

ACUERDO POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS DE CARÁCTER PROVISIONAL EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA EMPRESA *COMERCIAL EÓLICA SUMINISTRO DE ENERGÍA, S.L.U.*, POR FALTA DE ADQUISICIÓN DE LA ENERGÍA NECESARIA PARA SUS ACTIVIDADES DE SUMINISTRO.

Expte. SNC/DE/126/14

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, a 16 de julio de 2015

Visto el expediente relativo al procedimiento sancionador incoado a Comercial Eólica Suministro de Energía, S.L.U. por falta de adquisición de la energía necesaria para sus actividades de suministro, la Sala de Supervisión Regulatoria acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

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

El 2 de diciembre de 2014 el Operador del Sistema eléctrico (Red Eléctrica de España, S.A.U.) presentó escrito en el Registro de la CNMC en relación con el incumplimiento, por parte del comercializador Comercial Eólica Suministro de Energía, S.L.U., de su obligación de adquisición de energía y de su obligación de prestación de garantías suficientes. Con respecto a la obligación de adquisición de energía, el Operador del Sistema alude a las diferencias que vienen existiendo entre la energía entregada a los consumidores por parte de esta empresa y su programa de compra en el mercado. Específicamente, se señala lo siguiente respecto al mes de julio de 2014:

“En julio de 2014, último mes para el que se dispone de valores de energía utilizados en la facturación de las tarifas de acceso, los distribuidores han comunicado una energía mensual facturada por el consumo de los clientes de COMERCIAL EÓLICA SUMINISTROS DE ENERGÍA S.L., de 5.971,85 MWh. La energía elevada a barras de central con el coeficiente de pérdidas medio del consumo facturado en julio 2014 es 6.885,543 MWh. El programa mensual de adquisición de energía para este mes fue de 3.757,6 MWh. El porcentaje de desvío en julio 2014 según las medidas comunicadas es de 83,24 %.”

En el escrito presentado, el Operador del Sistema pone de relieve la vinculación que aprecia entre esta empresa y las empresas Comercializadora Energética Mediterránea, S.L., Europa Global Energy, S.L., Euroenergía de Levante, S.L., Nortedison Electric, S.L. y Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L., respecto de las que se han seguido o se siguen actuaciones por parte de esta Comisión por motivos de incumplimientos equivalentes.

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 15 de diciembre de 2014, un procedimiento sancionador (con la referencia SNC/DE/126/14) contra Comercial Eólica Suministro de Energía, S.L.U. 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 fue notificado a Comercial Eólica Suministro de Energía el 19 de diciembre de 2014. No se recibieron alegaciones de esta empresa en relación con el Acuerdo de incoación del procedimiento.

TERCERO.- Denuncia remitida por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

El 23 de diciembre de 2014 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de la Directora General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo dando traslado a la CNMC de la denuncia presentada por el Operador del Sistema (recibida también en ese Ministerio). La Directora General solicita a la CNMC *“valoración sobre la conveniencia de iniciar procedimiento sancionador en virtud de lo establecido en el Capítulo II de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico”*.

A este respecto, mediante escrito de 13 de febrero de 2015 se puso en conocimiento del Ministerio de Industria, Energía y Turismo el inicio del presente procedimiento sancionador.

CUARTO.- Denuncia presentada por Estrategia en Inversiones Innovadoras, S.L.U.

El 21 de enero de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de Estrategia en Inversiones Innovadoras, S.L.U. aportando documentación sobre las empresas Comercializadora Energética Mediterránea, S.L., Europa Global Energy, S.L., Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U., Comercial Eólica Suministro de Energía, S.L. y Nortedison Electric, S.L., y sobre la vinculación existente entre las mismas en lo relativo a su gestión.

QUINTO.- Información adicional remitida por el Operador del Sistema.

El 1 de abril de 2015 el Operador del Sistema presentó escrito en el Registro de la CNMC por medio del que pone en conocimiento de la CNMC que Comercial Eólica Suministro de Energía no ha atendido la obligación de pago de una liquidación por importe de 208.192,2 euros, razón por la que se ha debido ejecutar en consecuencia la garantía que tenía depositada esta empresa, que, aun así, es insuficiente para cubrir dicho importe. Adicionalmente el Operador del Sistema presenta información actualizada de las diferencias entre la energía suministrada a los consumidores por parte de esta empresa y su programa de compra en el mercado, exponiendo que en la medida correspondiente a los meses de agosto de 2014, septiembre de 2014, octubre de 2014, noviembre de 2014 y diciembre de 2014 el porcentaje de desvíos ha sido respectivamente del 1.238%, 2.204%, 1.955% y 1.725% y 1.524%.

SEXTO.- 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 19 de mayo de 2015, incorporar al procedimiento la siguiente información:

- El contenido del último informe recibido en el Registro de esta Comisión sobre los servicios de ajuste (emitido por el Operador del Sistema conforme a lo establecido en la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 163412006, de 29 de diciembre), en la parte del mismo que se refiere a la empresa Comercial Eólica Suministro de Energía, S.L.U. y otras relacionadas:
Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema - MARZO de 2015, recibido en la CNMC el 28 de abril de 2015.
- Escrito de Endesa Distribución Eléctrica, S.L. presentado en el Registro de la CNMC el 11 de diciembre de 2014, que alude a la empresa Comercial Eólica

Suministro de Energía, S.L.U., el cual obra en el SNC/DE/73/14 como folios 23 y 24 del citado expediente.

NOVENO.- Propuesta de medidas provisionales.

El 25 de junio de 2015 el Director de Energía formuló propuesta de adopción de medidas cautelares. Las medidas cautelares que se proponían adoptar eran las siguientes:

“1.- Requerir a las empresas distribuidoras con clientes de Comercial Eólica Suministro de Energía, S.L.U. conectados a su red, así como a las empresas comercializadoras de referencia, para que tramiten el cambio de suministrador en los términos que se derivan del fundamento de derecho V.1 del presente Acuerdo.

2.- Requerir a las empresas comercializadoras de referencia para que, realizado el cambio de comercializador, efectúen la comunicación que se prevé en el fundamento de derecho V.2 del presente Acuerdo.

3.- Prohibir a las empresas distribuidoras que tramiten nuevas altas de clientes o cambios de suministrador en favor de Comercial Eólica Suministro de Energía, S.L.U., conforme a lo establecido en el fundamento de derecho V.3 de la presente Propuesta.

4.- Requerir a las empresas distribuidoras para que suspendan el derecho de Comercial Eólica Suministro de Energía, S.L.U de acceso a las bases de datos de puntos de suministro.”

La propuesta medida provisional fue notificada al imputado, así como a las empresas comercializadores de referencia, confiriendo a estas empresas un plazo de diez días hábiles para que las mismas efectuaran alegaciones en relación con el contenido de las medidas propuestas.

DÉCIMO.- Alegaciones a la propuesta de medidas provisionales.

El 15 de julio de 2015 ha tenido entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de Comercial Eólica Suministro de Energía, presentado por correo administrativo el 10 de julio de 2015. Este escrito es complementado por otro, recibido asimismo el día 15 de julio, y presentado por correo certificado el día 13 de julio de 2015.

Entre las fecha de 8 de julio de 2015 y 14 de julio de 2015 se han recibido alegaciones de las empresas comercializadoras en relación con la propuesta de medidas provisionales.

UNDÉCIMO.- Informe del Operador del Sistema sobre los servicios de ajuste relativo a mayo de 2015.

El 7 de julio de 2015 ha tenido entrada en el Registro de la CNMC escrito del Operador del Sistema presentando informe sobre los servicios de ajuste del sistema en el mes de mayo de 2015. Entre otros extremos, en este informe se

actualiza la información sobre los impagos causados por Comercial Eólica Suministro de Energía que no se han cubierto por garantías (impagos por valor de 1.656.845 de euros), al estar agotadas las garantías depositadas por esta empresa, y no atender la misma los requerimientos de depósito de garantías adicionales. Específicamente, de acuerdo con este informe, el déficit de garantías de Comercial Eólica Suministro de Energía, respecto a los pagos pendientes de vencimiento, asciende a 1.703.426 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

- a) Competencia para la tramitación y resolución del procedimiento sancionador:

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.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 las ofertas necesarias para la compra de la energía necesaria para la actividad de suministro, materia objeto del presente procedimiento, tipificada en el artículo 65.28 de la citada Ley 24/2013. 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 la resolución de este procedimiento.

- b) Facultad de adoptar medidas provisionales:

El artículo 72.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevé la posibilidad de que el órgano competente para resolver el procedimiento acuerde medidas provisionales: *“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello.”*

En relación con el procedimiento sancionador, el artículo 136 de esta Ley dispone lo siguiente: *“Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá proceder mediante acuerdo motivado a la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.”*

Por su parte, el artículo 77 (“Medidas provisionales”) de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, prevé que el órgano competente para resolver el procedimiento podrá acordar medidas provisionales en el marco de la tramitación del mismo, una vez se haya sustanciado la audiencia del interesado; no obstante, en casos de urgencia, el precepto admite la posibilidad de acordar medidas provisionales también con carácter previo incluso a la incoación del procedimiento y a su notificación al interesado:

“1. En cualquier momento del procedimiento sancionador, el Director General correspondiente de la Secretaría de Estado de Energía o el órgano competente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá adoptar, previa audiencia del interesado y mediante resolución motivada cualquiera medida que, atendiendo a las circunstancias del caso, sea necesaria para asegurar la efectividad de la resolución que pudiera recaer en el procedimiento o el buen fin del mismo, así como para evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.

A la notificación de estas medidas se acompañará, en su caso, emplazamiento para que se subsane la deficiencia o irregularidad constitutiva de la infracción de que se trate.

2. Asimismo, en los casos de urgencia y cuando pueda existir un riesgo cierto para la seguridad del suministro eléctrico, podrán adoptarse, por el Director General correspondiente de la Secretaría de Estado de Energía o por el órgano competente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con carácter previo a la iniciación del procedimiento sancionador y de oficio o a instancia de parte, las medidas que sean necesarias para garantizar dicha seguridad y suministro, en los términos previstos en el artículo 72.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. Los gastos originados por las medidas previstas en este artículo se sufragarán a cargo de las personas físicas y entidades responsables de los incumplimientos, deficiencias o irregularidades que las hubieran justificado.”

Finalmente, el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto), se ocupa de la regulación de las medidas provisionales en el su artículo 15, que establece lo siguiente:

“1. De conformidad con lo previsto en los artículos 72 y 136 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el órgano competente para resolver podrá adoptar en cualquier momento, mediante acuerdo motivado, las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales.

Cuando así venga exigido por razones de urgencia inaplazable, el órgano competente para iniciar el procedimiento o el órgano instructor podrán adoptar las medidas provisionales que resulten necesarias.

2. Las medidas de carácter provisional podrán consistir en la suspensión temporal de actividades y la prestación de fianzas, así como en la retirada de

*productos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, y en las demás previstas en las correspondientes normas específicas.
3. Las medidas provisionales deberán estar expresamente previstas y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretenda garantizar en cada supuesto concreto.”*

De acuerdo con lo expuesto, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 8. 2 e) del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria la adopción de medidas provisionales en el marco del procedimiento. Como ya se ha expuesto, se ha sustanciado el trámite inicial de audiencia del procedimiento, así como un trámite de audiencia específico, relativo a la medida cautelar; Comercial Eólica Suministro de Energía no ha hecho uso de la facultad de presentar alegaciones en la fase de inicio del procedimiento pero sí en el trámite de audiencia sobre las medidas provisionales.

En este marco, las medidas cautelares pueden consistir, de acuerdo con lo que se señala en el artículo 77.1 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, en la adopción de cualquier medida que, atendiendo a las circunstancias del caso, sea necesaria para evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción.

II. FINALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR: PROTECCIÓN DE LOS INTERESES JURÍDICOS QUE SE ESTÁN VIENDO LESIONADOS.

Como se ha señalado, el artículo 77 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, especifica cuál debe ser el objeto de la medida cautelar que se adopte en el marco de un procedimiento sancionador: *“asegurar la efectividad de la resolución que pudiera recaer en el procedimiento o el buen fin del mismo, así como para evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción”*. El artículo 15 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto) contiene una previsión similar con respecto a la indicación de los objetivos de las medidas cautelares: *“asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales”*.

Pues bien, en lo que afecta a la eficacia de la resolución que pudiera recaer, ha de destacarse que el objeto del procedimiento es tanto efectuar el reproche punitivo que la infracción cometida eventualmente merezca como, adicionalmente, reparar los efectos causados por dicha infracción que ha sido cometida. En este sentido, precisamente, el artículo 69 de la Ley 24/2013 dispone que, *“Además de imponer las sanciones que en cada caso correspondan”*, la resolución del procedimiento sancionador debe contener las medidas necesarias para reparar el daño que concurre, corrigiendo la lesión del interés público que se ha producido:

“1. 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.*

b) *Cuando no sea posible la restitución de las cosas o reponerlas a su estado natural, indemnizar los daños irreparables por cuantía igual al valor de los bienes destruidos o el deterioro causado, así como los perjuicios ocasionados, en el plazo que se fije.*

c) *Reintegrar las cantidades indebidamente percibidas en aquellos casos en que la comisión de la infracción haya supuesto la percepción de una retribución regulada que no debería haberle sido de aplicación.*

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

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

En relación con estos objetivos, ha de tenerse en cuenta que la infracción objeto del procedimiento de referencia es una infracción que no está agotada en su comisión, sino que, por el contrario, es una infracción que, de acuerdo con lo que resulta del expediente, persiste durante la tramitación de los procedimientos, y más aún, se ha agravado tras la incoación de dicho procedimiento: Si bien el procedimiento se incoa ante un supuesto de falta de adquisición de energía (con falta de garantías de su pago), durante la tramitación del procedimiento sancionador la empresa imputada ha comenzado además a incurrir en impagos (que no se encuentran cubiertos por garantías), que son de elevada cuantía. Asimismo, del expediente resulta que se trata de una estrategia ya usada en el pasado por empresas vinculadas con la imputada: Cuando la conducta de estas empresas es advertida por la Administración (que les incoa un procedimiento sancionador), éstas pasan a desatender –ya de una forma flagrante- el cumplimiento de sus obligaciones de pago; no habiéndose podido hasta la fecha recabar el importe de las cantidades adeudadas.

A este respecto, es claro que la tramitación del procedimiento sancionador puede hacer perder al mismo su finalidad en cuanto a la protección de los bienes jurídicos que se están viendo lesionados, pues precisamente la proyección en el tiempo que tiene la necesaria tramitación de un procedimiento es causa de que se vaya incrementando la cuantía de los impagos que la empresa están dejando en el sistema eléctrico. Esta situación justifica la adopción de una medida provisional.

III. SOBRE LOS DAÑOS QUE ESTÁ CAUSANDO LA CONDUCTA INFRACTORA.

- a) La falta de realización de ofertas de compra y la falta de abono de los desvíos ocasionados:

La conducta denunciada consiste en la falta de realización, en el mercado, de las ofertas de compra correspondientes a la energía que el comercializador Comercial Eólica Suministro de Energía está vendiendo a sus clientes. Se trata de una conducta persistente, que no se corrige en el curso del tiempo y que se agrava por el hecho también denunciado (y que ha dado origen a un procedimiento sancionador diferente¹) de que esta empresa no presta las garantías que son necesarias para responder del coste de los desvíos ocasionados (desvíos debidos a la energía que ha sido generada para atender el suministro de los clientes de Comercial Eólica Suministro de Energía pero que esta empresa no ha comprado).

Según el informe de *servicios de ajuste del sistema*² correspondiente al mes de marzo de 2015, emitido por el Operador del Sistema (informe recibido el 28 de abril de 2015 en el Registro de la CNMC), el importe que esta empresa ha dejado impagado y que no está cubierto con garantías es de 108.192 euros (esta información obra en los folios 90 a 95 del presente expediente administrativo).

El último *informe sobre servicios de ajuste* recibido (entrada en el Registro de la CNMC el 7 de julio de 2015), correspondiente al mes de mayo, revela, en su página 27, que Comercial Eólica Suministro de Energía ha causado ya unos impagos, no cubiertos con garantías, por importe de 1.656.845 euros, con las correspondientes pérdidas a los sujetos acreedores (los generadores que han producido la energía que esta empresa ha suministrado a sus clientes). Se adjunta este documento (exclusivamente, en la parte del mismo que se refiere a la empresa Comercial Eólica Suministro de Energía y vinculadas) como **anexo** a este Acuerdo.

b) La conexión entre la conducta de la empresa imputada y las de otras empresas vinculadas a la misma:

Esta conducta de Comercial Eólica Suministro de Energía ha de ponerse en relación con incumplimientos de otras empresas comercializadoras con las que Comercial Eólica Suministro de Energía guarda relación: en particular, ELECVAl, Comercializadora Valenciana de Electricidad, S.L., Comercializadora Energética Mediterránea, S.L. y Europa Global Energy, S.L.

ELECVAl, Comercializadora Valenciana de Electricidad ha dejado una deuda no cubierta por garantías de algo más de 1,8 millones de euros en los mercados gestionados por el Operador del Sistema³; por su parte, Comercializadora Energética Mediterránea (también denominada CENERMED) ha dejado una

¹ SNC/DE/128/14.

² Informe emitido de conformidad a lo establecido en la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre.

³ Según los informes emitidos por el operador del sistema durante el año 2013 sobre los servicios de ajuste del sistema, de conformidad a lo establecido en la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre. Específicamente, el dato consta en la página 28 del informe sobre el mes de mayo, que figura como anexo a este Acuerdo.

deuda, no cubierta con garantías, de más de ocho millones de euros en estos mercados gestionados por el Operador del Sistema⁴, y Europa Global Energy, de más de cuatro millones de euros⁵.

Estas tres empresas siguieron una práctica consciente, deliberada y organizada de comprar en mercado un porcentaje muy reducido de las ventas que llevaban a cabo a sus clientes, dándose continuidad a través de cada nueva empresa a la actividad de la anterior.

Por lo demás, hay que destacar que los clientes de ELECVAL, empresa que fue inhabilitada por Resolución de 26 de julio de 2012 de la Dirección General de Política Energética y Minas (BOE 3 de agosto de 2012), fueron traspasados en su mayoría (3.300 de sus 4.000 clientes) a CENERMED en torno a septiembre de 2012 (coincidiendo con el plazo de un mes marcado para la eficacia de la Resolución de inhabilitación)⁶. Pues bien, esta última (CENERMED) es una empresa con la que Europa Global Energy ha tenido socio único y administrador único común⁷.

La documentación obrante en el expediente administrativo, y en especial, la denuncia presentada por Estrategia en Inversiones Innovadoras, S.L.U. (folios 18 a 84), pone de relieve que Comercial Eólica Suministro de Energía es una empresa dirigida, de hecho, por la misma persona que ELECVAL, Comercializadora Energética Mediterránea y Europa Global Energy, que ha buscado dar continuidad a sus prácticas a través de nuevas empresas (entre ellas, Electro Soporte Comercial y Gestión, Comercial Eólica Suministro de Energía, S.L.U. y Nortedison Electric, S.L.), nuevas empresas que, en apariencia, no guardan relación con las anteriores. Dicha persona (que en las comunicaciones aportadas al procedimiento aparece identificada como “---”, “---” o “---”) se ocupa de supervisar y autorizar los diferentes pagos que estas empresas han de llevar a cabo, si bien no tiene ningún cargo formal en las empresas que se han indicado, a excepción precisamente de la más antigua de ellas, ELECVAL, en la que fue representante durante la fase de liquidación de la sociedad⁸.

⁴ Ver Resolución del Consejo de la CNMC de 19 de febrero de 2015 recaída en el SNC/DE/3/14 (www.cnmc.es).

⁵ Informe sobre los servicios de ajuste correspondiente al mes de marzo de 2015, recibido el 28 de abril de 2015.

⁶ Ver hecho probado primero de la Resolución de la CNMC de 19 de febrero de 2015 recaída en el SNC/DE/3/14 (www.cnmc.es).

⁷ Eurolevantina Emprendedores es el socio único y el administrador único de Europa Global Energy desde septiembre de 2012 (BORME 6 septiembre 2012). Asimismo, Eurolevantina Emprendedores es, desde el mismo mes de septiembre de 2012 (BORME 18 septiembre 2012), el administrador único de Comercializadora Energética Mediterránea, S.L.U. (denominada Melon Energy, S.L. hasta octubre de 2012 (BORME 4 octubre 2012), siendo también tanto el propietario como el administrador único de Multigestión y Construcción Las Minas, S.L.U. -que es el socio único de Comercializadora Energética Mediterránea- (BORME 24 septiembre 2012 y 31 octubre 2012).

⁸ BORME 17 de junio de 2013.

Por lo que se refiere al segundo grupo de empresas, Comercial Eólica Suministros de Energía (aparte de las evidencias sobre la dirección conjunta aportadas por el denunciante Estrategia en Inversiones Innovadoras) es una empresa que comporte propietario único con Electro Soporte Comercial y Gestión⁹, y, por lo que se refiere a Nortedison Electric (aparte –de nuevo- de las evidencias sobre la dirección conjunta aportadas por el denunciante Estrategia en Inversiones Innovadoras), hay que señalar que se trata de una empresa que comparte administrador único con Electro Soporte Comercial y Gestión¹⁰.

Asimismo, la información aportada al procedimiento revela el propósito claro de ocultar la relación de estas nuevas empresas (Comercial Eólica Suministros de Energía, Electro Soporte Comercial y Gestión y Nortedison Electric) con las empresas precedentes (ELECVAL, CENERMED y Europa Global), que han dejado los cuantiosos impagos en el mercado, ya indicados. Así, en el folio 45 del presente expediente administrativo consta que, ante la duda de algunos empleados de señalar que Electro Soporte Comercial y Gestión da continuidad al proyecto empresarial de Comercializadora Energética Mediterránea, se reciben instrucciones de *“No vincular Cenermed con Electrogestión”*.

A pesar de que ELECVAL¹¹, Comercializadora Energética Mediterránea¹² y Europa Global Energy¹³ han sido inhabilitadas, el proyecto empresarial de las mismas ha tenido continuidad a través de los traspasos de cartera de clientes que estas empresas han hecho en favor de las empresas de nueva generación que se han ido creando y con las que se ha buscado evitar que hubiera alguna constancia de una relación formal. En concreto, tales traspasos se han hecho cuando la conducta de las empresas que estaban operativas había sido puesta ya al descubierto, pero antes de que se pudieran articular las medidas que permitieran traspasar sus clientes a comercializadores alternativos (no integrados bajo el control de este grupo de hecho del que la empresa imputada forma parte).

Así, en escrito recibido el 11 de diciembre de 2014, obrante en el expediente SNC/DE/73/14, la empresa distribuidora Endesa Distribución Eléctrica, S.L. llama la atención sobre el hecho de que los clientes de Europa Global Energy están empezando ya a ser traspasados, de forma destacada, en favor de Electro

⁹ Se trata de --- (BORME 28 diciembre 2012 y 8 marzo 2013).

¹⁰ Se trata de --- (BORME 4 julio 2013 y 12 agosto 2013).

¹¹ Resolución de 26 de julio de 2012, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se extingue la habilitación para el ejercicio de la actividad de comercialización a Elecval Comercializadora Valenciana de Electricidad, SL (BOE 3 de agosto de 2012).

¹² Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 17 de diciembre de 2013. Se previó el traspaso de los clientes a un comercializador de último recurso en virtud de Orden IET/2377/2013, de 18 de diciembre (BOE 19 diciembre 2013).

¹³ Resolución de la CNMC de 19 de febrero de 2015 recaída en el SNC/DE/5/14 (www.cnmc.es), que quedaba condicionada al procedimiento de traspaso de sus clientes a un comercializador de referencia.

Soporte Comercial y Gestión, y, en especial, de Comercial Eólica Suministro de Energía (habiendo recibido estas dos empresas 60 de los 108 suministros que Europa Global Energy tenía conectados a la red del mencionado distribuidor y que se han cambiado de suministrador). Este escrito ha sido incorporado al presente procedimiento mediante diligencia de 19 de mayo de 2015 (folios 96 y 97 en relación al 89).

Por lo demás, se reitera que ambas empresas (Electro Soporte Comercial y Gestión y Comercial Eólica Suministro de Energía) tienen el mismo propietario formal (---)¹⁴.

c) La suficiencia de elementos de juicio:

Conforme a lo expuesto, de la documentación disponible resultan elementos suficientes que justifican la medida cautelar que ha sido propuesta:

- Consta acreditada la falta de realización –por parte de Comercial Eólica Suministro de Energía- de ofertas de compra, así como la falta de abono de los desvíos ocasionados.
- Adicionalmente, consta acreditada la vinculación que hay entre esta empresa imputada y otras empresas que, en conjunto, han dejado una deuda impagada del entorno de los 15 millones de euros, y para las que la tramitación y resolución de los correspondientes procedimientos sancionadores¹⁵ no ha supuesto la corrección de su conducta ni el cese de la actuación infractora. Lo que pone de relieve que hay una estrategia de impago, concebida de antemano, que puede proyectar sus efectos durante la tramitación de los procedimientos sancionadores.

Existen, por tanto, elementos de juicio que soportan la necesidad de adoptar una solución cautelar en el marco del procedimiento de referencia.

IV. NECESIDAD Y URGENCIA EN LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA PROVISIONAL; PROPORCIONALIDAD DE LA MISMA.

El artículo 77 de la Ley 24/2013 permite a la Administración adoptar “*cualquiera medida que, atendiendo a las circunstancias del caso, sea necesaria para asegurar la efectividad de la resolución que pudiera recaer en el procedimiento o el buen fin del mismo, así como para evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello*”.

La Ley permite, así, a la Administración adoptar toda medida que resulte necesaria para proteger los intereses a los que se refiere el procedimiento. La facultad tiene, por tanto, el límite que se deriva del principio de proporcionalidad, basado en el juicio de necesidad sobre la medida, y en la ponderación de las circunstancias que concurren en el caso.

¹⁴ BORME 28 diciembre 2012 y 8 marzo 2013.

¹⁵ SNC/DE/3/14 y SNC/DE/5/14.

El precepto entronca, de este modo, con la teoría general de las medidas cautelares, desarrollada por la jurisprudencia con relación, en particular, a las medidas provisionales que se adoptan en el marco de los procesos judiciales:

“Dicho ahora muy en síntesis, la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad. La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

*De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen.”* (STS 18 noviembre 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, Recurso de Casación núm. 5735/2001; en sentido coincidente, y con reproducción de la anterior, STS 23 julio 2009, misma Sala y Sección, Recurso de Casación núm. 5910/2007)

Así, pues, se hace necesario, para juzgar de la proporcionalidad de la medida, valorar el denominado *periculum in mora* (riesgo de daño derivado de la falta de adopción de la medida), y, además, contrastar el interés que puede verse lesionado si no se adopta la medida con el efecto que la misma tiene respecto para el sujeto imputado que se ve afectado por la misma.

A este respecto, el *periculum in mora* es claro, pues, como pone de relieve el Operador del Sistema, los impagos alcanzan a una cifra muy elevada cada mes, y, en este sentido, el impago causado por Comercial Eólica Suministro de Energía sólo en el mes de mayo de 2015 es de 925.552 euros¹⁶. De este modo, el paso del tiempo tiene un efecto perjudicial en el interés público de la solvencia económica del sistema eléctrico¹⁷, causando una lesión clara, además, en particular, a los sujetos acreedores (generadores); lo que debe ser tenido en cuenta conforme a lo que se señala en la Sentencia antes indicada como justificación de la medida cautelar (*“...necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de*

¹⁶ Página 27 del informe de servicios de ajuste correspondiente al mes de mayo de 2015.

¹⁷ *“El principio de **sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico** será un principio rector de las actuaciones de las Administraciones Públicas y demás sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley”* (párrafo segundo del apartado II de la exposición de motivos de la Ley 24/2013).

desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad”).

Respecto a la ponderación de intereses en conflicto, es clara la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* que la medida tiene a los efectos de la tutela de los intereses del sistema, así como también de los intereses de los sujetos generadores en general, a los que la medida vendría a amparar (pues impide que la generación que han de llevar a cabo esté asignada a un comercializador que no da garantías de pago y que incurre en impagos sistemáticos); ello por contraposición a la actuación que sigue la empresa imputada, respecto de la que existen indicios de actuación organizada al objeto de no afrontar el pago de la energía que vende a los consumidores.

Por lo demás, en cuanto atañe al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, la medida planteada (consistente en el traspaso de los clientes a un comercializador de referencia) ha de consistir en la estrictamente necesaria para evitar la lesión a los intereses generales de que se trata. A este respecto, el riesgo que se identifica en el procedimiento es doble: La continuación de los impagos, y la posibilidad de realizar una maniobra de traspaso de los clientes a nuevas empresas vinculadas (no investigadas aún por la Administración) a fin de poder continuar –con respecto a la cartera de clientes de que se dispone- con la estrategia ya desarrollada de asumir la comercialización de electricidad sin afrontar debidamente las obligaciones de pago de la misma¹⁸.

En definitiva, existe un riesgo cierto, justificado, de daño al sistema y a los sujetos acreedores, basado en impagos continuados, de los que no hay garantía de cobro. En este sentido, la incoación del procedimiento sancionador ha puesto de relieve la agravación de la conducta de Comercial Eólica Suministro de Energía, que, tras la notificación de esa incoación, ha comenzado a causar impagos de cuantía elevada no cubiertos –como se ha dicho- por garantías.

En este contexto, resulta urgente que un comercializador se haga cargo de la adquisición en mercado de la energía que consumen los actuales clientes de Comercial Eólica Suministro de Energía, para evitar que sigan produciéndose los elevados desvíos en el sistema y que se incurra en mayores impagos.

V. SOBRE LAS MEDIDAS QUE SE HACE NECESARIO ADOPTAR.

V.1. Sobre el traspaso a un comercializador de referencia:

¹⁸ Como ha quedado indicado en los fundamentos precedentes, los hechos pasados han puesto de relieve que estas empresas han podido continuar con su estrategia de impagos porque, cuando la medida de traspaso de sus clientes en favor de comercializadores de último recurso iba a ser llevado a efecto (como actuación accesorio a su inhabilitación), dicho traspaso quedaba sin contenido porque, durante la tramitación del procedimiento para acordar el traspaso, las empresas afectadas vaciaban su cartera de clientes, transmitiéndola a esas nuevas empresas aún no investigadas por la Administración.

Según lo expuesto, es necesario que un comercializador (no integrado en el marco del grupo en el que la empresa Comercial Eólica Suministro de Energía es dirigida o controlada) se haga cargo de la adquisición en mercado de la energía que consumen los actuales clientes de la citada empresa, para evitar que persistan los efectos de la infracción.

Ello implica traspasar automáticamente los clientes de esta empresa a un comercializador de referencia, en atención a lo establecido en el artículo 4 (“Suministros de los comercializadores de referencia”) del Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, que, en su apartado 1.e), se refiere a los suministros de los clientes que sean objeto de un procedimiento de traspaso como consecuencia de incumplimientos de las empresas comercializadoras¹⁹. Hay que aclarar que ello supone, necesariamente, que sean traspasados al comercializador de referencia tanto los consumidores que tienen contratado conjuntamente el peaje de acceso y la energía en mercado por Comercial Eólica Suministro de Energía, como aquéllos que tienen el peaje de acceso contratado por sí mismos y la energía en mercado por Comercial Eólica Suministro de Energía; en ambos casos, se entenderá que, en materia de acceso, el comercializador de referencia que corresponda se subroga en las mismas condiciones técnicas que el contrato de acceso anterior existente entre, de una parte, Comercial Eólica Suministro de Energía o, en su caso, el consumidor y, de otra, el distribuidor.

El comercializador de referencia será el que corresponda de acuerdo con lo que se dispone en los párrafos finales del artículo 4.1 del mencionado Real Decreto 216/2014:

“A los efectos de los párrafos d) y e), el comercializador de referencia obligado a atender el suministro de estos consumidores será aquel que pertenezca al mismo grupo empresarial o sea participado directa o indirectamente por el distribuidor al que esté conectado el suministro. En los casos en que la empresa distribuidora pertenezca o participe directa o indirectamente en más de un grupo empresarial que cuente con empresa comercializadora de referencia, los consumidores pasarán al comercializador de referencia del mismo grupo empresarial.

En el caso de que la empresa distribuidora no pertenezca al mismo grupo empresarial ni participe directa o indirectamente en un comercializador de referencia, el comercializador de referencia será el perteneciente al grupo empresarial propietario de la red de distribución conectada a la red del distribuidor al que el suministro esté directamente conectado.”

¹⁹ “De conformidad con lo dispuesto en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, los comercializadores de referencia deberán atender las solicitudes de suministro de energía eléctrica y formalizar los correspondientes contratos con los consumidores siguientes: e) Los que como consecuencia del incumplimiento de los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad de comercialización de una empresa comercializadora, sean objeto de traspaso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.”

Dada la urgencia apreciada, y los daños que la demora ocasiona al sistema eléctrico, dicho traspaso a los comercializadores de referencia se habrá de llevar a cabo por las empresas distribuidoras en el plazo más breve posible desde la recepción de la notificación del presente Acuerdo. En este sentido, se señala un plazo indicativo de ocho días hábiles (contado desde la notificación del presente Acuerdo) -sin perjuicio de que los cambios deban efectuarse en un plazo más breve siempre que sea posible- para que los distribuidores activen el contrato de suministro con el comercializador de referencia que corresponda, debiendo informar a dicho comercializador en el mismo día de esa activación.

Asimismo, el distribuidor informará al comercializador de referencia de todos los datos que disponga en materia de suministro, en materia de contacto y en materia de datos facturación y cobro de los consumidores de que se trata. Sin perjuicio de lo anterior, todos los sujetos implicados en este proceso (incluida la propia Comercial Eólica Suministro de Energía) facilitarán el intercambio de la información necesaria para la más adecuada ejecución de esta medida; entre otra, la relativa a los datos necesarios para la facturación del consumidor afectado.

V.2. Sobre la comunicación a los clientes del traspaso realizado.

Efectuado el cambio de suministro indicado en el apartado anterior, el comercializador de referencia habrá de remitir, en el plazo máximo de diez días hábiles, comunicación escrita al consumidor, exponiendo el motivo del cambio²⁰, e indicando que el mismo se entiende sin perjuicio del derecho del consumidor de escoger el comercializador que libremente le interese de los que se encuentran debidamente habilitados.

Con respecto a los clientes que no tengan derecho al precio voluntario para el pequeño consumidor, dado que el traspaso se ordena con carácter automático, no procederá aplicar, durante un período de dos meses, el recargo del 20% previsto en el artículo 17 del Real Decreto 216/2014, con el que se penaliza la falta de elección del consumidor (cuando el mismo puede ejercitar tal facultad de elección). A este respecto, en la comunicación a remitir por el comercializador de referencia a los clientes que no tengan derecho al precio voluntario para el pequeño consumidor se habrá de especificar que la falta de elección de un comercializador por parte del consumidor de que se trata determinará -a partir la fecha que se expresará en dicha comunicación (y que será dos meses después del cambio de suministro que se dispone en el apartado anterior de este fundamento de derecho)- la aplicación del recargo del 20 % previsto en el artículo 17 del Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo.

V.3. Sobre la prohibición de nuevas altas o cambios de suministro.

²⁰ Se habrá de aludir al presente Acuerdo de la CNMC (y a su publicación en www.cnmc.es).

En línea con el propósito de evitar que se ocasionen en el sistema mayores daños se considera procedente requerir a los distribuidores que, desde la notificación de la presente Resolución, no tramiten el alta de ningún cliente en favor de la empresa comercializadora Comercial Eólica Suministro de Energía, ni tampoco ningún cambio de suministro en su favor.

Asimismo, no podrá tramitarse ningún cambio de los clientes de que se trata (los clientes que venían siendo suministrados por Comercial Eólica Suministro de Energía) en favor de las empresas de las que se tienen indicios razonables de conexión o vinculación con la anterior en los términos señalados anteriormente.

V.4. Pendencia de las medidas provisionales.

Las medidas provisionales se adoptan, según lo indicado, a fin de evitar que durante la tramitación del presente procedimiento se ocasionen mayores lesiones en el sistema eléctrico. No obstante, el imputado podrá solicitar a la Sala de Supervisión Regulatoria el alzamiento de las mismas, sobre el que la Sala habrá de resolver, si justifica el pago de las cantidades adeudadas y presenta las garantías que le corresponden por las cantidades que están pendientes de reclamar (Procedimiento de Operación 14.3, “*Garantías de pago*”, aprobado por Resolución de 9 de mayo de 2011; BOE 20 mayo 2011).

Tales cantidades adeudadas (deudas vencidas) y tales cantidades exigibles como garantías (pagos pendientes), ascienden, respectivamente, de acuerdo con la última información recibida en el procedimiento (informe del Operador del Sistema correspondiente al mes de mayo, que se anexa en la parte referida al objeto del procedimiento), a 1.656.845 euros y 1.703.426 euros.

VI. VALORACIÓN DE LAS ALEGACIONES PRESENTADAS EN EL TRÁMITE DE AUDIENCIA.

A) Alegaciones del imputado:

En el escrito de alegaciones presentado por el imputado en uso del trámite de audiencia conferido en relación con la propuesta de medidas provisionales, este sujeto alega, esencialmente, lo siguiente:

- Las medidas propuestas no se ajustan a la finalidad del procedimiento.
- Se causa un perjuicio irreparable a Comercial Eólica Suministro de Energía por cuanto la confianza de los consumidores es imposible de recuperar tras una suspensión, aunque la misma sea cautelar.
- No concurren los presupuestos para la adopción de una medida cautelar.
- Las condiciones impuestas para el alzamiento de las medidas propuestas son improcedentes.

En ese escrito de alegaciones el imputado solicita se deje sin efecto la propuesta de medidas cautelares realizada y anuncia que va a proceder al pago de 108.192 euros, cantidad que, según dice, es la que debe según se desprende de la propuesta de medidas cautelares recibida.

En este sentido, por medio del escrito complementario presentado, el imputado adjunta justificante bancario de pago a MEFF Tecnología y Servicios, S.A.²¹ de la cantidad de 108.192 euros, efectuado el 13 de julio de 2015.

Procede desestimar las alegaciones indicadas con base en las siguientes consideraciones:

➤ Competencia, objeto del procedimiento y finalidad de las medidas provisionales:

La competencia para acordar la resolución del presente procedimiento viene establecida en el artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, conforme al cual corresponde a la CNMC la resolución de los procedimientos sancionadores por falta de realización de ofertas de compra de energía por parte de los sujetos comercializadores. Esta competencia se extiende a las diversas cuestiones que han de ser objeto de una decisión con ocasión de la resolución del procedimiento: la imposición de una sanción, incluidas las sanciones previstas como sanciones accesorias en el artículo 68 de la citada Ley 24/2013, y las medidas adicionales de reparación del daño que se prevén en el artículo 69 de la Ley mencionada.

En este sentido, el objeto del procedimiento es, como se ha señalado, tanto la represión de la conducta imputada como la corrección del daño o perjuicios ocasionados. Pues bien, en este marco, la finalidad de la medida cautelar es clara al objeto de evitar que persista –y, más aún, se acentúe– el daño que se está ocasionando como consecuencia de la conducta infractora, dado que la incoación del procedimiento sancionador, notificada en diciembre de 2014, no ha servido para corregir la conducta del imputado, quien ha agravado su actuación (y, con ella, ha agravado los perjuicios que ocasiona en el sistema).

La utilidad que tienen las medidas provisionales en los procedimientos sancionadores aparece nítidamente definida a este respecto de evitar la persistencia del daño, pues las medidas provisionales típicas de los procedimientos sancionadores son, precisamente, conforme al artículo 15.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, las que consisten en la privación de los medios, elementos o instrumentos que el imputado emplea en su actividad y que le permiten causar el daño, pudiendo llegar incluso tales medidas provisionales a la

²¹ 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.

propia suspensión de actividad del imputado: *“Las medidas de carácter provisional podrán consistir en la suspensión temporal de actividades y la prestación de fianzas, así como en la retirada de productos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, y en las demás previstas en las correspondientes normas específicas.”*

Lo que no puede pretender el imputado es que la Administración asista con pasividad a los cerca de un millón de euros de impagos que su actuación ocasiona en el sistema cada mes que transcurre y en el que Comercial Eólica Suministro de Energía permanece en el ejercicio de su actividad.

➤ Proporcionalidad de la medida:

Plantea en general el imputado que podría haber otros medios para conseguir la protección de los intereses públicos sin requerir el traspaso de sus clientes.

Sin embargo, los perjuicios que ocasiona Comercial Eólica Suministro de Energía en el sistema se deben a que la energía que suministra a sus clientes no la compra en mercado, y a que el pago de esos desvíos no está garantizado (porque esta empresa no presta las garantías que se le requieren).

La solución de esta situación pasa, necesariamente, porque los clientes no estén suministrados por esta empresa, que sigue sin comprar la energía necesaria para el suministro, sin garantizar el pago de los desvíos que ocasiona y sin afrontar efectivamente el pago que corresponde cuando el mismo es exigible. Por supuesto, esta situación tiene fácil remedio si Comercial Eólica Suministro de Energía se aviene a pagar la deuda vencida que tiene sin abonar (que, según la última información disponible, es de 1.656.845 euros) así como a prestar las garantías que son necesarias para cubrir los pagos aún pendientes de vencimiento (que, según la última información disponible, son de 1.703.426 euros). De hecho, las medidas provisionales planteadas no habrían sido necesarias si, incoado el procedimiento sancionador, el imputado hubiera subsanado su incumplimiento, o si, recibida la propuesta de medidas provisionales, hubiera abonado las facturas impagadas y hubiera depositado las garantías exigidas.

No habiéndolo hecho el imputado así (sólo ha abonado 108.192 euros –esto es, menos del 10% de las deudas que ya tiene vencidas-), y, más aún, manifestando que es improcedente que se le requiera –para alzar las medidas- depositar las cantidades que le corresponden, no queda otra alternativa para evitar los perjuicios que se causan al interés público que adoptar las presentes medidas provisionales.

➤ Concurrencia de elementos de juicio que justifican el *periculum in mora*:

Sólo en el mes de mayo el imputado ha dejado unos impagos de 925.552 euros (página 27 del informe del Operador del Sistema correspondiente al mes de mayo). Meramente este hecho justificaría, por sí mismo, y sin necesidad de mayores indicios, la existencia de un *periculum in mora*.

Resulta, además, que se tienen evidencias de conexión entre la sociedad imputada y otras que tienen un comportamiento similar y que han dejado cuantiosas pérdidas en el sistema.

El imputado niega esa vinculación. Sin embargo, la conexión con Electro Soporte Comercial y Gestión es evidente, pues la persona física que es dueña de Electro Soporte Comercial y Gestión lo es también de Comercial Eólica Suministro de Energía, tal y como publica el Boletín Oficial del Registro Mercantil²².

En cuanto a la conexión del imputado con las empresas Elecval, CENERMED y Europa Global Energy, el imputado no explica cómo es que ha asumido más de la mitad de los suministros conectados a la red de Endesa Distribución Eléctrica que estaban suministrados por Europa Global Energy y que han cambiado de suministrador (folio 97 del expediente administrativo). Tampoco explica cómo es que, conforme a la documentación presentada por Estrategia en Inversiones Innovadoras (cuyo administrador prestó servicios a Comercial Eólica Suministro de Energía) resulta que las órdenes de gestión de Europa Global Energy, Electro Soporte Comercial y Gestión y Comercial Eólica Suministro de Energía las da siempre una misma persona física (---), que en su día fue administrador en Elecval.

➤ Fumus boni iuris:

Como se ha indicado, los intereses públicos vinculados a la solvencia económica del sistema eléctrico justifican las medidas provisionales planteadas para evitar daños al sistema, daños que son –cuando menos- de difícil reparación, pues los pagos que Comercial Eólica Suministro de Energía tiene pendientes no están garantizados (dada la negativa de esta empresa a prestar las garantías que le exige el Operador del Sistema), siendo así que, además, Comercial Eólica Suministro de Energía está dejando impagos por importe de cercano a los dos millones en cuanto a las deudas vencidas, de los que –por motivo de la propuesta de las presentes medidas provisionales- no ha abonado sino una cantidad muy reducida (108.192 euros euros).

Frente a estos perjuicios del sistema, el imputado pone de relieve los perjuicios que se le causarían a su prestigio de adoptar las medidas propuestas, aunque las mismas luego se alzarán. A este respecto, hay que señalar, sin embargo, que, a efectos de prestigio del imputado, un eventual alzamiento de las medidas provisionales tendría la misma difusión (a efectos

²² BORME 28 diciembre 2012 y 8 marzo 2013.

de su notificación y publicación) que las propias medidas (subsanaando así el eventual perjuicio); por lo demás, debe destacarse que tanto las medidas, como su eventual alzamiento, no harían sino recoger los hechos objetivos que se habrían producido (que se ha pagado o que no se ha pagado). En el contexto actual de circunstancias concurrentes, en que procede acordar las medidas provisionales, no puede el imputado pretender que se le causa un perjuicio ilegítimo en su prestigio por dar a conocer unos hechos que son reales y que afectan al interés público de solvencia económica del sistema eléctrico (es decir, que prácticamente no compra en mercado la energía que suministra, que no garantiza el pago de los desvíos resultantes y que, vencida y exigible la deuda correspondiente, tampoco hace frente a su pago sino en una cuantía muy reducida).

En cualquier caso, el resultado de la ponderación de los perjuicios que ha de hacerse entre los intereses en conflicto (el del sistema eléctrico, por un lado, y el del imputado, por el otro) es clara, pues, como ya se señaló, al imputado no le asiste el *fumus boni iuris*, que sí concurre a los efectos de proteger los intereses del sistema.

➤ Insuficiencia del pago realizado:

Comercial Eólica Suministro de Energía ha efectuado, en fecha de 13 de julio de 2015, el abono de la cantidad de 108.192 euros. Pretende argumentar que ésa es la cantidad que justificaba las presentes medidas.

Ha de destacarse, sin embargo, que la propuesta de medidas cautelares que fue remitida preveía que las mismas quedarían sin efecto “*si justifica el pago de las cantidades adeudadas y presenta las garantías que le corresponden por las cantidades que están pendientes de reclamar*” (folio 106 del expediente administrativo). La cifra de 108.192 euros (folio 101 del expediente administrativo) aparece en la citada propuesta de medidas provisionales referida únicamente a las deudas impagadas que constan en el informe de los servicios de ajuste de marzo de 2015 (recibido en el Registro de la CNMC el 28 de abril de 2015).

Lo que no puede pretender Comercial Eólica Suministro de Energía es que debe pasar a ser considerada como empresa al corriente del pago cuando atiende el pago de unas deudas vencidas y deja sin atender otras de importe mucho mayor. De hecho, el importe de las deudas que tiene esta empresa va en aumento según avanza el tiempo, y lo que hace unos meses eran cientos de miles de euros luego resulta que son ya millones.

Comercial Eólica Suministro de Energía es consciente, como se ha señalado, de que sólo en el mes de mayo de 2015 ha dejado sin pagar 925.552 euros. Ahora bien, eso se refiere a lo que afecta a las deudas vencidas; adicionalmente, esta empresa lo que tiene que hacer es depositar garantías

por los pagos que están pendientes de vencimiento, tal y como se establece en el Procedimiento de Operación 14.3, "Garantías de pago", aprobado por Resolución de la Secretaría de Estado de Energía de 9 de mayo de 2011 (BOE 20 mayo 2011); pues bien, a este respecto de los pagos pendientes de vencimiento, Comercial Eólica Suministro de Energía tiene un déficit de garantías de 1.703.426 euros según la última información disponible.

Como reiteradamente se ha dicho, esas garantías son necesarias para asegurar que esta empresa pagará los desvíos que ocasiona, que quedan pendientes de facturar²³ (los desvíos que hay entre la energía que suministra a sus clientes y la que compra en mercado); el motivo de estos desvíos se encuentra, precisamente, en que esta empresa compra en mercado un porcentaje reducidísimo de la energía que vende a sus clientes: A modo de ejemplo, el último mes en que se dispone de momento de cierre de medidas (septiembre de 2014), Comercial Eólica compró sólo un 4% de la energía que ha vendido: Vendió 10.448 kWh y sólo compró 453 kWh (ver página 30 del informe de los servicios de ajuste correspondiente a mayo de 2015, que se extracta en anexo a este Acuerdo).

En definitiva, concurren los requisitos que permiten adoptar las presentes medidas provisionales. Evidentemente, Comercial Eólica Suministro de Energía puede alzar las mismas del mismo modo en que podría haber evitado su adopción: si, como se ha dicho, paga todas las deudas que tiene vencidas y presenta garantías por los pagos que tiene pendientes de vencimiento.

B) Alegaciones de las empresas comercializadoras de referencia:

En el marco del trámite de audiencia han presentado alegaciones las siguientes empresas comercializadoras: CHC Comercializador de Referencia, S.L.U., Endesa Energía XXI, S.L.U., Gas Natural S.U.R SDG, S.A, Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U y EDP Comercializadora de Último Recurso, S.A.

Endesa Energía XXI y Gas Natural S.U.R. SDG señalan expresamente que valoran positivamente la medida propuesta, a fin de poner fin a los perjuicios que la conducta infractora está causando. Iberdrola Comercialización de Último Recurso indica que asume la obligación que se impondría como consecuencia de la medida cautelar en el marco de las obligaciones de servicio público que le corresponden como comercializador de referencia.

Por su parte, CHC Comercializador de Referencia pone de relieve que ignora si las medidas provisionales se le van a aplicar porque desconoce las participaciones indirectas que los distribuidores puedan tener en su empresa. A este respecto, se señala que en el fundamento de derecho V.1 se ha dejado claro que el distribuidor informará al comercializador de referencia de los

²³ En función del cierre de medidas.

cambios que active en su favor; en el caso de CHC Comercializador de referencia tales cambios serán, conforme al artículo 4.1 del Real Decreto 216/2014, y conforme a lo que expone el propio CHC Comercializador de Referencia, los correspondientes a aquellos suministros actualmente prestados por Comercial Eólica Suministro de Energía que estén conectados a la red de distribución de empresas distribuidoras que tengan participación indirecta en CHC Comercializador de Referencia.

Por lo demás, varios comercializadores de referencia han efectuado alegaciones acerca del proceso de cambio que se articula en el marco de las presentes medidas provisionales, y acerca de la información a remitir a los consumidores:

- Respecto del proceso de cambio, los comercializadores de referencia han expresado la necesidad de disponer de información relativa a los suministros (en particular, a efectos de facturación) procedente del comercializador saliente (Comercial Eólica Suministro de Energía), y se han referido a la conveniencia de aclarar si el cambio se ha de producir automáticamente por parte del distribuidor o requiere de una solicitud previa formal (que reúna todos los requisitos) de parte del comercializador de referencia.

En lo que se refiere a estas cuestiones, se ha de señalar que el cambio operará automáticamente (llevándolo a cabo directamente del distribuidor). Ello se debe a que el propio distribuidor (que es quien puede activar el cambio en favor de los comercializadores de referencia) es el sujeto que dispone de la información sobre los suministros que se van a ver afectados por estas medidas provisionales, y se debe, asimismo, a que la articulación del cambio en que las medidas provisionales consisten es, como se ha dicho, urgente.

Ello no es obstáculo para prever, como se ha señalado en el fundamento de derecho V.1 de este Acuerdo, que el distribuidor deba suministrar del comercializador de referencia los datos de que disponga, y que también deba hacerlo el comercializador saliente (Comercial Eólica Suministro de Energía). No obstante, el cambio ha de llevarse a efecto en todo caso, al margen de que se faciliten, o no, los datos de que se trata.

En particular, el cambio no podría quedar condicionado a que el comercializador saliente –dada cuál es la actuación que viene teniendo– tenga una colaboración activa a la hora de llevar a cabo el cambio, porque ello implicaría dejar en sus manos la eficacia de estas medidas provisionales. Ello, sin perjuicio de que si no cumpliera con esa obligación de colaborar, que se impone a todos los sujetos involucrados en el cambio, se pudieran seguir actuaciones contra el mismo.

En este sentido, el cambio que se articula debe llevarse a efecto –por las razones de interés público a que obedecen las presentes medidas– con los datos disponibles que haya, igual que sucedería en un caso en que un sujeto

carezca de comercializador y continúe consumiendo electricidad (supuesto en el que tampoco habría información facilitada por comercializador saliente alguno y en el que, a pesar de ello, el comercializador de referencia se ve obligado a asumir el suministro: así lo impone el artículo 4.1.d) del Real Decreto 216/2014).

- Respecto a la información a remitir a los consumidores afectados, las empresas comercializadoras se refieren, en especial, a la cuestión del recargo del 20%. A este respecto, señalan que los sistemas no están preparados, de entrada, para no aplicar el recargo en los casos en que no hay derecho al precio voluntario para el pequeño consumidor; asimismo, hay también quien suscita alguna duda acerca de que esa falta de aplicación pueda ser conforme a derecho.

Como ya se ha señalado en el fundamento de derecho V.2, el recargo del 20% previsto en el artículo 17 del Real Decreto 216/2014 tiene por objeto penalizar los supuestos de falta de elección por parte de un consumidor sin derecho a acogerse al precio voluntario para el pequeño consumidor.

Ahora bien, el cambio de suministrador que articulan las presentes medidas provisionales implica garantizar el suministro de los consumidores afectados cuando el suministrador escogido por ellos no se está haciendo cargo del mismo de una forma adecuada. Pues bien, en la medida en que, para proteger los intereses vinculados a la solvencia económica del sistema eléctrico, este cambio es automático, los consumidores no disponen de tiempo de reacción para la búsqueda de un comercializador alternativo, lo que justifica la falta de aplicación del recargo expuesto. Resta señalar que esta excepción a la aplicación no es permanente sino que operará sólo durante el plazo de dos meses indicado.

En cuanto a la implementación de esta excepción del recargo en los sistemas, hay que destacar que la medida afecta a un número de clientes reducido, lo que permite gestionar soluciones singulares para los mismos.

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

ACUERDA

ÚNICO.- Acordar en el marco del presente procedimiento las medidas provisionales consistentes en las siguientes actuaciones:

- 1.- Requerir a las empresas distribuidoras con clientes de Comercial Eólica Suministro de Energía, S.L.U. conectados a su red, así como a las empresas comercializadoras de referencia, para que tramiten el cambio

de suministrador en los términos que se derivan del fundamento de derecho V.1 del presente Acuerdo.

2.- Requerir a las empresas comercializadoras de referencia para que, realizado el cambio de suministro, efectúen la comunicación que se prevé en el fundamento de derecho V.2 del presente Acuerdo.

3.- Prohibir a las empresas distribuidoras que tramiten nuevas altas de clientes o cambios de suministrador en favor de Comercial Eólica Suministro de Energía, S.L.U., conforme a lo establecido en el fundamento de derecho V.3 de la presente Resolución.

4.- Requerir a las empresas distribuidoras para que suspendan el derecho de Comercial Eólica Suministro de Energía, S.L.U de acceso a las bases de datos de puntos de suministro, conforme a lo establecido en el fundamento de derecho V.3 de la presente Resolución.

5.- Requerir a Comercial Eólica Suministro de Energía que facilite a las empresas distribuidoras los datos de los consumidores que sean necesarios para que, posteriormente, las empresas comercializadoras de referencia puedan facturar el suministro.

Notifíquese este Acuerdo a las empresas distribuidoras de electricidad, a las comercializadoras de referencia y al imputado. La presente Resolución se publicará en la página web de la CNMC.