

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ZENCER, SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA, POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR LAS GARANTÍAS EXIGIDAS POR EL OPERADOR DEL SISTEMA ELÉCTRICO

SNC/DE/033/15

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA

D^a María Fernández Pérez

CONSEJEROS

D. Eduardo García Matilla
D. Josep Maria Guinart Solà
D. Diego Rodríguez Rodríguez

SECRETARIO DE LA SALA

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 1 de diciembre de 2015

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 10 de marzo de 2015 se recibió en el Registro de la CNMC escrito del Operador del Sistema eléctrico denunciando el incumplimiento, por parte de Zencer, Sociedad Cooperativa Andaluza, de la obligación de adquirir la energía necesaria para el desarrollo de su actividad de suministro, así como el incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema. Específicamente, en relación a la prestación de garantías, el Operador del Sistema expone que requirió a la empresa comercializadora la prestación de 140.000 euros de garantías con fecha límite de 18 de febrero de 2015 y que tales garantías no habían sido aportadas.

SEGUNDO.- *Incoación del procedimiento sancionador*

De conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), el Director de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de los procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), acordó incoar el 26 de marzo de 2015 un procedimiento sancionador contra Zencer, S.C.A., por la infracción leve consistente en la falta de prestación de las garantías exigidas por el Operador del Sistema.

El Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado a Zencer el 6 de abril de 2015. Por medio del escrito de notificación se confería a esta empresa un plazo de quince días hábiles para la formulación de alegaciones, presentación de documentos y proposición de prueba.

TERCERO.- Vista del expediente y alegaciones de Zencer

Con fecha 22 de abril de 2015 Zencer compareció en la CNMC para tomar vista del expediente administrativo y solicitar ampliación de plazo conferido para formular alegaciones.

Con fecha 27 de abril de 2015 se notificó a Zencer la ampliación del plazo inicialmente conferido para formular alegaciones.

El 8 de mayo de 2015 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de Zencer, presentado en la Subdelegación del Gobierno de Málaga el 4 de mayo de 2015. En este escrito, Zencer efectuó las siguientes alegaciones:

- *«Cierto es que dentro del plazo requerido, Zencer S.C.A. aún no ha presentado la garantía exigida por el sistema; pero cierto es también que no adeuda cantidad alguna, atendiendo el pago de una única y puntual factura de penalización que le ha sido emitida por MEFF respecto del periodo de enero de 2015 [...]; así como la correspondiente a sus intereses de demora [...]». «[...] la causa de ello ha sido una disfunción temporal con el Banco [...] por fortuna hoy solucionado [...]»*
- *«[...] Zencer, SCA., [...] cuenta con un capital social, [...] de 110.000'00 € [...]; ha facturado a sus cooperativistas un 71,22% más [...], que en todo el ejercicio 2014 [...]; Por todo ello, ha sorprendido [...] que un solo incidente motivado y subsanado en 5 días, haga que se acuda por el Operador del Sistema, a la Resolución de 9 de mayo de 2011, en forma [...] desproporcionada [...]»*

- *«Las circunstancias concurrentes en el caso [...] hacen [...] que no [...] pueda considerarse que por parte de la Cooperativa se haya podido poner en riesgo el cumplimiento de las obligaciones económicas [...]»*

Zencer propone en su escrito de alegaciones la realización de las siguientes pruebas:

«DOCUMENTAL.- Consistente en la resultante de librar el despacho oportuno a Red Eléctrica Española a fin de que por la misma se informe de la existencia en la actualidad, de cualquier incumplimiento de pago, vencido y exigible, por ZENCER S.C.A.

MÁS DOCUMENTAL.- Consistente en los documentos núms. 1 a 4 aportados con el presente escrito de alegaciones.

MÁS DOCUMENTAL 2.- Consistente en la resultante de dejar designada la contabilidad de mi mandante a fin de acreditar cuantos documentos concretos sean requeridos por la CNMC».

La empresa adjunta a sus alegaciones la siguiente documentación:

- **Doc. 1:** Factura de penalización emitida por MEFF ¹.
- **Doc. 2:** Factura de penalización emitida por MEFF (intereses de demora).
- **Doc. 3:** Listado sobre facturas a clientes por tipo de tarifa (2014)
- **Doc.4:** Listado sobre facturas a clientes por tipo de tarifa (enero 2015-abril 2015)

CUARTO. Información adicional remitida por el Operador del Sistema

Con fecha 7 de julio de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito del Operador del Sistema, informando, a efectos de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, acerca del incumplimiento de Zencer de la obligación de pago establecida en el artículo 46.1.f) de la Ley 24/2013. De forma específica, el Operador del Sistema manifiesta lo siguiente: *“El importe no pagado ha sido de 25.453,67 euros. Se ha ejecutado la garantía depositada según lo dispuesto en los procedimientos de operación y ha sido suficiente para permitir el cobro de la cantidad adeudada.”*

QUINTO.- Práctica de prueba

Con fecha 29 de julio de 2015 el Director de Energía adoptó el siguiente acuerdo:

¹ Entidad a la que el Operador del Sistema ha encomendado la gestión de las garantías correspondientes a las obligaciones de pago derivadas de los servicios de ajuste del sistema eléctrico.

«PRIMERO.- Incorporar al Expediente Administrativo SNC/DE/0033/15 el escrito de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., de fecha 30 de junio de 2015 – Registrado el 7 de julio de 2015- reseñado en el Antecedente Tercero del presente Acuerdo y dar traslado del mismo a la sociedad ZENCER S. COOP. AND, a fin de que la citada sociedad pueda formular alegaciones y aportar documentos en relación al mismo.

SEGUNDO.- La apertura de un periodo de prueba, de conformidad con lo previsto en los artículos 80 y 137.4 de la Ley 30/1992, por un plazo de treinta días, atendiendo a la fecha del presente Acuerdo y la inminencia del periodo vacacional.

TERCERO.- Admitir la práctica de las pruebas indicadas en el Fundamento Jurídico Segundo de este Acuerdo [que se refiere a la remisión del requerimiento e información al Operador del Sistema y a la documentación adjuntada por Zencer a sus alegaciones] cuya práctica se llevará a cabo mediante la remisión del correspondiente oficio y la incorporación al Expediente Administrativo, en unidad de acto, de los documentos aportados por ZENCER S. COOP. AND adjuntos a su escrito de alegaciones.

CUARTO.- Rechazar la práctica de la prueba identificada como “MÁS DOCUMENTAL 2” [relativa a la contabilidad de Zencer] conforme a lo expuesto en el Fundamento Jurídico Tercero.»

El acuerdo de práctica de prueba fue notificado a Zencer el 5 de agosto de 2015.

En ejecución de la prueba acordada, se remitió al Operador del Sistema requerimiento para que informase sobre la existencia de cualquier incumplimiento de pago, vencido y exigible, por parte de Zencer. Dicho requerimiento de información fue recibido por el Operador del Sistema el 31 de julio de 2015.

SEXTO.- Contestación del Operador del Sistema al requerimiento de información remitido en fase de prueba

Con fecha 6 de agosto de 2015 el Operador del Sistema contestó el requerimiento efectuado en el marco del periodo de prueba, exponiendo lo siguiente: *«En respuesta a su escrito de fecha 29 de julio de 2015, los incumplimientos de pago, vencidos y exigibles, por ZENCER S.C.A., a la fecha de emisión del este escrito son: 24.453,67 euros con pago exigible el 26 de junio de 2015 y comunicado en el escrito de 30 de junio y 18.297,04 euros, con pago exigible el 28 de julio de 2015.»*

SÉPTIMO.- Incorporación de documentación

Mediante diligencia de 29 de septiembre de 2015, el Director de Energía incorporó al expediente versión no confidencial del informe mensual de los

servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de julio de 2015, remitido por el Operador del Sistema, mostrando solamente la información relativa a la situación de déficit de garantías de la empresa Zencer, actualizada a fecha 31 de julio de 2015. De acuerdo con dicho informe, el déficit de garantías de esa empresa es de 518.751 euros.

OCTAVO.- Propuesta de Resolución

El 5 de octubre de 2015 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 ZENCER SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA, es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 23/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema Eléctrico.

SEGUNDO.- Imponga, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de 25.000 (veinticinco mil) euros.

TERCERO.- Le imponga a la citada empresa la obligación de depositar las garantías requeridas que tiene pendientes de prestar y que, conforme a la información obrante en el expediente, ascienden a 518.751 euros.”

La Propuesta de Resolución fue notificada a Zencer el 9 de octubre de 2015, a quien se confirió un plazo de alegaciones de quince días hábiles.

NOVENO.- Alegaciones de Zencer

El 30 de octubre de 2015 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de Zencer, presentado en la Subdelegación del Gobierno de Málaga el 27 de octubre de 2015, referido a la Propuesta de Resolución. En el escrito presentado, Zencer realiza las siguientes tres alegaciones:

1. *“Que habiéndose incoado el presente procedimiento sancionador de oficio. y siendo la fecha de incoación de 26 de marzo de 2015, sin haberse obtenido hasta la fecha, resolución expresa del mismo, procede, al amparo de lo establecido en el art. 42 de la Ley 30/92, que opere la caducidad en forma asaz del presente procedimiento sancionador: remitiéndose a esta parte certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de las actuaciones.”*
2. *“Subsidiariamente. para el supuesto hipotético de motivar la administración que no ha operado la caducidad alegada, y a la vista de la relación de documentos obrantes en el procedimiento. interesa al derecho de esta parte en virtud del propio art. 19 del RD 1398/93, en relación con lo normado en el art. 20 de la misma norma en lo referente a actuaciones complementarias, se nos facilite*

copia mediante traslado. de los documentos números 37 a 45, a fin de no causar indefensión a esta parte,...

- 3. “De nuevo con carácter subsidiario. y a la vista de la estimación de una disminución cualificada de culpabilidad o antijuridicidad del hecho con amparo en el núm. 3 del art. 67 de la Ley 24/2013, no entendemos, por desorbitada y extraordinaria, la cuantía propuesta como sanción de 25.000'00 euros dadas las circunstancias ya referenciadas de mi mandante en el expediente sancionador; con cualidad de Sociedad Cooperativa, y no de sociedad de capital, con lo que ello significa;...”*

Zencer termina su escrito solicitando el archivo del procedimiento y que se le conceda una ampliación del plazo para depositar las garantías que tiene pendientes.

DÉCIMO.- Elevación del expediente al Consejo

La Propuesta de Resolución y las alegaciones recibidas fueron remitidas a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el Director de Energía, mediante escrito de fecha 3 de noviembre de 2015, 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).

UNDÉCIMO.- Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y de lo establecido en el artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió, en fecha 26 de noviembre de 2015, 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. ZENCER NO HA PRESTADO LAS GARANTÍAS EXIGIDA POR EL OPERADOR DEL SISTEMA

Zencer no cumplió con el requerimiento que le efectuó el Operador del Sistema de prestar una garantía de 140.000 euros con fecha límite el 18 de febrero de 2015.

Este hecho aparece acreditado por las manifestaciones realizadas por el Operador del Sistema en el escrito recibido el 10 de marzo de 2015 en esta Comisión (véase los folios 1 y 3 del expediente):

«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 Zencer, S. Coop. And. (F93157717).

- [...]
- *Incumplimiento de la prestación de garantías establecida en el párrafo e) del Artículo 46.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Las garantías por valor de 140.000 euros fueron requeridas con fecha límite 18 de febrero de 2015.»*

Asimismo, el hecho es reconocido por el propio imputado. Así, en el escrito inicial de alegaciones presentado, Zencer reconoce que no ha prestado las garantías exigidas por el Operador del Sistema: *«Ciertamente es que dentro del plazo requerido, Zencer S.C.A. aún no ha presentado la garantía exigida por el sistema; [...]»* (Folio 25 del expediente)

Posteriormente, el último informe mensual, disponible al cierre de instrucción, de los servicios de ajuste del sistema, elaborado por el Operador del Sistema en cumplimiento de la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, ha actualizado a 31 de julio de 2015 el estado de insuficiencia de garantías de Zencer, que pasa a estar en una situación de déficit de garantías por un valor de 518.751 euros.

Esta última información aportada por el Operador del Sistema, y de la que da cuenta la Propuesta de Resolución, no ha sido contradicha por Zencer, quien, en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, se limita a solicitar *“una ampliación del plazo para obtener las preceptivas garantías, pues esta parte sigue gestionando las mismas con diferentes entidades financieras”* (Folio 63 del expediente)

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. 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, vigente al tiempo de incoación del presente procedimiento. 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.

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).

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.

En definitiva, de acuerdo con los hechos probados que se han expuesto, Zencer ha incumplido su obligación de depositar las garantías exigidas por el Operador del Sistema por un valor de 518.751 euros a fecha 31 de julio de 2015. Esta conducta está tipificada como infracción leve por el mencionado artículo 66.2 de la Ley 24/2013.

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:

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

Pues bien, la conducta desarrollada por Zencer implica una culpabilidad de tipo intencionado o doloso, ya que, de forma consciente, Zencer no atiende el requerimiento de aportación de garantías.

Zencer, deliberadamente, deja transcurrir la fecha límite indicada por el Operador del Sistema sin prestar las garantías exigidas.

La sociedad cooperativa justifica su impago en la existencia de una «disfunción temporal con el Banco» en tanto que en dicho periodo se encontraba en negociaciones con la entidad financiera para ampliar la línea de abonos de remesas; algo que llega a calificar como de un incidente “*hoy solucionado*”. Ahora bien, al margen de que las incidencias de gestión interna de las sociedades no eximen del cumplimiento de las obligaciones normativas, la actualización de los datos facilitados por el Operador del Sistema, a través del

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.

Informe de julio de 2015, permite comprobar que el incumplimiento de Zencer, no sólo se prolonga en el tiempo, sino que se agrava, pues hay un incremento en el déficit de garantías que pasa de los 140.000 euros exigibles en febrero de 2015 a los 518.751 euros de julio de 2015. En definitiva, no se trata de un incidente aislado, que eventualmente pudiera eximir de responsabilidad.

V. CONSIDERACIÓN DE LAS ALEGACIONES EFECTUADAS POR ZENCER

a) Alegaciones efectuadas por Zencer con respecto a la Propuesta de Resolución:

Zencer efectúa tres alegaciones con respecto a la Propuesta de Resolución:

1. Indica que el expediente está caducado al haber transcurrido un plazo de seis meses contado desde el acuerdo de inicio (26 de marzo de 2015).
2. Expresa que se han de practicar diligencias complementarias, al amparo del artículo 20 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado pro el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), al objeto de que se le dé traslado de los folios 37 a 45 del expediente.
3. Manifiesta que hay falta de proporcionalidad en la graduación de la sanción.

Adicionalmente, Zencer solicita una ampliación del plazo para prestar las garantías requeridas.

b) Valoración de las alegaciones:

b).1.- Sobre la caducidad del procedimiento:

Debe rechazarse de plano la alegación de caducidad del procedimiento. El presente procedimiento no tiene un plazo de duración de seis meses, sino de nueve, pues así lo prescribe el artículo 79 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico: *“El plazo para resolver y notificar en los procedimientos sancionadores por las infracciones administrativas tipificadas en esta ley será de dieciocho meses en los expedientes por infracciones muy graves y graves, y de nueve meses cuando se incoen por infracciones leves.”*

Observa esta Sala que cumplida noticia de dicho plazo específico se dio al imputado por medio del Acuerdo de incoación del procedimiento, en cuya página 3 (que se corresponde con el folio 7 del expediente administrativo) se señala: *“El plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de nueve meses, conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico.”* Como ya se indicó, el Acuerdo de incoación del procedimiento fue notificado al imputado el 6 de abril de 2015, según consta en el aviso de recibo correspondiente (folios 8 a 10 del expediente).

b).2.- Sobre la práctica de actuaciones complementarias:

Debe rechazarse, asimismo, la práctica de actuaciones complementarias solicitadas por el imputado. Éstas vienen referidas, conforme al artículo 20 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, a las “*actuaciones indispensables para resolver el procedimiento*”, cualidad que no se corresponde en modo alguno con el objeto de la solicitud que plantea el imputado (darle traslado de ciertos documentos).

Por lo demás, como bien sabe el imputado, el conocimiento de los documentos de que se trata lo podría haber llevado a cabo mediante el acceso al expediente de referencia, como trámite incardinado en el plazo conferido para alegaciones, sin que proceda que -precisamente al vencimiento del plazo de alegaciones conferido- solicite un acceso a ciertos documentos a modo de actuaciones complementarias (que implicarían un trámite adicional de alegaciones). Precisamente, consta acreditado en el expediente -mediante la oportuna acta de vista firmada por el representante de Zencer (folios 11 a 20 del expediente administrativo)- el conocimiento que el imputado tiene acerca del adecuado cauce para la realización del acceso a la documentación del mismo, pues el 22 de abril de 2015 hizo uso de su derecho de acceso al respecto de la documentación obrante en el expediente hasta la referida fecha.

Es de destacar que Zencer no señala, además, que el acceso solicitado sea necesario para poder efectuar la contestación a las alegaciones (trámite que efectivamente evacúa, y por medio del cual aporta las razones que le llevan a solicitar el archivo del procedimiento). De hecho, los folios 37 a 45, a que se refiere, se corresponden con documentos de los que se ha hecho traslado a Zencer o se ha transcrito su contenido en la Propuesta de Resolución. En efecto, según se indica en el índice del que se dio traslado a Zencer al conferirle trámite de audiencia respecto de la Propuesta de Resolución (folio 59 del expediente administrativo) los folios expresados se corresponden con los siguientes documentos:

“Folios 37 y 38: Práctica prueba a REE y acuse de recibo.

Folio 39: Contestación prueba REE.

Folios 40 a 45: Diligencia de incorporación Informe mensual julio 2015 de REE.”

Pues bien, del acuerdo de práctica de prueba se dio traslado a Zencer (que lo recibió el 5 de agosto de 2015; folio 36 del expediente) y en el mismo se indicaba de forma detallada que el requerimiento al Operador del Sistema (como unidad específica de Red Eléctrica de España, S.A.U.) tenía por objeto específicamente lo siguiente: “*se informe de la existencia en la actualidad de cualquier incumplimiento de pago, vencido y exigible, por ZENCER S.C.A.*”. Por su parte, la Propuesta de Resolución, notificada Zencer el 9 de octubre de 2015 (folios 60 y 61) ya indicaba, en su Antecedentes de Hecho séptimo y octavo, lo

que expresaba la contestación del Operador del Sistema y su informe de julio de 2015:

“SEPTIMO: Con fecha 3 de agosto de 2015 —registrado en la CNMC el 6 de agosto- RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., en su condición de Operador del Sistema Eléctrico, atendió a la comunicación cursada el 29 de julio de 2015, en el marco del periodo de prueba acordado en la misma fecha, exponiendo: «En respuesta a su escrito de fecha 29 de julio de 2015, los incumplimientos de pago, vencidos y exigibles, por ZENCER S.C.A., a la fecha de emisión del este escrito son: 24.453,67 euros con pago exigible el 26 de junio de 2015 y comunicado en el escrito de 30 de junio y 18.297,04 euros, con pago exigible el 28 de julio de 2015».

OCTAVO: Mediante diligencia de 29 de septiembre de 2015 se incorporó al expediente «Versión no confidencial del informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al mes de julio de 2015 mostrando solamente la información donde se actualiza la situación de déficit de garantías de ZENCER, S. COOP. AND., a fecha 31 de julio de 2015 a un total de 518.751 euros.»” (Folio 49 del expediente)

En cualquier caso, como se ha dicho, el interesado ha dispuesto de la posibilidad de acceder a los documentos que le interesaban durante el trámite de audiencia conferido, teniendo la carga de llevar a cabo dicho acceso en el marco del mencionado trámite de audiencia. No procede que la falta de realización oportuna de esa facultad por parte del imputado implique un trámite adicional del procedimiento que deba realizar la Administración.

b).3.- Sobre la proporcionalidad de la sanción:

Zencer alega que la multa propuesta por el Director de Energía (25.000 euros) es desproporcionada, dada su condición de sociedad cooperativa.

Esta Sala estima que la multa propuesta no es desproporcionada si se tiene en cuenta el importe de las garantías que Zencer ha dejado de depositar (518.751 euros) y se tiene en cuenta la culpabilidad que concurre en la realización de la infracción. Debe resaltarse que Zencer se sitúa en una falta continuada en la prestación de las garantías requeridas, desatendiendo varios requerimientos del Operador del Sistema, lo que ha hecho que el importe del déficit de garantías haya ido creciendo, siendo así que, además, tales garantías están motivadas por los desvíos en que esta empresa incurre en sus compras de energía.

b).4.- Sobre la solicitud de ampliación de plazo para depositar garantías:

Finalmente, como se ha señalado, Zencer solicita que se le confiera una ampliación de plazo para depositar las garantías que se le requieren.

Frente a esta solicitud ha de indicarse, que, como bien sabe el imputado, las garantías no tienen por objeto asegurar un pago que deba recibir esta Administración, sino que tienen por objeto asegurar el pago debido a los denominados *sujetos acreedores* (las empresas que han tenido que generar la energía que Zencer suministra pero que no compra en mercado, dados los desvíos en que incurre). En este sentido, las reglas del mercado en el que Zencer ha decidido actuar, y que debería conocer, y, en particular, Procedimiento de Operación 14.3, aprobado por Resolución de 9 de mayo de 2011 de la Secretaría de Estado de Energía (BOE de 20 mayo 2011), no contemplan ninguna facultad disposición por parte de la CNMC de las garantías de que se trata, y, más en concreto, no contemplan la posibilidad de que la CNMC acuerde una ampliación del plazo de constitución de garantías; sino que contemplan la prestación de tales garantías en los plazos que se concretan en dicho Procedimiento de Operación.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el plazo ya está sobradamente vencido: Zencer lleva meses de retraso en la prestación de las garantías que le corresponden.

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, la sanción no podrá superar el 10 % del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.

El artículo 67.4 de la citada Ley 24/2013 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la sanción:

«En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.*
- b) La importancia del daño o deterioro causado.*
- c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro.*
- d) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.*
- e) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.*
- f) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma entidad cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.*
- g) El impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.*
- h) Cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el mayor o menor grado de reprobabilidad de la infracción.»*

En atención a la naturaleza de la infracción, la conducta de Zencer no ha implicado un peligro para la vida o salud de las personas, la seguridad de las cosas o el medio ambiente, ni tampoco ha afectado a la continuidad o regularidad del suministro. Sin embargo, es una conducta que lesiona tanto la autoridad del Operador del Sistema como la fiabilidad del sistema de pagos a que el requerimiento de aportación de garantías, dado por aquél, obedece.

El importe de garantías que Zencer ha dejado de depositar asciende a la cantidad de 518.751 euros. Se aprecia, no obstante, que, desde finales del ejercicio 2014, y, especialmente, a lo largo del ejercicio 2015, Zencer viene a corregir la situación de insuficiencia de compras de energía, como dato que se emplea en el cálculo de las garantías de operación adicionales, conforme al apartado 11 y siguientes del Procedimiento de Operación 14.3:

[---]

Considerando este último hecho, así como la estimación del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor realizada a efectos de lo establecido en el apartado 3 del artículo 67 de la Ley ³, y las restantes circunstancias concurrentes, antes expuestas, se estima proporcionado imponer una multa de 25.000 (veinticinco mil) euros.

Además de la imposición de la sanción, el artículo 69 de la Ley 24/2013 dispone que la resolución sancionadora debe establecer las obligaciones que resulten necesarias para restituir las cosas, o reponerlas a su estado natural, anterior a la infracción. A este respecto, procede establecer, en consecuencia, que se solucione la situación de déficit de garantías generada por la conducta de Zencer; lo que debe hacerse sin mayor dilación dada la situación de déficit de garantías que viene perpetuándose.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa ZENCER, S.C.A. es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley

³ La estimación del volumen de negocio calculado conforme a los precios medios finales de compras de energía en el mercado de producción de electricidad español y los precios medios facturados por tarifas de acceso con datos procedentes de las liquidaciones de las actividades reguladas del sector eléctrico (realizadas y publicadas por la CNMC) sería en todo caso superior a 250.000 €. El propio imputado, en su escrito inicial de alegaciones aporta el dato de [---] euros en relación con la facturación bruta del año 2014 (folio 31 del expediente administrativo).

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 por valor de 518.751 euros a fecha 31 de julio de 2015.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **veinticinco mil euros (25.000 €)**.

TERCERO.- Imponer a la citada empresa la obligación de depositar con carácter inmediato las garantías requeridas que tiene pendientes de prestar, y que, conforme a la información obrante en el expediente, ascienden a 518.751 euros a fecha 31 de julio de 2015; sin perjuicio de las actualizaciones de la misma posteriores a dicha fecha.

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.