

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA EMPRESA *ELECTROURBANO, S.L.L.* POR FALTA DE PRESTACIÓN DE LAS GARANTÍAS EXIGIDAS POR EL OPERADOR DEL SISTEMA ELÉCTRICO EN AGOSTO DE 2014.

Expte. SNC/DE/079/14

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

Dña. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla.

D. Josep Maria Guinart Solà.

Dña. Clotilde de la Higuera González.

D. Diego Rodríguez Rodríguez.

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, 23 abril de 2015

Visto el expediente relativo al procedimiento sancionador incoado a Electrourbano, S.L.L. por falta de prestación de las garantías exigidas por el Operador del Sistema en agosto de 2014, la Sala de Supervisión Regulatoria acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Denuncia remitida por el Operador del Sistema.*

El 12 de septiembre de 2014 se recibió en el Registro de la CNMC escrito del Operador del Sistema (Red Eléctrica de España, S.A.U.) acerca de un incumplimiento, por parte del comercializador de energía eléctrica Electrourbano, S.L.L., de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema. Las garantías no prestadas ascienden a un valor de 49.000 euros, y fueron requeridas con fecha límite de 20 de agosto de 2014.

En informe adjunto, el Operador del Sistema explica que las garantías se deben a la divergencia existente entre, de un lado, la energía facturada como peaje de acceso por los distribuidores por el consumo de energía eléctrica de los clientes de Electrourbano, elevada a barras de central, y, de otro lado, el programa de

compras que esta empresa comercializadora está desarrollando en el mercado diario gestionado por OMIE.

SEGUNDO.- 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, 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 19 de septiembre de 2014, un procedimiento sancionador (con la referencia SNC/DE/79/14) contra Electrourbano, S.L.L. por la infracción leve consistente en la falta de prestación de las garantías exigidas por el Operador del Sistema con fecha límite de 20 de agosto de 2014 y por valor de 49.000 euros.

El Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado a Electrourbano, quien recibió la notificación el 26 de septiembre de 2014. Por medio de este escrito se confería a esta empresa un plazo de quince días hábiles para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba.

TERCERO.- Alegaciones de Electrourbano.

El 16 de octubre de 2014 Electrourbano presentó en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones en relación con el procedimiento sancionador incoado. En este escrito, Electrourbano afirma, de modo esencial, lo siguiente:

- *“El incumplimiento de las garantías exigidas por el Operador del Sistema (Red Eléctrica de España, S.A.U), se produce como consecuencia de nuestra disconformidad con el importe exigido para la cobertura de los mismos y todo ello partiendo de la premisa de la contraproducente aplicación de su cálculo, que produce un importe inadecuado y exagerado respecto a nuestro volumen de negocio. Desde este mismo momento, manifestamos que el importe de las garantías exigidas, supera con creces la cifra de negocio de nuestra sociedad por lo que muy difícilmente podrán ser prestadas las altísimas cantidades que nos están siendo exigidas por el Operador del Sistema.”*
- *“Desde el primer momento en que nos fueron exigidas las Garantías por el Operador del Sistema, nos ponemos en contacto con el mismo, para pedir información sobre el cálculo tanto de las Garantías Adicionales (GOA) como de las Garantías por Operaciones Básicas (GOB), no obteniendo dicho dato y ante nuestro incumplimiento de la Garantías Exigidas por Operaciones Adicionales, se nos exigen unas Garantías por Seguimiento Diario y posteriormente unas Garantías Excepcionales, y todo ello sin haber tenido acceso a la comprobación de los datos.”*

- *“..., una vez que se nos han exigido las Garantías Excepcionales, recibimos contestación por parte del Operador del Sistema, en la que se nos manifiesta únicamente que los datos para el cálculo de las Garantías Adicionales (GOA), se encuentran a nuestra disposición desde el pasado 8 de agosto, nos manifiestan que el aumento de las garantías es debido al aumento del porcentaje P3 a aplicar para el cálculo del desvío estimado en los meses sin cierre de medidas, que ha pasado de ser del 110,2%. Indicando que este porcentaje a aplicar es el tercer peor valor de la serie de desvíos porcentuales mensuales de los últimos doce meses con liquidación final definitiva, de acuerdo a lo dispuesto en el apartado 11.1.1 del PO 14.3 de Garantías de pago del operador del sistema.”*
- *“..., el informe para el cálculo de las Garantías Adicionales (GOA) con fecha 08-08-2014 ... utiliza para el cálculo del porcentaje P3 datos del periodo comprendido entre noviembre de 2012 y marzo de 2013. Dicho periodo corresponde a una primera etapa de actividad de Electrourbano S.L.L. como comercializadora eléctrica, que finalizó el 18 de marzo de 2013 debido a una inhabilitación por incumplimiento de los requisitos (concretamente por no comunicar adecuadamente el inicio de actividad,...).”*
- *“Posteriormente, iniciamos una nueva etapa como comercializadora que empezó en junio de 2013. Por ello, consideramos que para el cálculo de las garantías adicionales (GOA), se deben de tomar los datos correspondientes a partir de junio de 2013, sin tener en cuenta la actividad realizada en el primer período entre noviembre de 2013 y marzo de 2013, debiendo empezar los cálculos de porcentaje P3 a partir de junio de 2013, inicio de nuestra actividad.”*
- *“De acuerdo a lo descrito en el apartado anterior, nos encontramos a la espera de que nos sea remitido un nuevo informe de las Garantías de Operaciones Adicionales (GOA) Exigidas, en base a la posible aplicación de nuestras alegaciones, dado que entendemos que los datos actuales que son tenidos en cuenta para el cálculo de las Garantías Adicionales no son los adecuados.”*

Electrourbano termina su escrito manifestando a la CNMC que *“solicitamos que se tengan en consideración nuestras alegaciones, ya que a nuestro entender proporcionarían un importe de las garantías de operación exigidas adecuado a nuestro volumen de negocio”*.

Electrourbano adjunta a su escrito de alegaciones la siguiente documentación: la impresión de los correos electrónicos intercambiados con el Operador del Sistema por motivo del requerimiento de garantías, informe de MEFF Tecnología y Servicios, S.A.U. de 8 de agosto de 2014 sobre el detalle de las garantías de operación adicionales exigidas, y la Resolución de 6 de febrero de 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se extingue la habilitación para el ejercicio de la actividad de comercialización de Electrourbano, S.L.L., publicada en el BOE el 15 de febrero de 2013.

CUARTO.- 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 19 de diciembre de 2014, incorporar al procedimiento los últimos informes sobre los servicios de ajuste recibidos en el Registro de esta Comisión, en la parte de los mismos que se refieren a la empresa Electrourbano (omitiendo los datos que se refieren a otras empresas comercializadoras que no son objeto de este procedimiento):

- *Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema - Septiembre de 2014*, recibido en el Registro de la CNMC el 5 de noviembre de 2014.
- *Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema - Octubre de 2014*, recibido en el Registro de la CNMC el 3 de diciembre de 2014.

Tales informes se emiten en conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica a partir del 1 de enero del 2007. De acuerdo con esa disposición, el Operador del Sistema debe remitir mensualmente a la CNMC un informe sobre el comportamiento de los agentes y de los precios en el mercado gestionado por el mismo (esto es, el mercado de servicios de ajuste del sistema).

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

El 3 de marzo de 2015 el Director de Energía, como instructor del Procedimiento, formuló Propuesta de Resolución, proponiendo la imposición de una multa de 5.000 euros y, como medida adicional, la prestación de las garantías requeridas. Dicha Propuesta de Resolución fue notificada a Electrourbano el 11 de marzo de 2015.

El 27 de marzo de 2015 se han recibido en el Registro de la CNMC alegaciones de Electrourbano, en las que básicamente se indica que el importe de la multa consignada en la Propuesta de Resolución no ha sido debidamente calculado.

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del 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.

SEXTO.- Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de

junio, de creación de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe sin observaciones a la propuesta de Resolución del presente procedimiento.

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO-. Electrourbano, S.L.L. no prestó las garantías exigidas por el Operador del Sistema con fecha límite de 20 de agosto de 2014, por valor de 49.000 euros, motivadas, esencialmente, por los desvíos de esta empresa en sus compras en mercado.

El Operador del Sistema requirió a Electrourbano, S.L.L. unas garantías por importe de 49.000 euros, que debían prestarse con fecha límite del 20 de agosto de 2014. Este requerimiento de prestación de garantías no ha sido atendido por Electrourbano, S.L.L.

Este hecho aparece acreditado por las manifestaciones realizadas por el Operador del Sistema, y es reconocido por el propio imputado.

El Operador del Sistema, en el escrito de fecha 9 de septiembre de 2014 que dirige a la CNMC, expresa lo siguiente:

“Se adjunta informe sobre el incumplimiento de la comercializadora ELECTROURBANO, S.L.L. de la obligación establecida en el párrafo e) del Artículo 46.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico: prestación de las garantías requeridas con fecha 17 de julio de 2014.

(...)

El presente informe tiene por objeto comunicar al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia los siguientes incumplimientos de ELECTROURBANO, S.L.L. (B13356977):

- Incumplimiento de la obligación de prestación de garantías establecida en el párrafo e) del Artículo 46.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Las garantías por valor de 49.000 euros fueron requeridas con fecha límite 20 de agosto de 2014.”*

(Folios 1 y 4 del expediente administrativo.)

Por su parte, en el escrito de alegaciones presentado, Electrourbano reconoce que no ha prestado las garantías exigidas por el Operador del Sistema (aunque indica que el motivo es su desacuerdo con la consideración de datos de su etapa anterior como comercializador a los efectos de calcular el importe de dichas garantías): *“El incumplimiento de las garantías exigidas por el Operador del Sistema (Red Eléctrica de España, S.A.U), se produce como consecuencia de nuestra disconformidad con el importe exigido para la cobertura de las mismas...”* (Folio 14 del expediente administrativo.)

Las garantías exigidas por el Operador del Sistema son consecuencia de la revisión de las garantías de operación adicionales que se deben prestar, las cuales se calculan en función de los desvíos en las compras respecto al programa producido. Así resulta del informe de MEFF Tecnología y Servicios, S.A.U. (la entidad a la que el Operador del Sistema ha encomendado la gestión de las garantías correspondientes a las obligaciones de pago derivadas de los servicios de ajuste del sistema eléctrico) de 8 de agosto de 2014 sobre el detalle de las garantías de operación adicionales exigidas a Electrourbano, S.L.L. (folios 24 y 25 del expediente administrativo), informe aportado por el propio Electrourbano.

Recibida la comunicación de la revisión de las garantías de operación adicionales, Electrourbano se dirigió al Operador del Sistema, por medio de correo-electrónico de 8 de agosto de 2014, solicitando su modificación (folio 17 del expediente): *“En relación a la Garantías por Operaciones Adicionales GOA recibida el 08/08/2014, del periodo de revisión Agosto 2014, hemos observado que las garantías exigidas son demasiado altas, en relación a las exigidas en la revisión anterior. / Agradecería nos revisaran estas garantías.”* La contestación dada por el Operador del Sistema a Electrourbano, S.L.L. en relación con la reclamación sobre el importe de las cantidades exigidas (correo electrónico de 20 de agosto de 2014, aportado por Electrourbano, S.L.L.) refleja los desvíos que son la causa del importe de las garantías de operación adicionales reclamadas (folio 21 del expediente): *“Los datos utilizados para el cálculo de la GOA están disponibles desde el pasado 8 de agosto en el informe de garantías de operación adicional publicado por MEFF en su web <https://www.meffenergia.com>. / En dicho informe pueden comprobar que el aumento de las garantías es debido al aumento del porcentaje P3 a aplicar para el cálculo del desvío estimado en los meses sin cierre de medidas, que ha pasado a ser del 110,2%. Este porcentaje es el tercer peor valor de la serie de desvíos porcentuales mensuales de los últimos doce meses con liquidación final definitiva, de acuerdo a lo dispuesto en el apartado 11.1.1.a del PO 14.3 de Garantías de pago del operador del sistema.”*

En concreto, los datos de los desvíos considerados por MEFF Tecnología y Servicios para el cálculo de las garantías de operación adicionales exigidas son los siguientes (folio 24 del expediente):

	Desvío porcentual respecto a programa según histórico.
Noviembre 2012	0,00
Diciembre 2012	0,00
Enero 2013	155,40
Febrero 2013	43,10
Marzo 2013	42,50
Abril 2013	[sin actividad]
Mayo 2013	[sin actividad]
Junio 2013	0,00
Julio 2013	672,80
Agosto 2013	110,20

Así, en concreto, siendo agosto de 2013 (110,20%) el mes que marca el tercer valor más alto en desvíos, éste es el que fue considerado por MEFF Tecnología y Servicios para el cálculo de las garantías de operación adicionales (“Se calcularán los desvíos porcentuales mensuales respecto al programa producido en cada uno de los últimos doce meses en los que se disponga de medidas firmes definitivas y se usará el tercer porcentaje más alto (P3)”); apartado 11.1 del Procedimiento de Operación 14.3¹).

SEGUNDO-. Los desvíos de Electrourbano, S.L.L. en las compras de energía en mercado, causa de las garantías de operación adicional exigidas, han persistido en su nueva etapa como comercializador.

La habilitación inicial de Electrourbano, S.L.L. como comercializador fue extinguida mediante Resolución de 6 de febrero de 2013 de la Dirección General de Política Energética y Minas (BOE 15 febrero 2013); dicha Resolución estaba condicionaba en su eficacia al traspaso de los clientes de Electrourbano a un comercializador de último recurso (lo que había de tener lugar en el plazo de un mes). La extinción de esta habilitación inicial se produjo por el incumplimiento de los requisitos para el ejercicio de la actividad de comercialización, lo que se concluyó en atención a la falta de garantías de pago por parte de esta empresa de las liquidaciones que gestiona el Operador del Sistema y a la falta de alta de la citada empresa como agente ante OMIE ².

¹ Aprobado por Resolución de la Secretaría de Estado de Energía de 9 de mayo de 2011 (BOE 20 mayo 2011).

² La decisión se adopta por la Dirección General de Política Energética y Minas a las vista de los siguientes hechos:

“- Que con fecha 22 de febrero de 2012 se dio de alta como sujeto de mercado la comercializadora Electrourbano, S.L.L., que declaró haber firmado un contrato bilateral con la mercantil Ipostar, S. L., en virtud del cual, Ipostar, S. L., se responsabilizaba ante el operador del sistema de su liquidación y garantías de pago desde el inicio de su participación.

– Que el 5 de marzo de 2012, la Dirección General de Política y Minas resolvió la extinción de la habilitación de Ipostar, S. L., para el ejercicio de la actividad de comercialización, por el incumplimiento de los requisitos recogidos en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre.

– Que visto lo anterior, el Operador del Sistema procedió a la baja de Ipostar, S. L., como sujeto de mercado y a la baja del contrato bilateral que mantenía con Electrourbano, S.L.L., desde el 5 de marzo de 2012.

– Que, en virtud de lo dispuesto en el apartado 3.3 del Procedimiento de Operación 14.1 «Condiciones generales del proceso de liquidación del operador del sistema», en el que se regula la suspensión de la participación en el mercado de producción de energía eléctrica, se suspendió provisionalmente a Electrourbano, S.L.L. por no cumplir los requisitos exigidos para ser sujeto de mercado.

– Que desde su alta como sujeto de mercado hasta el 5 de marzo de 2012, ni Ipostar, S.L., ni Electrourbano, S.L.L. realizaron ninguna adquisición de energía en el mercado de producción para el suministro a sus clientes finales.

– Que con fecha 19 de abril de 2012 se procedió a la baja de Electrourbano, S.L.L., como sujeto de mercado desde el 6 de marzo de 2012, «ya que desde la fecha de comunicación de la suspensión, Electrourbano no se ha dado de alta como agente de mercado en OMIE ni ha declarado ningún contrato bilateral con otra comercializadora.”

Tal y como indican el Operador del Sistema (folio 5 del expediente) y el propio Electrourbano (folio 15 del expediente), esta empresa inició una nueva etapa como comercializador a partir de mayo de 2013.

Pues bien, desde el comienzo de la nueva etapa, los desvíos en las compras de energía en mercado (respecto a la energía suministrada a los clientes de este comercializador) han sido elevados, y, en términos generales, superiores a la cifra de 110% considerada por MEFF:

	Desvíos (relación entre la energía adquirida y la no adquirida pero suministrada)
Junio 2013	- [No hay compras en mercado]
Julio 2013	673%
Agosto 2013	110%
Septiembre 2013	96%
Octubre 2013	143%
Noviembre 2013	467%
Diciembre 2013	- [No hay compras en mercado, pese a que Electrourbano suministra este mes cerca de 200 MWh a sus clientes]
Enero 2014	489%

Así resulta de la denuncia inicial presentada por el Operador del Sistema (folio 5 del expediente administrativo).

De estos datos expuestos, los correspondientes a los meses de junio a agosto de 2013 fueron tomados en consideración para el cálculo de las garantías de operación adicional exigidas (junto con los datos de noviembre de 2012 a marzo de 2013), de acuerdo con el informe de MEFF de 8 de agosto de 2014 (folio 24 del expediente). Ahora bien, como se observa, los datos posteriores a agosto de 2013 revelan también la existencia de desvíos de porcentaje elevado en las compras en mercado, superior, normalmente, al 110% que fue considerado por MEFF Tecnología y Servicios. Hay que señalar que Electrourbano, S.L.L. no discute la existencia tales desvíos.

Más aún, los datos de los últimos *informes sobre los servicios de ajuste del sistema* que fueron incorporados al procedimiento (folios 29 a 43) confirman el dato de los desvíos del mes de enero de 2014, e incorporan el de febrero de 2014, reflejando nuevamente unos desvíos superiores al 100% (al ser la energía adquirida menos de la mitad de la suministrada), y superiores específicamente, también, a la cifra de 110% que fue considerada por MEFF:

	Energía comprada en mercado [MWh]	Energía suministrada (liquidación final; medida en barras de central) [MWh]	Programa (compras) / medida (ventas)	Desvío (relación entre energía adquirida y no adquirida)
Enero 2014	37	216	17%	489%
Febrero 2014	107	228	47%	113%

Informes mensuales sobre los servicios de ajuste del sistema de septiembre y octubre de 2014, que incorporan datos, respectivamente, de los cierres provisionales de medidas correspondientes a los meses de enero y febrero de 2014. Folios 36 y 43.

De este modo, los desvíos existentes en la nueva etapa de Electrourbano son, con carácter general, superiores a la cifra de 110% considerada por MEFF.

Adicionalmente, el informe mensual de octubre de 2014 refleja que, en caso de impago de Electrourbano, habría un déficit de garantías de 68.921 euros respecto a pagos pendientes (folio 42), cifra superior a la reclamada por el Operador del Sistema.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

De acuerdo con el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y con el 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.c) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones leves consistentes en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los procedimientos de operación, 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. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de esta Ley 24/2013, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de nueve 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.

a) La obligación de prestar garantías:

El artículo 46.1.e) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, impone a las empresas comercializadoras la obligación de prestar las garantías que reglamentariamente resulten exigibles. El artículo 73.3 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización y suministro de energía eléctrica, dispone que las empresas comercializadoras deberán prestar ante el Operador del Sistema las garantías que resulten exigibles para la adquisición de energía en el mercado de producción de electricidad, de acuerdo con lo establecido en los Procedimientos de Operación.

A este respecto, el Procedimiento de Operación 14.3 (*“Garantías de pago”*), aprobado por Resolución de 9 de mayo de 2011 (BOE 20 mayo 2011), de la Secretaría de Estado de Energía, recoge, en su apartado 3, la obligación de aportación de garantías: *“Los Sujetos del Mercado que puedan resultar deudores como consecuencia de las liquidaciones del Operador del Sistema le deberán aportar garantía suficiente para dar cobertura a sus obligaciones económicas derivadas de su participación en el Mercado, de tal modo que se garantice a los Sujetos acreedores el cobro íntegro de las liquidaciones realizadas por el Operador del Sistema y en los días de pagos y cobros establecidos en el Procedimiento de Operación 14.1.”*

Específicamente, en su apartado 11, este Procedimiento de Operación 14.3 recoge la obligación de disponer de garantías de operación adicionales, para cubrir las obligaciones de pago derivadas de la corrección de la liquidación inicial:

*“Cada Sujeto del Mercado deberá disponer de garantías de operación adicionales suficientes para cubrir las obligaciones de pago derivadas de futuras liquidaciones correctoras de la liquidación inicial. Las garantías de operación adicionales deberán estar cubiertas por garantías financieras con un plazo de vigencia mínimo de trece meses.
(...)”*

Por su parte, el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, tipifica como infracción leve el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los procedimientos de operación.

b) El cálculo de las garantías de operación adicionales:

En lo que se refiere al cálculo de las garantías de operación adicionales, el apartado 11.1 del Procedimiento de Operación 14.3 determina lo siguiente:

“1. Adquisición de energía para consumidores en el Mercado.- Las garantías de operación adicionales de los Sujetos del Mercado por las actividades de adquisición de energía para consumidores se determinarán del siguiente modo:

a) Se calcularán los desvíos porcentuales mensuales respecto al programa producido en cada uno de los últimos doce meses en los que se disponga de medidas firmes definitivas y se usará el tercer porcentaje más alto (P3). En el caso de que el tercer porcentaje más alto sea inferior a uno por ciento, se utilizará el porcentaje de uno por ciento.

b) El porcentaje P3 obtenido en el apartado anterior se aplicará al programa total liquidado del mes para obtener el desvío estimado para garantías adicionales (DG):

$$DG = P3 \times EPC$$

Donde: EPC es la suma mensual de la energía programada de consumo.

c) El importe de garantía de operación adicional (GOA) se calculará con la fórmula siguiente:

$$GOA = PE \times (DG - DA) + PDS \times DG - IMPDA$$

Donde:

DA es la suma mensual de los desvíos asignados a cada Sujeto a partir del desvío total del conjunto de participantes en el mercado de producción en ausencia de medidas completas según lo establecido en el P.O. 14.4.

PE es el precio medio mensual de todos los conceptos repercutidos a la demanda del Sujeto como el sobrecoste de las restricciones técnicas, el coste de la banda de regulación y el coste de la garantía de potencia.

PDS es el precio medio mensual de desvíos de mayor consumo, ponderado por la demanda total liquidada en cada hora.

IMPDA es el importe mensual de la liquidación inicial correspondiente a los desvíos asignados DA.

Si el importe así obtenido fuera acreedor, no se exigirá garantía de operación adicional por ese periodo.

d) En el caso de que no exista un histórico de tres meses de liquidaciones finales definitivas de un Sujeto, se utilizará el porcentaje P3 del diez por ciento o, de ser más alto, el porcentaje promedio de los Sujetos comercializadores y consumidores.

e) Cuando se liquiden medidas del cierre provisional se recalcularán las garantías de operación adicionales sustituyendo en el apartado a) los desvíos porcentuales respecto al programa por la tercera diferencia más alta entre los desvíos porcentuales mensuales respecto programa obtenidos con el cierre definitivo y los desvíos porcentuales respecto programa obtenidos con el cierre provisional en cada uno de los últimos doce meses en los que se disponga de medidas firmes definitivas. Además el porcentaje mínimo de un 1% se sustituye por el de un 0,2%. En su caso, en el apartado c), se sustituye el término DA por el desvío asignado liquidado provisionalmente y, el término IMPDA por el importe de la liquidación provisional correspondiente al desvío asignado liquidado

provisionalmente. En el apartado d), se sustituye el porcentaje de 10% por un 1,8%.

f) Los distribuidores deberán comunicar al Operador del Sistema, cada mes, los valores de energía disponibles utilizados en la facturación de las tarifas de acceso a cada comercializador o consumidor cualificado de los meses sin cierre de medidas. Dichos valores podrán ser utilizados para nuevas estimaciones del valor porcentaje P3 cuando superen los valores de energía considerados para el cálculo de garantías de operación adicionales y, en su caso, para nuevos cálculos de las garantías de operación adicionales.”

Las garantías de operación adicionales exigidas por el Operador del Sistema toman en consideración los datos sobre los desvíos de Electrourbano, S.L.L. habidos entre noviembre de 2012 y agosto de 2013 (folio 24 del expediente):

	Diferencia entre desvíos porcentuales mensuales con cierre definitivo y con cierre provisional	Desvío porcentual respecto a programa según histórico
Noviembre 2012	0,00	0, 00
Diciembre 2012	0,00	0, 00
Enero 2013	0,00	155,40
Febrero 2013	0,00	43,10
Marzo 2013	0,00	42,50
Junio 2013	0,00	0,00
Julio 2013	0,00	672,80
Agosto 2013	0,00	110,20

De acuerdo con lo establecido en el apartado 11.1.e) del Procedimiento de Operación 14.3, el Operador del Sistema considera el porcentaje de 110,20 % como el tercer valor más alto (672,80%, 155,40% y 110,20%) de los desvíos mensuales.

En sus alegaciones al Acuerdo de incoación del procedimiento, Electrourbano considera que, para el cálculo de las garantías de operación adicionales, no deberían tenerse en cuenta los desvíos en que esta empresa incurrió por su etapa anterior como comercializador (a este respecto, en concreto, el dato de 155,40%, segundo valor más alto considerado por el Operador del Sistema, corresponde a los desvíos del mes de enero de 2013).

Esta alegación de Electrourbano carece de fundamento, pues se trata en todo caso de la actuación seguida por la misma empresa (Electrourbano, S.L.L.) y actuando con el mismo carácter (comercializador de energía eléctrica). Razonablemente puede comprenderse que, si la empresa causó unos desvíos en el mercado en el pasado y quiere seguir realizando su actividad en el mismo, tal conducta sea tenida en cuenta para considerar las garantías que permitan cubrir el riesgo de impagos que esta misma empresa pueda ocasionar.

En cualquier caso, los datos de esta empresa referidos a su nueva etapa (esto es, a partir de junio de 2013) confirman su tendencia a los desvíos. En concreto,

de acuerdo con lo señalado en el *hecho probado segundo*, se observa lo siguiente:

- Persiste la práctica consistente en ocasionar desvíos, que es el motivo del requerimiento de las garantías que fue realizado por el Operador del Sistema:

	Desvíos
Julio 2013	673%
Agosto 2013	110%
Septiembre 2013	96%
Octubre 2013	143%
Noviembre 2013	467%
Diciembre 2013	∞
Enero 2014	489%
Febrero 2014	113%

- Estos desvíos son de un porcentaje elevado. El porcentaje es superior habitualmente al 110% (y, en todo caso, es superior a ese 110% en más de tres meses -a los efectos de lo que incumbiría conforme al apartado 11.1.e) del Procedimiento de Operación 14.3-). En concreto, es superior al 110%, que es el porcentaje que fue tomado en consideración por el Operador del Sistema para exigir la prestación de las garantías, en el mes de julio de 2013 y en los meses de octubre de 2013 a febrero de 2014.
- Hay un riesgo de impago por insuficiencia de garantías (riesgo superior al importe de las garantías que se le exige): déficit de garantías de 68.921 euros.

En definitiva, de acuerdo con los hechos probados que se han expuesto, Electrourbano ha incumplido el requerimiento del Operador del Sistema de prestar garantías por valor de 49.000 euros. Esta conducta resulta típica en relación con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN.

a) Consideraciones generales:

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 una culpabilidad a título intencionado o doloso, ya que, de forma consciente, Electrourbano no atiende el requerimiento de aportación de garantías.

Aunque media una reclamación, que Electrourbano efectúa al Operador del Sistema por motivo de las garantías que se le reclaman, hay que señalar que, tras contestación desestimatoria de la misma, Electrourbano decide simplemente desatender el requerimiento de prestación de garantías. No lleva a cabo actuación adicional alguna; sencillamente no presta la garantía requerida y continúa su actividad sin variar su comportamiento.

De este modo, Electrourbano realiza una negativa intencionada a atender un requerimiento dado por el Operador del Sistema (un requerimiento que tiene por objeto asegurar la fiabilidad del sistema de pagos derivado de las participaciones en mercado); negativa que, en cualquier caso, carece, además, de justificación. La negativa mencionada lesiona tanto la autoridad del Operador del Sistema como esa fiabilidad del sistema de pagos a que el requerimiento de aportación de garantías dado por aquél obedece.

V. SANCIÓN QUE SE IMPONE Y VALORACIÓN DE LAS ALEGACIONES DE ELECTROURBANO, S.L.L. AL RESPECTO DE LA CUANTIFICACIÓN DE LA MISMA.

a) Normativa aplicable:

Los hechos objeto del procedimiento se producen bajo la vigencia de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

El artículo 67 de esta Ley 24/2013 prevé una multa de hasta 600.000 de euros por las infracciones leves; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.

El artículo 67.4 de la Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la cuantía de la sanción:

“En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- 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.”*

b) Consideración del límite relativo al importe neto de la cifra de negocio:

De acuerdo con la cuentas anuales del ejercicio 2012 (últimas cuentas anuales que constan depositadas en el Registro Mercantil, según información expedida por el mismo el 8 de enero de 2015), el importe neto de la cifra de negocios de Electrourbano, S.L. es de 285.710,37 euros. En el año precedente (2011) fue de 740.643,13 euros.

Con base en estos datos, la Propuesta de Resolución cuantificó la multa a imponer en 5.000 euros.

Electrourbano realiza, sin embargo, las siguientes alegaciones a la Propuesta de Resolución:

“El importe de la multa propuesta (5.000€) se ha calculado en base a las cifras de negocio de Electrourbano S.L.L. correspondientes a los años 2011 (740.643,13 euros) y 2012 (285.710,37 euros), que se encuentran depositadas en el Registro mercantil.

*Electrourbano S.L.L. considera que no es correcta la propuesta de sanción por cuanto las cifras de negocio utilizadas no se corresponden con la actividad de comercialización eléctrica, y todo ello teniendo en cuenta que el inicio de actividad de comercialización eléctrica se inicia en **Febrero de 2012**, pero siendo iniciada la venta de energía eléctrica a clientes finales en **Noviembre de 2012**, tal y como se acredita con las facturas de venta de energía (que adjuntamos al presente escrito de alegaciones), así como con los formularios "Price Energía" de remisión precios aplicables a los consumidores finales de electricidad de 2012 enviados por Electrourbano S.L.L. al Ministerio de Industria, Energía y Turismo (también adjuntados al presente escrito).*

*De todo lo anteriormente expuesto, consideramos excesiva la sanción propuesta, **teniendo en cuenta que la cifra de negocio correspondiente a la actividad de comercialización eléctrica ascendió a la cantidad de 1.837,09€.** Por lo que solicitamos una revisión a la baja de la sanción propuesta.*

Aprovechamos este escrito para reiterar la absoluta disposición de Electrourbano S.L.L. de cumplir con todas nuestras obligaciones inherentes a nuestra condición de comercializadora de energía eléctrica, incluido la prestación de todas las garantías de operación exigidas en el plazo de tiempo más breve posible.”

A este respecto, hay que señalar que el objeto social de Electrourbano alcanza otras actividades relacionadas con la electricidad aparte de la comercialización de energía eléctrica:

“A./ Ejecución y montaje de instalaciones eléctricas de todo tipo, ya sean domésticas, industriales, alta y baja de tensión, o alumbrados público.

B./ Ejecución de instalaciones de energías renovables.

C./ Comercialización de materiales eléctricos.”³

Ha de señalarse, sin embargo, que la previsión contenida en el artículo 67.2 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, no se refiere al importe de la facturación del sujeto infractor en una concreta rama de su actividad. Se contempla, en cambio, su actividad en general. Se trata de una regla establecida con carácter adicional a las de cuantificación de las sanciones, como cautela para evitar que la multa impuesta tenga un alcance confiscatorio respecto del patrimonio de un sujeto. De hecho, cuando el sujeto infractor es una sociedad filial, el objetivo lo refiere el precepto no a la empresa en cuanto tal (cuya facturación podría, por tanto, ser absorbida por la multa en un porcentaje superior al 10%) sino al propietario último de la misma, permitiendo considerar incluso la cifra de negocios consolidada de la sociedad matriz del grupo (el sujeto propietario, en último término, de que se trata, respecto del que en realidad habría de operar la cautela prevista):

“En cualquier caso la cuantía de la sanción no podrá superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, o el 10 por ciento

³ Información expedida por el Registro Mercantil el 8 de enero de 2015.

del importe neto anual de la cifra de negocios consolidada de la sociedad matriz del grupo al que pertenezca dicha empresa, según los casos.”

En este contexto, en lo que atañe a la operativa de este límite adicional, lo procedente es considerar la facturación en general del sujeto de que se trata; esto es, las diferentes vías de ingresos con que cuenta; sin perjuicio de lo que resulta de la aplicación de las otras reglas de cuantificación establecidas en el precepto.

Señalado esto, no puede dejar de observarse que Electrourbano presenta los datos de facturación en la rama de actividad de comercialización de energía eléctrica referidos sólo al año 2012, en el que únicamente tuvo actividad de comercialización de energía eléctrica en los meses de noviembre y diciembre, y con un número de clientes testimonial. Por ese período, la energía facturada a la globalidad de los clientes de Electrourbano es de 12,693 MWh (ver folio 68 del expediente administrativo) ⁴.

Ahora bien, aunque se circunscribiera la cuestión de la cifra de negocios al ámbito de la rama de comercialización de electricidad, puede comprenderse que el hecho de que Electrourbano no hubiera depositado en el Registro Mercantil sus cuentas del año 2013, o el hecho que aún no existiera obligación de depositar las cuentas de 2014, no impediría a esta CNMC valorar su cifra de negocio a partir de los datos de facturación que constan en el expediente. No podría pretender Electrourbano que, como no ha depositado sus cuentas de 2013 ni tiene obligación aún de depositar las de 2014, hay que considerar necesariamente su facturación de energía eléctrica del 2012, que, convenientemente, se limita a dos meses del año, y a una cantidad de energía mensual muy inferior a la actual.

En efecto, según consta en el expediente (ver folios 36 y 43 del expediente), la cantidad de energía facturada por Electrourbano mensualmente a sus clientes es, desde enero de 2014, superior a los 200 MWh. En cada uno de los meses del año 2014 se factura energía eléctrica casi veinte veces más que en todo el año 2012; con lo que las cifras de facturación dadas por Electrourbano habrían de multiplicarse por doscientos.

Así pues, no se considera que la cuantificación llevada a cabo por la Propuesta de Resolución infrinja lo establecido en el artículo 67.2 de la Ley 24/2013.

c) Cuantificación de la multa y medidas adicionales:

Dada la naturaleza de la infracción, la conducta de Electrourbano no ha implicado un peligro para la vida o salud de las personas, la seguridad de las cosas o el medio ambiente; tampoco ha afectado a la continuidad o regularidad del

⁴ Dicha cifra resulta asimismo, de sumar la facturación que Electrourbano realiza a los dos clientes que tiene en tal momento (folios 66 y 67).

suministro. Sin embargo, es una conducta, desarrollada de forma intencionada, que, como se ha dicho, se produce en lesión del interés público relativo a la fiabilidad del sistema de pagos derivado de la participación en el mercado. Asimismo, debe tomarse en consideración que la sociedad ELECTROURBANO S.L.L., como se señala en el Hecho Probado Segundo, ya había incumplido los requisitos establecidos para el ejercicio de la actividad de comercialización lo que motivó la extinción de su habilitación. A juicio de esta Sala, y atendiendo a la circunstancia antedicha, resulta exigible un mayor grado de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones que la mostrada por el sujeto infractor que desoye de forma deliberada el requerimiento del operador del sistema. En esta nueva etapa en la que la sociedad reinicia su actividad la diligencia que es exigible a este sujeto comercializador a los efectos de desempeñar su actividad implica el cumplimiento puntual de sus obligaciones características, entre las que se encuentra la obligación del depósito de las garantías exigidas en relación con el desarrollo de su actividad de comercialización (artículo 46.1.e) de la Ley 24/2013). Por todo ello, esta Sala considera proporcionado elevar el importe de la sanción a **10.000 (diez mil) euros**.

Valorando estas circunstancias, y considerando el importe a que se referían las garantías a prestar (49.000 euros), se estima proporcionado imponer una multa de **10.000 (diez mil) euros**.

Además de la imposición de la sanción, el artículo 69 de la Ley 24/2013 dispone que la resolución sancionadora debe establecer las obligaciones que resulten necesarias para restituir las cosas, o reponerlas a su estado natural, anterior a la infracción. A este respecto, dada la infracción cometida, procede imponer, en consecuencia, que se solucione la situación de déficit de garantías generada por parte de Electrourbano, S.L., como consecuencia de la falta de prestación de las garantías requeridas.

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 ELECTROURBANO, S.L.L., es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de prestar las garantías

exigidas por el Operador del Sistema con fecha límite de 20 de agosto de 2014, por valor de 49.000 euros.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **10.000 (diez mil) euros**.

TERCERO.- Imponer a la citada empresa la obligación de depositar las garantías requeridas que tiene pendientes de prestar, que, conforme a la información obrante en el expediente, ascienden a 49.000 euros.

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.