

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A AURA ENERGÍA, S.L., POR LA FALTA DE ADQUISICIÓN DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA NECESARIA PARA EL DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES DE SUMINISTRO

SNC/DE/185/21

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D^a. María Ortiz Aguilar

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 1 de diciembre de 2022

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

ANTECEDENTES

PRIMERO. Comunicaciones del incumplimiento por parte del Operador del Mercado.

Con fecha 17 de diciembre de 2021, el operador del mercado OMI-Polo Español, S.A. (OMIE) remite a esta CNMC información semanal sobre determinadas situaciones anómalas en el mercado mayorista de electricidad, con base en el artículo 27.2.h) del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre. En lo relativo al programa de adquisición de energía por parte de AURA ENERGÍA, S.L. (en adelante, AURA ENERGÍA), consta lo siguiente: [CONFIDENCIAL]

SEGUNDO. Actuaciones previas

En fecha 21 de diciembre de 2021, la Subdirección de Energía Eléctrica de la CNMC comprobó los siguientes hechos:

- Según la información disponible en la CNMC en la base de datos de consumidores y puntos de suministros (SIPS) que se establece en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, la información del número de puntos de suministro que son clientes de AURA ENERGÍA, clasificados por peaje, a finales del mes de noviembre de 2021, es la que se refleja en el siguiente cuadro: [CONFIDENCIAL]

TERCERO. Acuerdo de incoación y alegaciones a la incoación.

Con fecha 21 de diciembre de 2021 la Directora de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Ley 3/2013») y en el artículo 23.f) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Estatuto Orgánico de la CNMC»), acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra la comercializadora AURA ENERGÍA, por su presunta falta de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro desde, al menos, el 19 de noviembre de 2021.

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban como infracción grave, prevista en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en relación con el artículo 46.1.c) del mismo texto legal.

El acuerdo de incoación del procedimiento sancionador fue notificado telemáticamente a AURA ENERGÍA, quien accedió a su contenido el 23 de diciembre de 2022.

Con fecha 17 de enero de 2022, AURA ENERGÍA ha presentado alegaciones al acuerdo de incoación, en los siguientes términos:

- En fecha 21 de diciembre de 2021 fue declarada en concurso voluntario de acreedores por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona.
- Al objeto de no generar mayores daños y perjuicios a los acreedores, AURA ENERGÍA, decidió dar de baja a sus clientes. Así, se comunicó a los clientes, en fecha 19 de noviembre de 2021, envió a dichos clientes a la Tarifa de Último Recurso y detuvo la compra de energía para no agravar la situación financiera.
- Por todo ello, AURA ENERGÍA considera que actuó de forma diligente y estima que su conducta no puede ser considerada como infracción muy grave conforme a la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Finalmente, solicita que se proceda a la desestimación del procedimiento sancionador.

CUARTO. Incorporación de documentación al expediente

Mediante diligencia de fecha 12 de septiembre de 2022, se incorporaron al expediente las cuentas anuales de AURA ENERGÍA correspondientes al año 2020, último disponible, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil de Barcelona de 9 de septiembre de 2022. De acuerdo con la misma el importe neto de la cifra de negocios fue de 87.609.365,65 euros.

QUINTO. Propuesta de Resolución y alegaciones a la propuesta

El 30 de septiembre de 2022 la Directora de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, propuso adoptar la siguiente resolución:

“ACUERDA

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

PRIMERO. Declare que AURA ENERGÍA, S.L. es responsable de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del incumplimiento de su obligación de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica.

SEGUNDO. Imponga a AURA ENERGÍA, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de cien mil (100.000) euros por la comisión de la infracción grave declarada en el precedente apartado primero, sin perjuicio de las reducciones que procedan de conformidad con lo establecido en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de Las Administraciones Públicas.”

La propuesta de resolución fue notificada telemáticamente a AURA ENERGÍA, quien accedió a la notificación el 5 de octubre de 2022.

Con fecha 13 de octubre de 2022, la empresa presentó alegaciones a la propuesta de resolución, en los siguientes términos:

- En fecha 21 de diciembre de 2021 fue declarada en concurso voluntario de acreedores por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona y posteriormente se produjo la apertura de la fase de liquidación en virtud de Auto de 2 de febrero de 2022.

- La propuesta parece olvidar que los mercados energéticos atravesaban y siguen atravesando uno de los periodos más complejos y trascendentes de los últimos años provocado por los elevados precios de cotización de las principales materias primas y de la energía y el desajuste temporal existente entre la oferta y la demanda de los productos energéticos.
- La subida imparable del precio de la electricidad ligado a los precios de venta fija que AURA tenía pactados con sus clientes públicos, le produjo unas pérdidas imparables que le avocaban a una situación de insolvencia, motivo por el cual AURA no pudo adquirir la energía eléctrica necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro.
- El incumplimiento se debió únicamente al aumento desproporcionado del precio de la energía por un hecho inevitable e imprevisible como fue la pandemia COVID-19 (que provocó un desequilibrio económico en todos los contratos de suministro que tenía pactados y generando cuantiosas pérdidas en el patrimonio)
- Ausencia total de daño, asegurándose AURA que con carácter previo a dejar de adquirir la energía necesaria para el desarrollo de su actividad de suministro, los clientes seguían recibiendo suministro de energía a través de las comercializadoras TUR.
- En el caso de que se reputara la existencia de un daño, no existe nexo causal puesto que la resolución del contrato se debió únicamente al incremento exponencial de los precios de la energía y, en consecuencia, posterior desequilibrio de las prestaciones económicas en los contratos a precio fijo con los clientes de AURA. La falta de compra de energía se produjo para evitar una mayor pérdida patrimonial y una mayor situación de endeudamiento de la empresa.
- En el caso de sancionarse, la multa impuesta tendría la consideración de crédito subordinado (art.281.4º TRLC) por tratarse de una omisión del concursado producida con anterioridad a la celebración del concurso.

AURA solicita que se declare no haber lugar a la multa propuesta al no existir conducta dolosa o culposa y, subsidiariamente, para el caso de que se acordase la multa, ésta necesariamente deberá ser calificada como un crédito subordinado.

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

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por la Directora de Energía, mediante escrito de fecha 13 de octubre de 2022, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

SÉPTIMO. Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y de lo establecido en el artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de

Competencia de esta Comisión emitió informe sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se considera HECHO PROBADO de este procedimiento que:

Único. AURA ENERGÍA S.L. no ha adquirido la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica, al menos en el periodo comprendido desde el 19 de noviembre de 2021 y el 31 de diciembre de 2021. En concreto, en las referidas semanas AURA ENERGÍA ha adquirido un total de [CONFIDENCIAL] MWh.

Así resulta de los actos de instrucción que constan incorporados al procedimiento, según la descripción recogida en los antecedentes de la presente resolución. En concreto,

- (i) Los informes de seguimiento elaborados por el Operador del Mercado (en adelante «OMIE») sobre la falta de compras del agente «AURA ENERGÍA S.L.» referidos al intervalo desde 22 de octubre al 31 de diciembre de 2021.
- (ii) Informe de la Subdirección de Energía Eléctrica sobre la falta de adquisición de la energía eléctrica necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de AURA ENERGÍA que, con fecha 21 de diciembre de 2021, traslada los datos obrantes en la base de datos del SIPS con el número de puntos de suministro que son clientes de AURA ENERGÍA en el mes de noviembre, desglosado por peajes.
- (iii) Las propias alegaciones efectuadas por AURA ENERGÍA a los acuerdos de incoación y de propuesta de resolución.

También este hecho ha sido acreditado a través de la información obtenida de las Bases de datos de Consumidores y Puntos de Suministros (SIPS), según la información disponible en la CNMC regulada en el 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. Así, según se acredita en el cuadro adjunto, la comercializadora AURA ENERGÍA, S.L., a fecha 31 de diciembre de 2021, disponía aún de [CONFIDENCIAL] CUPS activos con alguna sociedad distribuidora. Esto es, a la citada fecha de 31 de diciembre de 2021 AURA ENERGÍA, S.L. continuaba facturando consumos a clientes sin haber realizado las compras de energía preceptivas. [CONFIDENCIAL]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC

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

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, Ley 24/2013), se atribuye a la CNMC la competencia para imponer sanciones por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013.

Dentro de la CNMC, de conformidad con lo establecido en los artículos 21.2 y 29 de la Ley 3/2013 y del artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución del presente procedimiento.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el Capítulo III del Título X de la Ley 24/2013. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de dicha Ley, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de dieciocho meses al tratarse de la imputación de una infracción grave.

En lo demás, el procedimiento aplicable es el establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y, en particular, sus artículos 63, 64, 85, 89 y 90, en los que se contemplan especialidades relativas al procedimiento sancionador. Asimismo, resultan de aplicación los principios de la potestad sancionadora contenidos en el capítulo III del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, Ley 40/2015).

III. TIPIFICACIÓN DEL HECHO PROBADO

En relación con el hecho probado recogido en la presente Resolución, el artículo 46.1 de la Ley 24/2013 establece la obligación de los comercializadores de «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 de la Ley 24/2013, «28) *La no presentación de ofertas de compra o venta por los sujetos obligados a ello en el mercado de producción*».

Tal como resulta del Hecho Probado Único, AURA ENERGÍA no adquirió la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica a los puntos de suministro con los cuales esta comercializadora tenía

en vigor contrato en el periodo comprendido desde el 19 de noviembre de 2021 al 31 de diciembre de 2021.

En definitiva, esta conducta – esto es, la ausencia total de compras de electricidad en el mercado por parte de AURA ENERGÍA, manteniendo clientes con consumo- resulta típica en relación con lo dispuesto en el artículo 65.28 de la Ley 24/2013.

AURA ENERGÍA, en su escrito a la incoación, alegó que a partir del 19 de noviembre de 2021 procedió a no comprar energía eléctrica en el mercado, en tanto que, para entonces, ya había traspasado a sus clientes a la Tarifa de Último Recurso (TUR). Por lo tanto, según el argumento de AURA ENERGÍA no incurriría en ningún incumplimiento debido a que al no tener clientes se justifica que tampoco realizara compras de energía. Sin embargo, esa afirmación del comercializador no es cierta. Tal y como se ha podido acreditar, AURA ENERGÍA, S.L. conservaba clientes con posterioridad a la fecha de 19 de noviembre de 2021 a los que suministraba energía sin haber realizado las preceptivas compras. En concreto, a fecha 30 de noviembre de 2021 AURA ENERGÍA tenía [CONFIDENCIAL] CUPS activos y a fecha 31 de diciembre de 2021 AURA ENERGÍA aún mantenía [CONFIDENCIAL] CUPS activos con distintas distribuidoras. Por consiguiente, al menos durante todo ese periodo, como se ha indicado, estuvo facturando suministros sin haber realizado previamente las compras correspondientes de energía.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCION

IV.1. Consideraciones generales sobre la culpabilidad

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto al que se impute su comisión. Es decir, la realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 28.1 de la Ley 40/2015, que señala: *«Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa»*.

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal

Supremo de 30 de enero de 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de Derecho 4, indica:

«Por último, en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta. No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe».

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

La diligencia que es exigible a un comercializador en su condición de sujeto de mercado implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos, entre las que se encuentran la ya mencionada obligación descrita en el artículo 46.1.c) de la Ley 24/2013, relativa a la adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones.

En el presente caso, resulta acreditado que el comportamiento de AURA ENERGÍA implica una culpabilidad a título intencionado o doloso, ya que la empresa no adquirió la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica en el periodo comprendido, al menos, desde el 19 de noviembre al 31 de diciembre de 2021. La comercializadora infractora no podía desconocer el incumplimiento de sus obligaciones, puesto que era perfectamente consciente de la total ausencia de compras de energía eléctrica en el mercado de producción de energía eléctrica a través de cualquiera de las alternativas que tiene a estos efectos (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»). Todo ello, por cuanto aun cuando la actividad de comercialización se encuentra liberalizada (o sometida a una menor intensidad regulatoria), su ejercicio no está exento del cumplimiento de obligaciones normativas.

Alega AURA ENERGÍA la falta de dolo o culpa por las pérdidas imparables de su actividad de comercialización debido a la subida del precio de la energía ligada a los precios de venta fija que AURA ENERGÍA tenía pactados con sus clientes públicos. Al respecto, debe señalarse que AURA ENERGÍA no puede pretender exonerarse de la responsabilidad que le es exigible respecto de las obligaciones que la normativa establece para los comercializadores, entre ellos la básica obligación de adquirir la energía necesaria para suministrar a sus propios clientes.

Por una parte, AURA ENERGÍA apela a las condiciones de mercado relativas al precio de la energía, sin embargo, téngase en cuenta las distintas modalidades de contratación de energía que tienen todas las comercializadoras a su disposición, así como las distintas condiciones asociadas a las mismas que también tienen a su disposición, incluidas las existentes garantías de protección a la propia alza de precios. Si esa fuera la circunstancia real de la situación de AURA ENERGÍA, la empresa era conocedora – o debía serlo - de que existían (existen) instrumentos de contratación a plazo que cubrían (cubren) las fluctuaciones del precio de la energía en el mercado mayorista.

Por otra parte, AURA ENERGÍA apela a las condiciones económicas ofertadas a sus clientes públicos. Sin embargo, téngase en cuenta que la normativa determina la libertad de configuración de las modalidades de ofertas minoristas a los comercializadores, de tal forma que es decisión de las propias comercializadoras ofertar a precio fijo o variable o incluso presentar ofertas o no a las licitaciones públicas que se convoquen. A ello, debe añadirse que se trata de una mera manifestación, respecto de cuyas concretas circunstancias AURA ENERGÍA ni siquiera ha presentado la más mínima justificación documental relativa al propio supuesto de hecho al que alude. En todo caso, se trataría de una simple decisión empresarial de AURA ENERGÍA con la que no puede pretender justificar un incumplimiento normativo por su parte.

En definitiva, no puede tener favorable acogida la pretendida falta de culpabilidad de AURA ENERGÍA en su tipificada conducta, por cuanto ésta se deriva únicamente de las propias decisiones empresariales (no comprar energía para suministrar a sus consumidores) tomadas conscientemente como reconoce en sus escritos de alegaciones a la incoación y a la propuesta, pudiendo haber tomado otras diferentes en cualquier momento. La ausencia de compras ha sido una decisión adoptada conscientemente, reduciendo a más de la mitad de las compras realizadas durante una semana y a continuación sosteniendo compras nulas durante al menos más mes y medio. Y todo ello teniendo en su cartera entre más de [CONFIDENCIAL] clientes (con distintas tarifas, siendo mayoritarios [CONFIDENCIAL]) mensualmente a los que debía suministrar la energía que decidió no adquirir. Ninguna de las dos circunstancias determina la existencia de fuerza mayor que obligara a AURA ENERGÍA a desatender la básica obligación de compra de la energía para sus clientes. En todo caso, tampoco le exonera de responsabilidad la alegada circunstancia de falta de soporte financiero de la sociedad, derivada única y exclusivamente de sus propias decisiones empresariales.

AURA ENERGÍA señala igualmente la inexistencia de dolo por cuanto hizo todo lo posible para evitar cualquier daño a sus clientes. Al respecto, no debe olvidarse que la continuación del suministro a los clientes que seguían siendo sus clientes (no habían sido traspasados a TUR, [CONFIDENCIAL] clientes a finales de noviembre 2021 y [CONFIDENCIAL] clientes a finales de diciembre de 2021) no deriva de la propia conducta de AURA ENERGÍA sino de la normativa

aplicable que garantiza la continuidad del suministro a los consumidores, incluso en casos como el presente en los que los comercializadores no adquieren en el sistema la energía necesaria para proveerles de la electricidad que necesitan.

Contrariamente a lo que sostiene AURA ENERGÍA, lo cierto es que los hechos tipificados en el presente sancionador sí han causado un enorme daño económico, tanto al sistema eléctrico como a los restantes agentes que intervienen en el mismo y que está siendo soportado por todos ellos, resultando ser acreedores de AURA ENERGÍA que no ha adquirido/pagado la energía consumida por sus clientes. Así, como bien sabe AURA ENERGÍA, ella ha causado al menos una pérdida a sujetos acreedores del sistema por valor de [CONFIDENCIAL] euros (a fecha de agosto de 2022), cantidad que deriva precisamente de la falta de compra de energía eléctrica para el suministro a sus clientes que es el objeto de la tipificación del presente procedimiento. Esta Comisión también tiene constancia de ello, según la información disponible a través del informe del informe mensual de los servicios de ajuste del sistema, correspondiente al mes de agosto 2022.

En sus escritos de alegaciones a la incoación y a la propuesta (página 4), AURA ENERGÍA reconoce que conscientemente tomó la decisión de no adquirir *“la energía para el desarrollo de su actividad para evitar una mayor pérdida patrimonial de la sociedad y una situación de endeudamiento todavía peor”*. Sin embargo, debe significarse que la falta de adquisición de energía para suministrar a sus clientes no produce una mayor pérdida patrimonial de la sociedad. La energía no comprada por AURA ENERGÍA debe ser pagada por esta empresa ya que sus clientes sí han consumido la que han necesitado (dada la obligación de continuidad de suministro que la normativa configura como una medida de protección a todos los consumidores) y el precio a pagar por AURA ENERGÍA es por los desvíos generados por su falta de compra de energía.

El hecho de que AURA ENERGÍA hubiera efectuado traspaso de clientes a las comercializadoras TUR ya se tiene en cuenta en la medida que tanto el hecho tipificado como la cuantificación de la sanción se determina únicamente en función de la ausencia total de adquisición de energía para los clientes que sí continuaban en la cartera de clientes de AURA ENERGÍA ([CONFIDENCIAL] respectivamente a finales de noviembre y diciembre de 2021) por no haber sido traspasados a CUR.

Finalmente, señalar que la alegación referida a la existencia del COVID, además de no tener los efectos alcistas pretendidos por AURA ENERGÍA en lo relativo a la determinación de los precios de compra en mercado mayorista (en el año COVID-2020 la empresa tuvo una cifra de negocios de 87.609.365,65 euros, según depósito de cuentas en Reg. Mercantil), resulta claramente extemporánea habida cuenta que la conducta tipificada tuvo lugar en los meses de noviembre y diciembre de 2021.

En definitiva, frente a la alegada existencia de fuerza mayor que ha impedido a AURA ENERGÍA adquirir la energía necesaria para sus clientes, debe descartarse tal alegado por cuanto en los términos previstos por la jurisprudencia existente, *“La fuerza mayor equivale, desde luego, a un acontecimiento externo al círculo de la empresa, absolutamente independiente de la voluntad de ésta que sea imprevisible o, siendo previsible, sea inevitable.”*. En el presente caso, en las fechas del hecho infractor ningún acontecimiento externo concurría en los términos requeridos, tal y como se ha expuesto y, además, aceptar la tesis de la empresa implicaría dejar vacío de contenido el tipo infractor en todos los casos en los que la falta de compra de energía viniera aparejada de una situación económica negativa (además, téngase en cuenta que el periodo infractor es 19 de noviembre a 31 de diciembre de 2021, y que el Auto de declaración de concurso es de 31 de diciembre de 2021). Estamos, pues, en posición de afirmar que concurren todos y cada uno de los elementos normativos del tipo y culpabilidad y, en consecuencia, la subsunción de la conducta en la infracción legalmente definida es plenamente adecuada en el presente caso.

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

El artículo 67 de la Ley 24/2013, prevé una multa no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 por 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.

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

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

Teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción de riesgo cometida, se considera que en principio no concurren las circunstancias citadas en las letras a) y f).

Respecto a las circunstancias indicadas en las letras d) y e), ha de señalarse que ambas operan como agravantes en relación con la infracción, atendiendo a que: i) habida cuenta la liquidación tardía de la energía por desvíos, el beneficio obtenido por la ausencia de compras sería el equivalente a las facturaciones realizadas a sus clientes por el concepto de energía, a lo que habría de añadirse que el coste de financiación de las garantías no aportadas también ha sido cero; y ii) la intencionalidad en la comisión de la infracción y en el fraude al sistema eléctrico es evidente.

No obstante lo anterior, se considera que concurren las circunstancias establecidas en el artículo 67.3 de la Ley 24/2013 para aplicar la escala correspondiente a la clase o clases de infracciones que precedan en gravedad a aquella en que se integra la aquí considerada.

Asimismo, se deja constancia de que, a efectos de respetar el límite máximo establecido en el artículo 67.2 de la Ley 24/2013, consta inicialmente en el expediente la diligencia de incorporación de las últimas cuentas anuales disponibles de la comercializadora, resultando ser el ejercicio 2020 el último depositado por dicha empresa y con un importe neto de la cifra de negocios de AURA ENERGÍA de 87.609.365,65 euros.

Valorados los criterios citados en el artículo 67.4 de la Ley 24/2013, en relación con el peligro resultante de la infracción, la importancia del daño, perjuicios sobre el suministro, grado de participación, beneficio obtenido, intencionalidad e impacto sobre la sostenibilidad del sistema, considerado el principio de proporcionalidad y visto el contenido y alcance del incumplimiento según consta en el Hecho Probado único, se considera adecuada la propuesta de sanción formulada y establecer una multa a AURA ENERGÍA, S.L. por un importe de cien mil (100.000) 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 AURA ENERGÍA, 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 del incumplimiento de su obligación de adquisición de la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades de suministro de energía eléctrica.

SEGUNDO. Imponer a AURA ENERGÍA, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de cien mil (100.000) euros por la citada infracción grave.

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.