

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LUCI MUNDI ENERGÍA, S.L., POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR LAS GARANTÍAS EXIGIDAS POR EL OPERADOR DEL SISTEMA ELÉCTRICO

SNC/DE/083/15

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 14 de julio de 2016

En el ejercicio de su 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 28 de octubre 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 Luci Mundi Energía, S.L., de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema; el Operador del Sistema expone, en concreto, que requirió a la empresa comercializadora la prestación de 2.481.000 euros de garantías con fecha límite de 21 de octubre de 2015 y que tales garantías no fueron aportadas. Adicionalmente, el Operador del Sistema denuncia los desvíos en los que viene incurriendo esta empresa por sus compras en mercado, respecto al volumen de energía que está suministrando a sus clientes; desvíos que son causa de las garantías requeridas.

El 1 de diciembre de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC oficio del Subdirector General de Energía Eléctrica del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, dando traslado a la CNMC del escrito de denuncia del Operador del Sistema, que fue remitido también al citado órgano ministerial.

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, con fecha 23 de noviembre de 2015, un procedimiento sancionador contra Luci Mundi Energía, S.L., por la presunta comisión de una infracción leve consistente en la falta de prestación de las garantías exigidas por el Operador del Sistema, tipificada en el artículo 66.2 de la Ley 24/2010, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

El Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado a Luci Mundi Energía el 3 de diciembre 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.- Alegaciones de Luci Mundi Energía

Con fecha 23 de diciembre de 2015, tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de Luci Mundi Energía, presentado en la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana.

Mediante el citado escrito, Luci Mundi Energía expone los hechos siguientes:

- El 29 de septiembre de 2015 el Operador del Sistema envió un correo electrónico a Luci Mundi Energía informándole de la aplicación del apartado 11.1.1.f) del Procedimiento de Operación 14.3. El porcentaje P3 para el cálculo de la garantía de operación adicional (GOA), previsto en dicho Procedimiento de Operación, sería del 43,5 % y se pasaba de unas garantías adicionales por valor de 632.620,25 euros a otras por valor de 3.281.000 euros.
- Luci Mundi Energía manifestó su disconformidad al Operador del Sistema mediante el envío de varios correos electrónicos y una llamada telefónica el 2 y el 15 de octubre de 2015.
- El Operador del Sistema no dio respuesta a ninguno de los correos electrónicos enviados por Luci Mundi Energía y, en lo que respecta a la llamada telefónica

efectuado por esta última, se limitó a informar de su derecho a aplicar el apartado 11.1.1.f) del Procedimiento de Operación 14.3.

- Luci Mundi Energía depositó aval ante MEFF Tecnología y Servicios, S.A.U.¹ por valor de 500.000 euros en concepto de garantías.
- Mediante correo de fecha 19 de octubre de 2015, el Operador del Sistema informó a Luci Mundi Energía que el requerimiento de aumento de garantía de operación por valor de 2.481.000 euros como consecuencia de la revisión mensual de las GOAs no había sido atendido en fecha límite. En esa misma fecha, MEFF remitió correo electrónico a Luci Mundi Energía indicando que la garantía excepcional se establece en 2.347.000,00 euros y que dicha cantidad se consideraría un anticipo del requerimiento de garantías por seguimiento diario actual por importe de 3.352.000,00 euros que seguía vigente.
- En fecha 22 de octubre de 2015, el Operador del Sistema envió un correo electrónico a Luci Mundi Energía informándole de que se encontraba en estado de insuficiencia de garantías permanente desde el 21 de octubre de 2015. En la misma fecha, el Operador del Sistema envió un nuevo correo a Luci Mundi Energía explicando sus razones de actuación y mencionó al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la CNMC como organismos competentes para valorar las circunstancias concurrentes. En el citado correo, el Operador del Sistema hacía referencia a una propuesta de modificación del Procedimiento de Operación 14.3 presentada por el Operador del Sistema al Ministerio de Industria, Energía y Turismo con el fin de mejorar el cálculo de garantías de operación adicionales, especificando que dicha propuesta no había sido, sin embargo, aprobada.
- Con fecha 11 de noviembre de 2015 MEFF Tecnología y Servicios emitió un informe resumen de garantías exigidas y depositadas para el periodo de revisión de noviembre de 2015, en el que consta lo siguiente:
 - Un total de garantías exigidas de 3.657.000,00 euros, de los cuales 3.562.000,00 euros constituyen el importe de las GOAs.
 - Un total de garantías depositadas de 1.395.000,00 euros, ascendiendo la cantidad que se debe depositar a 2.262.000,00 euros.
- En diciembre de 2015 Luci Mundi Energía obtiene de una entidad financiera un aval por valor de 1.000.000 euros, comenzando la vigencia de dicho aval en enero de 2016, momento en el que Luci Mundi Energía afirma que se depositará en concepto de garantías ante la entidad correspondiente.
- Con fecha 18 de noviembre de 2015, Luci Mundi Energía planteó ante esta Comisión un conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico contra el Operador del Sistema por los hechos referidos en los párrafos precedentes solicitando «un nuevo cálculo de garantías».

Expuestos estos hechos, Luci Mundi Energía formula las siguientes alegaciones:

¹ Entidad designada por el Operador del Sistema para la gestión de las garantías.

- Que los desvíos estimados por el Operador del Sistema son muy distintos a los incurridos por su parte.
- Que Luci Mundi Energía presenta unos desvíos en agosto, septiembre y octubre poco significativos, con una previsión para el mes de noviembre en la misma línea, incluso menor.
- Que si Luci Mundi Energía incurrió en su momento en desviaciones de cierta importancia fue por la imposibilidad de llevar a cabo una correcta previsión de las compras de energía a realizar en el mercado, habiendo sido dichas desviaciones corregidas con el paso del tiempo y no existiendo, por tanto, mala fe por parte de Luci Mundi Energía.
- Que el sistema de cálculo de las GOAs es perverso, de manera que cuando se aplica a una comercializadora que comienza su actividad, como es el caso de Luci Mundi Energía, se tiene en cuenta un volumen de compra efectiva de electricidad muy reducido y, por tanto, con importantes desvíos. En consecuencia, este sistema de cálculo resulta injusto por dar lugar a una desproporción de las cuantías de garantías exigidas con respecto al riesgo real y presente en el que incurre la comercializadora.
- Luci Mundi Energía no se considera la causante de la lesión al Operador del Sistema y a la fiabilidad del sistema de pagos a la que obedece el requerimiento de aportación de garantías. Es más, Luci Mundi Energía afirma que es ella misma la parte lesionada al aplicársele una norma en la que el propio Operador del Sistema desconfía. El propio vicio del Procedimiento de Operación 14.3 impide determinar el grado de lesión del sistema de pagos. La ausencia de lesión de bien jurídico protegido o, al menos, su indeterminación, ha de ser beneficiosa para el supuesto infractor, no cabiendo en un caso como éste la imposición de una sanción a Luci Mundi Energía.
- Luci Mundi Energía considera que su buena fe queda demostrada por el hecho de que, desde el primer momento, ha luchado por la corrección de la desproporción de la cuantía de las garantías que le son exigidas tal y como lo demuestra el planteamiento del conflicto de gestión económica y técnica del sistema eléctrico ante esta Comisión.

Luci Mundi Energía concluye su escrito de alegaciones solicitando que *«se dicte resolución por la que se declare la falta de reprochabilidad de la conducta efectuada Luci Mundi Energía, S.L. o, subsidiariamente, se le imponga sanción en cuantía testimonial»*.

A modo de prueba, Luci Mundi Energía solicita que se aporten al expediente los últimos informes del Operador del Sistema sobre los servicios de ajuste recibidos en la CNMC atinentes a esta comercializadora. Adjunta a su escrito de alegaciones el contenido de los correos electrónicos intercambiados con el Operador del Sistema y con MEFF Tecnología y Servicios; también aporta un correo electrónico remitido a Luci Mundi Energía por una entidad bancaria, el escrito de interposición del conflicto de gestión económica y técnica del sistema

(CFT/DE/28/15)², el Informe 6/2013 de la CNE sobre la propuesta de modificación del Procedimiento de Operación 14.3, y el Informe de 27 de marzo de 2015 de la Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado sobre la conveniencia de la modificación del mencionado Procedimiento de Operación.

CUARTO. Incorporación de documentación al expediente

A la vista de la solicitud efectuada por Luci Mundi Energía en su escrito de alegaciones, por diligencia de 30 de marzo de 2016, se incorporaron al expediente los informes de los servicios de ajuste del sistema correspondientes a los meses de septiembre de 2015 a febrero de 2016, presentados por el Operador del Sistema eléctrico en el Registro de la CNMC, en la parte referida al comercializador Luci Mundi Energía. Tales informes se emiten en cumplimiento de la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre.

El último de los informes mencionados (correspondiente a febrero de 2016), refleja que se han tenido que ejecutar las garantías depositadas de Luci Mundi Energía por importe de 695.000 euros, por motivo del impago por parte de esta empresa de una liquidación, y refleja asimismo que el déficit de garantías pendientes a 29 de febrero de 2016 se ha incrementado a 6.201.000 euros, como consecuencia de la revisión de las garantías a raíz del seguimiento diario de las mismas.

Asimismo, se incorporó al expediente el escrito remitido por Red Eléctrica de España, S.A.U. el 11 de febrero de 2016 en el trámite de alegaciones iniciales del conflicto de gestión económica y técnica del sistema CFT/DE/028/15, por contener información relevante para el presente procedimiento sancionador.

QUINTO.- Propuesta de Resolución

El 10 de mayo 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:

“PRIMERO.- Declare que la empresa LUCI MUNDI ENERGÍA, S.L., es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 14/2013, 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 2.481.000 euros con fecha límite 21 de octubre de 2015.

SEGUNDO.- Imponga a LUCI MUNDI ENERGÍA, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de cuatrocientos setenta y cinco mil euros (475.000 euros).

² Este conflicto ha sido resuelto por la Sala de Supervisión Regulatoria el 30 de junio de 2016.

TERCERO.- *Imponga a LUCI MUNDI ENERGÍA, S.L. la obligación de depositar las garantías requeridas que tiene pendientes de prestar al Operador del Sistema.”*

La Propuesta de Resolución fue notificada a Luci Mundi el 24 de mayo de 2016, a quien se confirió un plazo de alegaciones de quince días hábiles.

El 7 de junio de 2016 Luci Mundi Energía compareció en la Sede de la CNMC para tomar vista del expediente administrativo y recibir copia de los documentos contenidos en el mismo. No obstante, no se han recibido alegaciones de Luci Mundi Energía en relación con la Propuesta de Resolución.

SEXTO.- Elevación del expediente al Consejo

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el Director de Energía, mediante escrito de fecha 16 de junio 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 (aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto).

SÉPTIMO.- 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 7 de julio de 2016, 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 que así han sido recogidos en la Propuesta de Resolución, los cuales no han sido desvirtuados ni contradichos por el imputado (que no ha efectuado alegaciones con relación a dicha Propuesta):

PRIMERO.- Luci Mundi Energía no cumplió con el requerimiento del Operador del Sistema de aportación de una garantía por valor de 2.481.000 euros con fecha límite 21 de octubre de 2015.

Este hecho lo recoge el Operador del Sistema en su denuncia presentada el 28 de octubre de 2015 (ver folio 2 del expediente administrativo ³).

Por su parte, Luci Mundi Energía reconoce este hecho en el relato fáctico con el que comienza el escrito de alegaciones efectuadas al Acuerdo de inicio del procedimiento (ver folio 18 del expediente ⁴), incorporando tanto la propia comunicación en la que el Operador del Sistema le informa del incumplimiento de este requerimiento -y de la urgencia de que contacte con el Departamento de Liquidaciones del Operador del Sistema- (folio 61 del expediente ⁵), como el informe de garantías emitido el 9 de octubre de 2015 por Meff Tecnología y Servicios, S.A.U., en el que se refleja el correspondiente déficit de garantías por valor de 2.481.000 euros (folio 63 del expediente ⁶).

SEGUNDO.- A fecha 29 de febrero de 2016, el déficit de garantías de Luci Mundi Energía es de 6.201.000 euros.

Este hecho lo recoge el informe sobre los servicios de ajuste del sistema emitido por el Operador del Sistema respecto al mes de febrero de 2016 (ver folio 168 del expediente administrativo), como consecuencia de la revisión de la garantía de operación exigida (básica y adicional) a raíz del seguimiento diario de las mismas (apartado 12 del Procedimiento de Operación 14.3, en la versión aplicable en el momento de que se trata⁷) y no ha sido desvirtuado por Luci Mundi Energía.

³ “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 Luci Mundi Energía, SL (B98618614):

- Incumplimiento de la obligación de 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 2.481.000 € fueron requeridas con fecha límite 21 de octubre de 2015.”

⁴ “El 19 de octubre de 2015 REE envía correo electrónico a esta parte en el que, sin responder a los anteriores de ésta, se manifiesta que el requerimiento de aumento de garantía de operación por importe de 2.481.000 € como consecuencia de la revisión mensual de las GOAs no ha sido atendido en la fecha límite y que, por ello, esta mercantil está incumpliendo los requisitos del P.O. 14.3.”

⁵ “Es urgente que se pongan en contacto con el Departamento de Liquidaciones de Red Eléctrica de España (liquidaciones.os@ree.es) y con MEFF (meffenergia@grupobme.es). El requerimiento a LUCI MUNDI ENERGÍA, SL (LCMND, B98618614) de aumento garantía de operación por importe de 2.481.000 EUROS como consecuencia de la revisión mensual de las garantías de operación adicionales (GOA) no ha sido atendido en la fecha límite. Por este motivo la citada entidad está incumpliendo los requisitos de garantías de pago mínimas establecidos en el Procedimiento de Operación 14.3.”

⁶ “Tiene que depositar 2.481.000,00 Eur para cubrir las Garantías Exigidas por Operación Básica y Adicional. La cifra resulta de la exigibilidad de 3.376.000 euros en garantías y de la existencia de un depósito de garantías por parte de Luci Mundi Energía por importe de 895.000 euros.

⁷ Procedimiento de Operación 14.3, aprobado por Resolución de 9 de mayo de 2011 (BOE de 20 mayo 2011).

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 (incumplimiento tipificado en el artículo 66.2). 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 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, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

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”*), cuya versión vigente al tiempo de los hechos estaba aprobada por Resolución de 9 de

mayo de 2011 de la Secretaría de Estado de Energía (BOE de 20 mayo 2011) recogía, 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.»

La versión actualmente vigente de este Procedimiento de Operación (aprobada por Resolución de 1 de junio de 2016 de la Secretaría de Estado de Energía; BOE 13 junio 2016), recoge esta misma obligación en su apartado 3.

En cuanto a la posibilidad de considerar la información de la facturación de los peajes de acceso de los distribuidores, a los efectos de determinar la medida de la energía suministrada (que se utiliza en el cálculo de las garantías de operación adicional), el apartado 11.1.1.f) de la versión el Procedimiento de Operación vigente al tiempo de los hechos disponía lo siguiente:

“Los distribuidores deberán comunicar al Operador del Sistema, cada mes, los valores de energía disponibles utilizados en la facturación de las tarifas de acceso a cada comercializador o consumidor cualificado de los meses sin cierre de medidas. Dichos valores podrán ser utilizados para nuevas estimaciones del valor porcentaje P3 cuando superen los valores de energía considerados para el cálculo de garantías de operación adicionales y, en su caso, para nuevos cálculos de las garantías de operación adicionales.”

Esta posibilidad no sólo se mantiene en la nueva versión del Procedimiento de Operación aprobado, sino que, además, se destaca como un aspecto clave de la nueva versión, a los efectos de la detección anticipada de situaciones de riesgo de impagos. Señala, así, la parte expositiva de la Resolución de 1 de junio de 2016 de la Secretaría de Estado de Energía (que aprueba tanto la nueva versión del Procedimiento de Operación 14.3, como la del Procedimiento de Operación 14.1), que *“Las modificaciones incorporadas en ambos procedimientos de operación tienen como objetivo ajustar el cálculo de las garantías de pago para los sujetos de liquidación, teniendo un impacto positivo en la detección anticipada de los sujetos que incumplen las obligaciones y requisitos establecidos en la normativa, al objeto de evitar determinadas situaciones detectadas especialmente en el ámbito del ejercicio de la actividad de comercialización de energía eléctrica”*.

En este sentido, el apartado 10.2.8 de esta nueva versión del Procedimiento de Operación 14.3 establece lo siguiente: *“Los distribuidores deberán comunicar al Operador del Sistema, antes del día 15 de cada mes M, los valores de energía utilizados en la facturación de los peajes de acceso de los puntos de suministro de cada comercializador o consumidor directo en cada uno de los meses M-6 a M-3, con desagregación por peaje de acceso, nivel de tensión y sistema eléctrico. El importe*

estimado de la liquidación final de esta energía elevada a barras de central agregada de cada mes podrá ser utilizado para nuevas estimaciones del porcentaje P3 si la energía es superior al 90% del programa mensual de adquisición de energía agregado de Mercado y Despachos.”

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.

De acuerdo con los hechos probados que se han expuesto ha quedado acreditado que Luci Mundi Energía ha incumplido su obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema en octubre de 2015 generando una situación de déficit de garantías, que a los efectos del presente procedimiento, se extiende hasta febrero de 2016.

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 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 responsable.

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»*⁸.

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:

⁸ 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.

*«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:

En el caso de Luci Mundi Energía concurre un incumplimiento de tipo doloso, tal y como indicaba la Propuesta de Resolución. Luci Mundi Energía toma la decisión deliberada de no prestar garantías.

Como justificación de su actuación ante el Operador del Sistema, Luci Mundi Energía se ha opuesto a la aplicación –a los efectos del cálculo de garantías- de la energía utilizada para la facturación de los peajes de acceso, comunicada por los distribuidores. Ha pretendido, en este sentido, que esa energía no sea considerada, porque alega que la medida no está aún cerrada. Luci Mundi Energía es consciente de que, conforme a los procesos del sistema de medidas eléctrico, el cierre de las medidas tiene lugar unos ocho meses después de la producción de la energía que se comercializa.

Sin embargo, la posibilidad de considerar esas medidas (que se utilizan en la facturación de acceso) figura con claridad, como se ha dicho ya en el fundamento de derecho sobre la tipicidad, en la versión del Procedimiento de Operación 14.3 que estaba vigente. Pues bien, precisamente, al respecto de este Procedimiento de Operación, Luci Mundi Energía critica que es una norma cuya conveniencia de modificación ha sido planteada por la Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado.

Al respecto, dejando de lado que las normas se han de cumplir conforme a la versión vigente en cada momento (en este sentido, cuando Luci Mundi Energía se dio de alta como comercializadora⁹, la norma ya estaba aprobada, y esta empresa debía conocerla), hay que indicar que Luci Mundi Energía es consciente de que los aspectos por los que se planteaba esa modificación del Procedimiento de Operación, que finalmente ha sido aprobada por Resolución del Secretario de Estado de Energía de 1 de junio de 2016, nada tienen que ver con la situación de su empresa ni se oponen (al contrario, refuerzan) la consideración –a los

⁹ El 12 de agosto de 2014 (ver listado de comercializadoras publicado pro al CNMC – www.cnmc.es- de acuerdo con el artículo 46.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

efectos del cálculo de garantías- de la medida que se utiliza para facturar los peajes de acceso.

En efecto, la modificación del Procedimiento de Operación 14.3 se planteó al objeto de que, en el cálculo de las garantías, se considerase la serie de meses más reciente de energía comercializada, y al objeto de que se tomase en cuenta el volumen de energía en que consiste el desvío (y no su porcentaje) para no perjudicar a los nuevos entrantes.¹⁰

Como resulta de los folios 3 y 174 del expediente administrativo, la fase inicial de asentamiento de Luci Mundi Energía puede considerarse realizada a partir del mes de enero de 2015. Así, si bien en diciembre de 2014 esta empresa comercializó menos de 100 MWh, a partir de enero de 2015 empezó a comercializar cada mes más de 10.000 MWh, creciendo luego, paulatinamente, cada mes hasta alcanzar los 20.000 MWh (lo que se produce durante la segunda mitad del año 2015, como consecuencia, principalmente de que a Luci Mundi Energía se le traspasaron los clientes de Euroenergía de Levante, tal y como destaca el Operador del Sistema; ver folio 175 del expediente administrativo¹¹). Sin embargo, esta empresa no sólo no ajustó sus compras a las ventas que realizó durante el año 2015, sino que en varios meses disminuyó el volumen de éstas por debajo de las que venía ya adquiriendo, a pesar de que tales adquisiciones eran, según lo dicho, insuficientes para cubrir sus compras.

Pues bien, el porcentaje de desvío considerado a los efectos de calcular las garantías que el Operador del Sistema exige a Luci Mundi Energía con fecha límite de 21 de octubre de 2015 es el correspondiente al mes de mayo de 2015 (ver folio 55 del expediente administrativo). Los desvíos incurridos en el mes de abril, y también los incurridos en los meses de junio y julio de ese año (que son meses posteriores a mayo) son aún mayores que los de ese mes de mayo considerado (ver folio 174 del expediente administrativo). De hecho, desde abril de 2015, el porcentaje de energía adquirido por Luci Mundi Energía en mercado no alcanza nunca –hasta donde hay medida¹²- el 85% de la energía comercializada por esta empresa.

¹⁰ Ver folios 129 a 139 del expediente administrativo.

¹¹ “En otro orden de cosas, la información remitida por los distribuidores a REE indica que LUCI MUNDI disponía, a 30 de septiembre de 2015, de 211 puntos de suministro de tipo 1, 2 y 5. Sin embargo, a 31 de diciembre de 2015, los puntos de suministro este comercializador han aumentado hasta 295, lo que supone un incremento del 40%. De los 84 nuevos puntos, 73 proceden de la comercializadora EUROENERGÍA DE LEVANTE, S.L. (actualmente, en procedimiento, por parte del MINETUR, de traspaso de sus clientes a un comercializador de referencia, en cumplimiento de la sanción accesoria impuesta por Resolución, de 16 de julio de 2015, de la CNMC), y los otros 11, de otras siete comercializadoras.”

¹² Hasta el mes de octubre de 2015, lo que supone siete meses seguidos: abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre (ver folio 174 del expediente).

En cuanto a la posibilidad de utilizar las medidas que se emplean para facturar el peaje de acceso, de forma previa al cierre de medias, a los efectos de calcular las garantías a depositar, ya se ha dicho que, precisamente, éste es un aspecto que sale reforzado de la nueva versión del Procedimiento de Operación 14.3 aprobado, señalando precisamente el Secretario de Estado de Energía que la aprueba que, mediante el refuerzo de esta solución (la consideración de las medidas utilizadas para la facturación de los peajes de acceso), se pretende “*la detección anticipada de los sujetos que incumplen las obligaciones y requisitos establecidos en la normativa, al objeto de evitar determinadas situaciones detectadas especialmente en el ámbito del ejercicio de la actividad de comercialización de energía eléctrica*”.

Resulta, así, que Luci Mundi Energía fue consciente de los desvíos en los que incurrió en la actividad de compra de energía durante el año 2015. No obstante no aportó las garantías que tenían por finalidad asegurar los desvíos en los que estaba incurriendo. Con esta actitud lo que pretende es que la exigencia de éstas quedara postergada al cierre de medidas, financiándose así un porcentaje muy relevante de la compra de la energía que suministraba con cargo a otros agentes. Como viene señalando esta Sala, en relación con este tipo de conductas, los desvíos provocan que sea el sistema en su conjunto el que adelanta el pago, financiándose con ello Luci Mundi Energía a costa de otras sociedades comercializadoras con mayor cuota.

Es de interés fundamental para el sistema que haya garantías del pago de los desvíos que se generan; más aún, cuando éstos se prolongan en el tiempo y son de elevada cuantía.

En definitiva, en el período de tiempo al que se refiere el presente procedimiento sancionador, Luci Mundi Energía ha desarrollado su actividad de comercialización sin la aportación –en la cuantía debida, y para cubrir los desvíos incurridos- de las garantías requeridas (aspecto en el que llega a tener un déficit de más de seis millones de euros). Esta actuación se realiza en perjuicio del sistema; lo que, por añadidura, se agrava por el hecho de que las garantías ya depositadas por esta empresa se hayan visto ejecutadas por falta de pago puntual de las liquidaciones, como pone de relieve el Operador del Sistema en su informe de febrero de 2016 (folio 166 del expediente administrativo).

Por todo ello, concurre una conducta dolosa por parte de Luci Mundi Energía, que ha tomado la decisión deliberada de no aportar las garantías requeridas, siendo consciente de que tales garantías responden a los desvíos en lo que ha incurrido.

V. 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, según este precepto, la sanción no podrá superar el 10 % del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor. A este respecto, la Propuesta de Resolución hace estimación de este importe de neto de la cifra de negocios en el 2015 en cantidad superior a los 17 millones de euros¹³.

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.»*

Teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción cometida (que trata sobre la falta de depósito de garantías económicas), y en atención a lo dispuesto en el precepto expuesto, esta Sala valora las siguientes circunstancias:

- **Duración del estado de insuficiencia de garantías:** La exigencia de depósito de garantías realizada por el Operador del Sistema con fecha límite de 21 de octubre de 2015 no fue atendida por Luci Mundi Energía en tiempo oportuno. Tampoco con posterioridad esta empresa ha subsanado la situación de déficit generada. A los efectos de este procedimiento, Luci Mundi Energía se mantuvo en estado de insuficiencia de garantías respecto a las exigencias de depósito realizadas por el Operador del Sistema entre los meses de octubre de 2015 y febrero de 2016.
- **Importe del déficit de garantías:** El importe del déficit de garantías se elevó, durante el período temporal indicado, desde 2.481.000 euros hasta 6.201.000 euros.
- **Volumen de energía comercializada:** Durante el año 2015, el volumen de energía comercializado por Luci Mundi Energía fue superior a los 10.000 MWh al mes, llegando, al fin de año, a los 20.000 MWh mensuales.

¹³ Ver folios 200 y 201 del expediente administrativo.

Adicionalmente, como se ha puesto de relieve, hay que considerar que se trata de un conducta intencionada, la cual, como se ha señalado, causa lesión en los intereses de sostenibilidad económica del sector eléctrico, que constituyen objetivo prioritario de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico ¹⁴.

Atendiendo a todas las circunstancias mencionadas, se considera proporcionado imponer la multa de cuatrocientos setenta y cinco mil (475.000) euros que ha sido propuesta por el Instructor, lo que se sitúa dentro del límite máximo del 10% de la cifra de negocios del imputado.

En relación con la previsión contenida en el artículo 69 de la Ley 24/2013, y en lo que afecta a esta materia de las garantías que se habían de depositar, no procede imponer ninguna medida adicional a los efectos de restituir las cosas, o reponerlas a su estado natural, anterior a la infracción, teniendo en cuenta la inhabilitación como comercializador de energía eléctrica de Luci Mundi Energía establecida por virtud de la Orden IET/494/2016, de 28 de marzo (BOE 8 abril 2016).

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que la empresa LUCI MUNDI ENERGÍA, S.L. es responsable de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de prestar las garantías exigidas por el Operador del Sistema en octubre de 2015 generando una situación de déficit de garantías que se extiende, al menos, hasta febrero de 2016.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **cuatrocientos setenta y cinco mil (475.000) euros**.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

¹⁴ “La presente Ley tiene como finalidad básica establecer la regulación del sector eléctrico garantizando el suministro eléctrico con los niveles necesarios de calidad y al mínimo coste posible, asegurar la sostenibilidad económica y financiera del sistema y permitir un nivel de competencia efectiva en el sector eléctrico, todo ello dentro de los principios de protección medioambiental de una sociedad moderna.” (Párrafo primero del apartado II de la exposición de motivos de la Ley 24/2013.)

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.