

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ELÉCTRICA DEL MONTSEC, S.L. POR FALTA DE ADQUISICIÓN DE LA ENERGÍA NECESARIA PARA LA REALIZACIÓN DE SUS ACTIVIDADES DE COMERCIALIZACIÓN

SNC/DE/023/15

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA

D^a María Fernández Pérez

CONSEJEROS

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO DE LA SALA

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 11 de enero de 2016

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 73.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Denuncia remitida por el Operador del Sistema*

El día 29 de enero de 2015 se recibió en el Registro de la CNMC escrito del Operador del Sistema eléctrico (Red Eléctrica de España, S.A.U.) denunciando el incumplimiento, por parte de Eléctrica del Montsec, S.L., de la obligación de adquirir la energía necesaria para el desarrollo de su actividad de suministro, así como el incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema. Específicamente, en relación a la falta de adquisición de energía¹, el Operador del Sistema expone que, cuando en julio de 2009 Eléctrica del Montsec se dio de alta como empresa comercializadora,

¹ La denuncia relativa al incumplimiento en materia de prestación de garantías ha sido objeto del expediente SNC/DE/26/15.

[TERCERO COMERCIALIZADOR] gestionó las correspondientes adquisiciones de energía en el mercado mediante un contrato bilateral de gestión única, pero que, sin embargo, con fecha 14 de enero de 2015, [TERCERO COMERCIALIZADOR] ha rescindido el contrato. El Operador del Sistema aporta información sobre la energía suministrada mensualmente por Eléctrica del Montsec entre marzo de 2012 y febrero de 2014; en el último año con medida, dicha cantidad de energía, elevada a barras de central, se sitúa mensualmente entre los 600 y 700 MWh aproximadamente.

SEGUNDO.- Incoación del procedimiento sancionador

De conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, el Director de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de los procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC y en el artículo 23.f) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC acordó incoar, el día 4 de marzo de 2015, un procedimiento sancionador contra Eléctrica del Montsec, S.L. por la infracción grave consistente en la falta de presentación de ofertas de compra en el mercado de producción.

El Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado a Eléctrica del Montsec, S.L. el 19 de marzo de 2015. Por medio del escrito de notificación se confería a esta empresa un plazo de quince días hábiles para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba.

No se recibieron alegaciones de Eléctrica del Montsec, S.L., lo que se habrá de considerar a efectos de lo dispuesto en el artículo 13.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora².

TERCERO. Incorporación de documentación al expediente

Con fecha 3 de septiembre de 2015, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó, a solicitud de la Dirección General de Política Energética y Minas, un informe sobre las actuaciones de varias comercializadoras.

² «(...) En la notificación se advertirá al interesado que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento en el plazo previsto en el artículo 16.1, la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada con los efectos previstos en los artículos 18 y 19 del Reglamento.»

Por medio de diligencia de 23 de septiembre de 2015, el Director de Energía de la CNMC acordó incorporar al procedimiento dicho Informe, en la parte del mismo referida a Eléctrica del Montsec. Tal y como se refleja en el mencionado Informe, y de acuerdo con la información disponible en la CNMC, desde marzo de 2014 hay desvíos en las compras de energía correspondientes a Eléctrica de Montsec, con respecto a la energía suministrada por esta empresa; si bien, en cualquier caso, el dato más relevante, es que desde el mes de enero de 2015 (en que se ha producido la rescisión del contrato entre Eléctrica del Montsec y [TERCERO COMERCIALIZADOR]) Eléctrica del Montsec no adquiere energía en el mercado de producción por ninguno de los medios habilitados al efecto.

Asimismo, mediante diligencia de 23 de septiembre de 2015, el Director de Energía incorporó al procedimiento nota expedida por el Registro Mercantil de Lleida el día 17 de septiembre de 2015 recogiendo las cuentas anuales depositadas por Eléctrica del Montsec, S.L. en relación con el ejercicio de 2014. En dichas cuentas figura que el importe neto de la cifra de negocios de Eléctrica del Montsec, S.L. en el ejercicio 2014 fue 823.247,67 euros.

CUARTO.- Propuesta de Resolución

El día 6 de octubre de 2015 el Director de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, se propuso adoptar la siguiente resolución:

“Vistos los razonamientos anteriores, el Director de Energía

ACUERDA PROPONER

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

PRIMERO.- Declare que la empresa ELÉCTRICA DEL MONTSEC, S.L. es responsable de una infracción grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico como consecuencia de la no presentación de ofertas de compra de energía eléctrica en el mercado de producción necesaria para sus actividades de comercialización.

SEGUNDO.- Le imponga, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de ochenta mil (80.000) euros.

TERCERO.- Le imponga a la citada empresa la obligación de presentar las ofertas de compra de energía en el mercado de producción necesarias para la realización de sus actividades de comercialización.”

La Propuesta de Resolución fue notificada a Eléctrica del Montsec, S.L. el día 14 de octubre de 2015, a quien se confirió un plazo de alegaciones de quince días hábiles.

No se han recibido alegaciones de Eléctrica del Montsec, S.L. con respecto a la Propuesta de Resolución.

QUINTO.- Elevación del expediente al Consejo

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el Director de Energía, mediante escrito de fecha 12 de noviembre de 2015, junto con el resto de documentos 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, y de lo establecido en el artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió, en fecha 28 de enero de 2016, informe sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

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

ÚNICO. Desde la rescisión de su contrato con [TERCERO COMERCIALIZADOR] en el mes de enero de 2015, y al menos hasta el mes de septiembre de 2015, con el que concluye la instrucción del presente procedimiento, Eléctrica del Montsec, S.L. no ha estado llevando a cabo adquisición alguna de la energía que ha estado suministrando a sus clientes.

Tal y como resulta de la denuncia presentada por el Operador del Sistema (ver folios 1 a 4 del expediente administrativo), hasta el mes de enero de 2015, la energía que se suministraba por Eléctrica del Montsec a sus clientes era adquirida por [TERCERO COMERCIALIZADOR] en virtud del contrato bilateral suscrito entre ambas comercializadoras. Sin embargo, tras ser rescindido este contrato el día 14 de enero de 2015, Eléctrica del Montsec ya no ha dispuesto de este medio para la adquisición de energía, no realizando por medio alguno la adquisición de la energía que esta empresa suministra a sus clientes (algo más de [---] MWh mensuales³, correspondientes al consumo de unos [---] clientes⁴).

³ Folio 4 del expediente.

⁴ Folio 16 del expediente.

Este hecho, que pone de manifiesto el Operador del Sistema en su escrito de 23 de enero de 2015, se ha mantenido durante la instrucción del procedimiento sancionador. Así resulta de los datos de compras de Eléctrica del Montsec que obran en las bases de datos de la CNMC, conforme a la información procedente del Operador del Mercado Ibérico-Polo Español y del Operador del Sistema (ver folios 12 a 21 del expediente administrativo), quienes confirman que, a partir de mediados del mes de enero de 2015, Eléctrica del Montsec ya no adquiere energía en el mercado de producción por ninguno de los medios habilitados a tal efecto. Así se refleja en el informe remitido por la CNMC al Ministerio de Industria, Energía y Turismo en septiembre de 2015, que ha quedado incorporado al procedimiento.

Asimismo, ha de ponerse de relieve que recibida por Eléctrica del Montsec el 19 de marzo de 2015 la notificación del Acuerdo de incoación del procedimiento (folios 9 y 10 del expediente) y recibida por esa misma empresa el día 14 de octubre de 2015 la notificación de la Propuesta de Resolución (folios 72 y 73 del expediente), Eléctrica del Montsec no ha realizado alegaciones de ningún tipo, por las que se vinieran a desvirtuar o contradecir los hechos expuestos, confirmando, así, en particular, el hecho probado de la falta de realización de compras que se refleja en la Propuesta de Resolución, de 6 de octubre de 2015 (folios 61 a 69 del expediente).

En definitiva, desde mediados del mes de enero de 2015, y, al menos, hasta el mes de septiembre de 2015, incluido, con el que viene a concluirse la instrucción del procedimiento, Eléctrica del Montsec no ha estado llevando a cabo adquisición alguna de la energía que ha estado suministrando a sus clientes. Lo cual queda revelado por los medios que han quedado expuestos: *i)* la denuncia del Operador del Sistema (que da noticia de la finalización el 14 de enero de 2015 del instrumento del que Eléctrica del Montsec se servía para atender su obligación de realización de compras), *ii)* la información del Operador del Mercado y del Operador de Sistema que obra en las bases de datos de la CNMC (la cual confirma de forma efectiva la falta de realización de compras por medio alguno de parte de Eléctrica del Montsec a partir del hecho expuesto en la denuncia), y *iii)* la propia aquiescencia del imputado con los hechos puestos de manifiesto en la Acuerdo de incoación del Procedimiento y en la Propuesta de Resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y conforme al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde al Director de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético, debiendo realizar la propuesta de resolución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones graves consistentes en el incumplimiento de las obligaciones de presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción. En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013 y 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 III del título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, vigente al tiempo de incoación del presente procedimiento. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de esta Ley 24/2013, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de dieciocho meses.

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

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

El artículo 46.1 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico determina que «*Serán obligaciones de las empresas comercializadoras, además de las que se determinen reglamentariamente, en relación al suministro: [...] c) Adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones*».

El incumplimiento de esta obligación está tipificado como una infracción grave por el artículo 65.28 de la Ley del Sector Eléctrico: «*Son infracciones graves: [...] La no presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción.*»

Es de interés destacar que la obligación impuesta consiste, conforme a lo indicado, en la adquisición de energía en mercado (realizando las correspondientes ofertas de compra -ya sea en el marco de contrataciones bilaterales o en el marco del denominado «mercado diario e intradiario de energía eléctrica»-). Esta obligación no puede ser suplida, por tanto, por un eventual pago *a posteriori* de los desvíos ocasionados en el sistema por esa falta de adquisición de la energía (derivada de la falta de presentación de ofertas de adquisición), pues es obligatorio presentar tales ofertas. Ello encuentra su razón en que el sistema eléctrico no puede hacer basar su

funcionamiento exclusivamente en el mecanismo de gestión de desvíos (estos desvíos son un mero mecanismo de ajuste⁵), sino que requiere de la elaboración de un «programa de funcionamiento», que se construye a partir de los datos del mercado⁶.

En definitiva, de acuerdo con los hechos probados que se han expuesto, Eléctrica del Montsec, S.L. ha incumplido su obligación de realizar ofertas de compra en el mercado de producción en relación con la energía que consumen sus clientes; ya que, desde enero de 2015, no ha efectuado ofertas de compra con respecto a dicha energía. Esta conducta está tipificada por el mencionado artículo 65.28 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN Y AUSENCIA DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

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, 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»*⁷.

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

⁵ El artículo 2, párrafo segundo, del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica: *«El mercado de producción de energía eléctrica se estructura en mercados a plazo, mercado diario, mercado intradiario, mercados no organizados y mercados de servicios de ajuste del sistema, entendiéndose por tales la resolución de restricciones por garantía de suministro y por restricciones técnicas del sistema, los servicios complementarios y la gestión de desvíos»*.

⁶ Artículos 11.3, 11 bis y 12 del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica.

⁷ 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.

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.

A la vista de los datos de la denuncia presentada por el Operador del Sistema, de lo prolongado de la situación de falta de compras y de la ausencia de una justificación que haya sido aportada por el comercializador imputado, se considera que la conducta concurrente es de tipo doloso.

En su denuncia, el Operador del Sistema expone que se puso en contacto con Eléctrica del Montsec tras la rescisión del contrato que esa empresa tenía con [TERCERO COMERCIALIZADOR] para la adquisición de energía y la prestación de garantías, sin que Eléctrica del Montsec atendiera sus requerimientos (folio 4 del expediente). Asimismo, la CNMC dio traslado a Eléctrica del Montsec, en marzo de 2015, del acuerdo de incoación del presente procedimiento (folios 9 y 10 del expediente), sin que ninguna justificación haya sido aportada por la empresa imputada, ni la misma haya variado su conducta. Tampoco ha presentado alegaciones a la Propuesta de Resolución (folios 72 y 73 del expediente).

A estas circunstancias, que revelan la consciencia de Eléctrica del Montsec respecto de la conducta que está realizando, y respecto de su falta de justificación, se añade el hecho de que se trata de una situación prolongada, iniciada a mediados de enero de 2015 y mantenida, al menos, hasta el mes septiembre de 2015 (ocho meses y medio), lo que, en el mismo sentido, descarta cualquier error o la concurrencia de una negligencia puntual.

De este modo, Eléctrica del Montsec realiza un incumplimiento intencionado de su obligación de hacer ofertas al mercado para adquirir la energía que suministra.

V. SANCIÓN QUE SE FORMULA, APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA

El artículo 67 de esta Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, prevé una multa de hasta 6.000.000 euros por las infracciones graves. No obstante, la sanción no podrá superar el 10 % del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor. En este sentido, las cuentas anuales del ejercicio 2014 de Eléctrica del Montsec, S.L (últimas cuentas anuales que constan depositadas en el Registro Mercantil) indican que su importe neto de la cifra de negocios en 2014 fue 823.247,67 euros.⁸

El artículo 67.4 de la citada Ley 24/2013 establece las circunstancias que se han de valorar para graduar 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.»*

A este respecto, teniendo en cuenta que la conducta desarrollada se produce de forma intencionada, que se prolonga en el tiempo durante al menos ocho meses y medio, y valorando especialmente que la adquisición de energía es completamente nula (esto es, que no se trata de un incumplimiento parcial, sino de la falta total de realización de la obligación de compra de energía como obligación capital de las empresas comercializadoras en relación con el suministro que prestan), se estima proporcionado imponer una multa de ochenta mil euros (80.000 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, procede establecer, en consecuencia, que se solucione la situación de falta de adquisición de la energía; lo que debe

⁸ Ver folio 55 del expediente administrativo.

hacerse sin mayor dilación dada la situación de falta de compras que viene perpetuándose.

Se recuerda a la empresa la obligación de presentar, con carácter inmediato, las ofertas de compra de energía en el mercado de producción necesarias para la realización de sus actividades de comercialización.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa Eléctrica del Montsec, S.L. es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de presentar las ofertas de compra necesarias para el desarrollo de su actividades de comercialización.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **ochenta mil (80.000) euros**.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.