

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA
EMPRESA GIGABUSINESS, S.L. (EN LIQUIDACIÓN) POR EL PRESUNTO
INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTACIÓN DE GARANTÍAS**

SNC/DE/051/19

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 11 de marzo de 2021

En el ejercicio 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

PRIMERO. – Denuncia de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A.

El 28 de marzo de 2019 se recibió en el Registro de la CNMC un escrito de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., Operador del Sistema eléctrico (en adelante «OS») de 27 de marzo de 2019, acerca de un incumplimiento, de la sociedad GIGABUSINESS, (en adelante, GIGABUSINESS) de la obligación de prestar las garantías exigidas por este operador en los siguientes extremos:

- Obligación de prestación de la totalidad de garantías establecida en el párrafo e) del artículo 46.1 de la Ley 24/2013. Las garantías por valor de 117.000 euros fueron requeridas con fecha límite de 20 de marzo de 2019.

SEGUNDO. – Incumplimiento de la prestación de garantías

Según la última información disponible aportada por el OS, el estado de insuficiencia de garantías el último día del mes correspondiente de la sociedad GIGABUSINESS S.L., se muestra en el siguiente cuadro:

Empresa	Mes	Déficit garantías PO 14.3 Art. 11 EUR	Déficit garantías PO 14.3 Art. 9 y 10 EUR
GIGABUSINESS, S.L.	Marzo 2019	122.000	116.410
GIGABUSINESS, S.L.	Abril 2019	104.000	89.410
GIGABUSINESS, S.L.	Mayo 2019	354.000	214.410
GIGABUSINESS, S.L.	Junio 2019	344.000	209.410
GIGABUSINESS, S.L.	Julio 2019	674.000	332.410
GIGABUSINESS, S.L.	Agosto 2019	566.000	278.410
GIGABUSINESS, S.L.	Septiembre 2019	484.000	237.410
GIGABUSINESS, S.L.	Octubre 2019	488.000	324.410
GIGABUSINESS, S.L.	Noviembre 2019	756.000	458.410
GIGABUSINESS, S.L.	Diciembre 2019	968.000	564.410
GIGABUSINESS, S.L.	Enero 2020	1.144.000	593.410
GIGABUSINESS, S.L.	Febrero 2020	1.346.000	694.410
GIGABUSINESS, S.L.	Marzo 2020	1.552.000	797.410
GIGABUSINESS, S.L.	Abril 2020	1.758.000	863.410
GIGABUSINESS, S.L.	Mayo 2020	1.960.000	964.410

Se aprecia un aumento del déficit de garantías en ambos tipos de garantías contempladas en el procedimiento de ordenación 14.3.

Con fecha 23 de junio de 2020, el OS procede a dar de baja GIGABUSINESS como participante en el mercado y agente de los despachos no peninsulares. Según el informe de los servicios de ajuste del sistema del mes de octubre de 2020, GIGABUSINESS ya no presenta una situación de déficit de garantías en el último día hábil del mes del referido informe por garantías de operación adicional (artículo 10 del PO 14.3). Esto es debido a que, a partir de ese mes, ya no tendría liquidaciones pendientes con el operador del sistema. No obstante, lo anterior, GIGABUSINESS tiene una deuda pendiente de pago por la energía que no ha sido adquirida que, no ha sido abonada a través de los desvíos de energía y, que asciende a un total de 417.294 euros.

Empresa	Mes	Garantías depositadas	Déficit garantías PO 14.3 Art. 10 EUR
GIGABUSINESS, S.L.	Junio 2020	129.590	295.410
GIGABUSINESS, S.L.	Julio 2020	129.590	232.410
GIGABUSINESS, S.L.	Agosto 2020	129.590	130.410
GIGABUSINESS, S.L.	Septiembre 2020	129.590	28.410

TERCERO- Acuerdo de incoación

Con fecha 22 de junio de 2020, el Director de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Ley 3/2013») y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Estatuto de la CNMC»), acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra GIGABUSINESS por presunto incumplimiento de la obligación de prestación de garantías establecida en el párrafo e) del artículo 46.1 de la Ley 24/2013.

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban como infracción leve prevista en el artículo 66.2 de la Ley del Sector Eléctrico, en relación con el apartado 3 del Procedimiento de Operación 14.3 (“Garantías de pago”).

Tras varios intentos infructuosos de notificación mediante notificación electrónica y habiendo constatado mediante notificación en papel que la dirección de la indicada sociedad era desconocida, se procedió a publicar acuerdo de incoación en el Boletín Oficial de Estado con fecha 6 de noviembre de 2020.

GIGABUSINESS no ha presentado alegaciones al acuerdo de incoación.

CUARTO- Cambio de instructor del procedimiento sancionador

Con fecha 9 de diciembre 2020 fue designada, con efectos a partir del día 11 de diciembre de 2020, Doña María Jesús Martín Martínez, como Directora de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cesando D. Santiago Muñoz Gámez, en su condición de Director de Energía. Ello supone un cambio del instructor del presente procedimiento sancionador, siendo de aplicación las causas establecidas en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

QUINTO. Propuesta de Resolución.

El 21 de diciembre de 2020 la Directora de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, la Directora de Energía propuso adoptar la siguiente resolución:

“ACUERDA PROPONER

A la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO. - Declare que la empresa GIGABUSINESS, S.L., en liquidación es responsable de la comisión 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 lo establecido en los procedimientos de operación en relación con la constitución de garantías para operar en el mercado eléctrico.

SEGUNDO. - Imponga a la citada empresa una sanción consistente en el pago de una multa de 600.000 euros por la comisión de la citada infracción leve.”

SEXTO. Notificación de la Propuesta y alegaciones a la misma.

La Propuesta de Resolución fue notificada a través de publicación en el Boletín Oficial del Estado con fecha 4 de febrero de 2021.

GIGABUSINESS no ha presentado alegaciones a la misma.

SÉPTIMO. Finalización de la instrucción y elevación del expediente al Consejo.

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por la Directora de Energía, mediante escrito de fecha 23 de febrero de 2021, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

OCTAVO. Informe de la Sala de Competencia.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y de lo establecido en el artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO- GIGABUSINESS desatendió el requerimiento de prestación de garantías exigidas por el Operador del Sistema por importe de 117.000 euros con fecha límite de pago 20 de marzo de 2019, ha llegado a tener un déficit máximo de prestación de garantías de 1.960.000 euros el 31 de mayo de 2020 y se ha mantenido en situación de insuficiencia de garantías hasta, al menos, el día 30 de septiembre de 2020, alcanzándose en esta fecha, un déficit de garantías de 28.410 euros

Así resulta del escrito del OS de 27 de marzo de 2019 y de los Informes mensuales de los servicios de ajuste del sistema correspondientes al mes de mayo de 2020 y septiembre de 2020, ambos remitidos a esta Comisión por el OS, con entrada en el Registro con fecha 29 de junio de 2020 y 30 de octubre de

2020 respectivamente, según consta en el apartado «incumplimientos prolongados de garantías. Artículo 46.1.e. Ley 24/2013» del capítulo 14 «Incumplimientos de los sujetos de liquidación».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC.

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013 y al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Dirección de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético debiendo realizar propuesta de Resolución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.2 de la Ley 24/2013, se atribuye a la CNMC la competencia para imponer sanciones por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 66.2 de la Ley del Sector Eléctrico.

Dentro de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución del presente procedimiento.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el Capítulo II del Título X de la Ley del Sector Eléctrico. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de dicha Ley, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de nueve meses al tratarse de una infracción leve.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en el Título IV de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y, en particular, sus artículos 63, 64, 85, 89 y 90, en los que se contemplan especialidades relativas al procedimiento sancionador.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

En relación con el hecho recogido de la presente Resolución, el artículo 46.1 e) de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico establece la obligación de los comercializadores de «e) Prestar las garantías que reglamentariamente se establezcan».

Por su parte, 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 1 de junio de 2016 (BOE 13 junio 2016), de la Secretaría de Estado de Energía, recoge, en su apartado 3, la obligación de aportación de garantías: «Los Sujetos de Liquidación que puedan resultar deudores como consecuencia de las liquidaciones del Operador del Sistema deberán aportar a éste garantía suficiente para dar cobertura a sus obligaciones económicas derivadas de su participación en el Mercado y en los Despachos, de tal modo que se garantice a los Sujetos acreedores el cobro íntegro de las liquidaciones realizadas por el Operador del Sistema en los días de pagos y cobros establecidos en el Procedimiento de Operación 14.1. La hora límite para aportar las garantías será las 15:00 horas del último día señalado en los distintos apartados de este procedimiento de operación».

A su vez, el apartado 6 del mismo Procedimiento de Operación 14.3 establece los tipos de garantías exigidas a los sujetos de liquidación, que son:

«a) Una garantía de operación básica que se determinará por el Operador del Sistema según lo establecido en el apartado 9, con el fin de asegurar con carácter permanente un suficiente nivel de garantía.

b) Una garantía de operación adicional mensual y, en su caso, intramensual, calculada según lo establecido en el apartado 10 para cubrir las obligaciones de pago derivadas de futuras liquidaciones correctoras de la liquidación inicial para cada mes que no disponga de Liquidación Final Definitiva.

c) Una garantía excepcional, exigible a los Sujetos en aquellos supuestos en que el Operador del Sistema lo considere necesario, bien por existir un riesgo superior a la cobertura de las garantías de operación básica y adicional, bien por otras circunstancias especiales que justifiquen objetivamente la exigencia de garantías complementarias».

Finalmente, el apartado 11 del mismo Procedimiento de Operación permite revisar la garantía de operación exigida (básica y adicional) como consecuencia del seguimiento diario de las mismas, y establece que el sujeto de liquidación deberá constituir la garantía exigida antes de las 15:00 horas del tercer día hábil posterior a la petición de aumento o reposición de garantías.

Según se refleja en el Hecho Probado Único, GIGABUSINESS no sólo desatendió el requerimiento de aportación adicional de garantías con fecha 20 de marzo de 2019, sino que se mantuvo en situación de insuficiencia de garantías de forma continuada hasta al menos el 30 de septiembre de 2020.

Cabe destacar que, además, GIGABUSINESS no ha atendido al pago de las liquidaciones por la energía que no ha adquirido para el consumo de sus clientes, hecho que ha motivado el continuo requerimiento por parte del OS de garantías mensuales e intramensuales desde el 20 de marzo de 2019. Como consecuencia de la deuda dejada por la empresa, debe señalarse que, según Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de octubre de 2020, GIGABUSINESS ha causado una pérdida de ingresos a los sujetos acreedores de los servicios de ajuste del sistema eléctrico que se eleva a 417.294 euros.

Este Hecho Probado Único constituye la conducta típica prevista y calificada como falta leve en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, por cuanto supone el incumplimiento de una obligación derivada de los Procedimientos de Operación, que no tiene la consideración de infracción muy grave o grave de conformidad con los artículos 64 y 65 de dicha Ley, cuando de dicho incumplimiento no derive perjuicio para el funcionamiento del mercado o del sistema eléctrico.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LAS INFRACCIONES.

IV.1. Consideraciones generales sobre la culpabilidad.

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 al que se impute su comisión. Es decir, 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 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que señala: «Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa».

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 de enero de 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».

IV.2. Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso

La diligencia que es exigible a un comercializador en su condición de sujeto de mercado implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos, entre las que se encuentran la ya mencionada obligación descrita en el artículo 46.1.e) de la Ley del Sector Eléctrico, relativa al depósito de las garantías exigidas en relación con su participación en mercado.

Dicha diligencia comporta una solvencia económica y/o financiera que permita a esa sociedad acometer todos y cada uno de los pagos necesarios en cumplimiento de sus obligaciones normativas, como en el presente caso el depósito de las correspondientes garantías. Todo ello, aun cuando la actividad de comercialización se encuentra liberalizada (o sometida a una menor intensidad regulatoria), su ejercicio no está exento del cumplimiento de obligaciones normativas.

En consecuencia, el estado de insuficiencia de garantías con el que ha operado GIGABUSINESS durante más de un año con pleno conocimiento y sin tomar medida alguna para resolverlo es una conducta que debe calificarse como culpable a título doloso, ya que, conociendo la situación, la ha mantenido en el tiempo e incluso, se ha ido acrecentando hasta la situación actual.

V. SANCIÓN QUE SE FORMULA, APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA.

El artículo 67 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico prevé una multa de hasta 600.000 euros por la comisión de una infracción leve, si bien, indica que la sanción no podrá

superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.

Por su parte, el artículo 67.4 de la Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar las sanciones:

- «a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.
- b) La importancia del daño o deterioro causado.
- c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro.

- d) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.
- e) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.
- f) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma entidad cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.
- g) El impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.
- h) Cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el mayor o menor grado de reprobabilidad de la infracción».

Teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción de riesgo cometida, se considera que no concurre ninguna circunstancia que agrave su trascendencia en lo referente a la importancia del daño o perjuicio en la continuidad y regularidad del suministro. En cuanto a la intencionalidad, ya se ha motivado que se aprecia dolo en la comisión de la infracción, ante la continuidad de la infracción.

En cuanto al límite legal del 10% del importe neto anual de la cifra de negocios, ha de tenerse en cuenta que la mercantil está en fase de liquidación, resultado de un concurso voluntario iniciado con anterioridad a la propia denuncia de REE, por lo que no se dispone de un importe neto anual de la cifra de negocios actualizado. Se fija una multa de 600.000 euros, importe máximo de la sanción aplicable al tipo infractor leve, atendiendo a la continuidad y gravedad de la situación de falta de garantías y pérdidas de ingresos a los sujetos acreedores de los servicios de ajuste del sistema eléctrico que se eleva a 417.294 euros.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que GIGABUSINESS, S.L. (en liquidación) es responsable de la comisión 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 de su incumplimiento de lo establecido en los procedimientos de operación en relación con la constitución de garantías para operar en el mercado eléctrico.

SEGUNDO. Imponer a GIGABUSINESS, S.L. (en liquidación), una sanción consistente en el pago de una multa de seiscientos mil (600.000) euros por la citada infracción leve.

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.