



Roj: **SAN 2276/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:2276**

Id Cendoj: **28079230042017100223**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **03/05/2017**

Nº de Recurso: **509/2015**

Nº de Resolución: **281/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000509 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05646/2015

Demandante: EUROENERGÍA DE LEVANTE, S.L.

Procurador: D^a ROSA MARÍA MARTINEZ VIRGILI

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a tres de mayo de dos mil diecisiete.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el presente recurso tramitado con el número **509/2015**, interpuesto por **EUROENERGÍA DE LEVANTE, S.L.**, representada por la procuradora doña Rosa María Martínez Virgili contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada por su Sala de Supervisión Regulatoria en la sesión de 16 de julio de 2015 y recaída en el expediente SNC/DE/0021/14 por la cual se impone la sanción de 150.000 euros y la inhabilitación para el desarrollo de la actividad de comercialización de energía eléctrica durante el periodo de un año

Ha comparecido como parte demandada la Administración General del Estado.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo Sr. D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La parte actora interpuso ante esta Sala con fecha de 21 de septiembre de 2015, recurso contencioso-administrativo contra la resolución antes mencionada, acordándose la incoación del proceso contencioso-administrativo, al que se dio el cauce procesal previsto en la Ley reguladora de esta jurisdicción.

SEGUNDO .- Por la procuradora doña Rosa María Martínez Virgili se formalizó la demanda mediante escrito presentado el 16 de marzo de 2016, en el cual, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó suplicando: «...se dicte la oportuna resolución por la que se declare no ajustado a Derecho y nulo, la Resolución de 16 de julio de 2015 que resuelve el expediente Administrativo SNC/DE/21/14 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y el acuerdo de Sanción de la misma fecha. Y subsidiariamente, se tenga la actitud tipificada, como culposa, y sin inhabilitación alguna para el desarrollo de la comercialización, se modere la sanción por multa conforme al 67.4 de la Ley 24/2013 de 26 de diciembre, en una multa razonable, que en caso alguno exceda de décima parte de la propuesta, con el compromiso de garantizar la compra de energía y los futuros desvíos con garantías reales. [...]»

TERCERO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 10 de junio de 2016 en el cual, tras exponer los hechos y refutar cada uno de los argumentos de derecho de la actora, terminó suplicando la desestimación del presente recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO .- No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba ni conclusiones, se señaló para que tuviera lugar la votación y fallo el día 15 de marzo de 2017, fecha en la que tuvo lugar.

QUINTO.- La cuantía se ha fijado en indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso jurisdiccional la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha, dictada por su Sala de Supervisión Regulatoria en la sesión de 16 de julio de 2015 y recaída en el expediente SNC/DE/0021/14, por virtud de la cual se impone a la Empresa EUROENERGÍA DE LEVANTE, S.L. -que ahora ostenta la posición de parte demandante- la sanción de 150.000 euros y la inhabilitación para el desarrollo de la actividad de comercialización de energía eléctrica durante el periodo de un año, como consecuencia de la comisión de la infracción de carácter grave tipificada en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico; no obstante la referida inhabilitación queda condicionada en su eficacia a la tramitación de un procedimiento de traspaso al comercializador de referencia de los clientes de aquella mercantil que no escojan un comercializador diferente, sin perjuicio del cumplimiento por parte de esta empresa de las obligaciones de pago que tiene conforme a la normativa vigente con respecto a los desvíos ocasionados.

En la extensa resolución se consignan ampliamente los antecedentes y los hechos que se reputan probados; se explica, ya dentro de sus fundamentos de derecho, la tipificación de los citados hechos probados; se razona concretamente sobre la concurrencia del elemento de la culpabilidad de la entidad EUROENERGÍA DE LEVANTE; se contesta de manera pormenorizada a las alegaciones efectuadas en relación a la propuesta de resolución; y, por último, se valoran las circunstancias concurrentes a los efectos de cuantificar la sanción aplicable, para lo que se tiene en cuenta particularmente que se trata de una infracción de carácter continuado.

En lo que hace concretamente a los hechos probados, los mismos se agrupan en los siguientes apartados:

1º) *Desde el inicio de su actividad, en el año 2013, Euroenergía de Levante ha venido adquiriendo en el mercado -de una forma consciente- menos de la cuarta parte de la energía que ha estado vendiendo a sus clientes .*

2º) La estrategia de compras de Euroenergía de Levante da continuidad a las prácticas seguidas por las empresas Elecval y CENERMED, de cuya cartera de clientes Euroenergía de Levante es, en buena medida, depositaria .

Y 3º) El valor estimado de los desvíos pendientes de pago que la conducta seguida por Euroenergía de Levante es superior a los 6 millones de euros. En caso de impago, dicha cantidad no estaría cubierta por las garantías depositadas por Euroenergía de Levante, dada la negativa de esta empresa a depositar las garantías que le exige el Operador del Sistema .

SEGUNDO.- Se ejercita en el presente proceso una pretensión de carácter anulatorio, en la que se interesa, con el carácter de principal, que se anule la resolución recurrida de 16 de julio de 2015; y, subsidiariamente, que se tipifique la conducta como culposa, excluyéndose en todo caso de la sanción la inhabilitación para el desarrollo de la comercialización y moderándose la sanción impuesta conforme al artículo 67.4 de la Ley



24/2013, de manera que no exceda de la décima parte de la propuesta, adquiriendo la parte en todo caso el compromiso de garantizar la compra de la energía y los futuros desvíos con garantías reales.

Y en pro de tales pretensiones el argumentario de la demanda descansa en los siguientes ejes: a) ausencia de intencionalidad de la entidad recurrente en los desvíos en la compra de energía, combatiendo a este respecto el particular de los hechos probados que trata sobre esta cuestión; b) inexistencia de relación con empresas terceras suspendidas; c) respecto a la falta de aportación de garantía suficiente, que ha intentado prestarlas en forma admitida en Derecho distinta al efectivo o aval bancario; y d) improcedencia de las sanciones impuestas.

Por su parte el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta de la Administración demandada, rechaza todos y cada uno de los argumentos esgrimidos de contrario, remitiéndose por lo general al contenido de la propia resolución impugnada en el proceso.

TE RCERO.- Con los hechos descritos en la resolución recurrida, cumple ya tratar de la tipificación de la infracción, la cual tiene su base en el incumplimiento de la obligación impuesta por el art. 46.1.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, el cual establece: *Serán obligaciones de las empresas comercializadoras, además de las que se determinen reglamentariamente, en relación al suministro: (...) Adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones*. Esta misma obligación estaba prevista en el artículo 45.1ª) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que era la vigente al momento de comienzo de los hechos objeto de este recurso (agosto de 2013).

Pues bien y como se ha visto, la resolución objeto del presente recurso contencioso declara cometida la infracción grave, tipificada en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que consiste en **La no presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción**; y acuerda por ello imponer las sanciones consistentes en el pago de una multa de 150.000 euros y la inhabilitación para el desarrollo de la actividad de comercialización de energía eléctrica durante el período de un año, condicionando su eficacia a la tramitación de un procedimiento de traspaso al comercializador de referencia de los clientes de Euroenergía de Levante, S.L. que no escojan un comercializador diferente; y todo ello sin perjuicio del cumplimiento por parte de esta empresa de las obligaciones de pago que la misma tiene conforme a la normativa vigente con respecto a los desvíos ocasionados.

Así, los argumentos de la demanda van dirigidos principalmente a combatir la tipificación efectuada, negando que existiera intencionalidad en la conducta, y considerando además improcedentes las sanciones impuestas.

CUARTO.- En lo que hace al primero de los argumentos que aduce la parte demandante, que es el que más peso argumental soporta en el escrito rector, recuérdese que en el mismo se niega con concurra el elemento de la intencionalidad en la comisión de la infracción, particularmente en lo que respecta a los desvíos en la compra de energía, señalando que los hechos declarados probados sobre este particular son inveraces.

Más en concreto, en cuanto a la afirmación de la resolución sancionadora consistente en que se ha adquirido de manera consciente menos energía de la que luego se vendía a los clientes, aduce que si bien es cierto que de forma objetiva se adquirió menos energía, ocurren también una serie de circunstancias que hacen desaparecer el elemento intencional: 1º) como quiera que se realiza una liquidación de ajuste, a la postre se abona todo el importe requerido una vez que se recibe el ajuste de la energía vendida de más; 2º) que la compra en menor cantidad se debió a la falta de información por parte del Sistema, conforme a lo previsto en los apartados m) y p) del artículo 40 del Real Decreto 1.435/2002, de 27 de diciembre; y 3º) porque la energía consumida depende en buena medida de factores que son ajenos a la recurrente (meteorología, razones de mercado, la actividad laboral, etc.), lo que hace que se produzcan desajustes, siendo precisamente por ello que está permitida la emisión de facturas de ajuste, las cuales han venido siendo pagadas puntualmente sin que se adeude nada al Sistema.

Y por tales razones estima, en fin, que la menor adquisición de la energía no se ha realizado de manera consciente y mediante un plan preconcebido, de modo que niega que se trate de una infracción continuada.

Por otro lado, en lo que hace al hecho de que se le solicitó que garantizase el pago mediante aval, advierte que en su día se ofreció otorgar escritura de hipoteca sobre un inmueble valorado en tres millones de euros, que es una garantía válida en derecho y que además cubriría el doble del importe requerido.

También se refiere, en este mismo sentido, a dos hechos, que incidirían en la aludida falta de intencionalidad, y que son:

a) La existencia de prácticas abusivas y desleales cometidas por las grandes distribuidoras, que consisten en que se impide a las comercializadoras el acceso a la información de las medidas y lecturas, aunque éstas son facilitadas dentro de los plazos establecidos a la Red Eléctrica de España para realizar los cálculos y liquidaciones, y lo que a su vez impide a aquellas realizar sus cálculos para poder adquirir la energía necesaria



para el desarrollo de la actividad comercializadora, siendo tal circunstancia la que a la postre provoca el desajuste y el pago a posteriori mediante la factura de ajuste.

Y b), el procedimiento de altas de clientes -otra de las causas de los posibles desvíos-, ya que desde el momento en que se capta al nuevo cliente hasta que realmente es comercializado no se respetan los plazos establecidos, dándose en este caso la circunstancia de que se adquiere la energía para esos nuevos clientes sin que todavía hayan sido dados de alta en el Sistema (se refiere a un supuesto acaecido en agosto de 2013 en que la recurrente fue acreedora del Sistema en un importe de 4.878,85 € que fue compensado con la siguiente liquidación, al igual que se hace en el supuesto inverso.

Y por último se aduce que de ser tipificada la actuación como una transgresión del artículo 45.1.a) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, ésta sería en todo caso parcial, pues en definitiva se ha realizado el pago, aunque no se hubiera adquirido con anterioridad toda la energía necesaria por el motivo de desconocerse todos los datos precisos.

QUINTO.- Conviene dejar sentado, a los efectos de valorar la concurrencia del elemento subjetivo en la comisión de la infracción, que el régimen sancionador previsto en la LSE necesariamente ha de ser relacionado con los principios de la potestad sancionadora establecidos con carácter general en la Ley 30/1992. En esta se contempla, en su artículo 130, el principio de responsabilidad, estableciendo: *Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.*

En este sentido, recuerda la STS de 24 de noviembre de 2011 (rec. 258/2009), el Tribunal Constitucional, desde su sentencia 76/1990, de 26 de abril, viene declarando que no cabe en el ámbito sancionador administrativo la responsabilidad objetiva o sin culpa, doctrina que se reafirma en la sentencia 164/2005, de 20 de junio de 2005, en cuya virtud se excluye la posibilidad de imponer sanciones por el mero resultado, sin acreditar un mínimo de culpabilidad aun a título de mera negligencia. Si bien también declara que el modo de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, no se corresponde con las formas de culpabilidad dolosas o imprudentes que son imputables a la conducta humana. De este modo, en este caso de infracciones cometidas por personas jurídicas, y aunque efectivamente haya de concurrir el elemento de la culpabilidad (sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2011 dictada en el recurso de casación en interés de ley), éste se aplica necesariamente de forma distinta con respecto de las personas físicas. Según la STC 246/199 «(...) esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma».

SEXTO.- Así las cosas, y analizando ya las alegaciones que conforman el primer motivo de la demanda y que han sido glosadas al principio, ha de advertirse que no puede ahora ser objeto de enjuiciamiento la calificación que pudiera merecer la conducta de las empresas distribuidoras, siendo lo único que interesa a los fines de este recurso la relevancia que pueda tener esa supuesta circunstancia -como las demás que se aducen- en orden a delimitar la concurrencia del elemento de la culpabilidad en la infracción por la que ha sido sancionada la recurrente.

Y bien, la respuesta a tales alegaciones requiere, en primer lugar, tener en cuenta la justificación que sobre la concurrencia de este elemento se efectúa en la resolución recurrida:

< i>El hecho probado primero revela que, **a pesar de la información que va recibiendo sobre los desvíos en sus compras (y a pesar de los avisos que resultan de los requerimientos que le realiza el Operador del Sistema -entre otros, para que incremente el valor de sus garantías, lo que Euroenergía de Levante no hace-), y no obstante el elevado incremento de su cartera de clientes, Euroenergía de Levante no aumenta el volumen de sus compras en la medida necesaria. Es más, en el año 2014, en que su cartera de clientes estabiliza su crecimiento en torno a los 1.000 consumidores, esta empresa decide reducir las compras que viene realizando (que sabe que son insuficientes), y aplica además esa reducción de forma aún más drástica al recibir noticia de la incoación del procedimiento sancionador que se sigue precisamente por los hechos expuestos. Y que globalmente, considerando el período de agosto de 2013 a junio de 2014 (último mes con cierre de medidas disponible), Euroenergía de Levante ha suministrado 129.566 MWh, de los que ha adquirido en el mercado tan sólo 31.371 MWh, lo que supone un 24%.**

En este sentido, en la tabla que aparece dentro del primer hecho probado de la resolución recurrida (página 7) se refleja lo siguiente:



el déficit en las compras de Euroenergía de Levante es persistente, muy cuantioso, y, en varios meses, se debe incluso a que la cantidad de energía comprada se reduce respecto a la del mes anterior a pesar de la conciencia de Euroenergía de Levante de que el número de sus clientes (y, por ende, la cantidad de energía que les suministra) se está incrementado mes a mes (...) durante el año 2013, Euroenergía de Levante compra menos de la cuarta parte de la energía que vende. En el mes de diciembre de 2013, que es el mes de este año 2013 en que más energía adquiere (2.310 MWh) la energía adquirida simplemente sirve para cubrir un volumen de suministros como el que Euroenergía de Levante sabía que tenía tres meses antes -en septiembre de 2013 (2.240 MWh)-; sin embargo, Euroenergía de Levante es consciente de que en esos tres meses -desde septiembre de 2013 hasta diciembre de 2013- su cartera de clientes se ha multiplicado por diez, pasando de 66 suministros en la red de Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. (el distribuidor con el que mayor número de contratos tiene activos Euroenergía de Levante) a 732, y de 7 suministros en la red de Endesa Distribución Eléctrica, S.L. (el segundo distribuidor con el que mayor número de contratos tiene activos) a 90 (ver, respectivamente, folios 204 y 174 del expediente administrativo). **En el año 2014**, considerando el período de este año en el que se dispone de datos del cierre de medidas (los datos de junio de 2014 están en el Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema - Febrero de 2015, recibido en el Registro de la CNMC el 30 de marzo de 2015), **las compras de Euroenergía de Levante en el mercado se incrementan ligeramente, pero nunca llegan a superar el 50% de la ventas de esta empresa a sus clientes**. En el mes de febrero de 2014 Euroenergía de Levante adquiere la mayor cantidad de energía (7.445 MWh), aunque ésta es notoriamente insuficiente para cubrir los suministros que está realizando (14.956 MWh); pues bien, los cuatro meses siguientes (marzo, abril, mayo y junio de 2014), Euroenergía de Levante va a reducir el volumen de adquisiciones (6.014 MWh, 6.155 MWh, 2.848 MWh y 2.041 MWh, respectivamente), a pesar de que el número de sus clientes (y la energía suministrada) va a seguir incrementándose en esos cuatro meses de 2014 (de 766 clientes a 815 en la red de Iberdrola Distribución Eléctrica y de 137 a 187 en la red de Endesa Distribución Eléctrica; folios 204 y 174 del expediente).

De hecho, en el mes de mayo de 2014, mes en el que Euroenergía de Levante ya tenía noticia de que se le había incoado este procedimiento sancionador por motivo de la insuficiencia de sus compras (pues la incoación de este procedimiento se le notifica finalmente el 29 de abril de 2014, folios 13 y 14 del expediente administrativo), lo que hace Euroenergía de Levante es reducir sus compras notoriamente, y baja de los 6.000-7.000 MWh (que venía comprando en febrero, marzo y abril de 2014) a los 2.848 MWh que compra ese mes de mayo. En el mes de junio de 2014 sigue con esa tendencia: adquiere en mercado sólo 2.041 MWh de los que 20.953 MWh que va a vender. (Página 9 de la Resolución recurrida.)

De estos datos, relatados en la resolución recurrida, puede deducirse con relativa facilidad que la empresa recurrente, con la capacidad de infracción a la que se acaba de hacer referencia, en su modus operandi, con alguna excepción, adquiriría una cantidad de energía inferior a la que previsiblemente iba a necesitar en función de las demandas de sus clientes que ya tenía, e incluso en ocasiones reduce las cantidades pese al incremento mes a mes en el número de sus clientes; más todavía, cuando tiene noticia de la incoación del expediente sancionador decide rebajar su porcentaje de adquisiciones.

SÉ PTIMO.- En lo que hace las alegaciones consistentes en que la energía consumida depende en buena medida de factores ajenos a la voluntad del recurrente, significaremos que en la misma resolución recurrida se ofrece una respuesta en relación a similares consideraciones efectuadas en el expediente sancionador.

En concreto aduce la parte recurrente que al depender la energía consumida, en buena medida, de factores ajenos a la voluntad del recurrente, queda excluido un comportamiento consciente y mediante un plan preconcebido; mas sobre ello la resolución recurrida dice lo que sigue:

Euroenergía de Levante plantea que la falta de acomodo de las ofertas de compra a la energía que se suministra a los clientes es algo accidental, que se debe a falta de información puntual, y destaca, como prueba de que su intención es adquirir correctamente la energía que suministra, que en 2014 adquiere más energía que en 2013.

Fr ente a esta alegación, **ha de tomarse en consideración el elevado déficit de adquisiciones que tiene esta empresa**: en ningún mes ha hecho ofertas de compra que permitiera cubrir la mitad de la energía que suministraba, y, considerando globalmente el conjunto de su tiempo de actividad (esto es, el último cuatrimestre de 2013, el año 2014 y los datos que hay del 2015), resulta que esta empresa ha hecho ofertas de compra por menos de la cuarta parte de la energía que ha estado suministrando. Deben resaltarse, además, conforme a lo expuesto en el hecho probado primero, dos circunstancias: 1) Aunque en el mes de febrero de 2014 Euroenergía de Levante adquiere 7.445 MWh, y ésta es notoriamente insuficiente para cubrir los suministros que está realizando (14.956 MWh), **resulta que en todos los meses ulteriores va adquirir siempre una cantidad por debajo de esa cifra de 7.445 MWh, aunque la empresa es consciente de que su cartera de clientes sigue creciendo**. 2) Cuando el 29 de abril de 2014 Euroenergía de Levante recibe la notificación de la incoación de este procedimiento por motivo de la falta de realización de ofertas de compra, los dos meses

consecutivos a esta notificación (mayo y junio) **va a pasar de reducir aún más sus ofertas de compra** (2.848 MWh y 2.041 MWh, respectivamente). Ambas circunstancias ponen de manifiesto, con especial claridad, la intencionalidad de Euroenergía de Levante en la falta de realización de ofertas de compra.

Estas mismas consideraciones sirven también ahora para rechazar el análogo motivo de la demanda, pues y como se ha adelantado es lo cierto que los hechos acreditados impiden entender que la falta de acomodo de las adquisiciones de energía a la que luego se suministra sea una circunstancia puntual, incluso aunque aisladamente en algún momento se llegara a adquirir una cifra superior.

A estos efectos no puede ser considerado relevante, ante las circunstancias concurrentes, la existencia de un cierto déficit en la información, pues no cabe duda de que esas adquisiciones inferiores de la energía requerida se efectuaban de manera persistente cuando la recurrente, en virtud de las ventas efectuadas en periodos precedentes, tenía datos suficientes como para conocer que las demandas iban a ser superiores, sucediendo incluso que en algunos momentos la cantidad de energía adquirida comprada se reduce respecto a la del mes anterior a pesar del incremento de clientes.

Esto también fue puesto de manifiesto en la resolución sancionadora:

A diferencia de lo que alega Euroenergía de Levante, no se trata de desajustes puntuales en las compras motivados por el hecho de que los distribuidores se pudieran haber retrasado en la comunicación de la activación de algunos clientes de Euroenergía de Levante: el déficit en las compras de Euroenergía de Levante es persistente, muy cuantioso, y, en varios meses, se debe incluso a que la cantidad de energía comprada se reduce respecto a la del mes anterior a pesar de la conciencia de Euroenergía de Levante de que el número de sus clientes (y, por ende, la cantidad de energía que les suministra) se está incrementado mes a mes.

Euroenergía de Levante dispone de los medios que emplean los sujetos comercializadores para determinar el volumen de las compras a efectuar en el mercado, y, en todo caso, con base en el sistema de medidas, conoce, con posterioridad a cada mes, o cada dos meses (según la lectura al consumidor se haga mensual o bimestralmente), los datos de consumo de los mismos, que esto que le permite facturarles.

(En particular conforme al artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, el comercializador dispone del derecho a acceder a la base de datos de puntos de suministro, en la que consta, entre otros datos, el perfil de consumo del cliente y el propio consumo desglosado, correspondiente a los dos últimos años. Asimismo, en su condición de participante de la medida, el comercializador tiene, conforme a los artículos 3.5 y 5 del Real Decreto 1110/2007, de 24 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico, derecho a disponer de la medida de sus clientes, que es lo que le permite facturar).

Asimismo, Euroenergía de Levante recibe de los distribuidores, mensual o bimestralmente, la facturación de los peajes de acceso, en los términos de los artículos 4 y 5 del Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre; estos peajes se determinan precisamente en función de la energía suministrada. Finalmente, hay que destacar, además, que Euroenergía de Levante recibe del Operador del Sistema la comunicación de sus desvíos con ocasión del cálculo de las garantías de operación adicionales que se le exigen con relación a la liquidación; garantías (ocasionadas por desvíos) de las que Euroenergía de Levante es consciente, y que decide no depositar (tal y como el Operador del Sistema denuncia y Euroenergía de Levante reconoce; folios 5, 18 y 19 del expediente administrativo).

OCTAVO.- En otro bloque de alegaciones niega la parte recurrente que tuviera relación con terceras empresas, aspecto éste que también es tratado en la resolución recurrida cuyos fundamentos se reproducen en la contestación a la demanda:

Euroenergía de Levante afirma que no tiene vínculo con las sociedades Elecval ni con Comercializadora Energética Mediterránea. Sin embargo, se observa que en ningún momento la Propuesta de Resolución afirmó la existencia de una relación societaria, que se derivase de la participación en el accionariado o en los órganos de representación de estas empresas (...). Lo que ha quedado establecido en el hecho probado segundo es, en realidad, que la estrategia de compras de Euroenergía de Levante da continuidad a las prácticas seguidas por las empresas Elecval y CENERMED, de cuya cartera de clientes Euroenergía de Levante es, en buena medida, depositaria.

Por lo tanto, esta circunstancia sólo tiene la importancia de constituir un indicio de que la recurrente organizó su actividad con el plan de adquirir menos energía de la necesaria, que asumió desde el inicio de su actividad. Ella misma reconoce en sus alegaciones que consiguió clientes a través de intermediarios de las empresas Comercializadora Energética Mediterránea y Elecval, cuya habilitación se extinguió precisamente por falta de adquisición de la energía necesaria para la realización de las actividades de suministro y por la falta de



prestación de las garantías exigidas por el Operador del Sistema, al igual que ahora sucede. Ahora bien, ello no significa que para tipificar los hechos en la infracción indicada se haya afirmado que existiera entre esas entidades alguna suerte de vinculación empresarial, y por tanto esta circunstancia no ha tenido la relevancia que quiere darle en orden a la tipificación de los hechos, que son los que son y que consisten en la no presentación de ofertas de compra por parte de la aquí empresa recurrente, y no por otras.

NO VENO.- Algo similar habrá que contestar al argumento del escrito rector referido a la prestación de garantías, sobre lo que se aduce que la demandante ofreció otorgar escritura de hipoteca sobre un inmueble valorado en tres millones de euros, que es una garantía válida en derecho y que además cubriría el doble del importe requerido.

Y es que, de nuevo, este aspecto no constituye la conducta por la que realmente fue sancionada la entidad recurrente, pues lo que se le reprocha -recordémoslo de nuevo- es la mera generación intencionada de desvíos del sistema derivada de la falta de presentación de ofertas de compra adecuadas; bien que también se expresara que se trata de asegurar a los terceros agentes afectados que dispongan de garantías efectivas que sean fácilmente liquidables, así como que la falta de presentación de garantías supone el riesgo de que la cantidad, en caso de impago definitivo, no esté cubierta, efecto que no se evitaría con la emisión de facturas de ajuste. Esto es, no se cuestiona que no se hayan abonado las liquidaciones de ajuste -se verá después, no obstante, que la recurrente ha dejado de abonar los importes pendientes tras el expediente sancionador-, sino que al no tratarse de desvíos puntuales, que son los que realmente justificarían el ajuste, sucede que esa falta de constitución de garantías adecuadas acarrea el riesgo de que no se abonen a los agentes afectados el importe de los desvíos, siendo que habrían de cubrirse a través de esas garantías no sólo las liquidaciones ya practicadas sino también las pendientes de realizar.

Por otra parte, y en cuanto a que la recurrente intentó garantizar con bienes inmuebles por valor de tres millones de euros el déficit en las compras, decir, para rechazar el argumento, por un lado, que no consta que aportara una prueba de la valoración de las instalaciones; y, por otro, que en todo caso la insuficiencia de esa garantía queda demostrada por el hecho de que no cubre el déficit existente a fecha de 30 de marzo de 2015.

DÉCIMO.- En el último argumento de la demanda se considera improcedente la sanción impuesta, negándose en este sentido la efectiva causación de perjuicios, toda vez que los desvíos en la adquisición de la energía eran a la postre satisfechos tras practicarse los pertinentes ajustes. Para sustentarlo vuelve la recurrente a negar la intencionalidad en la conducta, por las razones ya señaladas, por lo cual entiende que no procede imponer sanción alguna, o a lo sumo sólo reducirla a una sanción de carácter económico.

En particular sobre la multa, se aduce que de conformidad con el art 67 de la Ley 24/2013, debe la misma cumplir, entre otros, los requisitos de no superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor y de ser ponderada en función del perjuicio ocasionado. Así, y reconociéndose la concurrencia del primer aspecto, se niega sin embargo el segundo, en que el perjuicio es de cero euros al no existir deuda insatisfecha tras la práctica de los pertinentes ajustes; por ello, y para el improbable supuesto de que se entendiera que existe una conducta culpable, la sanción que procedería sería mínima, ofreciéndose además y de nuevo la aportación una garantía real de sus naves mediante el otorgamiento de escritura pública.

Y en lo que hace a la sanción de inhabilitación por un año de duración, considera que la misma conlleva al cierre de la empresa ante la más que probable situación concursal a la que se va a enfrentar.

Pu es bien, las consideraciones expuestas en el anterior fundamento de derecho llevan a rechazar este argumento; en este caso por los riesgos que se originan al sistema, derivados de que las previsiones de demanda, para cuya cobertura se programa la generación, no se efectúen adecuadamente ante la falta de ofertas de compra, de manera que la solución del ajuste, prevista en principio para adecuar los desajustes puntuales, en este caso se ha convertido en la regla general observada en la manera de actuar -en el modus operandi- de la recurrente. Es ese el peligro que quiere evitarse con la previsión de la infracción que nos ocupa: que la energía suministrada no esté adecuadamente programada y que por ello la producción o generación no esté correctamente prevista, cometiéndose la infracción aunque siempre se hubieran satisfechos las liquidaciones provocadas por dichos ajustes.

Estas consideraciones, más in extenso, fueron asimismo expuestas en la resolución recurrida:

Se pone en riesgo la operación correcta del sistema cuando las previsiones de demanda (para cuya cobertura se programa la generación) no se determinan adecuadamente por falta de ofertas de compra. Ello sucede cuando lo que está previsto en el sistema como una solución de ajuste se convierte en modus operandi con respecto a los suministros que efectúa el sujeto comercializador de que se trata (porque más de los tres cuartos de su suministro se ha de atender a través de los servicios (...))



El sistema no puede sostenerse en la confianza de que los desvíos generados se abonarán, si no hay una garantía previa de que los pagos se producirán. No puede admitirse la existencia de sujetos comercializadores que han de afrontar pagos por valor de varios millones de euros y respecto de los que no hay garantía para dicho pago. El depósito de esa garantía está previsto con carácter obligatorio en el artículo 46.1.e) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y está regulado en el Procedimiento de Operación 14.3 (Garantías de pago), aprobado por Resolución de 9 de mayo de 2011 (BOE 20 mayo 2011).

Pues bien, lo que sucede con Euroenergía de Levante es que esta empresa no sólo no adquiere en mercado la mayoría de la energía que suministra, sino que, además, no presta las garantías normativamente exigidas para asegurar el pago de las facturas que han de remitírsele por los desvíos que ocasiona. Lo que se afirma en el hecho probado tercero es que el valor estimado de los desvíos pendientes de pago que la conducta seguida por Euroenergía de Levante ha causado es superior a los 6 millones de euros y que, en caso de impago, dicha cantidad no estará cubierta con las garantías depositadas por Euroenergía de Levante, dada la negativa de esta empresa a depositar las garantías que le exige el Operador del Sistema.

El hecho de que una empresa haya pagado facturas en el pasado no es garantía de que lo siga haciendo; los generadores que producen la energía que Euroenergía de Levante está vendiendo a sus consumidores no pueden, sin garantía cierta, quedar a la expectativa de que Euroenergía de Levante abone las facturas cuando, meses después, una vez cerrada la medida conforme a los procesos específicos del sistema de medidas eléctrico, se proceda a su facturación; máxime cuando el riesgo de impagos va creciendo según avanza el tiempo, y ello es así, en especial, en el caso de Euroenergía de Levante, al incrementarse la cartera de clientes y reducirse más las ofertas de compra (incrementando la facturación por desvíos). (...)

En definitiva, la conducta de Euroenergía de Levante, desarrollada de forma intencionada, afecta a la correcta operación del sistema y pone en riesgo el sistema de cobros y pagos en que se asienta la prestación de servicios de ajuste, en un contexto en que la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico es un valor principal al que se orienta la regulación.

Por otro lado, no es baladí, aunque se trate de un hecho acaecido con posterioridad a la resolución recurrida, que la recurrente ya ha dejado de hacer frente a las liquidaciones, de modo que a fecha 31 de marzo de 2016 los impagos acumulados -según los cálculos no combatidos que hace la Administración demandada y que se deducen de los informes de Red Eléctrica de España de 31 de julio y 10 de septiembre de 2015- superan los 11 millones de euros. Y lo cual significa que el valor de producir la energía comercializada por esta empresa no ha podido ser entregado por el Operador del Sistema a los correspondientes sujetos generadores, que a tenor de lo ya explicado carecen de garantías para poder efectuar el cobro de la energía que han producido y que ha sido gestionada por la recurrente en los canales de comercialización.

UN DÉCIMO.- Por todo lo expuesto, en fin, procede desestimar el presente recurso contencioso administrativo; con la consiguiente imposición de costas a la parte recurrente en estricta aplicación el principio del vencimiento objetivo, según lo que establece el artículo 139.1 de la LJCA.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación;

FA LLAMOS

Que desestimamos el presente recurso contencioso administrativo nº **509/2015**, interpuesto por la Procuradora D^a Rosa María Martínez Virgill, en nombre y representación de la mercantil **EUROENERGÍA DE LEVANTE, S.L.**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada por su Sala de Supervisión Regulatoria en la sesión de 16 de julio de 2015 y recaída en el expediente SNC/DE/0021/14.

Se imponen a dicha parte las costas causadas por dicho recurso.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PU BLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.