

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

SNC/DE/079/15

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 16 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 28 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 Nortedison Electric, S.L., de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema¹. El Operador del

¹ Tal y como se ponía de relieve en la Propuesta de Resolución del presente procedimiento (ver antecedente de hecho sexto de la misma; folio 70 del expediente), el Operador del Sistema ha denunciado, adicionalmente, mediante escrito recibido el 8 de febrero de 2016, un incumplimiento de Nortedison Electric de su obligación de la adquisición de la energía necesaria para el suministro a sus clientes; este otro incumplimiento es objeto de un procedimiento diferente (SNC/DE/5/16).

Sistema expone, en concreto, que requirió a la empresa comercializadora la prestación de 357.000 euros de garantías con fecha límite de 17 de septiembre de 2015 y que tales garantías no fueron aportadas.

Asimismo, el Operador del Sistema, en su denuncia, aportaba información acerca de los desvíos en que incurre Nortedison Electric en su compra de energía en mercado respecto al suministro a sus clientes; desvíos que motivan las garantías de operación adicionales exigidas.

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 Nortedison Electric, S.L., por la infracción leve consistente en la falta de prestación de las garantías exigidas por el Operador del Sistema.

TERCERO.- *Alegaciones de Nortedison Electric*

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

- *Que «ha cumplido con su obligación de prestar las garantías que le eran exigibles conforme a los Procedimientos de Operación, tal y como a continuación se detallará y, que la exigencia de nuevas garantías no ha sido justificada en base a tales Procedimientos de Operación».*
- *Que «[e]l art. 66.2 de la Ley de Sector Eléctrico, que se declara infringido, no castiga que una comercializadora no garantice el 100% de las garantías que el Operador del Sistema libremente y sin justificación le reclama», y que «libremente y sin justificación alguna respecto al cálculo efectuado MEFF ha solicitado unas garantías de operaciones adicionales (GOA) respecto de un desvío de más de un 20%, en lugar del 10% que se tenía hasta la fecha».*
- *Que no concurre tipicidad «Porque NORTEDISON ELECTRIC, S.L. [tuvo] depositadas todas la garantías exigidas por importe de cuatrocientos cincuenta y cinco mil euros (455.000 €) hasta el pasado 04-09-2015».*

- Que «la vigente Ley del Sector Eléctrico (y la anterior) no establece de una forma objetiva ni sencilla cuales son las garantías que el Operador del Sistema podía exigir».
- Que «no existe forma de comprobar si las garantías adicionales solicitadas por el Operador del Sistema suponen un perjuicio para éste que ampare una actividad sancionadora o, siquiera, un incumplimiento de obligaciones derivadas de las reglas del Mercado o de los Procedimientos de Operación que no tengan consideración de infracción muy grave o grave, que exige el art. 66.2 de la Ley del Sector Eléctrico que arguye su incumplimiento como conducta sancionable».
- Que, en último término, «atendiendo a las circunstancias recogidas en el art. 67.4 de la Ley del Sector Eléctrico, la multa a imponer debería ser en grado mínimo [...] esto es, no debería exceder de seiscientos euros (600,00 €)».

Nortedison Electric solicita a la CNMC que “ACUERDE: / (1) Desestimar la sanción que se señala en el Acuerdo de Incoación del expediente sancionador, sin más trámite, por no cumplirse los requisitos establecidos en el art. 66.2 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, que ampara la tipificación de la presunta conducta infractora de NORTEDISON ELECTRIC, S.L. en el presente supuesto. / (2) Subsidiariamente, para el supuesto de que fuese desestimada la anterior petición, la multa que se imponga a mi representada, en base a las circunstancias expuestas en la Alegación Segunda, no supere los SEISCIENTOS EUROS (600,00.-€)”.

Asimismo, por medio de otrosí, solicita que «se requiera al Operador del Sistema a efectos de que justifique, la cuantificación de las garantías adicionales, a que se refiere en su denuncia, conforme a lo establecido en el Procedimiento de Operación 14.3. sobre "Pago de Garantías", recogido en la resolución de 9 de Mayo de 2011 de la Secretaría de Estado de Energía».

Nortedison Electric adjunta a su escrito de alegaciones copia del Libro Mayor en relación con los pagos realizados a MEFF Tecnología y Servicios, S.A.U. (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).

CUARTO.- Práctica de prueba

Conforme a lo solicitado por Nortedison Electric, y de acuerdo con los artículos 80 y 137 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 acordó, el 4 de marzo de 2016, efectuar requerimiento al Operador del Sistema «a efectos de que justifique, la cuantificación de las garantías adicionales, a que se refiere en su denuncia, conforme a lo establecido en el Procedimiento de Operación 14.3 sobre "Pago de Garantías", recogido en la resolución de 9 de Mayo de 2011 de la Secretaría de Estado de Energía».

En respuesta a este requerimiento, el 18 de marzo de 2016 se recibió en el Registro de la CNMC escrito del Operador del Sistema al que se acompaña "Informe justificativo sobre la cuantificación de las garantías exigidas a NORTEDISON ELECTRIC, S.L."

Con respecto a la justificación de las cantidades requeridas, el Operador del Sistema indica lo siguiente:

«El apartado 11.1.1.a) del Procedimiento de Operación 14.3 "Garantías de pago", cuya redacción permanece vigente desde 2011, establece el método para calcular el porcentaje P3 para determinar la garantía de operación adicional con el histórico de los últimos doce meses con medidas definitivas, estableciendo un porcentaje mínimo del 1 %. En la determinación de garantías de operación adicional de septiembre 2015 de NORTEDISON, el histórico de doce meses a tener en cuenta comprendía el periodo desde octubre 2013 a septiembre de 2014, periodo en el que NORTEDISON no tuvo, sin embargo, consumo de clientes, por lo que habría sido de aplicación el mínimo del 1 %.

El apartado 11.1.1.f) del PO 14.3 establece que el operador del sistema podrá utilizar los valores de energía disponibles utilizados en la facturación de los peajes de acceso para estimar el porcentaje P3 cuando supere el porcentaje P3 calculado de acuerdo al apartado 11.1.1.a).

Debe destacarse que el método de cálculo de garantías previsto en el Procedimiento de Operación 14.3 es objetivo porque se basa exclusivamente en datos de medidas y de programas.

[...]

El cálculo del porcentaje P3 calculado conforme al apartado 11.1.1.f) fue de 20,5%. En consecuencia, el operador del sistema ejerció la potestad establecida en este apartado.

[...]

El 28 de agosto de 2015, REE comunicó por correo electrónico a NORTEDISON que:

-en aplicación del apartado 11.1.1.f) del PO 14.3, el porcentaje P3 a utilizar para el cálculo de la garantía de operación adicional en la siguiente revisión de garantías de operación adicional sería de 20,5%, y

-se justificaba, en relación con lo anterior, el cálculo de este porcentaje.

[...]

Las garantías de operación adicional de septiembre de 2015, calculadas con el porcentaje P3 del 20,5%, resultaron ser de 747.000 euros. [...]

El apartado 10.1 del PO 14.3 establece la determinación de las garantías de operación básicas con revisión trimestral. Conforme a dicho apartado, las garantías de operación básicas requeridas para el tercer trimestre de 2015 eran de 65.000 euros. Las garantías depositadas eran de 455.000 euros. La diferencia entre las garantías totales requeridas, 747.000 más 65.000 euros, y las garantías depositadas, 455.000 euros, resulta en 357.000 euros. En consecuencia MEFF solicitó a NORTEDISON un aumento de garantías de 357.000 euros, a depositar en el plazo establecido en el apartado 11 del PO 14.3 para cubrir los requerimientos de garantía de operación básica y garantía de operación adicional.

Este requerimiento no fue atendido por NORTEDISON por lo que REE, en aplicación del apartado 14.2 del PO 14.3, requirió a NORTEDISON la reposición de garantías en dos días hábiles, esto es, el 17 de septiembre de 2015».

Adicionalmente, el Operador del Sistema actualiza en su informe datos sobre los desvíos incurridos por Nortedison Electric, y comunica la existencia de dos incumplimientos de la obligación de pago:

“A la fecha de este informe, NORTEDISON ha incumplido las siguientes obligaciones de pago:

- obligación de pago por importe de 35.738,64 euros, con fecha 16 de noviembre de 2015.

- obligación de pago por importe de 230.055,22 euros, con fecha 26 de febrero de 2016.

Las garantías de pago depositadas fueron ejecutadas por el importe impagado. Las garantías restantes, por valor de 189.206,14 euros, son insuficientes para cubrir los pagos pendientes de las liquidaciones con medidas de demanda a partir de julio de 2015. El avance de liquidación final provisional de julio de 2015 a pagar el próximo 31 de marzo de 2016, asciende a 195.695,38 euros.

A la vista de las medidas de peajes de la tabla anterior, los importes a pagar en las liquidaciones finales provisionales en comparación con la de julio serán del mismo orden de magnitud en agosto, el doble en septiembre y más del cuádruple en octubre y noviembre.”

El Operador del Sistema adjunta a su informe copia de la comunicación enviada a Nortedison el 28 de agosto de 2015 con la justificación del cálculo del requerimiento de garantías de operación adicionales, así como informe de MEF Tecnología y Servicios de 8 de septiembre de 2015 con actualización de las garantías de operación adicionales exigidas (747.000 euros; cantidad que, una vez añadidas las garantías de operación básica, y descontado el valor de los depósitos efectuados por la empresa comercializadora imputada, determinaba el importe de 357.000 euros del depósito requerido).

QUINTO.- Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de fecha 7 de marzo de 2016, se acordó incorporar al presente procedimiento el informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de enero de 2016, presentado por el Operador del Sistema eléctrico el 4 de marzo de 2016 en el Registro de la CNMC, en la parte referida al comercializador Nortedison Electric. Este informe refleja un déficit de garantías de 4.052.000 euros a 31 de diciembre de 2015, de acuerdo con la correspondiente revisión de las garantías de operación (básicas y adicionales) realizada.

SEXTO.- Propuesta de Resolución

El 4 de abril 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 *NORTEDISON ELECTRIC, 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.

SEGUNDO.- Le imponga, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de ciento setenta y ocho mil (178.000) 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 Nortedison Electric el 15 de abril de 2016, a quien se confirió un plazo de alegaciones de quince días hábiles.

SÉTIMO.- Alegaciones de Nortedison Electric

El 5 de mayo de 2016 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de Nortedison Electric, presentado por correo certificado el 2 de mayo de 2016, en el que se efectúan alegaciones en relación con la Propuesta de Resolución recibida. Específicamente, por medio de dicho escrito, Nortedison Electric alega falta de tipicidad de la conducta imputada, falta de intencionalidad en su comisión, y falta de proporcionalidad en la graduación de la sanción. La empresa solicita a la CNMC lo siguiente:

“(i) Desestimar la Propuesta de Resolución, sin más trámite, por no cumplirse los requisitos establecidos en el art. 66.2 de la Ley núm. 24/2013 del Sector Eléctrico, que ampara la tipificación de la presunta conducta infractora de NORTEDISON ELECTRIC, S.L. en el presente supuesto de hecho.

“(ii) Subsidiariamente, para el negado supuesto de que fuese desestimada la anterior petición, la multa que se imponga a mi representada, en base a las circunstancias expuestas, no supere los SEISCIENTOS EUROS (600,00.-€)”

OCTAVO.- 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 10 de mayo 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).

NOVENO.- 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 xx de xxxxx 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.- Nortedison Electric se mantiene en una situación de déficit respecto de las garantías exigidas por el Operador del Sistema entre los meses de septiembre de 2015 y enero de 2016.

Al respecto del Hecho Probado expuesto, ha de señalarse, en primer término, tal y como se recogía en los hechos probados de la Propuesta de Resolución, que Nortedison Electric no prestó la garantía por valor de 357.000 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 Nortedison Electric, S.L. (B95705489):

- *Incumplimiento de la prestación de garantías establecida en el párrafo e) del Artículo 46.1 de la Ley 2412013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Las garantías por valor de 357.000 euros fueron requeridas con fecha límite 17 de septiembre de 2015.»*

(Folio 3 del expediente administrativo)

Por su parte, Nortedison Electric, en sus alegaciones al Acuerdo de incoación del procedimiento, no discute que recibió el requerimiento de aportación de esas garantías, y tampoco discute que no atendió al mismo, tratando, sin embargo, de dar apoyo a su conducta en la falta de justificación que a su juicio tienen las garantías que se le habían exigido por parte del Operador del Sistema (ver folio 15 del expediente administrativo): “... , lo cierto es que NORTEDISON ELECTRIC, S.L. fue depositando normalmente las garantías exigidas hasta el 4 de Septiembre de 2015, siendo que a partir de dicha fecha se comunicó la existencia de un nuevo cálculo para la garantía de operación adicional (GOA) sobre un tanto por ciento de desvío mucho más elevado, sin justificar que ello resulta del Procedimiento de Operación exigible.”

De este modo, como resulta de las propias alegaciones de Nortedison Electric, el déficit de garantías en que esta empresa incurre en el mes de septiembre de 2015 no se corrige por parte de la misma, e incluso, tal y como ponen de relieve, asimismo, los hechos probados de la Propuesta de Resolución, el déficit se incrementa, como consecuencia de tener en cuenta los desvíos posteriores en que esta empresa va incurriendo en sus compras: Nortedison Electric llega, así, a un déficit de garantías de 4.052.000 euros a 31 de enero de 2016; lo señala el informe emitido por el Operador del Sistema el 31 de enero de 2016 (ver folio 39.1.4 del expediente administrativo).

Expuesto –como se ha dicho- este último dato (el incremento del déficit de garantías) en la Propuesta de Resolución (ver páginas 6, 7 y 11 de la misma, que se corresponden con los folios 70, 71 y 75 del expediente administrativo), Nortedison Electric, en sus alegaciones a dicha Propuesta, no ha desmentido o contradicho el mismo, sino que ha tratado de justificar su falta de depósito de las garantías que han venido exigiéndosele desde el mes de septiembre de 2015 indicando a este respecto lo siguiente (folio 85 del expediente administrativo): *“Si bien esta parte reitera la falta de justificación de las operaciones realizadas por el Sistema para el cálculo de las garantías exigidas, es cierto que, con posterioridad a las últimas depositadas, mi representada no ha podido atender el pago de garantías, por un lado, debido a la disconformidad con el importe exigido para la cobertura de las mismas y, por otro, debido al altísimo importe requerido por tal concepto, que ha provocado que NORTEDISON ELECTRIC, S.L. no pudiera hacer frente a ellas, motivando además, su salida del mercado eléctrico.”*

En definitiva, Nortedison Electric se ha mantenido en una situación de déficit de garantías al menos entre septiembre de 2015 y enero de 2016, por un importe que, conforme a lo indicado, ha ido ascendiendo desde los 357.0000 euros a cifras superiores a los 4 millones.

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 de dicha

Ley 24/2013). 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.»

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

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

Según se dispone en ese apartado, el cálculo de dichas garantías de operación adicional se efectúa a partir de los datos de los desvíos en que incurre el sujeto de mercado de que se trata (desvíos ocasionados por la falta de adquisición de la totalidad de la energía que está suministrando):

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

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

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

$$DG = P3 \times EPC$$

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

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

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

Donde:

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

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

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

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

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

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

e) Cuando se liquiden medidas del cierre provisional se recalcularán las garantías de operación adicionales sustituyendo en el apartado a) los desvíos porcentuales respecto al programa por la tercera diferencia más alta entre los desvíos porcentuales mensuales respecto programa obtenidos con el cierre definitivo y los desvíos porcentuales respecto programa obtenidos con el cierre provisional en cada uno de los últimos doce meses en los que se disponga de medidas firmes definitivas. Además el porcentaje mínimo de un 1% se sustituye por el de un 0,2%. En su caso, en el apartado c), se sustituye el término DA por el desvío asignado liquidado provisionalmente y, el término IMPDA por el importe de la liquidación provisional correspondiente al desvío asignado liquidado provisionalmente. En el apartado d), se sustituye el porcentaje de 10% por un 1,8%.

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

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, Nortedison Electric ha incumplido su obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema entre septiembre de 2015 y enero de 2016.

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 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:

Tal y como ponía de relieve la Propuesta de Resolución, al infracción concurrente es imputable a Nortedison Electric a título doloso.

Recibido el requerimiento de aportación de garantías, Nortedison Electric toma la decisión deliberada de no atenderlo. Durante la tramitación del procedimiento sancionador, Nortedison Electric ha tratado de defender su actuación en la consideración de que, a su juicio, las garantías no estaban justificadas conforme al Procedimiento de Operación aplicable; sin embargo, esta alegación de Nortedison Electric es inconsistente con la actuación seguida por esta empresa, porque en ningún momento trasladó queja o solicitud de aclaración al Operador del Sistema al respecto; tampoco presentó reclamación frente al Operador del Sistema ni conflicto de gestión por la actuación del mismo ante esta Comisión.

Es más, la actuaciones practicadas en la fase de prueba de este procedimiento han permitido determinar que Nortedison Electric disponía, en realidad, desde el 28 de agosto de 2015, de la justificación de los desvíos a emplear en el cálculo de garantías de operación adicionales a los efectos del apartado 11 del Procedimiento de Operación 14.3. En efecto, en esa fecha, el Operador del Sistema le remitió un correo electrónico a Nortedison Electric (*“Requerimiento*

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.

excepcional de garantías de operación adicional a la comercializadora NORTEDISON ELECTRIC S.L. (NORTE, B95705489)”), en el que le informa de los nuevos valores del parámetro *P3* a que se refiere la fórmula contemplada en el apartado 11 del Procedimiento de Operación 14.3, antes transcrito; nuevos valores que luego se utilizan en el informe de MEFF Tecnología y Servicios de 8 de septiembre de 2015 para determinar las garantía exigibles (ver folios 61 y 63 del expediente administrativo).

Específicamente, en esa comunicación remitida el 28 de agosto de 2015, el Operador del Sistema indicaba a Nortedison Electric que *“les informamos que el porcentaje P3 a utilizar para el cálculo de la garantía de operación adicional será de 20,5%; este porcentaje resulta de tomar el tercer peor valor de la serie de meses con medidas o con energía facturada en peajes sin considerar los meses anteriores a febrero 2015, que tienen un consumo no significativo”* (ver folio 61 del expediente). Adicionalmente, el Operador del Sistema desglosaba, en esa comunicación, la energía comprada en el sistema por parte de Nortedison Electric, y los desvíos incurridos respecto al suministro entre noviembre de 2014 y mayo de 2015; ha de destacarse, precisamente, que a los efectos del apartado 11 del Procedimiento de Operación 14.3, figuraban otros dos porcentajes de desvío superiores al del 20,5% (que correspondía a febrero de 2015) incurridos por la comercializadora imputada: en concreto, un desvío del 62,2% en marzo de 2015 y otro del 93,1 % en mayo de 2015.

En definitiva, a Nortedison Electric le constaba claramente, desde veinte días antes del vencimiento del requerimiento de aportación de garantías realizado (el requerimiento vencía el 17 de septiembre de 2015), la justificación del mismo conforme a las previsiones del Procedimiento de Operación 14.3. También le constaba la existencia de desvíos en las compras, desvíos en que esta empresa decide incurrir (comprando en mercado menos de la energía que suministra a sus clientes), y que precisamente, como bien sabe, constituyen la justificación de los requerimientos de garantías adicionales que desatiende (requerimientos que tratan de asegurar el pago de las liquidaciones de esa energía, ya suministrada por Nortedison Electric, pero no adquirida en mercado).

Todo lo anterior permite concluir que concurre culpabilidad, con intencionalidad, de parte de Nortedison Electric en el incumplimiento de su obligación de prestar garantías.

V. CONSIDERACIÓN DE LAS ALEGACIONES EFECTUADAS POR NOTEDISON ELECTRIC EN RELACIÓN CON LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, Nortedison Electric alude a falta de tipicidad de la conducta, falta de intencionalidad por su parte en la

realización de la misma, y falta de proporcionalidad en la graduación de la multa propuesta.

Se examinan seguidamente estas alegaciones:

- Sobre la tipicidad:

Nortedison Electric pretende argumentar que, si un comercializador tiene depositado un importe de garantías, pero no atiende un requerimiento de aportación adicional, entonces no puede ser sancionado ya por falta de prestación de garantías.

Frente esta argumentación, ha de señalarse que, como se ha visto, 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, y, a este respecto, el Procedimiento de Operación 14.3, en su apartado 11, contempla la periódica exigencia de garantías de operación adicionales, con base en los sucesivos datos mensuales de los desvíos. En este sentido, en este apartado 11 se señala: *“Mientras no se realice la liquidación final definitiva de un mes, se solicitarán garantías de operación adicionales a todos los Sujetos según se establece a continuación. La primera solicitud tendrá lugar el primer día hábil posterior al sexto día natural del mes siguiente a cada mes liquidado y los Sujetos deberán constituir la garantía solicitada en los cuatro días hábiles siguientes a la petición.”*

Así, es claro que hay que prestar las garantías de operación adicionales en la cuantía que resulte de las correspondientes actualizaciones de los datos que se utilizan para su cálculo.

El cálculo realizado el 8 de septiembre de 2015 determinaba la necesidad de disponer de 747.000 euros en garantías de operación, adicionales a los 65.000 euros de garantías de operación básica. Dado que Nortedison Electric tenía depositados 455.000 en garantías, el requerimiento del Operador del Sistema de septiembre de 2015 en ningún momento se refiere a la necesidad de depositar con carácter adicional aquellas cantidades (747.000 euros más 65.000), sino a la diferencia correspondiente (esto es, 357.000 euros), que es la cuantía en que el incumplimiento concurre. El procedimiento sancionador también consideró dicha cifra; es decir, en todo momento se ha reconocido cuál era el importe de las garantías depositadas. Ahora bien, lo cierto es que el importe de las garantías depositadas ha sido notoriamente insuficiente respecto a las garantías exigibles.

No puede pretender el imputado que no hay un incumplimiento. Otra cosa es en qué cuantía concurre el mismo; pero, precisamente, a este respecto, las cantidades consideradas por esta Comisión a efectos de este procedimiento son las que se corresponden exactamente con el *déficit* de garantías (esto es, con la diferencia entre las garantías exigibles y las depositadas).

- Sobre la culpabilidad:

Nortedison Electric alega que *“no se le puede imputar a una actitud dolosa, sino, en todo caso, un error no imputable que no ha supuesto peligro o daño alguno”*.

Al respecto de la culpabilidad, se ha justificado de una forma pormenorizada en el fundamento de derecho precedente la intencionalidad de Nortedison Electric en la comisión de la infracción: en concreto, el carácter deliberado que tiene la falta de prestación de las garantías, así como la falta de consistencia que tienen las justificaciones dadas por la empresa con respecto a los hechos producidos (considerando, en particular, la explicación que había sido remitida por el Operador del Sistema a Nortedison Electric acerca del porcentaje de desvíos tenido en cuenta conforme al apartado 11 del Procedimiento de Operación 14.3 en el cálculo de las garantías requeridas).

Queda, con respecto a esta alegación hecha por Nortedison Electric, llamar la atención sobre el hecho de que el administrador de esta empresa es, en realidad, la misma persona³ que ha llevado la administración de Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L. (una empresa comercializadora que ha dejado más de quince millones de euros de impagos en el sistema, correspondientes a la energía que suministraba a sus clientes sin adquirirla en mercado). En este contexto, es evidente que la empresa Nortedison, dada la experiencia en el sector eléctrico de su administrador único, es perfectamente conocedora del funcionamiento del sistema, y sabe los perjuicios que la falta de prestación de las garantías tiene para el pago de las liquidaciones futuras:

Nortedison Electric sabe que, aunque la liquidación de la energía suministrada no se produzca hasta que culmine el proceso de cierre de medidas (varios meses después de la producción de la energía de que se trata), se pueden ocasionar pérdidas a los sujetos que han generado la electricidad suministrada si previamente –como aquí sucede- no se cuenta con la garantía para su pago.

También sabe que, no obstante lo anterior, estando aún pendiente el cierre de medidas, es posible sin embargo determinar la energía suministrada por una comercializadora con base en los datos que las empresas distribuidoras emplean para facturar las tarifas de acceso. Nortedison Electric se opone a la utilización de estos datos (que permiten conocer por anticipado su conducta), manifestando que *“el cálculo realizado el Operador del Sistema, en base al cual presenta denuncia ante la CNMC, no ha sido efectuado en base a medidas reales, sino que ha sido efectuado con datos que las distribuidoras (interesadas en que sean sus propias comercializadoras las que tengan más clientes en el mercado) le han facilitado, efectuando así un cálculo ilegítimo en perjuicio de mi representada que, sin duda alguna,*

³ D. [---] es administrador único de Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L. desde agosto de 2013, y es administrador único de Nortedison Electric desde junio de 2013.

le genera grave indefensión” (folio 83 del expediente). Sin embargo, se trata de una posibilidad claramente contemplada en el Procedimiento de Operación 14.3, cuyo apartado 11.1.f) prevé lo siguiente: “Los distribuidores deberán comunicar al Operador del Sistema, cada mes, los valores de energía disponibles utilizados en la facturación de las tarifas de acceso a cada comercializador o consumidor cualificado de los meses sin cierre de medidas. Dichos valores podrán ser utilizados para nuevas estimaciones del valor porcentaje P3 cuando superen los valores de energía considerados para el cálculo de garantías de operación adicionales y, en su caso, para nuevos cálculos de las garantías de operación adicionales.”

En definitiva, Nortedison Electric organiza su actividad comprando en mercado menos de la energía que vende a los consumidores (algo que pretende esconder aprovechando el tiempo que tardan en cerrarse las medidas y en aprobarse las liquidaciones definitivas):

Específicamente, incurre en los desvíos destacados, ya expuestos: del 20,5% en febrero de 2015, del 62,2% en marzo de 2015, y del 93,1% en mayo de 2015. Adicionalmente, los desvíos, son de hecho, mayores justo después de septiembre de 2015: del 246% en octubre de 2015 y del 262% en noviembre de 2015 (ver folio 59 del expediente administrativo); en esos meses de octubre y noviembre, Nortedison Electric, después de estar comprando cantidades del entorno a los 13.000 MWh al mes⁴, insuficientes pese a todo para cubrir sus ventas, decide rebajar sus compras a menos de 5.000 MWh (es decir, Nortedison Electric sabe claramente que va a incurrir en desvíos muy elevados).

Pues bien, en este contexto, resulta que la empresa Nortedison Electric no presta las garantías que son necesarias para asegurar los pagos de esos desvíos que decide ocasionar; actuación que resulta semejante a la seguida con Electro Soporte Comercial y Gestión⁵, con la que comparte la figura del administrador único.

Todas estas circunstancias desvirtúan la alegación de Nortedison Electric de que se trata de un mero error por su parte, y también la alegación de que no hay daño para el sistema. El daño para el sistema se deriva de la falta de disposición de una garantía de pago de la energía producida, daño que Nortedison Electric es consciente de estar causando con su conducta.

- Sobre la proporcionalidad:

Nortedison Electric considera que la sanción propuesta por el Director de Energía (178.000 euros) es desproporcionada.

⁴ 14.101,2 MWh en julio de 2015; 13.072,9 MWh en agosto de 2015, y 12.737,5 MWh en septiembre de 2015.

⁵ Ver SNC/DE/125/14 (www.cnmc.es).

Sin perjuicio de lo que se señala en el fundamento de derecho siguiente, esta Sala no valora que haya desproporción, dadas las circunstancias concurrentes, y en especial, la intencionalidad del imputado, y la lesión que se causa en el interés de la fiabilidad del sistema de pagos (que es el interés al que los requerimientos de garantías obedecen), considerando el mismo como aspecto instrumental del objetivo de sostenibilidad económica del sistema eléctrico⁶.

VI. 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.

A este respecto, tal y como ponía de relieve la Propuesta de Resolución, el importe neto de la cifra de negocios del sujeto infractor debe realizarse por estimación, ya que las últimas cuentas depositadas por esta empresa son de 2012⁷ (anteriores, por tanto, al inicio de su actividad como comercializadora). A este respecto, la Propuesta de Resolución consideraba (con base en los precios medios del mercado y el valor de las tarifas de acceso) una cifra de negocios de en torno a 14 millones de euros en 2015, cifra que Nortedison Electric no ha desmentido en sus alegaciones a dicha Propuesta⁸.

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.*

⁶ “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, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico).

⁷ Nota expedida por el Registro Mercantil de Bizkaia el 26 de enero de 2016.

⁸ En esta línea, cabe señalar que el valor de la liquidación girada por el Operador del Sistema simplemente por un desvío del 18,3% en la cantidad de energía suministrada en julio de 2015 es de 195.695,38 euros, según indica el Operador del Sistema en la información aportada (ver folio 60 del expediente).

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 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, ha quedado acreditado que Nortedison Electric se mantiene en estado de insuficiencia de garantías respecto a las exigencias de depósito realizadas por el Operador del Sistema al menos entre los meses de septiembre de 2015 y enero de 2016.
- **Importe del déficit de garantías:** El importe del déficit de garantías, que a la fecha del 17 de septiembre de 2015 era de 357.000 euros, se incrementa posteriormente, como consecuencia de la actualización de los datos de los desvíos considerados a los efectos de calcular la garantías, hasta superar los cuatro millones de euros (el déficit a 31 de enero de 2016 es de 4.052.000 euros).
- **Volumen de energía comercializada:** Como resulta de la información aportada por el Operador del Sistema (folio 59 del expediente administrativo), tras una fase inicial de asentamiento, desarrollada por la comercializadora en el primer semestre de 2016, el volumen de energía comercializada por esta empresa es algo superior a los 15.000 MWh mensuales.
- **Intencionalidad de la conducta:** De acuerdo con lo considerado en los fundamentos de derecho IV y V de esa Resolución, la conducta desarrollada por Nortedison Electric es realizada de forma intencionada.

Atendiendo a todas las circunstancias mencionadas, se considera proporcionado imponer la multa propuesta de ciento setenta y ocho mil (178.000) euros.

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 de Nortedison Electric establecida por virtud de la Orden IET/495/2016, de 28 de marzo (BOE 8 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 NORTEDISON ELECTRIC, 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 enero de 2016.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de ciento setenta y ocho mil (178.000) 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.