



Roj: **SAN 5427/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:5427**

Id Cendoj: **28079230042017100572**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **20/12/2017**

Nº de Recurso: **847/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000847 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04884/2016

Demandante: ZENCER, SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA

Procurador: D^a IRENE GUTIERREZ CARRILLO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veinte de diciembre de dos mil diecisiete.

Esta sala ha visto el recurso contencioso-administrativo num. **847/2016** que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo ha promovido la procuradora D^a **Irene Gutierrez Carrillo** en nombre y representación de **ZENCER, SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA**, contra Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 7 de julio de 2016 (con referencia SNC/DE/O31/15) recaída en el procedimiento sancionador incoado a dicha empresa, por falta de presentación de ofertas de compra de energía eléctrica en el mercado de producción en la medida necesaria para sus actividades de comercialización, (artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico ; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



1. La parte actora interpuso, en fecha 16 de septiembre de 2016, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO: Qu e teniendo por presentado este escrito con sus copias y documentos que se acompañan, en tiempo y forma, se sirva admitirlo, teniendo por formulada en tiempo y forma demanda contencioso administrativa contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada en el Procedimiento Sancionador incoado a Zencer, S.C.A., CON REFERENCIA snc/de/031/15 de fecha 7 de julio de 2016, notificada a mi mandante con fecha 20-07-16, y tras los trámites legales oportunos, entre los que se encuentra el recibimiento a prueba que desde este instante dejo interesado por OTROSI, dicte sentenciapor la que estimando la demanda, se estime el recurso, acordando anular por los motivos que han sido expuestos en el relato de la demanda, la sanción interpuesta a ZENCER, o subsidiariamente la sustancial disminución del importe de la misma enatención a lo normado en los apartados 3 y 4 del art. 67 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico ."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"dicte en su momento Sentencia que desestime el recurso interpuesto con imposición de costas a la parte contraria."*

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 12 de mayo de 2017 acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante Providencia de fecha 10 de julio de 2017 se señaló para votación y fallo el día 13 de diciembre de 2017, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Es objeto de impugnación la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 7 de julio de 2016 (con referencia SNC/DE/O31/15) recaída en el procedimiento sancionador incoado a la empresa ZENCER, S. COOPERATIVA ANDALUZA, por falta de presentación de ofertas de compra de energía eléctrica en el mercado de producción en la medida necesaria para sus actividades de comercialización, constitutiva de infracción grave (artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico .

2. La actora considera, en síntesis, en su demanda que la sanción es desorbitada ya que debe calificarse la infracción como leve y del artículo 66, que no de infracción grave del artículo 65 de la Ley 24/13 . Resultaría, a su juicio, de aplicación el artículo 79 ya que habrían transcurrido más de nueve meses, plazo previsto para que opere la caducidad del procedimiento sancionador por infracciones leves. También se queja la demandante de ciertos defectos formales como el atinente a la pretendida falta de audiencia y a la denegación de la prueba interesada.

El Abogado del Estado se opone tanto a los defectos formales aludidos como también respecto a la conformidad a derecho de la sanción impuesta y razona sobre la concurrencia de todos y cada uno de los elementos de la infracción y de la sanción del caso.

3. Debemos por lo pronto partir de los hechos probados que así se declaran en la resolución impugnada que puso fin al procedimiento sancionador incoado a la hoy recurrente y que en ningún momento han sido cuestionados por ésta; a saber:

"Desde, al menos, el mes de julio de 2013 hasta el mes de marzo de 2015, Zencer, S. Coop. And. ha venido adquiriendo en el mercado (diario e intradiario) una cantidad de energía notoriamente inferior a la que ha estado vendiendo a sus clientes.

Este hecho queda acreditado tanto por la información aportada por el Operador del Sistema como por el reconocimiento de los hechos por parte de Zencer, S. Coop.

En concreto, en su escrito de denuncia, recibido el 10 de marzo de 2015, el Operador del Sistema manifiesta lo siguiente (folio 3 del expediente administrativo):

«E l 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 ZENCER, S. COOP. AND (F93157717).

In cumplimiento de la obligación de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de su actividad, establecida en el párrafo c) del Artículo 46.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico .»

De forma específica, en el anexo al escrito de denuncia, el Operador del Sistema informa sobre la relevancia que tienen los desvíos en que Zencer viene incurriendo desde el inicio de su actividad (que tuvo lugar en septiembre de 2012), y, de forma más acusada, desde el mes de julio de 2013. En el gráfico que aporta, el Operador del Sistema detalla el volumen de energía adquirida por Zencer, S. Coop. And. en mercado y el volumen de energía suministrada a los consumidores por esta misma empresa, conforme a la medida obtenida en el Sistema de Medidas; adicionalmente, el Operador del Sistema cuantifica el desvío (considerando este concepto como la relación que hay entre el volumen de energía que no ha sido adquirido -pero que se ha suministrado- y el volumen de la energía que se ha adquirido).

En particular, por lo que se refiere al período entre julio de 2013 y noviembre de 2014, el valor del desvío, para cantidades de energía suministrada que se sitúan entre los 100 y los 500 MWh mensuales, oscila entre el 26% (de julio de 2013) y el 308% (de noviembre de 2014):

En cuanto a los datos posteriores a noviembre de 2014, el requerimiento de información efectuado al Operador del Sistema a solicitud del imputado, muestra también que, desde diciembre de 2014 a abril de 2015, Zencer, S. Coop. And. ha estado adquiriendo en mercado una cantidad de energía inferior a la que ha estado suministrando a sus clientes, aunque la relevancia de los desvíos no sea, sin embargo, tan alta como la de los meses precedentes:

MES Programa Compras (PHF) MWhBC Consumo elevado a barras de central MWh BC Programa sobre medida %

Diciembre 2014 509,2 604,524 84

Enero 2015 382,4 606,802 63

Febrero 2015 392,4 546,203 72

Marzo 2015 406,7 503,084 81

Abril 2015 376,2 436,153 86

Mayo 2015 453,6

Junio 2015 442,9

Julio 2015 496,5

Tabla incluida en el informe presentado por el Operador del Sistema el 6 de agosto de 2015 (folio 39 del expediente administrativo).

Ha de indicarse que, al remitir esta última información, el Operador del Sistema ponía de relieve que los datos de consumo del año 2015 (los datos de los meses de enero a abril de 2015) no se corresponden con información para la que haya cierre de medidas en el Sistema de Medidas eléctrico, sino que son datos considerados a partir de la facturación de energía llevada a cabo por los distribuidores a los comercializadores a modo de peaje de acceso: «..., el último mes con cierre de medidas de demanda es diciembre de 2014. Los consumos de enero a abril de 2015 se corresponden con la energía facturada en peajes de acceso comunicada por los distribuidores al operador del sistema, elevada a barras de central con coeficiente medio de ZENCER del año 2014.»

Pues bien, a partir de todos los datos expuestos, y ya con la actualización -conforme al cierre de medidas- de la información correspondiente a los primeros meses del año 2015, la Propuesta de Resolución (páginas 7 y 8 de la misma, que se corresponden con los folios 50 y 51 del expediente administrativo) recogía los datos generales de la actividad de compras de Zencer, S. Coop. And. desde julio de 2013 hasta marzo de 2015.

Como se puede comprobar, Zencer, S. Coop. And. ha estado adquiriendo una cantidad de energía notoriamente inferior a la que ha estado suministrando a sus consumidores. El déficit de adquisición supera incluso bastantes meses el 60% de la energía suministrada (en concreto, lo supera de forma continua entre diciembre de 2013 y noviembre de 2014); esto es, no se trata de desvíos puntuales ni de porcentajes irrelevantes.

Por lo demás, la existencia de un déficit de compras no ha sido en ningún momento negada por el imputado, que en las alegaciones al Acuerdo de incoación afirmaba que "Cierta es que durante un periodo temporal determinado, Zencer S.C.A. ha evidenciado una serie de desvíos sobre el programa; siendo los primeros



interesados en corregir dicha tendencia a fin de que su consumo no le sea más gravoso e invertir así el fin tendencial primigenio de su constitución como comercializador en el sistema: el obtener un ahorro en su consumo energético" (folio 25 del expediente administrativo).

Pues bien, tales hechos, pese a lo manifestado por la actora, en relación con la consideración de infracción leve, se encuentran correctamente subsumidos, como infracción grave, en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico que concretamente tipifica como tal infracción *"la no presentación, en el mercado, de las necesarias ofertas de compra (caso de los comercializadores) o de venta (caso de los productores)"*.

En definitiva, se trata de una infracción grave y, por consiguiente el procedimiento no caducó ya que fue incoado el 26 de marzo de 2015, notificado el 6 de abril de 2015 y terminó con la resolución impugnada, notificada el 20 de julio de 2016, esto es, antes de que transcurriera el plazo de dieciocho meses previsto para su duración en el artículo 79 de la propia LSE .

4. Por lo demás, tampoco cabe apreciar las irregularidades formales a que se refiere la recurrente: por lo que se refiere a la audiencia, salta a la vista con solo una somera lectura vista del expediente administrativo y de los escritos de alegaciones presentados en la tramitación de aquél; y en cuanto a la prueba, igualmente se constata que fue efectivamente practicada, incluso el propio recurrente reconoce que se le informó sobre su práctica.

En definitiva, se ha respetado el principio de tipicidad, también el de culpabilidad al que no es óbice la ausencia de intención volitiva o dolosa que se alega por la actora y, por último, también el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción (una multa de 80.000,00 €) graduada la multa con arreglo a los parámetros previstos en el artículo 67.4 de la propia Ley 24/2013 , a ninguna de cuyas circunstancias se refiere siquiera la demanda y que, por lo demás, han sido adecuadamente ponderadas en la resolución impugnada.

De ahí que el recurso debe ser desestimado.

5. De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, debe condenarse a la parte recurrente al pago de las costas procesales.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

DE SESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº **847/2016** interpuesto por la representación procesal de **ZENCER, S. COOPERATIVA ANDALUZA**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 7 de julio de 2016 (con referencia SNC/DE/O31/15), a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

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 Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.