

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A
ZENCER, S. COOP. AND. POR FALTA DE ADQUISICIÓN DE LA ENERGÍA
NECESARIA PARA LA REALIZACIÓN DE SUS ACTIVIDADES DE
COMERCIALIZACIÓN**

SNC/DE/031/15

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. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 7 de julio de 2016.

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 DE HECHO

PRIMERO. *Denuncia remitida por el Operador del Sistema*

El día 10 de marzo de 2015 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 Zencer, Soc. Coop. And., 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 concreta los desvíos en que viene incurriendo la empresa comercializadora en el ejercicio de su actividad (que comienza en septiembre de 2012), y, en particular, desde julio de 2013; la información

¹ La denuncia relativa al incumplimiento en materia de prestación de garantías ha sido objeto de un procedimiento diferente (el expediente SNC/DE/33/15).

aportada por el Operador del Sistema recoge el dato de los desvíos hasta noviembre de 2014, en que el desvío es del 308%.

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 día 26 de marzo de 2015 un procedimiento sancionador contra Zencer, S. Coop. And. por la infracción grave consistente en la no presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción, tipificada en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

El Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado a Zencer, S. Coop. And. el día 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. Acceso al expediente y alegaciones de Zencer, S. Coop. And.

El 22 de abril de 2015 Zencer, S. Coop. And. compareció en la CNMC para tomar vista del procedimiento administrativo y recibir copia de la documentación contenida en el mismo. Asimismo, solicitó ampliación del plazo conferido para alegaciones.

Mediante escrito de 22 de abril de 2015, notificado el 27 de abril de 2015, se concedió a Zencer, S. Coop. And. la ampliación solicitada.

El 8 de mayo de 2015 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de Zencer, S. Coop. And., presentado en la Subdelegación del Gobierno de Málaga el 4 de mayo de 2015. Por medio de dicho escrito, esta empresa efectúa las alegaciones que a continuación se extractan:

- *«Durante un periodo determinado, ZENCER ha evidenciado una serie de desvíos sobre el programa [...]»*
- *Para el «cálculo de previsiones de consumo [...] la Cooperativa se proveyó a principio de 2013 de un sistema de programas informáticos de gestión de la demanda, aprobados por la Administración, que resultó harto tedioso e inoperativo, que produjeron como resultado unos cálculos de consumo poco fiables como*

consecuencia del desfase temporal [...] que les producía la descarga de información de los productores, operadores de mercado, operadores de sistema y distribuidores.»

- *«Precisamente en noviembre de 2014, [...] la Cooperativa se provee de un nuevo sistema programático que ha producido que la información del sector que antes podía obtener en varias semanas, se obtenga en la actualidad en forma más cerca», de manera que «desde diciembre de 2014 [...] se han reducido drásticamente los desvíos». Además, considera Zencer, S. Coop. And. que ha de tenerse en cuenta que «las liquidaciones las viene realizando REE [Red Eléctrica de España] con un desfase temporal de meses, lo que también incide en la dificultad [de realizar las previsiones].»*

- *«Téngase en cuenta que [...] ZENCER no ha realizado actividad alguna de la que pueda derivar perjuicio para el funcionamiento del mercado o del sistema eléctrico». Asimismo, Zencer, S. Coop. And. alega que tampoco ha realizado una aplicación irregular de precios, cargos, tarifas o peajes, ni se ha incumplido ninguna resolución jurídicamente vinculante o requerimiento alguno del que haya resultado perjuicio relevante para el funcionamiento del sistema, ni ninguna disposición contenida en ningún reglamento de la Unión Europea de los que afectan al sector eléctrico, que no ha falseado dato alguno, manifestación o documento de los que ha presentado a la Administración, ni ha incumplido ninguna medida de seguridad u obligación de disponer de equipos de medida y control requeridos legalmente, ni ha incumplido la obligación de mantener una base de datos con todos los puntos de suministro conectados a sus redes, así como tampoco ha incumplido sus obligaciones de mantenimiento y correcto funcionamiento de sus servicios de atención a cualquier tipo de queja que se pudiera producir, o reclamación o atención de cualquier incidencia.*

- *«Téngase igualmente en cuenta [...] que ZENCER no [...] ha producido infracción alguna de la que pueda resultar peligro para la vida y salud de las personas», que el «daño o deterioro que se haya podido irrogar al sistema en su conjunto es prácticamente inexistente», que «no se ha producido perjuicio en la continuidad y regularidad del suministro», ni «ha habido participación volitiva alguna en la comisión infractora». De igual manera, alega Zencer, S. Coop. And. que no se ha obtenido ningún «beneficio [...] sino perjuicio, al tener que pagar a mayor precio los desvíos».*

- *Zencer, S. Coop. And. alega, adicionalmente, que «ha puesto remedio», que «el impacto de los desvíos temporales en la sostenibilidad [...] del sistema eléctrico español es nula», y que «ZENCER no quiere [...] que [...] vuelvan a darse los desvíos».*

Zencer, S. Coop. And. propone en su escrito de alegaciones la realización de la siguiente prueba:

«DOCUMENTAL.- Consistente en la resultante de librar los despachos oportunos a REE a fin de que por la misma se informe de la evolución de ZENCER en el desarrollo de sus actividades de suministro desde el mes de diciembre de 2014 hasta la actualidad; coincidente con la adquisición por ZENCER del nuevo programa de gestión para la adquisición de energía en OMIE, en relación con la energía realmente consumida.

Todo ello sin perjuicio de las más documentales que la Cooperativa pueda ir aportando a lo largo del expediente para la mayor clarificación de su firme voluntad cumplidora de sus obligaciones».

Finaliza Zencer, S. Coop. And. sus alegaciones solicitando que se tenga por presentado su escrito y a dicha sociedad por interesada en el cumplimiento de todas sus obligaciones.

CUARTO.- Información adicional remitida por el Operador del Sistema

En fecha 7 de julio de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito del Operador del Sistema por el que se comunicaba el incumplimiento por parte de Zencer, S. Coop. And. de la obligación de pago establecida en el artículo 46.1.f) de la Ley 24/2013 por un importe de [---] euros. Mediante dicho escrito, el Operador del Sistema informa que *«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»*. Añade que *«los posibles impagos de futuras liquidaciones pendientes se comunicarán, en su caso, en el Informe sobre el comportamiento de los agentes»*.

QUINTO.- Periodo de prueba

En fecha 29 de julio de 2015, el instructor del procedimiento, de conformidad con el artículo 23.m) del Estatuto Orgánico de la CNMC, acordó lo siguiente:

«PRIMERO.- Incorporar al Expediente Administrativo SNC/DE/033/15 el escrito de Red Eléctrica de España, S.A., de fecha 30 de junio de 2015 -Registrado el 7 de julio de 2015 [...] y dar traslado del mismo a la sociedad ZENCER S. COOP.AND., a fin de que 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 3071992, por un plazo de treinta días [...].

TERCERO.- Admitir la práctica de la prueba indicada en el Fundamento Jurídico Segundo de este Acuerdo [informe del Operador del Sistema sobre la evolución de ZENCER S.C.A. en el desarrollo de sus actividades de suministro desde el mes de diciembre de 2014 hasta la actualidad], cuya práctica se llevará a cabo mediante la remisión del correspondiente oficio».

De acuerdo con ello, mediante escrito de esa fecha de 29 de julio de 2015, el instructor del procedimiento notificó a Zencer, S. Coop. And. el acuerdo adoptado adjuntando, asimismo, el escrito del Operador del Sistema que se había recibido el 7 de julio de 2015, a fin de que la empresa pudiera formular en relación con el mismo las alegaciones que tuviera por conveniente. La notificación fue recibida por Zencer, S. Coop. And. el 5 de agosto de 2015.

Asimismo, mediante escrito de 29 de julio de 2015 se notificó al Operador del Sistema la apertura del periodo de prueba y se requirió del mismo el informe que había sido solicitado por Zencer, S. Coop. And.

Con fecha 6 de agosto de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito del Operador del Sistema mediante el que se informa sobre la evolución que ha tenido la comercializadora Zencer, S. Coop. And. en el desarrollo de sus actividades de suministro desde el mes de diciembre de 2014 hasta el mes de julio 2015.

No se recibieron alegaciones de Zencer, S. Coop. And. en relación con este trámite.

Posteriormente, por error, tal y como se expone en la Propuesta de Resolución del procedimiento, mediante acuerdo de fecha 7 de octubre de 2015 se declaró innecesaria la prueba que había sido propuesta por Zencer, S. Coop. And. rechazándose la práctica de la misma al considerar que «*la información relativa a la evolución de ZENCER en el desarrollo de sus actividades de suministro desde el mes de diciembre de 2014 hasta la actualidad ya obra en poder de la CNMC*».

SIXTO.- Propuesta de Resolución

El 4 de abril 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 razonamientos anteriores, 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 ZENCER SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA 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 la no presentación de ofertas de compra de energía eléctrica en el mercado de producción necesaria para sus actividades de comercialización durante, al menos, el periodo de tiempo transcurrido entre julio de 2013 y marzo de 2015.

SEGUNDO.- Le imponga, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa ochenta mil (80.000) euros.”

La Propuesta de Resolución fue notificada a Zencer, S. Coop. And. el 19 de abril de 2016, a quien se confirió un plazo de alegaciones de quince días hábiles.

SÉPTIMO.- Alegaciones de Zencer, S. Coop. And.

El día 3 de mayo de 2016 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de Zencer, S. Coop. And., presentado en el Registro del Ministerio de Economía y Competitividad el 27 de abril de 2016.

Por medio del escrito de alegaciones presentado, Zencer, S. Coop. And. alega que, puesto que –en un cierto porcentaje- sí ha presentado ofertas de adquisición de energía al mercado, no concurre el tipo infractor imputado (consistente en “*la no presentación de ofertas de compra*”), y la infracción sólo podría considerarse como un incumplimiento de los procedimientos de operación del sistema eléctrico, lo que determinaría que la misma es leve. Considerada así la infracción, según lo que la empresa razona, como una infracción leve, el plazo de duración del procedimiento sancionador sería de nueve meses y ya habría concluido. Por este motivo, el imputado solicita que se declara el caducidad del procedimiento (“...ordenando el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”).

OCTAVO.- 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 9 de mayo de 2016, 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.

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

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

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

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

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

En particular, por lo que se refiere al período entre julio de 2013 y noviembre de 2014, el valor del desvío, [---], oscila entre el 26% (de julio de 2013) y el 308% (de noviembre de 2014):

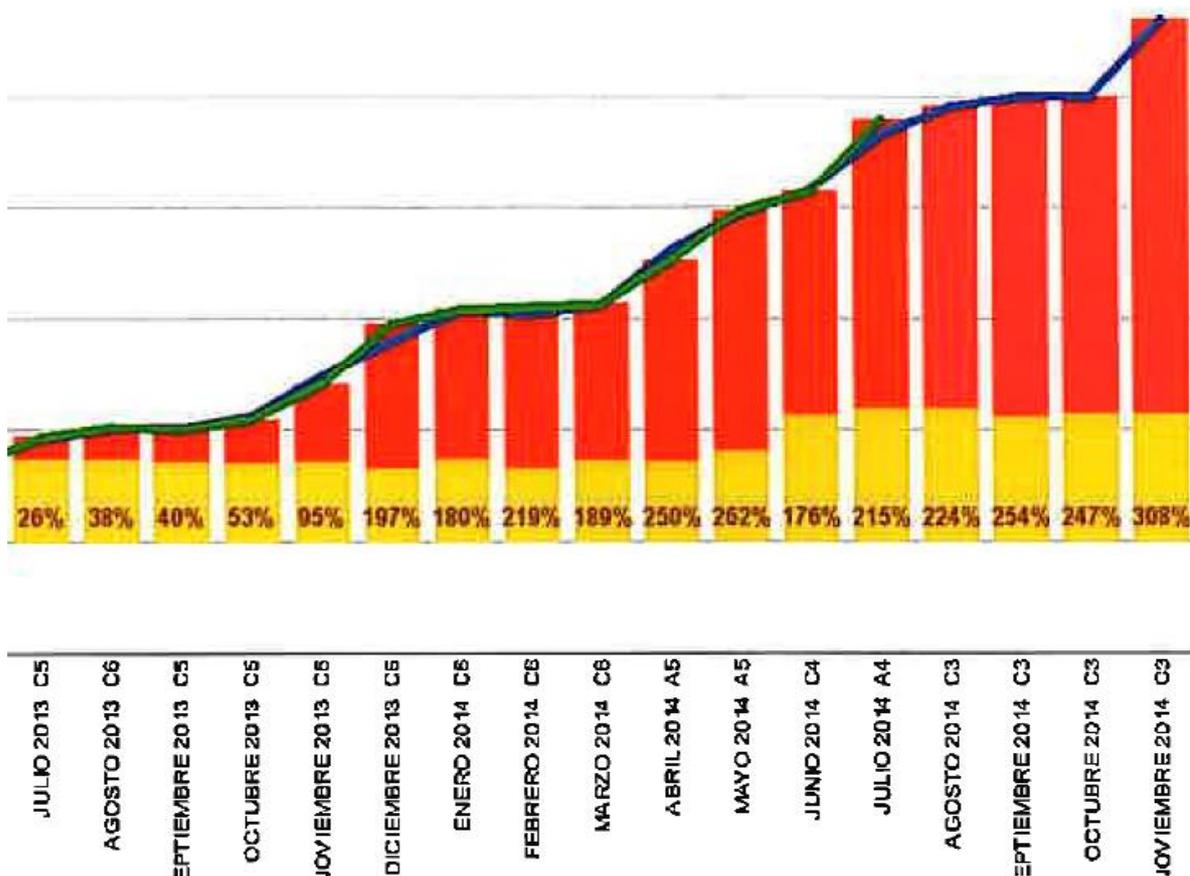


Gráfico incluido en la denuncia presentada por el Operador del Sistema el 10 de marzo de 2015 (folio 4 del expediente administrativo), en la parte del mismo referida al período entre julio de 2013 y noviembre de 2014.

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

[---]

Ha de indicarse que, al remitir esta última información, el Operador del Sistema ponía de relieve que los datos de consumo del año 2015 (los datos de los meses de enero a abril de 2015) no se corresponden con información para la que haya cierre de medidas en el Sistema de Medidas eléctrico, sino que son datos considerados a partir de la facturación de energía llevada a cabo por los distribuidores a los comercializadores a modo de peaje de acceso: «..., el último

mes con cierre de medidas de demanda es diciembre de 2014. Los consumos de enero a abril de 2015 se corresponden con la energía facturada en peajes de acceso comunicada por los distribuidores al operador del sistema, elevada a barras de central con coeficiente medio de ZENCER del año 2014.»

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

[---]

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

Por lo demás, la existencia de un déficit de compras no ha sido en ningún momento negada por el imputado, que en las alegaciones al Acuerdo de incoación afirmaba que *“Cierto es que durante un periodo temporal determinado, Zencer S.C.A. ha evidenciado una serie de desvíos sobre el programa; siendo los primeros interesados en corregir dicha tendencia a fin de que su consumo no le sea más gravoso e invertir así el fin tendencial primigenio de su constitución como comercializador en el sistema: el obtener un ahorro en su consumo energético”* (folio 25 del expediente administrativo).

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 (incumplimiento tipificado en el artículo 65.28 de la mencionada Ley). 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 en mercado (derivada de la falta de presentación de ofertas de adquisición), pues es obligatorio presentar tales ofertas. Ello 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 “ajuste”), sino que requiere de la elaboración de un «programa de funcionamiento», que se construye a partir de los datos del mercado².

² 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 los hechos probados que se han expuesto, Zencer, S. Coop. And. ha incumplido su obligación de realizar ofertas de compra en el mercado de producción en relación con la energía que consumen sus clientes; lo que ha quedado acreditado con respecto al período entre el mes de julio de 2013 y marzo de 2015. Esta conducta está tipificada por el mencionado artículo 65.28 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico.

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*»³.

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.»*

³ 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.

b) Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso:

En el presente caso concurre culpabilidad imputable a Zencer, S. Coop. And. a efectos sancionadores.

Zencer, S. Coop. And. alegaba (en sus alegaciones al Acuerdo de incoación del procedimiento) que los desvíos producidos se deben a la ineficiencia de un «*sistema de programas informáticos de gestión de la demanda*» adquirido por esta empresa, y al desfase temporal de las liquidaciones practicadas por el Operador del Sistema.

Respecto a la primera alegación procede desestimarla ya que las incidencias internas de la sociedad cooperativa en la selección de los medios o instrumentos necesarios para el ejercicio de sus funciones no le eximen de responsabilidad por el incumplimiento de las normas. Asimismo, no puede ser óbice para el cumplimiento de las obligaciones que un sujeto comercializador tiene establecidas por la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, el hecho de que el programa informático empleado para el ejercicio de una de sus funciones sea «*tedioso e inoperativo*», según manifestaba Zencer, S. Coop. And. en su escrito de alegaciones al Acuerdo de incoación (folio 26 del expediente).

Respecto al desfase temporal de las liquidaciones del Operador del Sistema, nuevamente cabe oponerse a esta argumentación, en tanto Zencer, S. Coop. And. dispone de los medios que emplean los sujetos comercializadores para determinar el volumen de las compras a efectuar en el mercado⁴, y, en todo caso, con base en el sistema de medidas, conoce, con posterioridad a cada mes, o cada dos meses (según la lectura al consumidor se haga mensual o bimestralmente), los datos de consumo de los mismos, que es lo que le permite facturarles⁵; a este respecto, Zencer, S. Coop. And. recibe de los distribuidores, 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 Zencer, S. Coop. And. 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.

⁴ En particular, conforme al artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, el comercializador dispone del derecho a acceder a la base de datos de puntos de suministro, en la que consta, entre otros datos, el perfil de consumo del cliente y el propio consumo desglosado, correspondiente a los dos últimos años.

⁵ en su condición de «*participante de la medida*», el comercializador tiene, conforme a los artículos 3.5 y 5 del Real Decreto 1110/2007, de 24 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico, derecho a disponer de la medida de sus clientes, que es lo que le permite facturar.

Conforme a lo expuesto, concurre culpabilidad, cuando menos a título culposo, tal como señalaba la Propuesta de Resolución, en el cumplimiento por parte de Zencer, S. Coop. And. de su obligación de realizar las ofertas que son necesarias para adquirir la energía que suministra a sus clientes.

V. CONSIDERACIÓN DE LAS ALEGACIONES EFECTUADAS CON RESPECTO A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

a) Alegaciones presentadas por Zencer, S. Coop. And. con respecto a la Propuesta de Resolución:

En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, Zencer, S. Coop. And. viene a señalar que no concurre el tipo infractor previsto en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico: *“...la letra del meritado art. carece de ambages al relatar cuál sea la consideración de grave de la presunta infracción a que se refiere, la no presentación de ofertas, y no el incumplimiento o desfase de la obligación de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de la actividad.”* (Folio 62 del expediente.)

De este modo, considerando que, por parte de Zencer, S. Coop. And. no hay una ausencia total de ofertas de compra, sino un desfase entre éstas y las cantidades suministradas a los clientes, Zencer, S. Coop. And. concluye que no puede hablarse de la infracción grave prevista en el mencionado artículo 65.28, sino que ha de considerarse que se ha producido una infracción leve, que, a su entender, estaría prevista en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, consistente, en concreto, en el incumplimiento de obligaciones derivadas de los procedimientos de operación. Adicionalmente, continúa argumentando Zencer, S. Coop. And., al ser la infracción leve, y corresponder a la misma un plazo de caducidad del procedimiento de nueve meses (en vez del plazo de dieciocho meses de las infracciones graves), el presente procedimiento habría caducado, razón por la que esta empresa solicita el archivo de las actuaciones.

b) Valoración de las alegaciones:

Como se expone en el fundamento de derecho relativo a la tipicidad, el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, tipifica como grave una conducta (*“La no presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción”*), que, en lo que afecta a los comercializadores (que son los sujetos que -junto con los consumidores directos en mercado y los gestores de cargas- actúan en el mercado como compradores de energía), implica el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 46.1.c) de la mencionada Ley (*“Adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones”*).

Así, resulta que la obligación de adquirir energía está claramente establecida en la Ley del Sector Eléctrico (artículo 46.1.c)) y no es una obligación establecida

en virtud de procedimiento de operación; se trata, además, de una obligación que el propio precepto legal citado referencia al volumen de energía que -para cada comercializador- resulte necesario a los efectos del desarrollo de su actividad de comercialización de energía a los consumidores. Pues bien, en línea con esa obligación, el artículo 65.28 de la Ley 24/2013 mencionada tipifica un supuesto de hecho que concurre cuando no se presentan al mercado las ofertas de adquisición de energía que sean necesarias para poder prestar ese suministro a los consumidores.

Es evidente que el incumplimiento de la obligación de hacer ofertas de adquisición de energía no concurre en el presente caso de una forma absoluta; raramente, en los incumplimientos que ha observado esta CNMC, se produce incumplimiento por el 100% de la energía consumida (ausencia total de compras). Ahora bien, que un incumplimiento no sea total, o que no concorra en todo caso, no son obstáculos para apreciar el mismo en la medida en que concurre:

Así, en este caso, hay un incumplimiento de la obligación de hacer ofertas de compra que afecta a un porcentaje relevante de la energía suministrada por Zencer, S. Coop. And.; como se ha dicho, afecta nada menos que a un valor superior al 50% de la energía suministrada. Pues bien, con respecto a ese volumen de energía es claro que Zencer, S. Coop. And. no ha presentado en el mercado de producción las ofertas de compra a las que venía obligado (ha realizado el tipo consistente en “*La no presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción*”).

Lo que ha de aclararse es que en ningún momento se ha imputado a Zencer, S. Coop. And. la realización del tipo infractor por el importe total de la energía suministrada a sus consumidores, o por un volumen de energía diferente del que se ha indicado en el Hecho Probado.

En definitiva, concurre una infracción, que se ha cometido en unas determinadas circunstancias (esencialmente, con respecto a un cierto volumen de energía y durante un cierto período de tiempo), y esas circunstancias son las que hay que tener en cuenta a la hora de ponderar el importe de la sanción. Pero no se puede cuestionar que la infracción concorra.

Desestimada, así, la alegación del imputado acerca de la falta de tipicidad, decae la relativa a la caducidad del procedimiento: Siendo la infracción imputada grave, el plazo de caducidad del procedimiento es de dieciocho meses, conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley 24/2013, tal y como se ponía de relieve en el Acuerdo de incoación del procedimiento (ver folio 7 del expediente administrativo). A este respecto, habiéndose incoado el procedimiento el 26 de marzo de 2015, esos dieciocho meses de duración no han concluido aún.

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

El artículo 67.1 de esta Ley 24/2013 prevé una multa no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros por las infracciones graves. No obstante, la sanción no podrá superar el 10 % del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor (artículo 67.2).

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 cuanto a la concreción del importe, han de valorarse las siguientes circunstancias:

- **Período temporal al que se refiere la insuficiencia de compras:** Se extiende por un período superior al año; en concreto, desde julio de 2013 hasta marzo de 2015.
- **Porcentaje de insuficiencia de compras:** En el global del período temporal indicado, el déficit de adquisición supera el 50% de la energía suministrada. No obstante, como ponía de relieve la Propuesta de Resolución, en línea con las alegaciones de Zencer, S. Coop. And., hay que tener en cuenta que a partir del año 2015 se observa una cierta mejora en la gestión de las compras.
- **Inexistencia de impagos:** La sociedad está abonando el coste de los desvíos, sin que haya a la fecha ninguna deuda con el sistema.
- **Daño para el sistema:** No obstante la circunstancia del abono del importe de los desvíos, hay que indicar que concurre daño para el sistema. Este se produce por dos circunstancias: Por una parte, como resulta de lo indicado en el fundamento de derecho sobre tipicidad, el sistema se ve obligado a gestionar como ajuste, por falta de diligencia de un agente, una parte considerable de lo que, en realidad, debería ser el volumen normal

de compras de dicho agente; el sistema debe hacer frente a la producción de esa energía (en el caso de Zencer, S. Coop. And., la mitad de la energía suministrada a sus consumidores) a pesar de que la misma no ha sido adecuadamente prevista (es decir, a pesar de que su producción no ha sido programada); en definitiva, se trata de una conducta que resiente la operación del sistema. Por otra parte, como se destacaba en la Propuesta de Resolución, la falta de compras de energía provoca que sea el propio sistema en su conjunto el que adelante el pago⁶ por la energía no comprada; en particular, el desvío provocado por Zencer, S. Coop. And. se financia a costa de otras sociedades comercializadoras con mayor cuota.

En cuanto al importe neto de la cifra de negocio del sujeto infractor, debe señalarse que de acuerdo con la estimación de la misma realizada⁷ -a partir de los precios medios del mercado y los valores medios facturados por tarifas de acceso- en la Propuesta de Resolución, se considera que el importe sería en todo caso superior a los 840.000 euros⁸. Dicho importe no ha sido discutido por Zencer, S. Coop. And. en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución.

Atendiendo a las circunstancias mencionadas, se considera proporcionado imponer, en línea con lo propuesto por la Dirección de Energía, una multa de **ochenta mil (80.000) euros**.

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. COOP. AND. 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, infracción en la que esta empresa incurre por la actividad desarrollada entre el mes de julio de 2013 y el mes de marzo de 2015.

⁶ Por un periodo de unos ocho meses (que es el tiempo que transcurre entre una liquidación provisional hecha sobre la base de compras de energía sin medidas y la liquidación definitiva con medidas firmes).

⁷ Se trata de una sociedad cooperativa que no deposita cuentas en el Registro Mercantil.

⁸ Página 14 de la Propuesta de Resolución, que se corresponde con el folio 57 del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **ochenta mil (80.000) euros**.

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.