

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA EMPRESA *ELÉCTRICA RENOVABLES MÁS 3, S.L.* POR FALTA DE ADQUISICIÓN DE LA ENERGÍA NECESARIA PARA LA REALIZACIÓN DE SUS ACTIVIDADES DE SUMINISTRO (SNC/DE/4/14)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DEL CONSEJO

PRESIDENTA

D^a MARÍA FERNÁNDEZ PÉREZ

CONSEJEROS

D. EDUARDO GARCÍA MATILLA

D. JOSEP MARÍA GUINART SOLÁ

D^{ÑA}. CLOTILDE DE LA HIGUERA GONZÁLEZ

D. DIEGO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

SECRETARIO DE LA SALA

D. JOAQUIM HORTALÀ I VALLVÉ, P.S. VICESECRETARIO DEL CONSEJO

En Barcelona, a 9 de octubre de 2014

Visto el expediente sancionador incoado a Eléctrica Renovables Más 3, S.L. por falta de adquisición de la energía necesaria para la realización de sus actividades de suministro, la Sala de Supervisión Regulatoria adopta el siguiente acuerdo:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Informe al Ministerio de Industria, Energía y Turismo acerca de las compras de Eléctrica Renovables Más 3 en el mercado mayorista.*

Mediante acuerdo de 25 de abril de 2013, el Consejo de la Comisión Nacional de Energía (CNE), tras evaluar la suficiencia de las compras de Eléctrica Renovables Más 3, S.L. en el mercado mayorista, propuso al Ministerio de Industria, Energía y Turismo el inicio del procedimiento para la extinción de la habilitación de la empresa mencionada y el inicio del procedimiento para el traspaso de sus clientes a un comercializador de último recurso. En dicha propuesta, se afirmaba lo siguiente:

- *“La CNE ha recibido vía telefónica numerosas reclamaciones de clientes de ELÉCTRICA RENOVABLES MÁS 3, S.L. por la ausencia de facturación del*

suministro eléctrico y la incapacidad de éstos de contactar con la mencionada comercializadora.”

- *“A finales de marzo de 2013 el número de contratos en vigor [Eléctrica Renovables Más 3] en las redes de las cinco grandes distribuidoras del país ascendía a 583 contratos con una estimación de consumo diario de 205 MWh que, elevado a barras de central, da como resultado que la previsión de compras de energía diaria se aproximaría unos 224 MWh. Esta comercializadora debería estar comprando una media mensual de unos 6.700 MWh en el mercado de producción de electricidad.”*
- *“A esta Comisión no le consta, a través de los datos que recibe tanto del Operador del Mercado Eléctrico como del Operador del Sistema, que esta comercializadora haya comprado energía en el mercado diario, en el mercado intradiario, o a través de la contratación bilateral.”*

SEGUNDO.- Solicitud de informe adicional por parte del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

El 25 de septiembre de 2013 se recibió en el Registro de la CNE solicitud del Ministerio de Industria, Energía y Turismo de informe respecto de la propuesta de resolución del procedimiento de extinción de la habilitación de Eléctrica Renovables Más 3, S.L. y de la propuesta de resolución del procedimiento de traspaso de los clientes de Eléctrica Renovables Más 3, S.L. a un comercializador de último recurso. La solicitud de informe adjuntaba, asimismo, los acuerdos de inicio de uno y otro procedimiento, adoptados el 20 de septiembre de 2013 por el Director General de Política Energética y Minas. En el acuerdo de inicio del procedimiento de extinción de habilitación se indicaba, entre otros aspectos, que *“Lo anterior se entenderá sin perjuicio de las sanciones que puedan derivarse de acuerdo con lo establecido en el Título X de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico”*.

TERCERO.- Informe adicional emitido.

El 1 de octubre de 2013 el Consejo de la CNE acordó la remisión al Ministerio de Industria, Energía y Turismo de los informes solicitados en relación con la extinción de la habilitación de Eléctrica Renovables Más 3, S.L. y el traspaso de sus clientes, exponiendo, adicionalmente, que la actuación de Eléctrica Renovables Más 3, S.L. podría suponer el incumplimiento de las obligaciones que esta empresa tiene como comercializadora.

CUARTO.- Incoación del procedimiento sancionador.

De conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), el Director de Energía de la CNMC (organismo que pasa a asumir las competencias de la CNE en los términos de

la Ley 3/2013, de 4 junio), 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, y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), acordó incoar, con fecha 14 de enero de 2014, un procedimiento sancionador (con la referencia SNC/DE/4/14) contra Eléctrica Renovables Más 3, S.L. por la infracción grave consistente en la presunta falta de adquisición de la energía necesaria para la realización de sus actividades de suministro.

El Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado a Eléctrica Renovables Más 3, S.L. el 30 de enero de 2014 confirmando a esta empresa un plazo de quince días hábiles para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba.

No se recibieron alegaciones de esta empresa en el marco de la instrucción del procedimiento, por lo que se producen los efectos previstos en el artículo 13.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora: “(...) *En la notificación se advertirá al interesado que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento en el plazo previsto en el artículo 16.1, la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada con los efectos previstos en los artículos 18 y 19 del Reglamento.*”

QUINTO.- Incorporación de documentación al expediente:

Para la determinación y conocimiento de los hechos objeto de este procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Director de Energía de la CNMC acordó, mediante diligencia de fecha 13 de marzo de 2014, incorporar al procedimiento el contenido de los últimos informes sobre los servicios de ajuste del sistema emitidos por el Operador del Sistema, recibidos en el Registro de la CNMC, en la parte de los mismos que se refiere a la empresa Eléctrica Renovables Más 3, S.L. (omitiendo los datos que se refieren a otras empresas comercializadoras que no eran objeto del procedimiento):

- *Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema – Diciembre de 2013*, recibido en el Registro de la CNMC el 30 de enero de 2014.
- *Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema – Enero de 2014*, recibido en el Registro de la CNMC el 27 de febrero de 2014.

Mediante diligencia de fecha 21 de abril de 2014, se procedió a la incorporación de documentación adicional:

- *Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema – Febrero de 2014*, recibido en el Registro de la CNMC el 28 de marzo de 2014.
- Información remitida el 4 de diciembre de 2013 por la empresa Eléctrica Renovables Más 3, S.L. en el marco del período de información previa [...] abierto en relación [...], dado que en la misma se alude también a las compras en mercado y a las garantías depositadas al respecto.

Nuevamente, por diligencias de 14 de mayo de 2014 y 11 de junio de 2014 se procedió a la incorporación de los informes mensuales de los servicios de ajuste del sistema de marzo y de abril de 2014, recibidos en el Registro de la CNMC, respectivamente, el 6 de mayo de 2014 y el 3 de junio de 2014.

SEXTO.- Propuesta de Resolución formulada por el Instructor y alegaciones a la misma.

El 22 de julio de 2014 el Director de Energía, como instructor del procedimiento, formuló propuesta de Resolución, que fue notificada tanto a Eléctrica Renovables Más 3, como al administrador concursal de la citada empresa (ya que, desde el 3 de julio de 2014, Eléctrica Renovables Más 3 se encuentra en concurso de acreedores).

El 5 de agosto de 2014 se han recibido en el Registro de la CNMC alegaciones de Eléctrica Renovables Más 3 a la Propuesta de Resolución, presentadas por correo certificado el 31 de julio de 2014. Por medio de estas alegaciones, en las que, esencialmente, se destaca que no ha habido peligro o daño, como consecuencia de la conducta imputada, y que no ha habido actuación dolosa, sino un error en la tramitación de las compras, Eléctrica Renovables Más 3 solicita a la CNMC “*Revocar la sanción propuesta o subsidiariamente imponerla en su grado mínimo*”. Se adjunta a las alegaciones Auto de 3 de julio de 2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid, declarando en concurso voluntario de acreedores a Eléctrica Renovables Más 3.

La Propuesta de Resolución fue remitida al Consejo de la CNMC por el Director de Energía junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto).

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO-. Desde el inicio de su actividad, Eléctrica Renovables Más 3, S.L ha adquirido en el mercado eléctrico una cantidad de energía notoriamente inferior a la que esta empresa ha estado suministrando a los consumidores.

La empresa Eléctrica Renovables Más 3, S.L. ha venido faltando desde el inicio de su actividad al cumplimiento puntual de su obligación de adquisición de la energía necesaria para el suministro a sus clientes.

De forma específica, en los primeros meses de su actividad (**febrero** y **marzo** de 2013) Eléctrica Renovables Más 3 no realizó adquisición alguna de energía para el suministro a sus clientes, pese a que en febrero de 2013 ya contaba con algunos clientes y a que el número de clientes en el mes siguiente (el mes de marzo de 2013) superaba el número de 500. Así lo indicó la CNE en el informe remitido al Director General de Política Energética y Minas el 25 de abril de 2013 (ver folios 1 y 2 del expediente administrativo), conforme a los datos recibidos a este respecto de las empresas distribuidoras, del Operador del Mercado Eléctrico y del Operador del Sistema Eléctrico.

Asimismo, la adquisición de energía efectuada en el mes de **abril** de 2013 fue meramente testimonial (inferior al 1% de las ventas a clientes): 60 MWh frente a los 9.327 MWh de consumo de los clientes de Eléctrica Renovables Más 3, S.L. elevados a barras de central (tal y como recoge el Operador del Sistema en el informe del mes diciembre de 2013 sobre los servicios de ajuste del sistema, en el que están disponibles los datos de cierre provisional de medidas referidos a este mes de abril 2013; folio 60 del expediente administrativo).¹

Estos hechos, referidos a este período de tiempo inicial (febrero a abril de 2013), constan reconocidos por la propia Eléctrica Renovables Más 3, que, en su escrito de 4 de diciembre de 2013, afirma que *“debido a las incidencias acaecidas durante los meses de marzo y abril, en los que por un error humano, no se realizaron las compras en subasta de energía, ER+3 ha tenido que depositar en efectivo garantías excepcionales por importe de 1.227.475,61 euros”* (ver folios 82-84 del expediente administrativo).

¹ Cumple aclarar que los datos de adquisiciones de energía de que dispone el Operador del Sistema cubren toda la modalidades de adquisición (en mercado diario e intradiario o en contrato bilateral), tal y como se establece en el artículo 11 bis del Real Decreto Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica.

Esta situación de falta de adquisición de la energía necesaria para el suministro a los clientes se continuó produciendo a lo largo del año 2013, lo que originó sucesivos requerimientos de depósito de garantías efectuados por el Operador del Sistema a la empresa Eléctrica Renovables Más 3, al objeto de cubrir el coste de los desvíos ocasionados. Tales requerimientos dieron lugar, así, a los depósitos de garantías que realizó la empresa Eléctrica Renovables Más 3, S.L. –si bien no exactamente conforme a los plazos y las cuantías requeridas por el Operador del Sistema (como resulta del folio 6 del expediente administrativo)- en las fechas de 14 de mayo de 2013 (140.000 euros), 17 de junio de 2013 (100.000 euros), 19 de junio de 2013 (44.000 euros), 12 de julio de 2013 (500.000 euros), 12 de agosto de 2013 (379.000 euros), 25 de septiembre de 2013 (2.000 euros) y 14 de noviembre de 2013 (522.000 euros). Así se recoge en el *Informe de garantías depositadas*, referido a Eléctrica Renovables Más 3, S.L., emitido por la empresa MEFF Tecnología y Servicios, S.A.U. (ver folio 94 del expediente administrativo).

En esta misma línea, los datos de cierre provisional de medidas correspondientes a los meses de **mayo** y **junio** de 2013 (disponibles, respectivamente, en los informes de los servicios de ajuste del sistema de enero y febrero de 2014), revelan que la energía adquirida en mercado por Eléctrica Renovables Más 3 fue inferior al 10% de la suministrada por esta empresa a sus clientes (folios 68 y 78 del expediente administrativo):

	Compras de ER+3	Energía consumida (elevada a barras de central)	Porcentaje de adquisición
Mayo de 2013	504 MWh	9.565 MWh	5%
Junio de 2013	792 MWh	10.514 MWh	8%

Ya en los meses de **julio** y **agosto** de 2013 (datos disponibles en el informe de los meses de marzo y abril de 2014) se efectúa un incremento relevante del volumen de compras por parte de Eléctrica Renovables Más 3, pero la energía adquirida apenas alcanza el 50% de la que es suministrada a los clientes (folios 107 y 115 del expediente):

	Compras de ER+3	Energía consumida (elevada a barras de central)	Porcentaje de adquisición
Julio de 2013	6.775 MWh	14.902 MWh	45%
Agosto de 2013	7.982 MWh	15.493 MWh	52%

De este modo, Eléctrica Renovables Más 3, ha venido faltando de forma notoria a sus obligaciones de compra de la energía necesaria para el suministro a sus clientes; adquiriendo, en concreto, un porcentaje que apenas alcanza al 50% de la energía que estaba suministrando (y, en varios meses, un

porcentaje inferior incluso al 10%), conforme a los datos disponibles hasta junio de 2014 ², que permiten abarcar –meses de febrero a agosto de 2013, incluidos- la mitad del período de actividad de Eléctrica Renovables Más 3 ³.

SEGUNDO-. Eléctrica Renovables Más 3, S.L. no ha hecho frente al pago puntual del coste de los desvíos que esta empresa ha ocasionado en el sistema como consecuencia de la falta de adquisición de la energía necesaria para el suministro de sus clientes.

Este hecho resulta recogido en los sucesivos informes sobre los servicios de ajuste del sistema emitidos por el Operador del Sistema (ver, en concreto, folios 58, 66, 76 y 106 del expediente).

Ha de indicarse que, si bien en un primer momento las garantías depositadas por Eléctrica Renovables Más 3, S.L. permitieron cubrir el coste de los desvíos que esta empresa ha ocasionado en el sistema, tales garantías se han revelado finalmente insuficientes para cubrir las cantidades impagadas por Eléctrica Renovables Más 3, S.L.

Tal y como se refleja en el *Informe de garantías depositadas* elaborado por MEFF Tecnología y Servicios, S.A.U. (ver folio 94 del expediente administrativo), Eléctrica Renovables Más 3, S.L. fue, progresivamente, prestando garantías hasta alcanzar en el mes de noviembre de 2013 un importe global de 1.708.000 euros.

Mientras el importe de los impagos de Eléctrica Renovables Más 3, S.L., se mantuvo dentro de estos márgenes, las deudas pudieron cubrirse, esencialmente, con cargo a las garantías depositadas (ver informe de los servicios de ajuste de enero de 2014, en el que se dispone de los datos de liquidación de deudas hasta octubre de 2013; folio 66 del expediente administrativo). Sin embargo, los datos de los impagos disponibles a febrero de 2014 (que ya se incluyen en el informe de los servicios de ajuste de este mes de febrero de 2014) revelan ya (folios 76 y 77 del expediente administrativo) el agotamiento de las garantías depositadas, la falta de prestación de nuevas garantías y la falta de pago de unas deudas vencidas por un importe de 218.855 euros (sin que haya garantías que permitan su cobertura). En el informe del mes de marzo de 2014 el importe de los impagos no cubiertos con garantías se eleva a 904.681 euros (folio 104) y en el del mes de abril de 2014 a 1.489.830 euros (folio 112).

² El informe sobre los servicios de ajuste de abril de 2014 ha sido recibido en el Registro de la CNMC el 3 de junio de 2014.

³ Esta empresa vio finalmente traspasados sus clientes a un comercializador de último recurso en los términos de la Orden IET/2378/2013, de 18 de diciembre, por la que se determina el traspaso de los clientes de Eléctrica Renovables Mas 3, SL a un comercializador de último recurso (BOE 19 de diciembre de 2013).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y conforme al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), corresponde al Director de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones graves consistentes en la falta de presentación de ofertas de compra por los sujetos obligados a ello, materia objeto del presente procedimiento.

En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este procedimiento.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el capítulo II del título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, vigente al tiempo de incoación del presente procedimiento. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de esta Ley 24/2013, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de dieciocho meses.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en los artículos 127 a 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como en el artículo 11 y siguientes del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

El artículo 45.1 a) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, vigente al tiempo de los hechos objeto de este procedimiento, disponía que *“Serán obligaciones de las empresas comercializadoras en relación con el suministro de energía eléctrica: Adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones”*. Esta obligación relativa a la adquisición de la energía necesaria para el suministro se contiene también, con

la misma literalidad, en el artículo 46.1.c) de la actualmente vigente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

El incumplimiento de esta obligación está tipificado como una infracción grave: El artículo 61.a)10 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, tipificaba, en concreto, como infracción la no presentación, en el mercado, de las necesarias ofertas de compra (caso de los comercializadores) o de venta (caso de los productores) que son necesarias para el suministro a los consumidores finales: *“La no presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción”*. La misma infracción grave se mantiene en el texto de la nueva Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en su artículo 65.28 (*“La no presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción”*).

Es de interés destacar que la obligación impuesta consiste, conforme a lo indicado, en la adquisición de energía en mercado (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*-). Esta obligación no puede ser suplida, por tanto, por el pago *a posteriori* de los desvíos ocasionados en el sistema por esa falta de adquisición de la energía (derivada de la falta de presentación de ofertas de adquisición), pues es obligatorio presentar tales ofertas. Ello encuentra su razón en que el sistema eléctrico no puede hacer basar su funcionamiento exclusivamente en el mecanismo de gestión de desvíos (estos desvíos son un mero mecanismo de “ajuste⁴), sino que requiere de la elaboración de un “programa de funcionamiento”, que se construye a partir de los datos del mercado⁵.

En definitiva, en su calidad de empresa comercializadora, Eléctrica Renovables Más 3, S.L. estaba obligada a la adquisición de la energía necesaria para el suministro a sus clientes, habiendo incurrido en infracción grave por la falta de cumplimiento de esta obligación.

IV. CULPABILIDAD DE ELÉCTRICA RENOVABLES MÁS 3 EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN Y AUSENCIA DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

a) Consideraciones generales:

⁴ El artículo 2, párrafo segundo, del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre: *“El mercado de producción de energía eléctrica se estructura en mercados a plazo, mercado diario, mercado intradiario, mercados no organizados y mercados de servicios de ajuste del sistema, entendiéndose por tales la resolución de restricciones por garantía de suministro y por restricciones técnicas del sistema, los servicios complementarios y la gestión de desvíos.”*

⁵ Artículos 11.3, 11 bis y 12 del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre.

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la Jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”*.

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

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de derecho 4, indica:

“Por último en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse, que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe.”

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

En el presente caso concurre cuando menos una falta absoluta de diligencia.

Eléctrica Renovables Más 3 alegó en el marco del período de información previa [---] que ha dado lugar a un procedimiento sancionador diferente ([---] ⁶), que la falta de adquisición de la energía necesaria para el suministro que estaba efectuando a sus clientes durante sus primeros meses de actividad (febrero, marzo y abril de 2013) se debió a un “*error humano*” (folios 82-84 del expediente administrativo).

Ahora bien, este hecho de la falta de adquisición de energía motivó que el Operador del Sistema, el 25 de abril de 2013, requiriera a Eléctrica Renovables Más 3 para que especificara su consumo dada la ausencia de compras en mercado (folio 5 del expediente administrativo) ⁷. Asimismo, este hecho motivó los requerimientos efectuados en abril y mayo de 2013 por el Operador del Sistema para la prestación de garantías excepcionales (folio 6 del expediente administrativo).

Sin embargo, hay que señalar que, pese a esas advertencias, la situación persistió con posterioridad a esos meses, de modo que, en los meses siguientes (de mayo y junio de 2013), la energía adquirida fue inferior, según lo que resulta del Hecho Probado primero, al 10% de la energía suministrada a los consumidores, representado, así, nuevamente, un volumen bajísimo de la cantidad de energía suministrada a los clientes. Tampoco la energía adquirida en el mes de julio de 2013 alcanzó a cubrir la mitad de la energía suministrada a los clientes.

Cabe resaltar que, como comercializador, Eléctrica Renovables Más 3 disponía de los medios que emplean todos los comercializadores para determinar el volumen de las compras a efectuar en el mercado. En particular, conforme al artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, el comercializador dispone del derecho a acceder a la base de datos de puntos de suministro, en la que consta, entre otros muchos datos, el perfil de consumo del cliente y el propio consumo desglosado, correspondiente a los dos últimos años. Asimismo, en su condición de “*participante de la medida*”, el comercializador tiene, conforme a los artículos 3.5 y 5 del Real Decreto 1110/2007, de 24 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico, derecho a disponer de la medida de sus clientes, que es lo que le permite facturar.

⁶ Por un incumplimiento diferente de Eléctrica Renovables Más 3 [...].

⁷ El Ministerio de Industria, Energía y Turismo alude a un informe del Operador del Sistema (Red Eléctrica de España, S.A.U.), recibido el 16 de mayo de 2013, en el que éste indica:

“El 25 de abril de 2013, en respuesta al correo del operador del sistema por ausencia de compras den OMIE en abril de 2013, ELÉCTRICA RENOVABLES MÁS 3, S.L. indicó un consumo en abril de 2013 de 360 MWh.”

La divergencia entre la cuantía de la energía adquirida y la suministrada en el caso de Eléctrica Renovables Más 3 es tan grande, y la persistencia en los hechos (pese a los avisos derivados de los requerimientos del Operador del Sistema) es tan clara que la lógica deductiva llevaría a plantear –en el presente procedimiento- un incumplimiento de tipo doloso. Sólo la circunstancia de que, al parecer, la empresa habría incurrido también en una falta de diligencia en la realización de sus propios objetivos mercantiles -al no estar facturando debidamente los consumos a los clientes (ver folio 1 del expediente administrativo⁸)- permite mantener la intencionalidad de la conducta en el plano de la negligencia, en vez del dolo; eso sí, la negligencia, a la vista de las circunstancias expuestas, ha de reputarse grave.

V. CONSIDERACIÓN DE LAS ALEGACIONES EFECTUADAS POR ELÉCTRICA RENOVABLES MÁS 3, S.L. A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN.

a) Alegaciones efectuadas por Eléctrica Renovables Más 3 respecto a la Propuesta de Resolución:

En sus alegaciones, Eléctrica Renovables Más 3 expresa que considera la sanción propuesta como desproporcionada, y efectúa, a este respecto, una valoración de las circunstancias que han de tenerse en cuenta para la cuantificación de la sanción, concluyendo lo siguiente:

- *“En el presente supuesto no ha existido peligro.”*
- *“No ha existido daño o deterioro alguno.”*
- *“Tampoco se han puesto de manifiesto perjuicios en la continuidad o regularidad del suministro. Mi representada no ha obtenido beneficio alguno por las incidencias que han dado lugar al expediente. Como se explica en la propuesta de resolución, la comercializadora tenía avales depositados que cubren en exceso el consumo realizado por sus clientes.”*
- *“No ha quedado acreditado dolo por parte de mi representada. Como venimos manifestando las incidencias acaecidas durante marzo y abril de 2013 fueron consecuencia de un error en la tramitación de las compras. La muestra de esto es que durante los meses posteriores no se produjeron incidencias.”*
- *“No se ha puesto de manifiesto [reincidencia].”*

Asimismo, señala que la sociedad ha sido declarada en situación de concurso de acreedores mediante Auto del Juzgado número 10 de lo Mercantil de Madrid de 3 de julio de 2014.

⁸ *“La CNE ha recibido vía telefónica numerosas reclamaciones de clientes de ELÉCTRICA RENOVABLES MÁS 3, S.L. por la ausencia de facturación del suministro eléctrico y la incapacidad de éstos de contactar con la mencionada comercializadora.”*

b) Valoración de las alegaciones:

Eléctrica Renovables Más 3 no niega los hechos probados, ni tampoco discute su tipificación. Destaca, no obstante, que los hechos no han sido intencionados, sino debidos a un error.

A este respecto, ha de señalarse que la Propuesta de Resolución que ha sido notificada al imputado no reprochaba al mismo una conducta intencionada o dolosa, sino actuación motivada por falta de diligencia. Tal y como acaba de justificarse en el fundamento de derecho precedente, la falta de diligencia constituye también –cuando, como en el presente caso, es reprochable- una actuación culpable, susceptible de sanción. La reprochabilidad de la actuación de Eléctrica Renovables Más 3 resulta, palmariamente, de la persistencia de esta empresa en los hechos (pese a las advertencias que la misma recibía) y del extraordinariamente elevado volumen que tiene la energía cuya compra omite.

En lo demás, la Propuesta de Resolución ya efectuaba un reconocimiento de que la conducta no ha implicado un peligro para la vida o salud de las personas, la seguridad de las cosas o el medio ambiente. Ello no quiere decir que no haya tenido consecuencias; precisamente, la Propuesta de Resolución daba cuenta de los perjuicios ocasionados en el sistema por causa de esta conducta de Eléctrica Renovables Más 3; en particular, tales perjuicios se producen por motivo de las gestiones necesarias para la cobertura de los desvíos generación-consumo (derivados de la falta de compra oportuna de la energía suministrada) y por la falta de abono (a los correspondientes sujetos productores) de la energía generada. Al respecto de esto último (falta de pago de la energía), en lo que se refiere a las garantías depositadas (circunstancia que pone de relieve Eléctrica Renovables Más 3 en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución), ha de señalarse que es clara la insuficiencia de las mismas a los efectos de cubrir los pagos debidos (el Hecho Probado tercero refleja cómo hay más de un millón de euros impagados, no cubiertos con garantías). Todas esas circunstancias se deben ponderar, a los efectos de graduar la sanción.

VI. SANCIÓN APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA POR ELÉCTRICA RENOVABLES MÁS 3.

Los hechos objeto del procedimiento se producen bajo la vigencia de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

Conforme al artículo 64 de la Ley 54/1997, la comisión de una infracción grave lleva aparejada una multa de hasta 6.000.000 euros, no señalándose una cifra mínima para la imposición de la multa, y no estando previstas en esta Ley sanciones accesorias para el caso de las infracciones graves.

Por su parte, la nueva Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, prevé en su artículo 67 una multa no inferior a 600.000 de euros ni superior a 6.000.000 de euros; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor. Por lo demás, las infracciones graves pueden llevar aparejadas determinadas sanciones accesorias que se especifican en el artículo 68.2, sanciones no contempladas en la Ley 54/1997.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable implica la aplicación íntegra de la Ley que, globalmente, sea más beneficiosa para el infractor en función de las circunstancias del caso ⁹, lo que procede tener en cuenta a los efectos de determinar la Ley aplicable.

A la vista de lo expuesto, se considera más beneficiosa la aplicación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre.

El artículo 63 de la citada Ley establece que *“para la determinación de las correspondientes sanciones se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:*

- 1. El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.*
- 2. La importancia del daño o deterioro causado.*
- 3. Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro.*
- 4. El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.*
- 5. La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.*
- 6. La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”*

Con respecto a estas circunstancias, es evidente que la conducta de Eléctrica Renovables Más 3 no ha implicado un peligro para la vida o salud de las personas, la seguridad de las cosas o el medio ambiente. Sin embargo, es una

⁹ En su Sentencia 75/2002, de 8 de abril, el Tribunal Constitucional concluye que *“el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, además de no conceder derecho de carácter constitucional susceptible de amparo (SSTC 8/1981, de 30 de marzo, y 15/1981, de 7 de mayo), supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva, doctrina que había sido apuntada en el ATC 471/1984, de 24 de julio, y que ha resultado confirmada, más recientemente, en la STC 21/1993, de 18 de enero, F. 5”.*

conducta con repercusión en el sistema en cuanto tal (en particular, por las gestiones que implica la solución de los desvíos generación-consumo), y con repercusión también en los sujetos que actúan en el sistema (pues ha dado lugar a impagos considerables de las cantidades que deberían haberse abonado a los sujetos generadores, quienes han tenido que producir la energía suministrada).

De modo especial, ha de tomarse en consideración, a los efectos de graduar la sanción, que la mitad (y, en muchos meses, la práctica totalidad) de la energía suministrada por Eléctrica Renovables Más 3 a los consumidores (unos 10.000 MWh mensuales) ha sido suministrada sin haber estado previamente programada (pues Eléctrica Renovables Más 3 no ha efectuado las compras correspondientes en mercado), con las gestiones –de parte del Operador del Sistema y de los agentes generadores que han debido producir la energía que faltaba- que ello ha implicado para equilibrar producción y consumo, a través de los mecanismos de ajuste del sistema regulados en los correspondientes procedimientos de operación. Por añadidura al hecho de haber generado unos desvíos semejantes, Eléctrica Renovables Más 3 no ha atendido debidamente al pago del coste de los mismos.

Considerando que, conforme al expediente, por el concepto de compras en mercado –aparte, por tanto, el valor de los peajes de acceso a la red, que han de ser repercutidos por el comercializador a los consumidores-, constan consumidas las garantías depositadas por valor de 1.708.000 euros, que se fueron constituyendo entre los meses de abril y noviembre de 2013 (folio 94 del expediente administrativo), y que, aun así, figura, adicionalmente, como deuda vencida impagada, no cubierta por garantías, la cifra de 1.489.830 euros (folio 112 del expediente), se estima conveniente cuantificar el reproche a efectuar en la cantidad de 150.000 euros.

Por todo ello, se considera procedente imponer una multa de **150.000 (ciento cincuenta mil) euros**.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador:

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que la empresa ELÉCTRICA RENOVABLES MÁS 3, S.L., es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61.a).10 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de la no presentación en el mercado de las ofertas de compra necesarias para la realización de sus actividades de suministro.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **150.000 (ciento cincuenta mil) euros**.

La presente Resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida 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.