

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

SNC/DE/078/15

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 Barcelona, a 9 de junio 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 25 de septiembre 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 Evergreen Eléctrica, 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 30.000 euros de garantías con fecha límite de 17 de septiembre de 2015 y que tales garantías no fueron aportadas.

SEGUNDO. *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 6 de octubre de 2015 un procedimiento sancionador contra Evergreen Eléctrica, 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 se intentó notificar en el domicilio social de la empresa, siendo la notificación devuelta por desconocida, motivo por el que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el Acuerdo de incoación fue publicado en BOE de 19 de noviembre de 2015.

TERCERO.- Alegaciones de Evergreen Eléctrica

Con fecha 13 de enero de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de Evergreen Eléctrica, mediante el cual se formulan las siguientes alegaciones:

- Que *“con respecto a la razón del por que Evergreen Eléctrica no ha puesto las garantías suficientes por desviaciones en el mes de septiembre de 2015 de € 30.000 ha sido causada por una falta de liquidez en la empresa que se producía por culpa de la subida imprevista, inentendible e inexplicable de los precios del mercado”*.
- Que *“No fue posible conseguir más financiación de los bancos ni de los accionistas”*.
- Que *“Hemos luchado contra precios muy altos en el mercado desde junio hasta enero y aun nos cuesta entender porque los precios en España subieron al nivel más alto de todos los tiempos, mientras en el resto del mundo los precios de energía bajaban”*.
- Que *“De todas maneras tenemos hoy el estado de las garantías correcto y los ajustes que hicimos en nuestra programa de previsiones ya se han manifestados con desviaciones muy bajas”*.
- Que *“En Evergreen Eléctrica es nuestro deseo trabajar en conformidad con las reglas del mercado y hemos hecho, hacemos y haremos una esfuerzo para hacer exactamente esto y con una inyección prevista de fondos de accionistas combinado con aun más precisión en la programa de previsiones, nuestra expectativa es que no vamos a tener problemas con la liquidez en el futuro”*.

Evergreen Eléctrica adjunta a sus alegaciones una tabla en la que se observa la relación entre la energía suministrada por la empresa y la comprada en mercado entre enero de 2014 y diciembre de 2015, así como un informe de MEFF Tecnología y Servicios, S.A.U.¹, de 8 de enero de 2016, en el que se indica que el estado de depósito de garantías de Evergreen Eléctrica es correcto.

CUARTO. Incorporación de documentación al expediente

Con fecha 12 de febrero de 2016, se acordó incorporar la siguiente documentación al presente procedimiento:

- Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de diciembre de 2015, presentado por el Operador del Sistema eléctrico el 29 de enero de 2016 en el Registro de la CNMC, en la parte referida al comercializador Evergreen Eléctrica. Este informe refleja un déficit de garantías de 15.999 euros a 31 de diciembre de 2015.
- Últimas cuentas anuales depositadas por Evergreen Eléctrica en el Registro Mercantil, correspondientes al ejercicio 2014, según nota expedida con fecha 19 de enero de 2016 por el Registro Mercantil de Málaga. Estas cuentas correspondientes a 2014 reflejan un importe neto de la cifra de negocio de 2.435.112,11 euros.

QUINTO.- Propuesta de Resolución

El 25 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 *EVERGREEN ELÉCTRICA, 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 por valor de 30.000 euros con fecha límite de 17 de septiembre de 2015.

SEGUNDO.- Le imponga, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de tres mil euros (3.000) euros.

TERCERO.- Le imponga a la citada empresa la obligación de depositar las garantías requeridas que tiene pendientes de prestar.”

La Propuesta de Resolución fue notificada a Evergreen Eléctrica el 8 de marzo de 2016, a quien se confirió un plazo de alegaciones de quince días hábiles.

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.

No se han recibido alegaciones de Evergreen Eléctrica en relación con la Propuesta de Resolución.

SEXTO.- 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 29 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).

SÉPTIMO.- 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 26 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. Evergreen Eléctrica se ha mantenido en una situación de déficit respecto de las garantías exigidas por el Operador del Sistema entre los meses de septiembre de 2015 y diciembre de 2015.

Al respecto del Hecho Probado expuesto, ha de señalarse, en primer término, que Evergreen Eléctrica no prestó la garantía por valor de 30.000 euros requerida por el Operador del Sistema con fecha límite de 17 de septiembre de 2015. Este hecho aparece acreditado por las manifestaciones realizadas por el Operador del Sistema en el escrito de denuncia recibido el 25 de septiembre 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 Evergreen Eléctrica, S.L. (B93034064).

- *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 30.000 euros fueron requeridas con fecha límite 17 de septiembre de 2015.»*

(Folio 3 del expediente administrativo)

Por su parte, Evergreen Eléctrica viene a reconocer este hecho en su escrito de alegaciones al Acuerdo de inicio del procedimiento, en el que manifiesta lo siguiente (folio 15 del expediente administrativo): “...la razón del por que Evergreen Eléctrica no ha puesto las garantías suficientes por desviaciones en el mes de septiembre de 2015 de € 30.000.-ha sido causada por una falta de liquidez en la empresa que se producía por culpa de la subida imprevista, inentendible e inexplicable de los precios del mercado.” Adicionalmente, recibida notificación de la Propuesta de Resolución de este procedimiento, Evergreen Eléctrica 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 desciende en los meses siguientes respecto al existente en septiembre de 2015, de modo que, como ponía de relieve la Propuesta de Resolución en su *hecho probado* (ver página 3 de la misma, que se corresponde con el folio 61 del expediente administrativo), el mismo es de 15.999 euros a 31 de diciembre de 2015, de acuerdo con el correspondiente informe emitido por el Operador del Sistema (folio 21 del expediente administrativo).

Posteriormente, como señala el imputado en sus alegaciones al Acuerdo de incoación (folio 15 del expediente), ha de indicarse que el déficit desaparece, reconociendo MEFF Tecnología y Servicios que el estado de depósito de garantías es correcto a 8 de enero de 2016 (folio 17 del expediente administrativo). En línea con ello, los informes del Operador del Sistema correspondientes a los meses siguientes (los informes correspondientes a enero, febrero y marzo de 2016)² no mencionan déficit de garantías de esta empresa.

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

² Informes que, respectivamente, recogen los datos a 31 de enero, 29 de febrero y 31 de marzo de 2016.

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.»

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, Evergreen Eléctrica ha incumplido su obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema entre septiembre 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»*³.

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

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

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

³ 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.

La conducta desarrollada por Evergreen Eléctrica es reprochable a efectos sancionadores: La diligencia que es exigible a un sujeto comercializador al objeto de desempeñar su actividad implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos, entre las que se encuentra la ya mencionada obligación del depósito de las garantías exigidas en relación con el desarrollo de esa actividad de comercialización (artículo 46.1.e) de la Ley 24/2013).

A este respecto, hay que señalar que, de forma consciente, Evergreen Eléctrica no atiende el requerimiento de aportación de garantías, dejando trascurrir la fecha límite indicada por el Operador del Sistema. Esta conclusión viene avalada por las propias afirmaciones de Evergreen Eléctrica, que, en sus alegaciones, reconoce que las garantías que tiene depositadas son insuficientes para cubrir los requerimientos que se le han hecho.

En consecuencia, no puede ser objeto de debate que Evergreen Eléctrica, con pleno conocimiento, ha dejado de cumplir con sus obligaciones en relación a la prestación de garantías exigidas por el Operador del Sistema eléctrico.

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 (cifra que, para el ejercicio 2014, ha sido de 2.435.112,11 euros, según las cuentas depositadas en el Registro Mercantil; folio 50 del expediente administrativo).

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 probabilidad 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:

- **Duración del estado de insuficiencia de garantías:** A los efectos de este procedimiento, Evergreen Eléctrica se mantiene en estado de insuficiencia de garantías respecto a las exigencias de depósito realizadas por el Operador del Sistema entre los meses de septiembre de 2015 y diciembre de 2015.
- **Subsanación del estado de déficit de garantías:** El importe del déficit de garantías, que a la fecha del 17 de septiembre de 2015 era de 30.000 euros, se ha ido reduciendo durante el período que abarca el incumplimiento, hasta desaparecer en enero de 2016.
- **Volumen de energía comercializada:** Como resulta de la información que figura en la página 7 de la Propuesta de Resolución (folio 65 del expediente administrativo), Evergreen Eléctrica ha estado comercializando en 2015 un volumen de energía en torno a los [---] MWh mensuales.

Atendiendo a todas las circunstancias mencionadas, se considera proporcionado imponer la multa de mil quinientos (1.500) euros.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa EVERGREEN ELÉCTRICA, 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 septiembre de 2015 y diciembre de 2015.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de mil quinientos (1.500) 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.