, el artículo 53 de la LPAC, regula los derechos del interesado en el procedimiento administrativo, estableciendo la letra a) del apartado segundo, en cuanto a los procedimientos de naturaleza sancionadora, el derecho del interesado a ser notificado acerca de la identidad del instructor, lo que se llevó a cabo mediante la propuesta de resolución de 21 de noviembre de 2022.

#### **Cuarto. Incorporación de la estimación de ventas en el ejercicio 2021**

El artículo 67.2 de la Ley 24/2013 establece que *«la cuantía de la sanción no podrá superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor»*.

Dado que no constan cuentas presentadas por la comercializadora GRAFENO en el Registro Mercantil, para la determinación de la cuantía de la multa, esta Comisión ha elaborado una estimación del volumen de negocio de GRAFENO a partir de los datos de consumidores y energía declarados por los distribuidores en la Circular 1/2005 de la CNMC. El importe estimado del volumen de negocios de la empresa es de [...] euros, figurando los concretos cálculos en el expediente administrativo que se puso a disposición de GRAFENO con la propuesta de resolución.

#### **Quinto. Propuesta de resolución**

El 21 de noviembre de 2022 la Directora de Energía de la CNMC formuló propuesta de resolución con el siguiente tenor literal:

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Directora de Energía de la CNMC.

#### **ACUERDA**

Proponer a la Sala de Supervisión Regulatoria, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

**PRIMERO.** - Declare que la sociedad ENERGÍA GRAFENO, S.L. es responsable de la comisión de una infracción grave del artículo 65.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del impago de peajes de distribución a **[MATRIZ 1]** del importe reflejado en el hecho probado de esta propuesta.

**SEGUNDO.** - Imponga a la sociedad ENERGIA GRAFENO, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de veintinueve mil (29.000) euros por la comisión de la citada infracción grave.

**TERCERO.** Imponga, a ENERGIA GRAFENO S.L., la obligación de restituir el importe impagado a **[MATRIZ 1]**, que asciende a [...] euros.

La propuesta de resolución se puso a disposición de GRAFENO el 28 de noviembre de 2022 por medios electrónicos, entendiéndose rechazada el 9 de diciembre de 2022 de conformidad con lo previsto en el artículo 43.2 de la LPAC.

Asimismo, se comunicó a la interesada que podía reconocer su responsabilidad y proceder al pago voluntario de la sanción a los efectos de lo previsto en el artículo 85 de la LPAC.

GRAFENO no presentó alegaciones a la propuesta de resolución.

### **Sexto. Finalización de la Instrucción y elevación del expediente al Consejo**

Por medio de escrito de 12 de enero de 2023 la Directora de Energía remitió a la Secretaría del Consejo de la CNMC la propuesta de resolución junto con el resto de los documentos que conforman el expediente administrativo en los términos previstos en el artículo 89 LPAC.

### **Séptimo. Inhabilitación de GRAFENO**

El 5 de abril de 2022 se publicó en el BOE el anuncio de la Subdirección General de Energía Eléctrica del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico por el que se daba publicidad a la Orden de 30 de marzo de 2022 por la que se inhabilita para el ejercicio de la actividad de comercialización a la empresa Energía Grafeno, S.L., se traspasan sus clientes a un comercializador de referencia y se determinan las condiciones de suministro a dichos clientes.

### **Octavo. 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 de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión ha aprobado informe sobre el presente procedimiento sancionador.

## II. HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se consideran hechos probados en este procedimiento sancionador los siguientes:

**ÚNICO.** — La sociedad GRAFENO ha dejado de abonar el pago de los peajes de acceso a la red de distribución de la sociedad **[DISTRIBUIDORA 1]** por un importe total adeudado y vencido que asciende a [...] euros desde abril de 2021, con fecha límite 19 de noviembre de 2021.

## III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero. Habilitación competencial y legislación aplicable

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013, corresponde a la CNMC imponer sanciones por la comisión de la infracción administrativa prevista en el artículo 65.3 de la misma Ley.

Dentro de la CNMC, de acuerdo con los artículos 29 y 21.2.b) de la Ley 3/2013, así como con el artículo 14.2.b) del Estatuto de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria la resolución del presente procedimiento, previo informe de la Sala de Competencia.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el título X de la citada Ley 24/2013. El artículo 79 de la Ley misma dispone un plazo de dieciocho meses para resolver y notificar el presente procedimiento sancionador.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en la LPAC; 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 «LRJSP»).

### Segundo. Tipificación de los hechos probados

El artículo 65.3 de la Ley 24/2013 tipifica como infracción grave:

*El incumplimiento de las obligaciones resultantes del sistema de peajes, o de sus criterios de recaudación, cuando no suponga un perjuicio grave para el sistema eléctrico. En particular se entenderá como incumplimiento de dichas obligaciones la falta de abono del peaje de acceso a las redes de transporte y distribución por parte del comercializador en los términos del párrafo d) del artículo 46.1 de esta ley.*

La Ley 24/2013 en su artículo 46.1 d) establece las obligaciones de las empresas comercializadoras, en relación con el suministro, entre las que se encuentra:

*Contratar y abonar el peaje de acceso a las redes de transporte y distribución correspondiente a la empresa distribuidora a partir de los datos de facturación, con independencia de su cobro del consumidor final, así como abonar los precios y cargos conforme a lo que reglamentariamente se determine, con independencia de su cobro del consumidor final.*

De acuerdo con los Hechos Probados de este procedimiento, GRAFENO ha incumplido su obligación de abono del peaje de acceso a la red de distribución. Esta conducta resulta típica en relación con lo dispuesto en el artículo 65.3 de la Ley 24/2013, en particular el segundo párrafo transcrito más arriba.

La conducta reprochada a GRAFENO como comercializadora consiste en el impago de los peajes, conducta descrita en el primer párrafo del artículo 65.3 de la Ley 24/2013. Por tanto, el tipo se ha perfeccionado con claridad.

### **Tercero. Culpabilidad de GRAFENO en la comisión de la infracción**

#### **A. 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 le impute la comisión. Es decir, la realización de un hecho típico y antijurídico 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 se desprende del artículo 28.1 de la LRJSP según el cual «Solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas [...] que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa». Así como en reiterada jurisprudencia (STS 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 de 23 de febrero de 2012, sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª).

En todo caso, el elemento subjetivo de la culpabilidad 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 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª ECLI:ES:TS:1991:481), 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 caso de la infracción cometida por GRAFENO**

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 encuentra la obligación descrita en el artículo 46.1.d) de la Ley 24/2013: «Contratar y abonar el peaje de acceso a las redes de transporte y distribución correspondiente a la empresa distribuidora a partir de los datos de facturación, con independencia de su cobro del consumidor final, así como abonar los precios y cargos conforme a lo que reglamentariamente se determine, con independencia de su cobro del consumidor final».

Es necesario insistir en que, si bien es cierto que la actividad de comercialización se encuentra liberalizada (o sometida a una menor intensidad regulatoria), su ejercicio no está exento del cumplimiento de obligaciones normativas, como en el presente caso el pago de los correspondientes peajes de acceso.

El impago por la comercializadora es una conducta que debe calificarse como culpable, ya que no ha desplegado la diligencia que es exigible a un sujeto comercializador para desempeñar su actividad, y que comporta el cumplimiento puntual de las obligaciones propias de estos sujetos, entre ellas, la obligación de hacer efectivos los importes de los peajes de acceso descrita en el artículo 46.1.d) de la Ley 24/2013.

Esta diligencia debe incluir la previsión de las distintas contingencias de la labor propia de la comercialización como puedan ser el alto precio de la energía o la falta de financiación, que son riesgos propios de la actividad de comercialización, y no causas que puedan justificar y exonerar de la responsabilidad sancionadora.

Este tipo de situaciones, que además no han sido justificadas, no pueden permitir el impago de los peajes que conlleva, además, que otros sujetos del sector deban afrontarlo frente al sistema de liquidaciones.

Por tanto, ha quedado acreditada la culpabilidad de la comercializadora en la conducta imputada.

#### **Cuarto. Sanción aplicable a la infracción grave cometida**

El artículo 67 de la Ley 24/2013 prevé una multa de hasta 6.000.000 euros por la comisión de una infracción grave. No obstante, la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor (artículo 67.2 de la Ley 24/2013). Por su parte, el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar las sanciones:

- 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.*

El artículo 67.1.b) de la Ley 24/2013 establece, para la comisión de infracciones graves, la imposición de una multa por importe no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros. No obstante, se considera que las circunstancias del presente caso justifican la aplicación del artículo 67.3 de la Ley 24/2013, en cuanto permite determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase de infracción que preceda en gravedad. En este sentido, se estima que procede determinar la cuantía de la sanción a imponer a GRAFENO aplicando la escala prevista para las infracciones leves en el artículo 67.1.c).

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, se sanciona a GRAFENO con una multa de veintinueve mil (29.000) euros.

## Quinto. Otras medidas

El artículo 69.1 de la Ley 24/2013 dispone que la resolución del procedimiento sancionador ha de declarar la obligación de restitución o reparación del daño que sea procedente:

*Además de imponer las sanciones que en cada caso correspondan, la resolución del procedimiento sancionador declarará la obligación de:*

- a) *Restituir las cosas o reponerlas a su estado natural anterior al inicio de la actuación infractora en el plazo que se fije.*

Al amparo de este precepto de la Ley 24/2013, se impone a GRAFENO la obligación de restitución, mediante el abono a **[DISTRIBUIDORA 1]** del importe de los peajes impagados que se contemplan en el hecho probado de la presente Resolución.

Ello sin perjuicio de la obligación de GRAFENO derivada del artículo 46.1 d) de la Ley 24/2013 de hacer efectivos los importes de los peajes de acceso correspondientes a facturaciones posteriores a las contempladas en el presente procedimiento.

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

## IV. RESUELVE

**PRIMERO.** — Declarar que la sociedad ENERGÍA GRAFENO, S.L. es responsable de la comisión de una infracción grave del artículo 65.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del impago de peajes de distribución a **[DISTRIBUIDORA 1]** de los importes reflejados en el hecho probado de esta Resolución.

**SEGUNDO.** — Imponer a la sociedad ENERGÍA GRAFENO, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de VEINTINUEVE MIL EUROS (29.000 €) por la comisión de la citada infracción grave.

**TERCERO.** — Imponer a ENERGÍA GRAFENO, S.L. la obligación de restituir los importes impagados a **[DISTRIBUIDORA 1]** en los términos expuestos en el fundamento de derecho quinto de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la

Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.