
RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A ELECTRO SOPORTE COMERCIAL Y GESTIÓN, S.L.U., POR FALTA DE ADQUISICIÓN DE LA ENERGÍA NECESARIA PARA LA REALIZACIÓN DE SUS ACTIVIDADES DE SUMINISTRO

SNC/DE/125/14

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA

D^a María Fernández Pérez

CONSEJEROS

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO DE LA SALA

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 5 de abril de 2016.

En cumplimiento de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 73.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Denuncia remitida por el Operador del Sistema*

El 24 de noviembre de 2014 se recibió en el Registro de la CNMC escrito del Operador del Sistema eléctrico (Red Eléctrica de España, S.A.U.) denunciando el incumplimiento, por parte de Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U., 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 falta de adquisición de energía¹, el Operador del Sistema alude a las diferencias que vienen existiendo entre la energía entregada a los consumidores por parte de esta empresa y su programa de compra en el mercado; en particular, respecto al mes de julio de 2014, se señala lo siguiente:

¹ La denuncia relativa al incumplimiento en materia de prestación de garantías ha sido objeto de un procedimiento diferente (el expediente SNC/DE/127/14).

«En julio de 2014, último mes para el que se dispone de valores de energía utilizados en la facturación de las tarifas de acceso, los distribuidores han comunicado una energía mensual facturada por el consumo de los clientes de ELECTRO SOPORTE COMERCIAL Y GESTIÓN S.L.U, de 19.156,531 MWh. La energía elevada a barras de central con el coeficiente de pérdidas medio del consumo facturado en julio 2014 es 20.552,13 MWh. El programa mensual de adquisición de energía para este mes fue de 7.301 MWh. El porcentaje de desvío en julio 2014 según las medidas comunicadas es de 181,5%.»

Adicionalmente, en el escrito presentado, el Operador del Sistema pone de relieve la vinculación que aprecia entre Electro Soporte Comercial y Gestión y otras comercializadoras respecto de las que se han seguido o se siguen actuaciones por parte de esta Comisión por motivo de incumplimientos equivalentes.

SEGUNDO.- Incoación del procedimiento sancionador.

De conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (aprobado por 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 procedimientos sancionadores, previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), acordó incoar, con fecha 15 de diciembre de 2014, un procedimiento sancionador (con la referencia SNC/DE/125/14) contra Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U. por la infracción grave consistente en la presunta falta de adquisición de la energía necesaria para la realización de sus actividades de suministro.

El Acuerdo de incoación fue notificado a Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U., el 23 de diciembre de 2014. No se recibieron alegaciones de esta empresa en relación con el Acuerdo de incoación del procedimiento.

TERCERO.- Denuncia remitida por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

El 15 de diciembre de 2014 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de la Directora General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo dando traslado a la CNMC de la denuncia presentada por el Operador del Sistema (recibida también en ese Ministerio). La Directora General solicita a la CNMC “*valoración sobre la conveniencia de iniciar procedimiento sancionador en virtud de lo establecido en el Capítulo II de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico*”.

A este respecto, mediante escrito de 13 de febrero de 2015 se puso en conocimiento del Ministerio de Industria, Energía y Turismo el inicio del presente procedimiento sancionador.

CUARTO.- Denuncia presentada por Estrategia en Inversiones Innovadoras, S.L.U.

El 21 de enero de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de Estrategia en Inversiones Innovadoras, S.L.U. aportando documentación sobre la empresa Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L. y otras, y sobre la vinculación existente entre todas ellas en lo relativo a su gestión.

QUINTO.- Información adicional remitida por el Operador del Sistema.

El 2 de marzo de 2015 el Operador del Sistema presentó escrito en el Registro de la CNMC por medio del que pone en conocimiento de esta Comisión que Electro Soporte Comercial y Gestión no ha atendido la obligación de pago de una liquidación por importe de 363.551,43 euros, razón por la que se ha debido ejecutar en consecuencia la garantía que tenía depositada esta empresa. Adicionalmente el Operador del Sistema presenta información actualizada de las diferencias entre la energía suministrada a los consumidores por parte de esta empresa y su programa de compra en el mercado, exponiendo que en la medida correspondiente a los meses de agosto de 2014, septiembre de 2014, octubre de 2014 y noviembre de 2014 el porcentaje de desvíos ha sido respectivamente del 1.575%, 2.416%, 2.304% y 1.602%.

SEXTO.- Vista del expediente por parte de Electro Soporte Comercial y Gestión.

El 22 de abril de 2015 Electro Soporte Comercial y Gestión compareció en la CNMC y tomó vista del expediente administrativo de referencia.

SÉPTIMO.- Nueva información remitida por el Operador del Sistema.

El 12 de mayo de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito del Operador del Sistema indicando que la empresa Electro Soporte Comercial y Gestión ya no está localizada en su domicilio social. Así mismo, el Operador del Sistema indica que los impagos de esta empresa son actualmente «superiores al millón de euros cada mes».

OCTAVO.- Incorporación de documentación al expediente.

Para la determinación y conocimiento de los hechos objeto de este procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Director de Energía de la

CNMC acordó, mediante diligencia de 19 de mayo de 2015, incorporar al procedimiento la siguiente información:

- El contenido del último informe disponible sobre los servicios de ajuste (emitido por el Operador del Sistema conforme a lo establecido en la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre), en la parte del mismo que se refiere a la empresa Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U. y otras relacionadas:
 - Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema - Marzo de 2015, recibido en la CNMC el 28 de abril de 2015.
- Escrito de Endesa Distribución Eléctrica, S.L. presentado en el Registro de la CNMC el 11 de diciembre de 2014, que alude a la empresa Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U., el cual obra en el SNC/DE/73/14 como folios 23 y 24 del citado expediente.

NOVENO.- Adopción de medidas provisionales.

Efectuada propuesta de adopción de medidas provisionales por parte del Director de Energía (con fecha 25 de junio de 2015), y valoradas las alegaciones que fueron efectuadas al respecto de la misma por el imputado y por las empresas comercializadoras afectadas, la Sala de Supervisión Regulatoria, acordó adoptar, con fecha 16 de julio de 2015, y en el marco del procedimiento de referencia, las medidas provisionales que a continuación se exponen:

“1.- Requerir a las empresas distribuidoras con clientes de Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U. conectados a su red, así como a las empresas comercializadoras de referencia, para que tramiten el cambio de suministrador en los términos que se derivan del fundamento de derecho V.1 del presente Acuerdo.

2.- Requerir a las empresas comercializadoras de referencia para que, realizado el cambio de suministro, efectúen la comunicación que se prevé en el fundamento de derecho V.2 del presente Acuerdo.

3.- Prohibir a las empresas distribuidoras que tramiten nuevas altas de clientes o cambios de suministrador en favor de Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U., conforme a lo establecido en el fundamento de derecho V.3 de la presente Resolución.

4.- Requerir a las empresas distribuidoras para que suspendan el derecho de Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U de acceso a las bases de datos de puntos de suministro, conforme a lo establecido en el fundamento de derecho V.3 de la presente Resolución.

5.- Requerir a Electro Soporte Comercial y Gestión que facilite a las empresas distribuidoras los datos de los consumidores que sean necesarios para que, posteriormente, las empresas comercializadoras de referencia puedan facturar el suministro.”

El Acuerdo de adopción de medidas provisionales fue notificado a Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U., con fecha 24 de julio de 2015, según consta acreditado en el expediente administrativo.

DÉCIMO.- Incorporación de documentación al expediente.

Para la determinación y conocimiento de los hechos objeto de este procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Director de Energía de la CNMC acordó, mediante diligencia de 22 de enero de 2016, incorporar al procedimiento la siguiente información:

- Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al **mes de abril de 2015**, que tuvo fecha de entrada en el Registro de la CNMC el 27 de mayo de 2015, en la parte de dicho informe relativa al imputado.
- Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al **mes de mayo de 2015**, que tuvo fecha de entrada en el Registro de la CNMC el 7 de julio de 2015, en la parte de dicho informe relativa al imputado.
- Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al **mes de junio de 2015**, que tuvo fecha de entrada en el Registro de la CNMC el 29 de julio de 2015, en la parte de dicho informe relativa al imputado.
- Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al **mes de julio de 2015**, que tuvo fecha de entrada en el Registro de la CNMC el 8 de septiembre de 2015, en la parte de dicho informe relativa al imputado.
- Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al **mes de agosto de 2015**, que tuvo fecha de entrada en el Registro de la CNMC el 5 de octubre de 2015, en la parte de dicho informe relativa al imputado.
- Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al **mes de septiembre de 2015**, que tuvo fecha de entrada en el Registro de la CNMC el 29 de octubre de 2015, en la parte de dicho informe relativa al imputado.
- Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al **mes de octubre de 2015**, que tuvo fecha de entrada en el Registro de la CNMC el 1 de diciembre de 2015, en la parte de dicho informe relativa al imputado.
- Informe mensual de los servicios de ajuste del sistema correspondiente al **mes de noviembre de 2015**, que tuvo fecha de entrada en el Registro de la CNMC el 7 de enero de 2016, en la parte de dicho informe relativa al imputado.
- Último depósito de las cuentas anuales efectuado por la empresa Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U. en el Registro Mercantil (ejercicio 2013), incorporado a los efectos de permitir la determinación de la cuantía de la sanción a imponer a dicha empresa en el expediente de referencia (límite que se señala en el artículo 67.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico).

UNDÉCIMO.- Propuesta de Resolución

El 4 de febrero de 2016 el Director de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, el Director de Energía propuso adoptar la siguiente resolución:

“Vistos los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos expuestos, el Director de Energía

ACUERDA PROPONER

A la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO.- Declare que la empresa ELECTRO SOPORTE COMERCIAL Y GESTIÓN, S.L., es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de su incumplimiento de la obligación de adquisición en mercado de la energía necesaria para el suministro a los consumidores.

SEGUNDO.- Le imponga, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de un millón trescientos mil (1.300.000) euros y en la inhabilitación para el desarrollo de la actividad de comercialización de energía eléctrica durante el período de un año.

TERCERO.- le imponga a la citada empresa la obligación de hacer efectivo el pago de once millones doscientos cuarenta y siete mil seiscientos cuarenta y cinco (11.247.645) euros, en cumplimiento de la obligación de restitución establecida en el artículo 69.1 a) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.”

La Propuesta de Resolución fue notificada a Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U. el 16 de febrero de 2016, a quien se confirió un plazo de alegaciones de quince días hábiles. No se han recibido alegaciones de esta empresa relativas a la Propuesta de Resolución.

DUODÉCIMO.- 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, 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.

DÉCIMO TERCERO.- 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 31 de marzo de 2016, informe sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se consideran HECHOS PROBADOS de este procedimiento los siguientes:

ÚNICO-. Entre el mes de junio de 2014 y el mes de marzo de 2015, Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U., de forma consciente, ha venido adquiriendo en el mercado un porcentaje de en torno al 10% de la energía que ha estado vendiendo a sus clientes.

Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U. se dio de alta como empresa comercializadora en abril de 2013 y comenzó a participar en el mercado en agosto de 2013, mes en el que comienza a adquirir clientes. Así resulta de la información aportada por el Operador del Sistema (ver folio 5 del expediente administrativo).

En ese año 2013 los suministros de energía de este comercializador son muy reducidos. Sin embargo, durante el primer semestre de 2014, estos suministros se sitúan entre los 5.000 y los 10.000 MWh mensuales; durante este período concurre ya algún desvío².

Ahora bien, en el mes de julio de 2014, en la cartera de clientes de esta empresa, tiene lugar un incremento muy elevado, de modo tal que el volumen de energía comercializada por Electro Soporte Comercial y Gestión en el mes de julio de 2014 se duplica respecto al mes anterior (pasando de 11.054 MWh a 20.833 MWh). Desde ese momento, los desvíos pasan a ser sistemáticos y de un porcentaje muy acusado; en particular, desde el mes de agosto de 2014 hasta marzo de 2015 (último mes con cierre de medidas a la finalización de instrucción del procedimiento), las compras programadas no alcanzan, en términos porcentuales, el 10% de la energía medida en barras de central, según queda acreditado con la información remitida por el Operador del Sistema en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre (folios 407 a 439 del expediente administrativo):

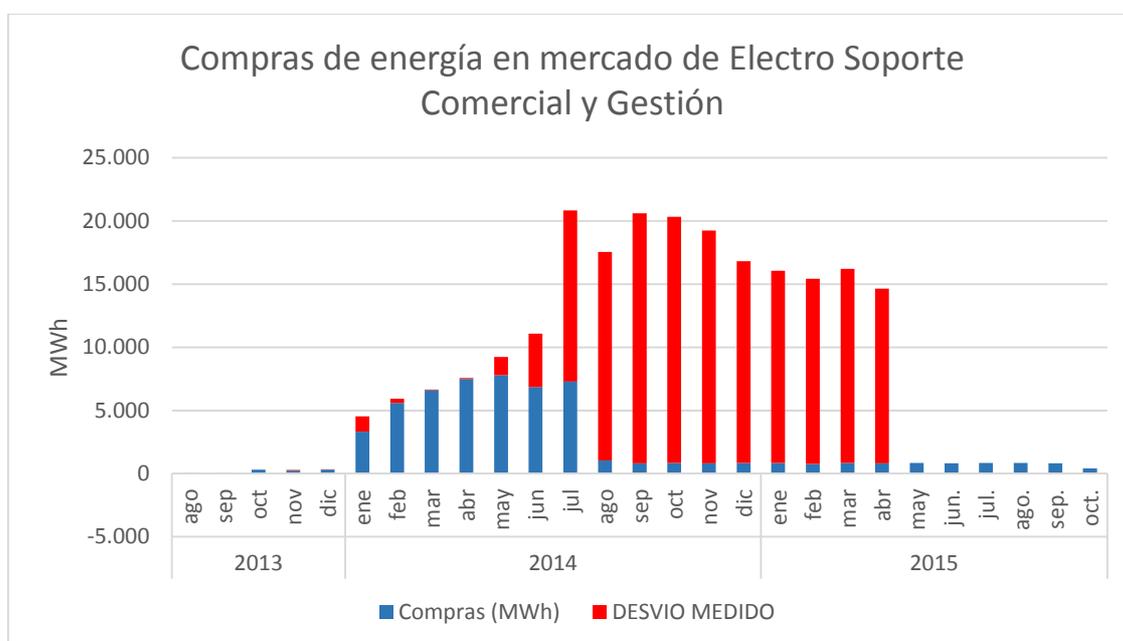
	Compras de Electro Soporte Comercial y Gestión (MWh)	Medidas Liquidación Final MWh bc	Porcentaje de adquisición
Junio de 2014	6.857	11.054	62%
Julio de 2014	7.301	20.833	35%
Agosto de 2014	1.046	17.535	6%
Sept. de 2014	813	20.603	4%
Octubre de 2014	840	20.338	4%
Noviembre de 2014	813	19.233	4%
Diciembre de 2014	840	16.821	5%

² El desvío del mes de enero de 2014 es del 36% (folio 5 del expediente administrativo).

Enero de 2015	840	16.056	5%
Febrero de 2015	759	15.418	5%
Marzo de 2015	839	16.202	5%
TOTAL	20.948	174.093	12,03%

La ausencia de compras no consiste, por tanto, en un desajuste puntual. El déficit en las mismas de Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U. es constante en el tiempo –al menos, diez meses- y considerable, en tanto el porcentaje de desvío ofrece datos significativos: el programa de compra oscila entre un 4% y 6% de la cantidad de energía vendida, lo que revela un plan preconcebido de no adquirir –sino de una forma residual o simbólica- la energía que se comercializa a los clientes.

La siguiente gráfica, relativa a las compras de energía en mercado, ilustra los porcentajes de desvío medido expuestos:



Los citados desvíos no podrían justificarse amparándose en desconocimiento o falta de datos, en la medida en que Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U. dispone de los medios que emplean los sujetos comercializadores para determinar el volumen de las compras a efectuar en el mercado (en particular, la base de datos de puntos de suministro³), y, en todo caso, con base en el sistema de medidas, esta empresa conoce, con posterioridad a cada mes, o cada dos

³ 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.

meses (según la lectura al consumidor se haga mensual o bimestralmente), los datos de consumo de los mismos, que es lo que le permite facturarles⁴. Asimismo, Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U. 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 Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U. 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 Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U. es consciente, y que decide no depositar (tal y como el Operador del Sistema denuncia).

En este contexto, durante el periodo comprendido entre agosto de 2014 y marzo de 2015, Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U. compró en el mercado menos de la décima parte de la energía que vendió a sus clientes.

Por lo que se refiere al mes de agosto de 2014, redujo su compra 6.255 MWh con respecto a la energía comprada en el mes anterior, y ello a pesar de que la energía comprada en el mes anterior fue la tercera parte de la suministrada a sus clientes. Esto supuso que Electro Soporte Comercial y Gestión pasase a un déficit de compra en agosto de 2014 próximo al 6%, puesto que adquirió 1.046 MWh frente a unas medidas de liquidación final de 17.535 MWh.

En el mes de septiembre de 2014 y lejos de corregirse esta situación, Electro Soporte Comercial y Gestión redujo aún más su programa de compras, en concreto 233 MWh respecto de la energía comprada en agosto, frente a un consumo de sus clientes de 20.603 MWh, superior en más de 3.000 MWh al mes anterior, lo que supone un porcentaje de compra de únicamente el 4% de la energía suministrada a sus clientes.

Similares circunstancias concurren en el análisis de las compras de energía de Electro Soporte Comercial y Gestión referidas a los meses comprendidos entre noviembre de 2014 y marzo de 2015 –último mes disponible al cierre de la instrucción con cierre provisional de programa de compras de comercializadores, remitido por el Operador del Sistema-, de modo que el porcentaje de insuficiencia se mantiene entre el 5% y el 6%, según resulta del cuadro y consta acreditado en el procedimiento.

En conclusión, todos estos datos revelan la insuficiencia de compras de energía de Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U., que se limitan a una cifra del entorno del 10% por la energía suministrada en el periodo comprendido entre los

⁴ 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.

meses de junio de 2014 y marzo de 2015, y revelan, asimismo, su consciencia de estar adquiriendo menos de la energía que estaba suministrando.

Adicionalmente, tal y como revelan los informes remitidos por el Operador del Sistema (ver, en particular, folio 438 del expediente), y como se hacía constar en la Propuesta de Resolución (ver, a este respecto, folios 490 y 493 del expediente), Electro Soporte Comercial y Gestión no ha asumido el pago de los desvíos que ha ocasionado, y ha hecho incurrir a los sujetos acreedores (los generadores de la energía que Electro Soporte Comercial y Gestión ha suministrado a sus clientes) en pérdidas por valor de 11.247.645 euros (valor de los impagos a la fecha de 30 de noviembre de 2015).

Por medio de esta conducta, según resulta de la documentación aportada por Estrategia en Inversiones Innovadoras, S.L. (folios 19 a 85 del expediente administrativo), y tal y como quedó señalado en el Acuerdo de adopción de medidas provisionales (folios 281 a 306), al que se remite la Propuesta de Resolución notificada al imputado (folios 480 a 493), Electro Soporte Comercial y Gestión da continuidad a las prácticas de las empresas ELECVAL, Comercializadora Valenciana de Electricidad, S.L., Comercializadora Energética Mediterránea, S.L. y Europa Global Energy, S.L., empresas comercializadoras que han dejado cuantiosas deudas en el sistema, y con las que Electro Soporte Comercial y Gestión ha mantenido, de hecho, una unidad de gestión, además de una sucesión en buena medida de la cartera de clientes.

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.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones graves consistentes en el incumplimiento de las obligaciones de presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción. En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este procedimiento.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el capítulo III del título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de esta Ley 24/2013, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de dieciocho 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 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico determina que «Serán obligaciones de las empresas comercializadoras, además de las que se determinen reglamentariamente, en relación al suministro: [...] c) Adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones».

El incumplimiento de esta obligación está tipificado como una infracción grave por el artículo 65.28 de la Ley del Sector Eléctrico: «Son infracciones graves: [...] La no presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción.»

Es de interés destacar que la obligación impuesta consiste, conforme a lo indicado, en la adquisición de energía en mercado (realizando las correspondientes ofertas de compra -ya sea en el marco de contrataciones bilaterales o en el marco del denominado «mercado diario e intradiario de energía eléctrica»-). Esta obligación no puede ser suplida, por tanto, por un eventual pago *a posteriori* de los desvíos ocasionados en el sistema por esa falta de adquisición de la energía (derivada de la falta de presentación de ofertas de adquisición), pues es obligatorio presentar tales ofertas; ello, al margen de que, además, en el caso de Electro Soporte Comercial y Gestión, ese pago *a posteriori* no se está produciendo.

La obligación de hacer ofertas expuesta encuentra su razón en que el sistema eléctrico no puede hacer basar su funcionamiento exclusivamente en el mecanismo de gestión de desvíos (estos desvíos son un mero mecanismo de ajuste⁵), sino que requiere de la elaboración de un «programa de funcionamiento», que se construye a partir de los datos del mercado⁶.

⁵ El artículo 2, párrafo segundo, del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica: «El mercado de producción de energía eléctrica se estructura en mercados a plazo, mercado diario, mercado intradiario, mercados no organizados y mercados de servicios de ajuste del sistema, entendiéndose por tales la resolución de restricciones por garantía de suministro y por restricciones técnicas del sistema, los servicios complementarios y la gestión de desvíos».

⁶ Artículos 11.3, 11 bis y 12 del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica.

En definitiva, de acuerdo con el hecho probado que se ha expuesto, Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U. ha incumplido su obligación de realizar ofertas de compra en el mercado de producción en relación con la energía que consumen sus clientes; conducta que se ha desarrollado de forma continuada entre junio de 2014 y marzo de 2015, obedeciendo, según lo dicho, a un plan preconcebido. Esta conducta está tipificada por el mencionado artículo 65.28 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico; por su parte, el artículo 4.6, párrafo segundo, del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), dispone que *“será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”*.

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»*⁷.

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

⁷ 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.

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:

En el presente caso concurre una culpabilidad a título intencionado o doloso: Electro Soporte Comercial y Gestión, de forma intencionada, ha dejado de atender adecuadamente sus obligaciones de adquisición de energía, conforme a un plan preconcebido (ha tomado la decisión de organizar su actividad de comercialización de energía eléctrica sin asumir debidamente las obligaciones propias de compra de dicha energía).

Por medio de esta conducta, según se ha indicado en el hecho probado, Electro Soporte Comercial y Gestión da continuidad a las prácticas de las empresas ELECVAl, Comercializadora Valenciana de Electricidad, S.L., Comercializadora Energética Mediterránea, S.L. y Europa Global Energy, S.L., que han dejado cuantiosas deudas en el sistema, y con las que Electro Soporte Comercial y Gestión ha mantenido una misma gestión.

En línea con su propósito de no asumir –salvo en una parte menor – las obligaciones esenciales del sujeto comercializador, Electro Soporte Comercial y Gestión tampoco atiende, tal como se refleja en el hecho probado, el pago de los desvíos que ocasiona.

En definitiva, concurre una actitud dolosa de parte de Electro Soporte Comercial y Gestión en la falta de adquisición de la energía necesaria para el suministro.

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

a) Normativa aplicable:

La Ley 24/2013 de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico prevé en su artículo 67 una multa no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 de euros para las infracciones graves; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.

El artículo 67.4 especifica las circunstancias que han de valorarse para cuantificar la sanción aplicable:

“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.”*

Por lo demás, las infracciones graves pueden llevar aparejadas determinadas sanciones accesorias que se especifican en el artículo 68.2. Asimismo, junto con las sanciones que procedan se pueden adoptar “*Otras medidas*”, que se especifican en el artículo 69 de la Ley mencionada, referidas a la restitución o reparación de los daños.

b) Determinación del importe de la multa:

Según nota expedida por el Registro Mercantil el 26 de enero de 2016 (folio 479 del expediente), las últimas cuentas depositadas por Electro Soporte Comercial y Gestión se corresponden al ejercicio de 2013. Para dicho ejercicio de 2013 (año de comienzo de la actividad de comercialización de Electro Soporte Comercial y Gestión), las cuentas reflejan el valor de 55.879,66 euros (ver folio 451 del expediente).

No obstante, considerando el promedio anual de energía suministrado por esta comercializadora, y teniendo en cuenta los precios medios finales del mercado de producción de electricidad español⁸ y los precios medios facturados por tarifas de acceso⁹, el volumen de negocios de esta empresa estimado para el ejercicio 2014 sería, como se indicaba en la Propuesta de Resolución¹⁰, de en torno a los quince millones de euros; lo que se ha de tener en cuenta a los efectos del artículo 67.2 de la Ley del Sector Eléctrico.

Con respecto a las circunstancias que han de graduar la sanción, ha de indicarse que la conducta de Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U., causa un perjuicio considerable en el sistema en cuanto tal, en especial por las gestiones que implica la solución de los desvíos generación-consumo, que esta empresa comercializadora ocasiona deliberadamente. La conducta de Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U. obliga a llevar a cabo las actuaciones necesarias para que una energía que no se ha previsto producir (por la falta de compra de la misma de parte de Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U.) haya de ser,

⁸ Publicados por el Operador del Mercado.

⁹ Datos procedentes de las liquidaciones de las actividades reguladas del sector eléctrico (realizadas y publicadas por la CNMC).

¹⁰ Ver folio 491 del expediente administrativo.

sin embargo, generada para poder atender el suministro requerido por los consumidores de que se trata.

En el período de junio de 2014 a marzo de 2015 (último mes con cierre de medidas disponible a la finalización de la instrucción del procedimiento) Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U. ha suministrado 174.093 MWh, de los que ha adquirido en el mercado tan sólo 20.948 MWh, lo que supone un 12,03%.

Valorando la intencionalidad de la conducta, así como su prolongación en el tiempo (pese a las advertencias recibidas), el volumen de la energía afectada, y considerando que el impago acumulado asciende a la cantidad de 11.247.645 euros, se considera procedente y proporcional al perjuicio causado al sistema eléctrico imponer una multa de un millón trescientos mil (1.300.000) euros, comprendida en el tramo inferior del artículo 67.1 b) de la Ley 24/2013 (que fija una sanción no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros).

La cuantía de la sanción respeta el límite regulado en el artículo 67.2 de la Ley del Sector Eléctrico.

c) Sanciones accesorias, extinción de medidas provisionales y adopción de medidas adicionales:

Tal y como se ha indicado en los antecedentes de hecho de esta Resolución, en el marco del procedimiento sancionador tramitado se adoptaron unas medidas provisionales por Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de 16 de julio de 2015, cuyo contenido (relativo, esencialmente, al traspaso de los clientes de Electro Soporte Comercial y Gestión a los comercializadores de referencia) ha quedado descrito.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 72.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, las medidas provisionales se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente. Ahora bien, el artículo 68 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, establece la posibilidad de imponer sanciones accesorias en el caso de las infracciones muy graves y en el de las graves. En el caso de las infracciones graves, que es el grado que concurre en relación con el presente procedimiento, estas sanciones accesorias se especifican en el apartado 2 del mencionado precepto:

“Las infracciones graves además de la multa correspondiente podrán ser sancionadas con una o varias de las siguientes sanciones accesorias en función de las circunstancias concurrentes:

- a) Inhabilitación para el ejercicio o desarrollo de actividades en el ámbito del sector eléctrico durante un período no superior a un año.*
- b) Suspensión o no renovación de las autorizaciones para el ejercicio o desarrollo de actividades en el ámbito del sector eléctrico durante un período no superior a un año.*

-
- c) *Revocación de las autorizaciones para el ejercicio o desarrollo de actividades en el ámbito del sector eléctrico.*
 - d) *Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones, ayudas públicas o cualquier régimen económico adicional conforme a esta ley y sus normas de desarrollo durante un periodo superior a un año.”*

Valorando la clara consciencia que tiene Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U. de la realización de ofertas de compra manifiestamente inferiores a las necesarias para el suministro a sus clientes, tomando en consideración el daño que ese comportamiento ha supuesto para el sistema, teniendo en cuenta que esta actuación no se corrige -sino que se acentúa- tras las advertencias que la empresa va recibiendo, y considerando, en especial, el riesgo creciente de impagos que esta empresa va generando en el sistema con su actuación por motivo de los desvíos que ocasiona¹¹, procede acordar, como sanción accesoria, la inhabilitación de Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U., para el desarrollo de la actividad de comercialización de energía eléctrica durante el período de un año, de acuerdo con lo que está establecido en el artículo 68.2.a) de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, que se ha transcrito.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 80.1 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico,¹² y en el artículo 36.2 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC,¹³ la presente Resolución sancionadora es ejecutiva. Tal carácter ejecutivo alcanza, asimismo, en el caso del presente procedimiento, a la sanción accesoria de inhabilitación, que, en el estado actual de circunstancias, y dada la medida provisional que fue adoptada (que se ha mantenido vigente hasta la presente Resolución), es una sanción que no requiere de un procedimiento de traspaso de clientes para su eficacia.

Esta sanción accesoria se ha de entender sin perjuicio del procedimiento que tramita el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, conforme al artículo 47.2 de la Ley 24/2014, del Sector Eléctrico,¹⁴ y es independiente del resultado del mismo, dado el diferente carácter y eficacia que tienen uno y otro procedimiento.

¹¹ Sólo en el mes de noviembre de 2015 (último informe del Operador del Sistema incorporado durante la instrucción del procedimiento) tiene un impago por importe de 1.103.991 euros (folio 438 del expediente).

¹² Que establece que la resolución del procedimiento sancionador será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa.

¹³ Conforme al cual, la resolución del presente procedimiento pone fin a la vía administrativa.

¹⁴ Este precepto dispone: “*En caso de que un comercializador incumpla alguno de los requisitos exigidos para el ejercicio de su actividad, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo podrá, previa la tramitación de un procedimiento en el que se garantice la audiencia del interesado, declarar la extinción de la habilitación para actuar como comercializador, en los términos que se desarrollen reglamentariamente.*” A este respecto, el BOE de 6 de febrero de 2016 publica anuncio de la Subdirección General de Energía Eléctrica, por el que se da publicidad al Acuerdo de inicio de la Dirección General de Política Energética y Minas del procedimiento de inhabilitación y traspaso de Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U., entre otras empresas.

Adicionalmente, el artículo 69.1 de la Ley 24/2013 dispone que la resolución del procedimiento sancionador ha de declarar la obligación de restitución o reparación del daño que sea procedente:

“Además de imponer las sanciones que en cada caso correspondan, la resolución del procedimiento sancionador declarará la obligación de:

a) Restituir las cosas o reponerlas a su estado natural anterior al inicio de la actuación infractora en el plazo que se fije.

b) Cuando no sea posible la restitución de las cosas o reponerlas a su estado natural, indemnizar los daños irreparables por cuantía igual al valor de los bienes destruidos o el deterioro causado, así como los perjuicios ocasionados, en el plazo que se fije.

c) Reintegrar las cantidades indebidamente percibidas en aquellos casos en que la comisión de la infracción haya supuesto la percepción de una retribución regulada que no debería haberle sido de aplicación.”

Según acredita el último Informe mensual elaborado por el Operador del Sistema obrante en el procedimiento –noviembre de 2015-, el global de los impagos acumulados, por parte de Electro Soporte Comercial y Gestión, S.L.U., descontadas las cantidades cubiertas por garantías ejecutadas y los pagos posteriores al día de vencimiento, asciende a 11.247.645 euros.

Procede, por consiguiente, que la empresa atienda a la totalidad de los pagos en los términos que se derivan de la normativa vigente, sin perjuicio de la inhabilitación que se acuerda.

En definitiva, se considera procedente imponer una multa de **un millón trescientos mil (1.300.000) euros** y la **inhabilitación para el desarrollo de la actividad de comercialización de energía eléctrica durante el período de un año**, acompañada de la medida adicional de requerir el pago del global de las cantidades debidas.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa ELECTRO SOPORTE COMERCIAL Y GESTIÓN, S.L.U. es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, consistente en la falta de presentación de ofertas de compra de energía eléctrica en el mercado de producción en la medida necesaria para sus actividades de comercialización.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **un millón trescientos mil (1.300.000) euros** y en la **inhabilitación para el desarrollo de la actividad de comercialización de energía eléctrica durante el período de un año.**

TERCERO.- Imponer, a la citada empresa, en aplicación de la obligación de restitución establecida en el artículo 69.1.a) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, la obligación de hacer efectivo el pago de once millones doscientos cuarenta y siete mil seiscientos cuarenta y cinco (11.247.645) euros, conforme al valor que tienen sus impagos a la fecha de 30 de noviembre de 2015.

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.