

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA
SOCIEDAD INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A. POR PRESUNTO
INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN CASO DE DESBALANCE.**

SNC/DE/007/16

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 1 de diciembre de 2016.

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 116.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Escrito de denuncia*

Con fecha 10 de febrero de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de PLANTA DE REGASIFICACIÓN DE SAGUNTO, S.A. («SAGGAS») a través del cual se denunciaba, el impago por parte de la sociedad INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A («INCRYGAS») de los cargos por desbalance negativo correspondientes al mes de diciembre de 2015 por una cantidad de 734.846,86 euros.

SEGUNDO. *Incoación del procedimiento sancionador*

De conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad

Sancionadora, el Director de Energía de la CNMC acordó, con fecha 18 de febrero de 2016, incoar procedimiento sancionador a INCRYGAS, como persona jurídica presuntamente responsable de la infracción muy grave prevista en el artículo 109.1 z) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Dicho acuerdo concretaba la presunta infracción en la falta de pago de las facturas por cargos de desbalance a la empresa SAGGAS en su planta de regasificación de Sagunto, en el mes de diciembre de 2015, por un importe hasta el momento de la incoación del expediente sancionador de 734.846,86 euros.

El 22 de febrero de 2016 se notificó dicho acuerdo de incoación a INCRYGAS.

TERCERO. Acceso al expediente y ampliación de plazo solicitado por INCRYGAS

El día 24 de febrero de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de INCRYGAS por el que solicitaba acceso al expediente administrativo y suspensión del plazo para formular alegaciones hasta que se hubiera recibido dicha copia.

El día 1 de marzo de 2016, el Director de Energía, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto procedió a enviar copia del expediente SNC/DE/007/16 y, en atención a las circunstancias concurrentes en el presente caso, amplió el plazo para formular alegaciones y, en su caso, proponer prueba en siete días, finalizando el nuevo plazo el día 18 de marzo de 2016. Este escrito fue notificado a INCRYGAS el mismo día.

CUARTO. Ampliación de denuncia por parte de SAGGAS

El día 3 de marzo de 2016 tuvo entrada nuevo escrito de SAGGAS en el que puso de manifiesto que INCRYGAS no había procedido al abono de los cargos por desbalance del mes de enero de 2016, cuya fecha de vencimiento era el 19 de febrero de 2016, por un importe de 439.405,02 €.

QUINTO. Alegaciones al acuerdo de incoación por parte de INCRYGAS

El 15 de marzo de 2016 tuvo entrada escrito de INCRYGAS en el que planteó las siguientes alegaciones:

En primer lugar, alegó que no podía ser objeto de sanción la falta de pago por desbalances negativos al estar pendiente de resolución de un conflicto de gestión económica y técnica planteado por la propia INCRYGAS por las facturas emitidas por SAGGAS desde marzo de 2015, en el que se interesaba la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión del cobro de las facturas reclamadas.

Se afirmó, igualmente, que INCRYGAS había ampliado mediante escrito dicho conflicto a cualquier presente o futura reclamación de SAGGAS.

Tras resumir el conflicto planteado ante la CNMC, se mencionó que INCRYGAS se oponía a pagar las facturas remitidas y había solicitado por escrito de 2 de febrero de 2016 el sometimiento a arbitraje tal y como está previsto en el contrato de acceso.

En consecuencia, alegó que las cantidades reclamadas y que habían dejado de pagarse no eran cantidades líquidas, vencidas y exigibles porque eran objeto de reclamación ante la CNMC y por vía arbitral. Asimismo se afirmó que *«la cantidad reclamada por SAGGAS no deriva del incumplimiento de obligaciones de pago sino del ejercicio por SAGGAS de una singular potestad pública sancionadora, no prevista en el contrato de acceso a instalaciones de regasificación de 13 de octubre de 2014 que vincula a ambas partes»*.

Por ello, no existiría el elemento subjetivo de la culpabilidad.

En segundo lugar, INCRYGAS señaló que la CNMC no podía ejercer su potestad sancionadora por no haber existido un agotamiento de los medios contractuales pactados entre SAGGAS e INCRYGAS y, concretamente, de la posibilidad de arbitraje.

En virtud de lo estipulado en el contrato, se llevaron a cabo varias reuniones en las que se propuso por INCRYGAS distintos calendarios de pago, que, según INCRYGAS no obtuvieron respuesta.

Tras ello, INCRYGAS procedió a solicitar el arbitraje que considera *«previo y prioritario a cualquier procedimiento jurisdiccional o administrativo, como el presente»*.

En tercer lugar, alegó que con el presente expediente sancionador se estaría vulnerando el principio constitucional de «non bis in ídem», dado que las obligaciones económicas por desbalance negativo serían una sanción. Por ello, el presente expediente sancionador sería redundante. Afirmó literalmente que: *«consiste en imponer una sanción por impago de una sanción»*.

Ello supondría, en su opinión, vulnerar el principio «non bis in ídem» al volver a sancionarse unos mismos hechos que ya habrían sido sancionados mediante el *«ejercicio de una potestad pública sancionadora singularmente delegada en una persona jurídica privada»*.

En cuarto lugar, insistió en que la cantidad reclamada por SAGGAS sería una sanción y que la misma debería ser nula por haber sido impuesta sin el mínimo

procedimiento sancionador, siendo la única cobertura de tal potestad una mera norma de nivel reglamentario.

En quinto lugar, alegó que la cantidad reclamada por SAGGAS es un ejemplo de enriquecimiento sin causa ya que no hay perjuicio para SAGGAS y, sin embargo, INCRYGAS, de pagarla, quedaría fuera del mercado si tuviera que afrontar la suma de penalizaciones y sanciones, reduciendo así la competencia para los consumidores.

Finalmente, indicó que se estaría produciendo una vulneración del principio de proporcionalidad, en tanto que a una «primera sanción» de 734.846,86 €, se puede añadir una multa de hasta 30.000.000 € y la posible revocación o suspensión de la autorización administrativa, así como la inhabilitación temporal para el ejercicio de la actividad de comercializador por un período máximo de un año.

Por todo ello, interesa el sobreseimiento y archivo del presente procedimiento sancionador.

SEXTO. Finalización del contrato y denegación de acceso

En fecha 18 de marzo de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito por el que SAGGAS puso en conocimiento de la CNMC que el 17 de marzo procedió a suspender los servicios objeto del contrato de acceso de 11 de septiembre de 2015 que vinculaba a SAGGAS con INCRYGAS. En dicho escrito se reiteró la denuncia de los incumplimientos de los pagos por desbalance, así como de la obligación reglamentaria y contractual de INCRYGAS de abonar los mismos, incluso aunque exprese su disconformidad mediante distintas vías tanto administrativas como arbitrales.

En fecha 30 de marzo de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC nuevo escrito de SAGGAS en el que puso en conocimiento de la CNMC que INCRYGAS había solicitado acceso a las instalaciones de regasificación el día 28 de marzo de 2016, siendo denegado tal acceso por escrito de 29 de marzo de 2016, como consecuencia de los reiterados impagos de los pagos por desbalance negativo en los que ha incurrido INCRYGAS.

SÉPTIMO. Objeto, alcance y resolución del Conflicto de gestión económica y técnica planteado por INCRYGAS ante la CNMC frente a las facturas emitidas por SAGGAS en concepto de pagos por desbalance negativo en planta de regasificación

Con anterioridad a los hechos recién mencionados, el 21 de diciembre de 2015 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de ese mismo día de la sociedad INCRYGAS por el que se planteó conflicto de gestión económica y

técnica del sistema gasista en relación con una serie de facturas por cargos por desbalance de gas emitidas por SAGGAS en aplicación de la Orden IET/2355/2014 de 12 de diciembre, por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista para el segundo período de 2014 y que modificaba la Norma de Gestión Técnica del Sistema Gasista-09.

En concreto, el escrito de planteamiento del conflicto se refería a todas las refacturaciones realizadas por SAGGAS en noviembre de 2015 (referidas a cargos por desbalance negativo de marzo hasta octubre de 2015) así como a la factura correspondiente a los desbalances de noviembre de 2015. Igualmente interesaba la toma de medidas provisionales consistentes en la suspensión de la obligación de pago de las facturas, en tanto que había procedido a no pagar las que eran objeto del conflicto.

Dicho escrito de interposición no fue nunca objeto de ampliación respecto a las facturas posteriores y, en particular, a la factura de diciembre de 2015 y a la posterior de enero de 2016, que tampoco fueron abonadas por INCRYGAS.

Como ya se ha indicado el día 2 de febrero de 2016 INCRYGAS, estando todavía el conflicto pendiente de resolución, solicitó el arbitraje previsto en el contrato de acceso de 11 de septiembre de 2015. Resulta relevante indicar que, de acuerdo, con el propio contrato, el tercer miembro del tribunal arbitral debería ser designado por la propia CNMC en caso de discrepancia entre las partes.

El 10 de marzo de 2016, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resolvió denegar la medida provisional solicitada por INCRYGAS consistente en la suspensión de la obligación de pago hasta que se resolviera el conflicto.

La Sala consideró que no concurrían los presupuestos para su adopción en tanto que no era urgente la toma de tal medida, dado el breve plazo de resolución del conflicto, ni necesaria, ya que, a la vista de los intereses en conflicto, no había razón alguna para que cediera el interés general, ni que se perjudicara a la otra parte del conflicto. Dicha Resolución fue notificada a INCRYGAS el día 14 de marzo de 2016.

Finalmente en fecha 28 de abril de 2016 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resolvió desestimar el conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista planteado por INCRYGAS al entender de plena aplicación a los desbalances negativos en plantas de regasificación la regulación contenida en la Orden IET/2355/2014. Dicha Resolución fue notificada a INCRYGAS el día 4 de mayo de 2016.

OCTAVO. Acuerdo privado entre INCRYGAS y SAGGAS para el cumplimiento de la obligación de pago del cargo por desbalance negativo en la planta de regasificación

Con fecha 6 de julio de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de SAGGAS en el que comunicó que había llegado a un acuerdo con INCRYGAS para el pago en sucesivos plazos mensuales parciales de la deuda contraída con SAGGAS, la cual INCRYGAS reconocía como vencida, líquida y exigible.

Asimismo se comunicaba que INCRYGAS había desistido a la vía arbitral para resolver el conflicto con SAGGAS. En dicho Acuerdo se incluyó el pago de los cargos por desbalance que son el objeto del presente procedimiento sancionador (diciembre de 2015 y enero de 2016). Asimismo SAGGAS informó de que INCRYGAS ha efectuado en tiempo y forma los dos primeros pagos.

NOVENO. Incorporación de información del Registro Mercantil

Con fecha 15 de septiembre de 2016, consta diligencia de incorporación de la siguiente documentación al presente procedimiento:

Información Mercantil Interactiva de los Registros Mercantiles de España, expedida el día 12 de mayo de 2016 por el Registro Mercantil de Madrid, relativa al depósito anual de cuentas del ejercicio 2014 de la empresa INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A., como último depósito contable disponible.

DÉCIMO. Propuesta de Resolución

El 22 de septiembre 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 de la CNMC

ACUERDA

Proponer a la Sala de Supervisión Regulatoria:

1º).- Declare que INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109.1 z) en relación con el 110 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, como consecuencia de su incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance de conformidad con lo establecido en las Normas de Gestión Técnica del sistema.

2º).- Le imponga una sanción consistente en el pago de una multa de 35.228 € (treinta y cinco mil doscientos veintiocho euros).

La Propuesta de Resolución fue notificada a INCRYGAS con fecha 28 de septiembre de 2016, según consta acreditado en expediente. En la notificación

se concedió a la imputada un plazo de quince días a fin de que pudiera formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimase pertinentes.

UNDÉCIMO. Alegaciones de INCRYGAS a la Propuesta de Resolución

Por escrito de 17 de octubre de 2016, con entrada en la CNMC con fecha 19 de octubre siguiente, INCRYGAS, además de remitirse a los motivos expuestos con su anterior escrito de 8 de marzo de 2016, formuló, en síntesis, las siguientes alegaciones:

- Que con fecha 13 de mayo de 2016 presentó escrito formulando recurso contencioso-administrativo contra las Resoluciones de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 10 de marzo y de 28 de abril de 2016 por las que, respectivamente, se denegaron las medidas provisionales solicitadas en el marco del conflicto de gestión técnica del sistema gasista contra ENAGÁS y contra SAGGAS y se desestimó dicho conflicto (CFT/DE/030/15). Añade que «*INCRYGAS se opone al pago de las penalizaciones por cuanto que la partida por desbalance contenida en las facturas emitidas por Saggas se basa en la Orden IET/2355/2014 [...] [la cual] no es conforme a Derecho y radicalmente nula, entre otras causas, por opuesta y contraria al Reglamento (UE) Nº 312/2014 [...]*». La empresa aportó el Decreto de admisión a trámite del recurso.
- Que no existe el elemento subjetivo de culpabilidad porque INCRYGAS defiende la radical nulidad de la Orden IET/2355/2014, de 12 de diciembre. A pesar de sostener dicha nulidad, INCRYGAS formalizó un acuerdo de reconocimiento de deuda con SAGGAS mediante escritura pública de 11 de mayo de 2016, a tenor del cual se compromete a abonar en 23 cuotas, según el calendario de pago acordado, las sanciones impuestas por desbalance de gas natural sufrido en la planta de Sagunto. Añade que «*Incrygas ha abonado las cinco cuotas correspondientes al calendario de pago pactado desde su formalización el pasado 11 de mayo de 2016 por un importe de dos millones ciento sesenta y nueve mil novecientos noventa euros con noventa céntimos de euro*». INCRYGAS aportó a tal efecto tanto la escritura pública como la copia de las cinco transferencias bancarias efectuadas a SAGGAS cumpliendo con el calendario de pago.

DOUDÉCIMO. 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 26 de octubre 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.

DECIMOTERCERO. 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 informe sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

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

ÚNICO. La sociedad INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A no ha cumplido en tiempo y forma con las obligaciones económicas previstas en caso de desbalance derivadas de la regulación establecida en las Normas de Gestión Técnica del sistema contraídas durante el mes de diciembre de 2015 y enero de 2016.

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.f) 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 116.3.b) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones en el caso de infracción tipificada como muy grave en el párrafo z) del artículo 109.1 «*el incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance derivadas de la regulación establecida por las Normas de Gestión Técnica del Sistema*», así como, cuando dichas conductas, en atención a las circunstancias concurrentes, no puedan calificarse de muy graves y, en virtud de lo previsto en el artículo 110 LSH tengan la consideración de infracciones graves. 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

El procedimiento aplicable es el establecido en el artículo 11 y siguientes del RD 1398/1993, norma que resulta aplicable a tenor de la DT 3ª, apartado a), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común («A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior»). Por otro lado, los principios de la potestad sancionadora, previstos en los artículos 127 a 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («Ley 30/1992»), figuran ahora en los artículos 25 a 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público («Ley 40/2015»).

Asimismo resulta de aplicación, en cuanto a normas de procedimiento se refiere, lo dispuesto en el Título VI de la Ley del Sector de Hidrocarburos, en particular, lo establecido en su artículo 115.2, donde se determina un plazo máximo de dieciocho meses para resolver y notificar la resolución del expediente.

III. RELACIÓN DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO CON EL CONFLICTO DE GESTIÓN ECONÓMICA Y TÉCNICA Y EL ARBITRAJE SOLICITADOS POR INCRYGAS

Como se ha indicado en los antecedentes de hecho, el conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista en relación con una serie de facturas por cargos por desbalance emitidas por SAGGAS fue planteado por INCRYGAS el 21 de diciembre de 2015. El objeto del conflicto se limitaba a las refacturaciones realizadas por SAGGAS en noviembre de 2015 (pagos por desbalance negativo de marzo hasta octubre de 2015) y la factura correspondiente a los desbalances de noviembre de 2015, dejando al margen la de diciembre de 2015 y las posteriores.

Dicho objeto no fue nunca ampliado, siendo sencillamente falsa la afirmación de INCRYGAS de que amplió mediante escrito el objeto del conflicto a cualquier presente o futura reclamación que le efectuara SAGGAS sobre este concepto. INCRYGAS no ha aportado en sus escritos de alegaciones prueba documental alguna de dicha supuesta ampliación. Ni siquiera efectuó dicha aportación en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, pese a que dicha Propuesta había señalado expresamente la ausencia de tal prueba documental.

En consecuencia, la factura por cargos por desbalance negativo del mes de diciembre de 2015 y siguientes nunca fueron objeto del conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista planteado por INCRYGAS el 21 de diciembre de 2015.

Por si fuera poco, y como se ha indicado en los antecedentes de hecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC en fecha 10 de marzo de 2016 resolvió denegar la medida provisional solicitada por INCRYGAS, consistente en la suspensión de la obligación de pago hasta que se resolviera el conflicto.

La Sala consideró que no concurrían los presupuestos para su adopción en tanto que no era urgente la toma de tal medida, dado el breve plazo de resolución del conflicto, ni necesaria, ya que, a la vista de los intereses en conflicto, no había razón alguna para que cediera el interés general, ni que se perjudicara a la otra parte del conflicto. Dicha Resolución fue notificada a INCRYGAS el día 14 de marzo de 2016.

Finalmente en fecha 28 de abril de 2016 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resolvió desestimar el conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista planteado por INCRYGAS al entender de plena aplicación a los desbalances negativos en plantas de regasificación la regulación contenida en la Orden IET/2355/2014. Dicha Resolución fue notificada a INCRYGAS el día 4 de mayo de 2016 que ha procedido a recurrirla judicialmente.

Por tanto, no cabe acoger la alegación efectuada por INCRYGAS en relación a que la pendencia del citado conflicto impida el ejercicio por parte de la CNMC de la potestad sancionadora. Sin entrar a determinar si ello es o no jurídicamente posible, es cierto que la resolución del conflicto y su firmeza en vía administrativa hace innecesario cualquier debate sobre la cuestión. No obsta a la conclusión anterior el hecho de que INCRYGAS haya presentado un recurso contencioso-administrativo contra la resolución desestimatoria de las medidas cautelares instadas en el procedimiento de conflicto de gestión técnica del sistema gasista contra SAGGAS y ENGAGÁS y contra la propia resolución desestimatoria del conflicto. No consta que dicho recurso haya venido acompañado de una solicitud de suspensión cautelar. En esa medida, las decisiones adoptadas por la CNMC en dicho procedimiento de conflicto son válidas y surten efectos hasta que una eventual resolución judicial declare lo contrario.

Lo mismo sucede en relación al arbitraje que en su día INCRYGAS instó en el marco de la relación contractual que mediaba entre INCRYGAS y SAGGAS. Alega reiteradamente la mercantil que la CNMC no puede ejercer su potestad sancionadora hasta que no se hayan agotado los medios contractuales pactados. El argumento planteado por INCRYGAS parece olvidar que la vía contractualmente pactada entre aquella y SAGGAS para resolver sus diferencias, ya sea la de arbitraje o la alcanzada a través de un acuerdo transaccional, no puede en modo alguno supeditar o condicionar el ejercicio de las facultades que tiene atribuidas esta Comisión, ya sean en materia resolutoria de conflictos o en el ámbito sancionador. Cuestión distinta es la incidencia que puedan tener esos acuerdos a la hora de valorar la reprochabilidad de la conducta así como los elementos subjetivos que deben concurrir en un ilícito

administrativo, lo que deberá hacerse en cada caso concreto. De cualquier modo, en el caso que nos ocupa, y como se ha puesto de manifiesto en el antecedente de hecho octavo, SAGGAS ha comunicado a esta Comisión que ha llegado a un acuerdo con INCRYGAS en el que ésta «*desiste de la vía arbitral por ella iniciada en la que se cuestionaba la legalidad de las facturas emitidas por SAGGAS en aplicación de la Orden IET/2355/2014*».

En consecuencia, nada impide la continuación del presente procedimiento sancionador y el análisis de si los hechos probados son constitutivos de la infracción tipificada en el párrafo z) del artículo 109.1 y, si en caso de ser así, en atención a las circunstancias puede considerarse dicha infracción como muy grave o simplemente como grave, tal y como indica el artículo 110 de la Ley del Sector de Hidrocarburos en su párrafo inicial.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CARGOS POR DESBALANCE

Los cargos por desbalance negativo, es decir, por defecto de existencias en plantas de regasificación al tiempo de la emisión de las facturas (diciembre 2015 y enero 2016) estaban regulados para este caso en lo previsto en la disposición final segunda de la Orden IET/2355/2014, que modificaba la Norma de Gestión Técnica del Sistema NGTS-09 “Operación normal del sistema”, en sus apartados 9.6.1, 9.6.4 y 9.6.6. La redacción vigente al tiempo de la emisión de las facturas no pagadas era, por tanto, la siguiente:

El apartado 9.6.1 establece la obligación general de todo usuario del sistema gasista de mantener sus niveles de existencias de gas, concretamente establece:

«Los usuarios del sistema gasista deberán mantener sus niveles de existencias de gas en el sistema dentro de los márgenes de tolerancia establecidos en las Normas de Gestión Técnica del Sistema.»

El balance de referencia para determinar los desbalances individuales será el balance diario (balance “n+1”), una vez cerrado el periodo de discrepancias.

Las regularizaciones posteriores no afectarán al balance de referencia para el cálculo de desbalances. Para el cálculo de los desbalances, cada día se tendrá en cuenta la capacidad diaria contratada del usuario que sea de aplicación.

Se consideran 4 tipos de desbalances:

- Por exceso de gas en el almacenamiento para la operación comercial en la red de gasoductos (AOC).
- Por exceso de GNL en plantas de regasificación.
- Por defecto de gas en el almacenamiento para la operación comercial en la red de gasoductos.
- Por defecto de GNL en una planta de regasificación.

Cuando un usuario del sistema se encuentre en situación de desbalance, le serán de aplicación los cargos económicos que se describen en los siguientes apartados, que tendrán la consideración de ingresos liquidables.

Los cargos económicos derivados de las situaciones de desbalance serán facturados por el Gestor Técnico del Sistema, excepto en el caso de defecto de GNL en una planta de regasificación (9.6.4), que será facturada por el titular de la misma [...] ATR».

En dicho apartado se establece, sin género de duda, que el incumplimiento de la citada obligación conlleva la aplicación de un cargo económico, que facturará, en el caso de las plantas de regasificación, el titular de las mismas.

La cuantía del citado recargo se establece en el apartado 9.6.4 de la propia NGTS- 09, cuya redacción vigente al tiempo de los hechos era la siguiente¹:

«Cuando un usuario se encuentre en desbalance por existencias negativas en el AOC o en una planta de regasificación, se le facturará diariamente un cargo económico por el importe resultante de multiplicar la cantidad en defecto de gas por el 10% del precio de referencia definido en el apartado para desbalances por defecto de existencias operativas definido en el apartado 9.6.6.»

Finalmente el apartado 9.6.6 de la NGTS-09 establece los precios de referencia para la determinación del cargo económico.

En términos similares, aunque solo para los desbalances en la red y no en plantas de regasificación se pronuncia el Reglamento UE nº 312/2014, de 26 de marzo de 2014, por el que se establece un código de red sobre el balance del gas en las redes de transporte, que lo define en su artículo 3.9 como «*la cantidad de dinero que un usuario de red paga o recibe en relación con la cantidad de desbalance diario*». En el capítulo V del citado Reglamento se regula pormenorizadamente la tarifa de desbalance diario entendida (artículo 19) como una obligación del usuario a dar o recibir una cantidad en función de su desbalance diario. En el mismo sentido, la Circular 2/2015, de 22 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen las normas de balance en la red de transporte gasistas.

De la anterior normativa se deduce con claridad que el cargo por desbalance diario puede actuar, en principio, en ambos sentidos, es decir puede ser un cargo o, por el contrario, puede abonarse al usuario y que, atendiendo al hecho de que

¹ La Orden ITC/2736/2015, de 17 de diciembre, modificó la redacción del precepto, pero no afecta dicho cambio a los cargos por desbalance en plantas de regasificación:

«Cuando un usuario se encuentre en desbalance por existencias negativas en el AOC, se le facturará diariamente un cargo económico por el importe resultante de multiplicar la cantidad en defecto de gas por el 5 % del precio de referencia definido en el apartado para desbalances por defecto de existencias operativas definido en el apartado 9.6.6. Si el desbalance por existencias negativas se produce en una planta de regasificación se aplicará el 10% de dicho precio de referencia».

el desbalance negativo, es decir, la falta de gas en la planta de regasificación no es la situación óptima, en tanto que obliga a reponer por parte del titular de la planta de regasificación el gas, la normativa establece un cargo que es, por un lado, compensatorio por la necesidad de reponer ese gas, se adquiriera o no el mismo y, sobre todo, un incentivo negativo que pretende que los usuarios eviten dicha situación.

En el presente caso, INCRYGAS estaba en una situación habitual de desbalance negativo en la planta de regasificación de SAGGAS y había estado pagando los cargos por desbalance negativos sin reparo alguno hasta que SAGGAS aplicó la nueva normativa (noviembre 2015), es decir, la aprobada en la citada disposición final segunda de la Orden IET/2355/2014, vigente desde marzo, y que, al aumentar de forma relevante la cantidad del cargo por desbalance, les condujo al planteamiento del conflicto de gestión económica y técnica ante la CNMC y al posterior impago en el mes de diciembre de 2015 y siguientes que es el objeto de este procedimiento sancionador.

Resulta por lo anterior, completamente injustificada y jurídicamente insostenible la alegación de INCRYGAS de que el cargo por desbalance diario tiene naturaleza jurídica sancionadora y que, en consecuencia, el presente procedimiento sancionador estaría incurriendo en un supuesto de doble sanción, vulnerando el principio constitucional del non bis in ídem, recogido en el artículo 133 Ley 30/1992.

Igualmente resulta jurídicamente insostenible afirmar que el cargo y su recaudación por parte de SAGGAS es un supuesto de «*ejercicio de una potestad pública sancionadora singularmente delegada en una persona jurídico privada*» o la afirmación de que el cargo es nulo porque al tratarse de una sanción se ha impuesto sin el procedimiento sancionador.

Todos estos argumentos sólo pretenden desviar la atención sobre el hecho de que INCRYGAS se encontraba habitualmente en una situación de desbalance negativo, que SAGGAS, en estricto cumplimiento de la normativa vigente, le facturó el correspondiente cargo que posteriormente debía ingresarse en el sistema gasista y que INCRYGAS no pagó en tiempo y forma los citados cargos.

En conclusión, los cargos por desbalance diario negativo no son más que la consecuencia normativa regulatoria, en forma de obligación económica, del incumplimiento de la obligación de mantener el nivel suficiente de gas en el sistema.

V. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

El Título VI de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, contiene todo el catálogo de infracciones administrativas cometidas en desarrollo de actividades del sector y, su correspondiente régimen sancionador.

La conducta objeto del presente procedimiento sancionador está tipificada como muy grave en el artículo 1091. z) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos:

«z) El incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance derivadas de la regulación establecida por las Normas de Gestión Técnica del Sistema».

Como se ha manifestado anteriormente, en el presente caso INCRYGAS dejó de pagar la factura emitida por SAGGAS en diciembre de 2015 y siguientes en concepto de cargo por desbalance negativo, de conformidad con lo establecido en la Norma de Gestión Técnica del Sistema NGTS-09 “operación normal del sistema”.

Se trata, por tanto, de un hecho que cumple de forma perfecta con el tipo infractor. La NGTS-09 establece unas obligaciones económicas en forma de cargos en caso de desbalance e INCRYGAS con su impago las incumple. No hay duda en cuanto al pleno encuadre de la actuación en el tipo infractor y, en consecuencia, el carácter antijurídico de los hechos. El propio INCRYGAS reconoce que no pagó las facturas.

Ahora bien de conformidad con lo previsto en el artículo 110 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, cuando las conductas tipificadas como muy graves, no puedan calificarse como tales, en atención a las circunstancias concurrentes, habrá de estarse a la consideración de las mismas como infracciones graves. En atención a lo instruido y a las alegaciones presentadas por INCRYGAS es claro que el impago, a pesar de su importante cuantía, no afectó de forma muy grave al sistema gasista, aunque SAGGAS tuvo que soportar como recaudador del sistema los correspondientes cargos y su ingreso en el sistema. Por ello, los hechos objeto del presente procedimiento sancionador han de considerarse constitutivos de una infracción grave y no muy grave, como se habían calificado inicialmente en el acuerdo de incoación.

VI. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN

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 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 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»*. En términos similares, el artículo 28.1 de la nueva Ley 40/2015 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»*.

Lo anterior debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual *«la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable»*².

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 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».

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

La conducta de la sociedad imputada puede reputarse como culpable. A pesar de estar obligada por su condición de comercializador de gas, INCRYGAS no ha cumplido en plazo con la obligación de pagar los cargos por desbalance negativo en el mes de diciembre de 2015 y enero de 2016 en la planta de regasificación de Sagunto, propiedad de SAGGAS.

² Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo e 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.

No excusa el cumplimiento de dicha obligación, ni el acuerdo posterior para proceder al pago con SAGGAS, ni, en su momento, el planteamiento del citado conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista frente a los cargos por desbalance negativos. Como ha quedado acreditado en los antecedentes de hecho de esta resolución, INCRYGAS nunca amplió el objeto del conflicto, discutiendo exclusivamente las refacturaciones efectuadas por SAGGAS, en el mes de noviembre de 2015, de meses anteriores y de la correspondiente a ese mismo mes.

Es más INCRYGAS tampoco procedió a efectuar el pago de la factura de diciembre de 2015 y siguientes cuando esta Comisión rechazó la suspensión cautelar, en fecha 10 de marzo de 2016, de los pagos que había solicitado en el escrito de planteamiento del conflicto de gestión técnica y económica del sistema gasista.

Por otra parte, INCRYGAS afirma que no hay culpa en su actuación de impago porque las cantidades no eran líquidas, vencibles ni exigibles por ser objeto de reclamación ante la CNMC. Sin insistir en lo ya dicho sobre el objeto de reclamación ante la CNMC, baste ahora señalar que en el acuerdo firmado con SAGGAS, reconoce todos los cargos por desbalance negativo en planta de regasificación como deudas vencidas, líquidas y exigibles, es decir, reconoce que las deudas existían y eran exigibles.

Tampoco puede aceptarse el argumento aludido por INCRYGAS en sus escritos de alegaciones acerca de la supuesta falta de culpabilidad debido a la nulidad de la Orden IET/2355/2014, en la medida en que resulta contraria al Derecho de la UE, y concretamente al Reglamento UE nº 312/2014. Bastaría con señalar que dicha Orden IET/2355/2014 no ha sido declarada nula, de modo que resulta de plena aplicación. Además, el ámbito de dicho Reglamento UE nº 312/2014 se limita a las redes de transporte, sin que resulte aplicable a otras instalaciones gasistas como plantas de regasificación o almacenamientos subterráneos. Ello determina que la única norma plenamente vigente y aplicable en materia de recargos por desbalance en plantas de regasificación sea la normativa nacional de referencia, es decir, la redacción de las NGTS-09 dada por la citada Orden IET/2355/2014, que fue aplicada correctamente por SAGGAS en las facturas objeto del presente procedimiento sancionador.

En realidad, lo que ha sucedido en el presente caso es que el error inicial de SAGGAS en la facturación de los cargos por desbalance entre los meses de marzo y octubre de 2015 —por haber aplicado una normativa derogada— dio lugar a una refacturación de los cargos de varios meses en un único mes, noviembre de 2015. Esta refacturación múltiple, de elevadísima cuantía, no podía ser afrontada por INCRYGAS en ese momento. Ello le llevó a iniciar un proceso en distintas instancias -arbitraje o conflicto-, en el que asumió como una consecuencia más, el impago de los cargos por desbalance negativo, con el objetivo de que SAGGAS le rebajara la cuantía o llegara a un acuerdo de pago

aplazado, como finalmente sucedió. Curiosamente no amplió nunca el objeto del conflicto. Además, la CNMC se pronunció con claridad al rechazar con fecha 10 de marzo y 28 de abril de 2016 la medida cautelar solicitada por INCRYGAS, en la que dicha empresa pretendía justificar su decisión de no hacer frente a las sucesivas facturas.

Pues bien, con dicho comportamiento, perfectamente asumido y, por tanto, culpable, INCRYGAS no tuvo en cuenta que dichos cargos no suponían un beneficio para SAGGAS, bien al contrario, la mercantil titular de la planta de regasificación estaba obligada a seguir ingresando al sistema dichos cargos por desbalance porque, de no haberlo hecho, SAGGAS habría incurrido, a su vez, en una infracción administrativa. Asimismo INCRYGAS olvida que los cargos respondían a una situación objetiva y real de balance negativo continuado en la planta de regasificación con lo que estaba incumpliendo la obligación de todo usuario de disponer de gas suficiente en el sistema.

Con esto queda claro que INCRYGAS se retrasó en el pago de forma culpable en el ámbito de una actuación encaminada a aplazar los pagos de sus cargos por desbalance negativo por parte a SAGGAS.

VII. SANCIÓN APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA

De acuerdo con el artículo 113 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, la sanción que lleva aparejada la comisión de una infracción grave es la imposición de una multa de hasta 6.000.000 de euros.

El artículo 131.3 de la Ley 30/1992, relativo al principio de proporcionalidad, reunía los criterios generales para la graduación de la sanción a aplicar, actualmente previstos en el artículo 29 de la Ley 40/2015. Por su parte, la Ley del Sector de Hidrocarburos contiene también los criterios específicos que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de imponer las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas en el sector. Así, el artículo 113.3 de la citada ley establece que *«La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a criterios de proporcionalidad y a las circunstancias especificadas en el artículo anterior»*.

Asimismo, el artículo 112 de la citada Ley del Sector de Hidrocarburos, especifica estas circunstancias del modo siguiente:

«Para la determinación de las correspondientes sanciones se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

- 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 a usuarios.
- d) El grado de participación y el beneficio obtenido.

- e) La intencionalidad o reiteración en la comisión de la infracción.
- f) La reiteración por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme».

De los anteriores criterios, el más relevante en el presente caso como criterio de graduación es el de la importancia del daño o deterioro causado. Es significativo a estos efectos que la cuantía dejada de ingresar por INCRYGAS como cargo por su desbalance negativo es muy elevada (734.846,86 € en el mes de diciembre y 439.405,02 € en enero que suma un total de 1.174.251,88 €). Sin embargo, hay que valorar positivamente que INCRYGAS haya alcanzado un acuerdo para afrontar las obligaciones económicas derivadas de su situación permanente de desbalance. Igualmente ha de tenerse en cuenta que la refacturación en bloque de varios meses de los cargos por desbalance en noviembre de 2015 suponía para INCRYGAS afrontar en un tiempo muy breve una importante cantidad de dinero -más de siete millones de euros- que, ha de tenerse en cuenta al evaluar la sanción a proponer.

Por ello, atendidas las anteriores circunstancias y el adecuado cumplimiento del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 131.2 Ley 30/1992 y 113.3 de la Ley 34/1998, procede sancionar con la cantidad de treinta y cinco mil doscientos euros (35.200 €). Ha de tenerse en cuenta por tanto que la cantidad impuesta respeta el citado principio de proporcionalidad al haberla situado en el umbral inferior y, dentro de éste, en cuantía mínima respecto de la sanción legalmente establecida.

Esta sanción no supera el 5 por ciento del importe del volumen de negocios anual de la empresa infractora, tal y como exige el artículo 113.1 2º párrafo Ley del Sector de Hidrocarburos en el caso de las infracciones graves impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. En efecto, según las últimas cuentas anuales depositadas por dicha empresa, las correspondientes a 2014, el importe neto anual de su cifra de negocios fue de 174.397.376,76 euros por lo que la sanción respeta el límite indicado. Dicho importe corresponde, según declara la propia mercantil, a las ventas de gas natural licuado y de gas canalizado, por lo que representa adecuadamente el volumen de negocios anual al que se refiere la normativa de aplicación.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109.1 z) en relación con el 110 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del

Sector de Hidrocarburos, como consecuencia de su incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance de conformidad con lo establecido en las Normas de Gestión Técnica del sistema.

SEGUNDO.- Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **35.200 euros (treinta y cinco mil doscientos 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.