
RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A OLTEN LLUM, S.L., POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR LAS GARANTÍAS EXIGIDAS POR EL OPERADOR DEL SISTEMA ELÉCTRICO

SNC/DE/073/15

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. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 26 de mayo de 2016

En cumplimiento 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 29 de julio de 2015 se recibió en el Registro de la CNMC escrito del Operador del Sistema eléctrico denunciando el incumplimiento, por parte de Olten Llum, S.L., de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema. El Operador del Sistema expone, en concreto que requirió a la empresa comercializadora la prestación de 405.000 euros de garantías con fecha límite de 16 de julio de 2015 y que tales garantías no fueron aportadas.

En su escrito de denuncia, el Operador del Sistema pone de relieve que en junio de 2015 la CNMC ha resuelto ya un procedimiento sancionador a esta empresa (imponiéndole una multa de 1.000 euros) referido a un incumplimiento previo de la obligación de prestación de garantías.

El 1 de octubre de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC oficio de la Subdirección General de Energía Eléctrica del Ministerio de Industria, Energía y Turismo mediante el cual se da traslado a la CNMC de la denuncia presentada ante la Dirección General de Política Energética y Minas por parte del Operador del Sistema en relación con los mismos hechos.

SEGUNDO. Informe sobre los servicios de ajuste emitido por Operador del Sistema con respecto al mes de agosto de 2015

Con fecha 5 de octubre de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC el informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de agosto de 2015, elaborado por el Operador del Sistema eléctrico en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre. En este informe, el Operador del Sistema actualizó el estado de insuficiencia de garantías de Olten Llum a 31 de agosto de 2015, pasando esta empresa a un déficit de 445.000 euros

TERCERO.- Incoación del procedimiento sancionador

De conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (aprobado por el 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 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 Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), acordó incoar el 8 de octubre de 2015 un procedimiento sancionador contra Olten Llum, por la infracción leve consistente en la falta de prestación de las garantías exigidas por el Operador del Sistema.

El Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado a Olten Llum el 19 de octubre 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.

CUARTO.- Alegaciones de Olten Llum

Con fecha 10 de noviembre de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de Olten Llum, mediante el cual se formulan las alegaciones que a continuación se extractan:

- Que desde el inicio de su actividad en octubre de 2012 Olten Llum ha cumplido sus obligaciones normativas, entre ellas la prestación de garantías de pago de conformidad con el Procedimiento de Operación 14.3.

-
- Que, con fecha 29 de julio de 2015, el Operador del Sistema notificó a la CNMC que, a 16 de julio de 2015, Olten Llum se encontraría en una insuficiencia temporal de garantías por importe de 405.000 euros.
 - Que el concepto al que responde esa supuesta insuficiencia de garantías es la "revisión mensual de las garantías de operación adicionales (GOA)".
 - Que a cierre del último mes de octubre la supuesta insuficiencia de garantías ascendería a 148.000 euros.
 - Que con el objeto de asegurar el correcto funcionamiento del mercado y la asunción de los riesgos de impago de la energía consumida por encima de la estimación por parte de las comercializadoras, se establece que el Operador del Sistema exija la constitución de garantías.
 - Que la razón de ser de las garantías de operación adicional (GOA) es asegurar que se podrá hacer frente a posibles obligaciones de pago que pudieran darse en un momento posterior como consecuencia de las desviaciones ocasionadas entre las estimaciones de adquisición y el consumo real.
 - La metodología de cálculo establecida en el apartado 11.1.1 del Procedimiento de Operación resulta, a juicio de Olten Llum, desproporcionada y ajena al fin buscado, y que, en el cálculo de la GOA, aplica de manera automática el criterio de desviaciones históricas, obviando las desviaciones actuales, y que esta circunstancia tuvo como resultado que las garantías exigidas fueran muy elevadas en relación con la realidad de su operativa.
 - Que Olten Llum ha cumplido sus obligaciones de pago y solamente ha incurrido, de manera puntual, en un desajuste entre la garantía exigida y la garantía efectivamente prestada que no ha supuesto menoscabo para ningún particular ni para los intereses públicos ni ha afectado al correcto funcionamiento del sistema eléctrico.

Finaliza Olten Llum sus alegaciones solicitando que se proceda al archivo de las actuaciones del presente procedimiento o, subsidiariamente, que se dicte resolución en el sentido de no imponer sanción alguna a Olten Llum o, en caso de que le sea impuesta una sanción, que ésta sea cuantificada en su grado mínimo.

Olten Llum adjunta a su escrito de alegaciones informe de garantías emitido MEFF Tecnología y Servicios¹, de fecha 16 de junio de 2015, en que se recoge un depósito de 100.000 euros hecho por Olten Llum, y otro informe de 29 de octubre de 2015 en que se recoge que el déficit de garantías se habría reducido a 148.000 euros (al ser las garantías exigidas de 248.000 euros y haber un depósito de parte de Olten Llum por valor de 100.000 euros). Asimismo, Olten

¹ 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.

Llum adjunta impresión de correo electrónico, de fecha 15 de julio de 2015, en el que el Operador del Sistema le avisa de que siguen sin estar depositadas las garantías de operación adicional pertinentes y que la fecha límite es el día siguiente (16 de julio).

QUINTO. Incorporación de documentación al expediente

Con fecha 7 de marzo de 2016, se acordó incorporar la siguiente documentación al presente procedimiento:

- Informes mensuales de los servicios de ajuste del sistema correspondientes a los meses de septiembre a diciembre de 2015, presentados por el Operador del Sistema eléctrico en el Registro de la CNMC, en la parte referida al comercializador Olten Llum. Estos informes reflejan que, si bien hay un descenso del déficit de garantías en octubre (149.000 euros), éste vuelve luego a incrementarse, de modo tal que en diciembre hay 321.000 euros de déficit de garantías, conforme a la revisión consecuencia del seguimiento diario de las garantías básicas y adicionales exigidas.
- Últimas cuentas anuales depositadas por Olten Llum en el Registro Mercantil, correspondientes al ejercicio 2013, según nota expedida con fecha 2 de marzo de 2016 por el Registro Mercantil de Lleida. Estas cuentas correspondientes a 2013 reflejan un importe neto de la cifra de negocio de 24.468.742,95 euros.

SEXTO.- Propuesta de Resolución

El 29 de febrero de 2016 el Director de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, el Director de Energía propuso adoptar la siguiente resolución:

“PRIMERO.- *Declare que la empresa OLTEN-LLUM S.L., es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema Eléctrico.*

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

TERCERO.- *Le imponga a la citada empresa la obligación de depositar las garantías requeridas que tiene pendientes de prestar, conforme a la información obrante en el expediente.”*

La Propuesta de Resolución fue notificada a Olten Llum el 29 de marzo de 2016, a quien se confirió un plazo de alegaciones de quince días hábiles.

No se han recibido alegaciones de Olten Llum en relación con la Propuesta de Resolución.

SÉPTIMO.- 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 20 de abril de 2016, 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 (aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto).

OCTAVO.- 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 19 de mayo 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. Olten Llum, S.L. no ha prestado las garantías que le han sido exigidas por el Operador del Sistema entre las fechas de julio de 2015 y diciembre de 2015.

Al respecto del Hecho Probado expuesto, ha de señalarse, en primer término, que Olten Llum no prestó la garantía por valor de 405.000 euros requerida por el Operador del Sistema con fecha límite de 16 de julio de 2015. Este hecho aparece acreditado por las manifestaciones realizadas por el Operador del Sistema en el escrito de denuncia recibido el 29 de julio de 2015 en esta Comisión:

«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 del sujeto Olten-llum, S.L. (B25745696).

- Incumplimiento de la 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 405.000 euros fueron requeridas con fecha límite 16 de julio de 2015.»*

(Folio 3 del expediente administrativo)

Por su parte, Olten Llum viene a reconocer este hecho en su escrito de alegaciones al Acuerdo de inicio del procedimiento, en el que manifiesta lo siguiente (folio 26 del expediente administrativo): *«Y, todo sea dicho, mi*

representada ha cumplido con sus obligaciones de pago y ha presentado garantías suficientes para satisfacer el objetivo señalado para la imposición de la obligación de presentarlas, que recordamos que no era otro que cubrir las obligaciones de pago derivadas de futuras liquidaciones correctoras de la liquidación inicial, y solamente habría incurrido, de manera puntual, en un desajuste entre la garantía exigida y la garantía efectivamente presentada que, reiteramos, en ningún caso ha supuesto menoscabo alguno para ningún particular ni para los intereses públicos ni que ha afectado al correcto funcionamiento del sistema eléctrico en su conjunto.» Adicionalmente, recibida notificación de la Propuesta de Resolución de este procedimiento, Olten Llum no ha contradicho los hechos que se recogen en la misma, no presentando alegaciones al respecto.

En cuanto a la evolución ulterior del importe del déficit de garantías, hay que indicar que éste se incrementa un tanto en los dos meses inmediatamente siguientes (de modo que, en concreto, es de 445.000 euros a 31 de agosto de 2015, y de 474.000 euros a 30 de septiembre de 2015; ver folios 12 y 38 del expediente administrativo). Si bien Olten Llum, en el escrito de alegaciones al Acuerdo de inicio, pone de relieve que dicho importe se reduce a finales de octubre (149.000 euros a 31 de octubre de 2015), sin embargo, el importe de dicho déficit vuelve a ascender inmediatamente después, como ponía de relieve la Propuesta de Resolución en su página 8 (que se corresponde con el folio 110 del expediente administrativo): El déficit de garantías pasa, así, a 298.000 euros el 30 de noviembre de 2015, subiendo a 321.000 euros el 31 de diciembre de 2015 (conforme al último dato disponible al cierre de instrucción del procedimiento), tras la revisión consecuencia del seguimiento diario de las garantías básicas y adicionales exigidas, tal y como reflejan los correspondientes informes emitidos por el Operador del Sistema (ver folios 46 y 50 del expediente administrativo).

De este modo, Olten Llum se ha mantenido en una situación de déficit de garantías continuado en el período que abarca desde julio de 2015 hasta diciembre de 2015, por un importe de varios cientos de miles de euros, según el detalle que se ha expuesto.

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.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 (incumplimiento tipificado en el artículo 66.2). 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. 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

El artículo 46.1.e) de la Ley 24/2013, 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 de la Secretaría de Estado de Energía (BOE de 20 mayo 2011) 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.»

De forma específica, en lo que respecta a las garantías de operación adicional, el apartado 11 del mencionado Procedimiento de Operación señala que *“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”*, y, adicionalmente, el apartado 12 (sobre *“Revisión de las garantías de operación exigidas (básicas y adicionales) como consecuencia del seguimiento diario de las mismas”*) prevé que *“Para el cálculo del importe de las garantías exigidas que en cada momento correspondan, el Operador del Sistema podrá verificar en cualquier momento que la garantía aportada por el Sujeto del Mercado cubre el importe total de las obligaciones de pago devengadas y no abonadas”*.

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

De acuerdo con el hecho probado que se ha expuesto, Olten Llum ha incumplido su obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema entre julio de 2015 y diciembre de 2015.

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»*².

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

² 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.

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 caso de la actuación seguida por Olten Llum concurre culpabilidad. En concreto, la conducta desarrollada por Olten Llum implica una culpabilidad a título intencionado o doloso, ya que, de forma consciente, Olten Llum no atiende el requerimiento de aportación de garantías, dejando trascurrir deliberadamente la fecha límite indicada por el Operador del Sistema, sin presentar reclamación o conflicto a los efectos de instar la anulación o suspensión formal del requerimiento del Operador del Sistema.

Sin embargo, la sociedad comercializadora, en sus alegaciones al Acuerdo de incoación, justifica su comportamiento alegando, en síntesis, que: (i) hasta la fecha ha cumplido con las obligaciones establecidas en la normativa sectorial; (ii) el incumplimiento objeto del presente procedimiento es una insuficiencia temporal o puntual; (iii) la aplicación de la metodología de cálculo de las garantías produce resultados desproporcionados y ajenos a la realidad práctica, y (iv) la falta de prestación de garantías en ningún caso ha supuesto menoscabo alguno para ningún particular ni para los intereses públicos ni que ha afectado al correcto funcionamiento del sistema en su conjunto.

Respecto a la alegación sobre el cumplimiento de las obligaciones normativas desde el inicio de la actividad de Olten Llum, cumple considerar que el cumplimiento regular de determinadas obligaciones periódicas en el ejercicio de la actividad de un sujeto no legitimaría a ese sujeto para incumplir obligaciones futuras u otras obligaciones diferentes. No se imputa a Olten Llum el incumplimiento de la normativa en general, sino de los específicos requerimientos de garantías -a depositar ante el Operador del Sistema- que son objeto de este procedimiento.

A mayor abundamiento, ha de señalarse, además, que hay varias sanciones impuestas a esta empresa por incumplimiento de la normativa sectorial eléctrica, lo que, por añadidura, desvirtuaría su alegación: En efecto, con fecha 2 de junio de 2015, en el procedimiento SNC/DE/61/14, la Sala de Supervisión regulatoria

resolvió declarar a Olten Llum responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema con fecha límite de 17 de julio de 2014, imponiéndole una multa de 1.000 euros. Asimismo, con fecha 15 de marzo de 2016, en el procedimiento SNC/DE/74/14, el Secretario de Estado de Energía ha declarado a Olten Llum responsable de la comisión de una infracción grave, prevista en el artículo 65.3 de la Ley 24/2013, como consecuencia del impago de peajes de distribución por el periodo comprendido entre septiembre de 2013 a marzo de 2014, imponiendo a esta empresa una multa por importe de 240.000 euros.

Respecto a la pretensión de Olten Llum de calificar el incumplimiento objeto del presente procedimiento como un desajuste puntual o temporal, procede tener en cuenta que la situación de insuficiencia de garantías de Olten Llum, analizando sólo el marco temporal del presente procedimiento, es constante –según se acredita en el expediente administrativo-. Así, de la lectura de los Informes mensuales de los servicios de ajuste del sistema correspondientes a los meses de agosto a diciembre de 2015 emitidos por el OS, conforme a lo establecido en la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, se aprecia que en los meses de agosto y septiembre de 2015 el déficit de garantías alcanzaba, respectivamente, los 445.000 y 474.00 euros; posteriormente, en el mes de octubre –a pesar de reducirse- persistía en 149.000 euros; en el mes de noviembre se vuelve a incrementar hasta los 298.000 euros y, finalmente, en el mes de diciembre el déficit de garantías, conforme a lo establecido en el apartado 12 del Procedimiento de Operación 14.3, era de 321.000 euros (ver folios 9 a 13 y 35 a 50 del expediente administrativo).

Por lo expuesto, tampoco se puede admitir lo alegado por Olten Llum respecto a esa supuesta temporalidad y excepcionalidad del incumplimiento.

Sostiene también Olten Llum que la aplicación de la metodología de cálculo produce resultados desproporcionados y ajenos al fin buscado. Al respecto, debe señalarse que la normativa vigente debe ser aplicada en los términos que resultan de la misma, y que, en concreto, la metodología cuestionada por Olten Llum está aprobada por Resolución de la Secretaría de Estado de Energía de fecha 9 de mayo de 2011, y se trataba de una normativa aplicable cuando Olten Llum se dio de alta como comercializador en 2012.

En definitiva, la responsabilidad de un incumplimiento de las normas no puede ser enervada por el sujeto incumplidor alegando que no comparte la obligación que resulta de la normativa que incumple, o que no comparte el criterio conforme al que tal obligación está establecida.

Finalmente es preciso rebatir lo manifestado por Olten Llum respecto a que su incumplimiento en ningún caso habría supuesto menoscabo alguno para ningún particular ni para los intereses públicos, o que no ha afectado al correcto funcionamiento del sistema en su conjunto. Las garantías reguladas en el Procedimiento de Operación mencionado tienen por objeto dar cobertura a las obligaciones económicas que los sujetos del mercado adquieren derivadas de su participación en el mismo. La insuficiencia de garantías pone en riesgo al sistema en su conjunto, y, adicionalmente, no atender al requerimiento efectuado por el Operador del Sistema también supone un menoscabo en la autoridad que éste ejerce en cumplimiento de sus funciones de liquidación de los servicios de ajuste del sistema³.

No debe obviarse que la determinación de las garantías se calcula –según establece el Procedimiento de Operación 14.3- conforme a los desvíos porcentuales mensuales respecto al programa producido en cada uno de los últimos doce meses. La existencia de importes elevados de garantías comporta necesariamente periodos con desvíos significativos. Pues bien, esos desvíos tienen un efecto económico bastante relevante para el sistema y, consecuentemente, para los particulares que sostienen económicamente el mismo, en la medida en que esa energía -que no fue debidamente programada por el comercializador- sí que fue suministrada, y, por lo tanto, necesariamente gestionada a través de los servicios de ajustes del sistema (con un mayor coste); y, por otra parte, la falta de compras de energía provoca que sea el propio sistema en su conjunto (en particular otras comercializadoras con mayor cuota

³ El art. 30.2 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, atribuye al Operador del Sistema las siguientes funciones: “(...) j) *Recibir las garantías que, en su caso, procedan. La gestión de estas garantías podrá realizarla directamente o a través de terceros autorizados. / (...) / m) Liquidar y comunicar los pagos y cobros relacionados con la garantía de suministro incluyendo entre ellos los servicios de ajuste del sistema y la disponibilidad de unidades de producción en cada período de programación. / (...) / n) Liquidar los pagos y cobros relacionados con los desvíos efectivos de las unidades de producción y de consumo en cada período de programación. / (...)”*

En línea con lo señalado, ha de tenerse en cuenta que la falta de atención a los requerimientos del Operador del Sistema realizados en otros ámbitos de actuación (aparte del tema de las garantías) genera también el correspondiente reproche punitivo:

- *“El incumplimiento de resoluciones jurídicamente vinculantes o de requerimientos impartidos por la Administración Pública competente, incluida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, o por el operador del sistema en el ámbito de sus funciones, cuando no resulte perjuicio relevante para el funcionamiento del sistema.”* (Art. 65.4 de la Ley 24/2013; infracción grave.)
- *“El incumplimiento de cuantas obligaciones de remisión de información se deriven de la aplicación de la normativa vigente o resulten del previo requerimiento por parte de la Administración Pública, incluida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, o del Operador del Sistema o del Operador del mercado, en el ámbito de sus funciones. Asimismo, se considerará infracción grave el incumplimiento por parte de los sujetos del sistema de sus obligaciones de información o comunicación a otros sujetos del sistema. También se considerará infracción grave la no remisión de la información en la forma y plazo que resulte exigible. Todo ello cuando no hubiera sido expresamente tipificado como muy grave.”* (Art. 65.6 de la Ley 24/2013; infracción grave.)

de demanda) el que adelante el dinero⁴ por la energía no comprada (es decir, el desvío provocado se financia a costa de otras sociedades comercializadoras).

Así, lejos de resultar el comportamiento de Olten Llum algo inocuo para particulares o para el sistema, es perjudicial para la sostenibilidad económica del sistema.

Por todo ello, cumple concluir que la conducta de Olten Llum es culpable, debiendo desestimarse las alegaciones del imputado que pretenden desvirtuar esa falta de culpabilidad.

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 600.000 euros por las infracciones leves. No obstante, según este precepto, 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 citada Ley 24/2013 indica 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.»*

Teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción cometida (que trata sobre la falta de depósito de garantías económicas), y en atención a lo dispuesto en el precepto expuesto, esta Sala valora las siguientes circunstancias:

⁴ Durante un periodo de unos ocho meses que es el tiempo que transcurre entre una liquidación provisional hecha sobre la base de compras de energía sin medidas y la liquidación definitiva con medidas firmes.

- **Duración del estado de insuficiencia de garantías:** A los efectos de este procedimiento, Olten Llum se mantiene en estado de insuficiencia de garantías respecto a las exigencias de depósito realizadas por el Operador del Sistema entre los meses de julio de 2015 y diciembre de 2015.
- **Importe del déficit de garantías:** El importe del déficit de garantías fluctúa a lo largo del período objeto del procedimiento (405.000 euros en julio de 2015; 445.000 euros en agosto de 2015; 474.000 en septiembre de 2015; 149.000 en octubre de 2015; 298.000 en noviembre de 2015; 321.000 en diciembre de 2015). Como promedio, el importe del déficit sería –en el período objeto de incumplimiento– del entorno de los 350.000 euros.
- **Volumen de energía comercializada:** Como resulta de la información que figura en la página 11 de la Propuesta de Resolución (folio 113 del expediente administrativo), Olten Llum ha estado comercializando en 2014 y 2015 un volumen de energía en torno a los 10.000 MWh mensuales (en concreto, una energía mayor a la cifra indicada en el año 2014, y algo menor en el año 2015, en el que al final se empiezan a traspasar sus clientes).
- **Reincidencia:** El 2 de junio de 2015, la CNMC impuso a Olten Llum una sanción de 1.000 euros por una infracción igual a la que es objeto de este procedimiento, pero cometida con respecto a un requerimiento de garantías realizado por el Operador del Sistema con fecha límite de 17 julio de 2014⁵; esta sanción se notificó a Olten Llum el 4 de junio de 2015, siendo firme en vía administrativa⁶. Pues bien, se aprecia que, de forma consecutiva a la imposición de esa sanción, Olten Llum incumple un nuevo requerimiento de aportación de garantías hecho por el Operador del Sistema con fecha límite 16 de julio de 2015.

Adicionalmente, como se ha puesto de relieve, hay que considerar que se trata de un conducta intencionada (Olten Llum toma la decisión de no atender los requerimientos de depósito de garantías que le realiza el Operador del Sistema entre julio de 2015 y diciembre de 2015), la cual, como se ha señalado, causa lesión en los intereses de sostenibilidad económica del sector eléctrico, que

⁵ Resolución de 2 de junio de 2015 recaída en el SNC/DE/61/14 (www.cnmc.es):

“(…)

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que la empresa **OLTEN LLUM, S.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 17 de julio de 2014.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de 1.000 (mil) euros.”

⁶ Art. 36.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

Cabe añadir, adicionalmente, que la multa no ha sido recurrida en vía contencioso-administrativa.

constituyen objetivo prioritario de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico ⁷.

Atendiendo a todas las circunstancias mencionadas, y valorando especialmente la reincidencia en la conducta, se considera proporcionado imponer la multa de ciento cincuenta mil (150.000) euros que ha sido propuesta por el Instructor. Este importe se sitúa holgadamente dentro del límite máximo del 10% de la cifra de negocios del imputado en el ejercicio de 2013 (24.468.742,95 euros), y de la estimación del mismo hecha en la Propuesta de Resolución con respecto a la ejercicio siguiente (en torno a 16.000.000 de euros en 2014) ⁸.

En relación con la previsión contenida en el artículo 69 de la Ley 24/2013, y en lo que afecta a esta materia de las garantías que se habían de depositar, no procede imponer ninguna medida adicional a los efectos de restituir las cosas, o reponerlas a su estado natural, anterior a la infracción, teniendo en cuenta la inhabilitación como comercializador de energía eléctrica de Olten Llum establecida por virtud de la reciente Orden IET/528/2016, de 4 de abril (BOE 14 abril 2016).

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa OLTEN LLUM, S.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 entre julio de 2015 y diciembre de 2015.

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

⁷ “La presente Ley tiene como finalidad básica establecer la regulación del sector eléctrico garantizando el suministro eléctrico con los niveles necesarios de calidad y al mínimo coste posible, asegurar la sostenibilidad económica y financiera del sistema y permitir un nivel de competencia efectiva en el sector eléctrico, todo ello dentro de los principios de protección medioambiental de una sociedad moderna.” (Párrafo primero del apartado II de la exposición de motivos de la Ley 24/2013.)

⁸ Ver página 11 de la Propuesta de Resolución (folio 113 del expediente administrativo).

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.