



Roj: **SAN 2627/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:2627**

Id Cendoj: **28079230042019100238**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **29/05/2019**

Nº de Recurso: **535/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000535 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07282/2017

Demandante: INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A (INCRYGAS)

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA MARTÍN VALERO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veintinueve de mayo de dos mil diecinueve.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **535/2017** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.L** representada por el Procurador D. Ramiro Reynolds Martínez y asistida de Letrado, frente a la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 26 de octubre de 2017, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 26 de diciembre de 2017 contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión a trámite mediante decreto de fecha 2 de enero de 2018, y con reclamación del expediente administrativo .



SEGUNDO.- Una vez recibido en esta Sala el expediente administrativo, se dio traslado a la parte actora para que formalizara demanda, lo que verificó mediante escrito presentado en fecha 4 de abril de 2018, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) *anule y declare contraria a derecho: A) la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 27 de octubre de 2017 (notificada el siguiente día 28 de octubre de 2017) por la que se impone a mi representada una sanción de 6.000.000 de Euros por la supuesta comisión de una infracción muy grave consistente en el incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance, moderando sustancialmente la misma en caso de no llegar a anularla, y B) a su vez declare contrarias a Derecho los siguientes preceptos y normas administrativas con base en los argumentos expuestos en el presente escrito: .- Circular 2/2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en cuanto a su Disposición adicional primera, "Desaparición de la capacidad de almacenamiento en PVB" y Artículo Decimotercero punto 3 en su primer párrafo ("aprobación mediante Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la metodología de cálculo de las tarifas de desbalance"), y último párrafo ("La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuando lo estime necesario, podrá modificar, mediante Resolución y previo trámite de consulta pública, el valor del ajuste menor aplicable al precio medio ponderado del gas"); .- Resolución INF/DE/149/15 de 1 de marzo de 2016, de la referida CNMC, por la que se aprueba el procedimiento de habilitación y baja de usuarios 67 con cartera de balance en el punto virtual de balance y el contrato marco(que adjuntamos al presente escrito como DOCUMENTO 4); .- Resolución INF/DE/042/16 de 12 de mayo de 2016 de la CNMC por la que se aprueba la metodología de cálculo de liquidación de los desbalances diarios de los usuarios y acciones de balance de compraventa de productos normalizados del Gestor Técnico del Sistema (que aportamos como DOCUMENTO 5). >>.*

CUARTO.- La Abogacía del Estado, contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 11 de mayo de 2018, interesando la desestimación del presente recurso.

QUINTO.- Fijada la cuantía del procedimiento y admitida la documental presentada por la actora junto con su demanda, se presentó por las partes escrito de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 14 de mayo de 2019, fecha en que tuvo lugar, señalándose para su continuación el 22 de mayo de 2019.

SEXTO.- La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

Siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA MARTÍN VALERO, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.L (INCRYGAS) interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 26 de octubre de 2017, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance.

Esta resolución declara a dicha entidad responsable de una obligación muy grave, de conformidad con lo dispuesto en la letra z) del artículo 109.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance; y en consecuencia, le impone una sanción consistente en el pago de una multa de 6.000.000 €.

SEGUNDO.- El procedimiento sancionador se incoó como consecuencia de un escrito presentado por ENAGAS GTS, S.A.U (ENAGAS) en fecha 27 de octubre de 2016, a través del cual denunciaba el impago, por parte de la sociedad INCRYGAS, de los pagos en concepto de desbalances provisionales en el periodo 1-9 de octubre de 2016, por una cantidad de 1.174.706,81 €, cantidad pendiente una vez ejecutadas las garantías depositadas por dicha entidad.

La denuncia ponía en conocimiento de la CNMC que se había procedido a suspender la cartera de balance de INCRYGAS en PVB a partir de las 6:00 horas del día siguiente a la comunicación fehaciente por parte de ENAGAS, es decir, el 27 de octubre de 2016; lo que no eximiría a la misma del cumplimiento de las obligaciones de pago pendientes, o que pudieran aflorar en el futuro, derivadas de su condición de usuario con cartera de balance.

El 28 de noviembre de 2016 la CNMC acordó incoar expediente sancionador a INCRYGAS por presunto incumplimiento del pago de la liquidación de los desbalances frente a ENAGAS que hasta el momento de la incoación sumaba 10.873.500 €, precalificando los hechos como una presunta infracción muy grave tipificada en la letra z) del artículo 109.1 de la Ley del Sector de Hidrocarburos.

Junto con el Acuerdo de incoación se propuso la adopción de medidas provisionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 Ley 39/2015, consistentes en el traspaso de clientes de INCRYGAS a una comercializadora de último recurso.



El 1 de diciembre de 2016, la CNMC aprobó Acuerdo por el que se propone al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (MINETAD) la inhabilitación del comercializador INCRYGAS.

El 23 de diciembre de 2016, INCRYGAS presentó escrito de alegaciones a la propuesta de incoación del procedimiento sancionador.

En fecha 20 de enero de 2017 el MINETAD acordó el inicio del procedimiento por el que procedía a inhabilitar a INCRYGAS, así como el procedimiento de traspaso de sus clientes a un comercializador de último recurso y se determinan las condiciones de dicho traspaso. Asimismo, se adoptaban una serie de medidas provisionales, entre ellas, la de prohibir a INCRYGAS la suscripción de nuevos contratos de acceso a las instalaciones gasistas o ampliación de las existentes, así como prohibir a las empresas distribuidoras que tramiten nuevas altas de clientes o cambios de suministrador a favor de INCRYGAS.

Por resolución de 15 de febrero de 2017 de la Dirección General de Política Energética y Minas, se inhabilita para el ejercicio de la actividad de comercialización de gas natural a INCRYGAS.

Por Orden ETU/175/2017, de 24 de febrero, se determina el traspaso de los clientes de la empresa Investigación, Criogenia y Gas, S.A a un comercializador de último recurso y se determinan las condiciones de suministro a dichos clientes.

Volviendo al procedimiento sancionador incoado, el 1 de abril de 2017 se procede a incorporar al mismo la siguiente documentación: .- Obligaciones impagadas en materia de desbalance a 25 de marzo de 2017 (19.328.990 € según información del Gestor Técnico del Sistema);.- Información mercantil interactiva de los Registros Mercantiles de España, expedida el 15 de marzo de 2017, relativa al último depósito anual de cuentas del ejercicio 2015 de la empresa INCRYGAS, como último depósito contable disponible.

El 18 de abril de 2017 el Director de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador, que fue notificada a la interesada otorgándole un plazo para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimase pertinentes; tramite que evacuó mediante escrito presentado en fecha 4 de julio de 2017. Tras lo cual se dictó la resolución resolviendo el expediente sancionador, impugnada en el presente recurso.

TERCERO.- La resolución sancionadora impugnada considera probados los siguientes hechos:

La sociedad Investigación, Criogenia y Gas, S.A no ha cumplido en tiempo y forma con todas las obligaciones económicas previstas en caso de desbalance entre la semana 40 del año 2016 (2-9 octubre) y la semana 11 de 2017 (15-22 marzo de 2017), como reconoce la propia sociedad en su escrito de alegaciones al justificar las razones por las que ha incurrido en desbalance y no ha podido cubrir los pagos de las obligaciones derivadas de los mismos y como acredita el escrito de ENAGAS, GTS, S.AU por el que se indica la deuda de INCRYGAS en materia de desbalances a 25 de marzo de 2017. La deuda a esta fecha era de 19.328.900 €.

Y tras exponer la naturaleza jurídica de los cargos por desbalance, definidos en el Reglamento (CE) nº 312/2014, y Circular 2/2015 de la CNMC, señala que INCRYGAS estaba en una situación habitual de desbalance negativo desde el mismo día de la entrada en vigor de la Circular, hasta el punto de que su situación y sus impagos llevaron a suspender la cartera de balance, es decir, la posibilidad de operar en el sistema gasista el día 27 de octubre. Suspensión que, tras tres meses y no siendo posible levantarla, condujo a la extinción del contrato marco de cartera de balance. En este tiempo siguió acumulando desbalances negativos, cargos por ello e impagando parcialmente los mismos.

Los hechos probados los considera como infracción muy grave tipificada en el artículo 109.1.z) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos : " *El incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance derivadas de la regulación establecida en las Normas de Gestión Técnica del Sistema* "

CUARTO.- La demanda se sustenta en los siguientes motivos de impugnación:

- 1.- Falta de la preceptiva actividad probatoria por parte de la Administración demandada.
- 2.- Vulneración de los principios de legalidad y tipicidad.
- 3.- Vulneración del principio *no bis in ídem*.
- 4.- Vulneración del principio de proporcionalidad y falta de sujeto sancionable.
- 5.- Ausencia de "quebranto sustancial al sistema gasista".
- 6.- Improcedencia de la cantidad considerada a efectos de base para la aplicación de la limitación de responsabilidad prevista en el art. 113.2 de la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos .
- 7.- Concurrencia de culpas de la Administración demandada.



8.- Defecto de forma en la notificación del procedimiento administrativo.

9.- Nulidad de pleno derecho de la normativa de la CNMC, reguladora de los cargos por desbalance y de la suspensión de la cartera de balance. Interpone recurso indirecto contra las siguientes disposiciones: a) Circular 2/2015, de 22 de julio de la CNMC, por la que se establecen las normas de balance en la red de transporte del sistema gasista; b) Resolución de 12 de mayo de 2016, de la CNMC por la que se aprueba la metodología de cálculo de tarifas de desbalance diario y el procedimiento de liquidación de los desbalances diarios de los usuarios y acciones de balance de compraventa de productos normalizados del gestor técnico del sistema; c) Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de fecha 1 de marzo de 2016, por la que se aprueba el procedimiento de habilitación y baja de usuarios con cartera de balance en el punto virtual de balance y el contrato marco.

QUINTO.- Falta de la preceptiva actividad probatoria por parte de la Administración demandada.

Afirma que no es cierto, como se tiene por probado por la Administración, que INCRYGAS no haya cumplido en tiempo y forma con las obligaciones económicas previstas en caso de desbalance entre las semanas 40 del año 2016 (2-9 octubre) y la semana 11 de 2017 (15-22 marzo de 2017). Que la Administración se ha limitado a recoger las manifestaciones trasladadas por ENAGAS GTS, S.A.U a través de un documento que, por otro lado, tampoco puede considerarse como incorporado al expediente administrativo, al no encontrarse ni foliado ni signado digitalmente. Ello hubiera exigido la determinación previa, al menos, de las obligaciones que fueren efectivamente exigibles en concepto de cargos por desbalance y la cuantificación de las mismas.

De este modo, considera que, el incumplimiento a efectos sancionadores solo será exigible en la misma medida en que haya quedado acreditado en el procedimiento administrativo sancionador: la exigibilidad de los cargos por desbalance mediante la realidad de la facturación de los mismos, la comunicación de tales facturas al sujeto obligado al pago y la desatención de tales conceptos facturados en los plazos de vencimiento de las correspondientes facturas. Sin embargo, a juicio de la recurrente, la Administración demandada procede a sancionar sin traer siquiera al expediente administrativo la facturación correspondiente a los cargos por desbalance que se dicen impagados, lo que supone una falta total y absoluta de la actividad probatoria mínima pero suficiente, exigible en cualquier procedimiento sancionador, máxime cuando se pretende sancionar por presuntos hechos de una gravedad tal que suponen infracción muy grave, y aplicar una sanción por el elevadísimo importe de seis millones de euros.

El motivo no puede ser acogido ya que la propia entidad ahora recurrente, a lo largo del expediente administrativo, reconoció en sucesivas ocasiones el impago de las obligaciones por desbalance, exponiendo las razones por las que había incurrido en desbalance y no había podido pagar las obligaciones económicas correspondientes. Admite, asimismo, que hay un procedimiento pendiente ante el Juzgado de Primera Instancia nº 92 de Madrid en el que ENAGAS le reclama el pago de dichas facturas. Y ella misma aportó en vía administrativa muchas de ellas, que obran a los folios 83 y s.s del expediente administrativo.

SEXTO.- Vulneración de los principios de legalidad y tipicidad.

Afirma que con el actual redactado del Art. 109.1.z) de la Ley 34/1998 de 7 de octubre, no procede la aplicación de sanción alguna, excepto en aquellos casos en que las obligaciones de desbalance desatendidas deriven "de la regulación establecida por las Normas de Gestión Técnica del Sistema", sin que pueda efectuarse en el ámbito administrativo, así como en el penal, analogía o interpretación extensiva en perjuicio del encartado.

Tampoco este motivo puede ser estimado. El régimen jurídico aplicable a las obligaciones por desbalance que nos ocupan, es el establecido en el Reglamento (UE) nº 312/2014 de la Comisión por el que se establece un código de red sobre el balance de gas en las redes de transporte. Este Reglamento establece las normas de balance de gas en las redes de transporte por gasoducto, incluidas las relacionadas con los procedimientos de nominación, tarifas de balance, procesos de liquidación ligados a las tarifas de desbalance diarias y el balance operativo entre las redes de los gestores de las redes de transporte.

Los cargos por desbalance están definidos en el apartado 9 del artículo 3, como "la cantidad de dinero que un usuario de red paga o recibe en relación con la cantidad de desbalance diario"; y en los artículos 19 a 23 se regulan las tarifas por desbalance. En particular, el artículo 20 establece que el gestor de la red de transporte presentará a la autoridad reguladora nacional la metodología de cálculo de las tarifas de desbalance de cálculo para su aprobación.

Este Reglamento ha sido desarrollado por la Circular 2/2015, de 22 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se establecen las normas de balance en la red de transporte del sistema gasista. Esta Circular ha sustituido, en este ámbito, a las Normas de Gestión Técnica del Sistema, y en concreto, a la NGTS-09 "Operación normal del sistema", que regulaba hasta el día 1 de octubre de 2016 dichos recargos. Sin embargo, el artículo 109.1.z) Ley 34/1998 no ha sido modificado.

De este modo, en el aspecto que afecta a las obligaciones por desbalance a que se refiere el presente recurso, se encuentran actualmente reguladas en la Circular 2/2015. Por tanto, como señala la Administración, la remisión que en el artículo 109 1.z) de la Ley 34/1998 de 7 de octubre, se hace a las Normas de Gestión Técnica del Sistema ha de entenderse efectuada a la normativa que las ha venido a sustituir, y que regula actualmente las obligaciones económicas en caso de desbalance, cual es la Circular 2/2015

No se trata de una aplicación analógica de la norma. La conducta constitutiva de la infracción es la misma, pero las obligaciones cuyo incumplimiento se sanciona se regulan en otro instrumento normativo, que ha venido a sustituir al que se menciona en el citado artículo 109.1.z). Por tanto, no se vulneran los principios de tipicidad ni de legalidad, pues la conducta se encuentra adecuadamente tipificada en dicho precepto.

SÉPTIMO.- Vulneración del principio "no bis in ídem".

Señala la recurrente que fue inhabilitada para el ejercicio de la actividad de comercialización por la Dirección General de Política Energética y Minas mediante Resolución de fecha 15 de febrero de 2017, como consecuencia - según los fundamentos de hecho de la resolución inhabilitadora-, del supuesto impago de los cargos por desbalance objeto, a su vez, de este procedimiento sancionador. Procedimiento de inhabilitación iniciado por la Dirección General de Política Energética y Minas, del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital mediante denuncia de tales hechos (y propuesta a tal efecto), de fecha 1 de diciembre de 2016, efectuada por el mismo órgano administrativo (CNMC) que se encontraba en ese momento conociendo de los mismos hechos mediante el procedimiento sancionador, iniciado por Acuerdo de Inicio de fecha 28 de noviembre de 2016. Y considera que la imposición de una doble medida sancionadora sobre los mismos hechos constituye una infracción del principio *non bis in ídem*.

Sobre la calificación jurídica de la inhabilitación, esta Sala ya ha declarado [(SAN, 4ª de 16 de diciembre de 2015 (rec. 354/2015) y 14 de noviembre de 2018 (rec. 314/2016)], que no es una medida sancionadora, sino un acuerdo que, por más que tenga un contenido desfavorable, no tiene carácter sancionador.

Además, ambas medidas obedecen a circunstancias distintas, aunque relacionadas, la sanción se impone por incumplimiento de las obligaciones de desbalance (artículo 109.1.z) Ley 34/1998), y la inhabilitación se acuerda en virtud de lo establecido en el art. 18 b) Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre , es decir, no cumplir las condiciones exigidas para realizar la actividad de comercializador que están previstas en el artículo 80 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre y el artículo 14 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre , y en particular, la de la acreditación de la "capacidad para atender las demandas de gas de sus clientes".

OCTAVO.- Pr oportionalidad y falta de sujeto sancionable .

La actora considera, asimismo, que la sanción impuesta no respeta el principio de proporcionalidad, puesto que se encuentra ya fuera del sector e inhabilitada para la actividad de comercialización. Por la misma razón entiende que, al haber perdido su cualidad de comercializador y estando excluido del sistema gasista, ha dejado de ser sujeto idóneo para aplicarle una normativa que requiere como presupuesto básico ser un agente del sector.

Tales alegaciones no pueden ser atendidas, pues la sanción se le ha impuesto por el incumplimiento de las obligaciones por desbalance que le correspondían en su condición de comercializador. El hecho de que, con posterioridad a cometer los hechos constitutivos de la infracción, haya dejado de ser agente del sector gasista no extingue su responsabilidad por los hechos cometidos en tal condición en un momento en que formaba parte del sistema.

Así se deduce, entre otras, de la cláusula 15 del Contrato Marco adjunto a la Resolución de la CNMC de 1 de marzo de 2016 por la que se aprueba el procedimiento de habilitación y baja de los usuarios con cartera de balance en el Punto Virtual de Balance - suscrito por INCRYGAS-, cuyo apartado 4º dispone que la suspensión de la cartera de balance " *no eximirá al usuario del cumplimiento de las obligaciones de pago pendientes, o que afloren en el futuro, incluyendo las obligaciones asociadas al suministro a sus clientes, derivadas de su condición de usuario con cartera de balance, incluyendo los intereses devengados* ". Y en el mismo sentido, la cláusula 17.2º dispone que " *La extinción del contrato no eximirá al usuario del cumplimiento de las obligaciones de pago pendientes o que afloren en el futuro derivadas de su condición de usuario con cartera de balance, incluyendo los intereses devengados* ".

NOVENO.- Ausencia del alegado "quebranto sustancial al sistema gasista".

Considera que el supuesto "quebranto sustancial al sistema gasista" por el presunto impago de los cargos por desbalance, a que alude la resolución sancionadora, es inexistente por las siguientes razones:

a) los recargos por desbalance suponen un precio muy elevado ("desincentivador") que no se corresponde en absoluto con el coste de la materia prima del "gas de balance". El "gas de balance", o gas que aporta el GTS por



sujeto desbalanceado se encuentra tasado a un precio tremendamente oneroso, precio que no guarda ninguna correlación con el coste de adquisición de la materia prima de balance y que permitiría hablar no tanto de un "quebranto o daño" sino más bien de un "menor ingreso".

b) el impago por un comercializador de cualquier concepto regulado no implica un daño al sistema, sino en todo caso a la "compañía regulada" que debe ingresar esos "ingresos liquidables" al sistema con independencia del cobro o no de tales conceptos a la correspondiente comercializadora.

Frente a tales alegaciones, en la resolución sancionadora ha quedado plenamente justificado ese quebranto del sistema gasista. En la misma, se pone de relieve que con el nuevo sistema de balance, cada sujeto es responsable de equilibrar su posición al final del día de gas. Dicho equilibrio permite que la red de transporte se sitúe dentro de los límites normales de operación. El precio del recargo por desbalance es superior al habitual del gas, precisamente, para incentivar a los usuarios a que equilibren sus posiciones, debido a la trascendencia que ello tiene para el sistema gasista.

Por ello, señala que el perjuicio para el sistema es obvio, pues el Gestor Técnico del Sistema ha debido hacer frente en primera instancia a los impagos de INCRYGAS y, adicionalmente, ha debido efectuar adquisiciones de gas para equilibrar los desbalances sistemáticos de dicha usuaria. El total de impagos por desbalance de INCRYGAS desde 1 de octubre (unos 10,8 millones de euros) suponía el 45,4% de la retribución del GTS, y el 0,6% de todas las necesidades de retribución del sistema gasista para 2016. La deuda acumulada por INCRYGAS poco después llegó a ser de casi el doble.

Debe tenerse en cuenta que la normativa sobre balance establece el principio de neutralidad económica del Gestor Técnico del Sistema (artículo 29 del Reglamento 312/2014 y apartado decimocuarto de la Circular 2/2015). Dicho principio de neutralidad económica supone que, por mucho que el GTS deba hacer frente a los impagos en primer término, el sistema deberá reintegrarle aquellas cantidades de las que no haya podido resarcirse.

Las razones expuestas permiten afirmar, pues, que el impago de los cargos por desbalance, no solo suponen un perjuicio para el Gestor Técnico del Sistema (lo que tampoco sería causa justificativa), sino para el sistema gasista en su conjunto, que es el que, en último término, tiene que soportar las consecuencias económicas de dicho impago.

DÉCIMO.- Improcedencia de la cantidad considerada a efectos de base para la aplicación de la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 113.2 Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos .

El artículo 113.1º apartado segundo de la LH establece, en el caso de sanciones por infracciones muy graves, impuestas por la Comisión Nacional de la Energía (actualmente CNMC), la cuantía nunca podrá superar el 10 por ciento del importe del volumen de negocios anual de la empresa infractora, o del volumen de negocios anual consolidado de la sociedad matriz del grupo integrado verticalmente al que pertenezca.

A efectos de aplicar este límite, la CNMC tuvo en cuenta el volumen de negocios de la empresa que constaba en las cuentas anuales de 2015, depositadas en el Registro Mercantil.

La recurrente afirma que el volumen real de negocios de la Compañía INCRYGAS durante el ejercicio 2015 fue menor que el consignado en las cuentas a los meros efectos contables, resultó ser el de 33.300.768,75 €, mucho más coherente con el resultado neto arrojado por la compañía en ese ejercicio, de 1.433.121,88 €; lo que a su juicio pone de manifiesto la desproporción de una sanción por importe de 6.000.000 €

No puede aceptarse, sin embargo, esta pretensión, ya que, frente al dato objetivo que representa la cifra anual de negocios consignado en las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil, la recurrente propone otra cantidad pero no especifica cómo ha sido determinada, ni que haya sido obtenida como indica el Plan General de Contabilidad "deduciendo del importe de las ventas de los productos y de las prestaciones de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, el importe de cualquier descuento (bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas) y el del impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente relacionados con las mismas, que deban ser objeto de repercusión" (Tercera parte, I, apartado 11º).

Afirma que esa cantidad representa el volumen real de negocios, muy inferior que el consignado en cuentas a los meros efectos contables, pero este argumento no es aceptable, teniendo en cuenta que las cuentas anuales deben "mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa" (Primera Parte, apartado 1º PGC).

DÉCIMOPRIMERO.- Concurrencia de culpas de la Administración demandante.



A juicio de la parte actora, la acción coordinada de la CNMC y de ENAGAS GTS, S.A.U. fue determinante para agravar la situación en que se encontraba, frustrando cualquier posibilidad de recuperación económica por la vía de mantener en un limbo jurídico ("suspensión provisional") dos operaciones comerciales cuya aclaración resultaba fundamental para la reestructuración financiera de la compañía y la superación de la situación de suspensión de cartera de balance.

Señala que, durante la situación de suspensión de cartera de balance, y en contra del requerimiento expreso efectuado a tal efecto, se omite cualquier utilización de los recursos disponibles con los que contaba INCRYGAS (gas de titularidad propia en instalaciones del sistema) a fin de mitigar su situación de desbalance y, por el contrario, en vez de utilizar su gas disponible (que a la fecha sigue bloqueado en las instalaciones de ENAGAS) se siguen emitiendo cargos por desbalance en perjuicio de INCRYGAS y agravando de esa manera la situación en la que se encontraba. Y que, además, transcurridos tres meses desde la declaración de la suspensión de cartera de balance, en que de acuerdo con la cláusula 15 del mal llamado Contrato Marco debiera haberse procedido a la extinción del mismo, se mantuvo sin embargo en la mencionada situación y, bajo la misma, continuaron emitiéndose cargos por desbalance y, vía sancionadora, exigiéndole responsabilidad por la supuesta desatención de los mismos.

La Sala no comparte esas afirmaciones, pues en modo alguno puede admitirse que ENAGAS y de la CNMC contribuyeran al incumplimiento de las obligaciones de desbalance por parte de INCRYGAS, ya que las diversas actuaciones desarrolladas por las mismas se produjeron como consecuencia precisamente de la situación de desbalance permanente en que se encontraba la empresa y al impago de las obligaciones correspondientes.

Así, en cuanto a las dos operaciones comerciales, según indica la Administración, se dejaron fuera del procedimiento sancionador, y aun así, la deuda de INCRYGAS en marzo de 2017 ascendía a 19.328.900 € (de haberse sumado el importe de esas operaciones, la deuda ascendería a 25.053.200 €).

Igualmente, por lo que se refiere a la suspensión de la cartera de balance, fue una medida adoptada como consecuencia del incumplimiento prolongado de sus obligaciones por parte de INCRYGAS; medida prevista en la cláusula 15 del Contrato Marco adjunto a la Resolución de la CNMC de 1 de marzo de 2016 por la que se aprueba el procedimiento de habilitación y baja de los usuarios con cartera de balance en el Punto Virtual de Balance, y no puede considerarse causa que hubiera contribuido a dicho incumplimiento que es previo a dicha suspensión.

En efecto, el artículo 15.1º del citado Contrato marco establece que: "*Serán motivos de suspensión de la cartera de balance los siguientes: a) Incumplimiento prolongado de las obligaciones de pago por parte de un usuario que no resulte cubierto por las garantías constituidas por dicho usuario. A estos efectos, se considerará que se produce un incumplimiento prolongado de las obligaciones de pago por parte de un usuario si transcurriesen tres días hábiles desde la fecha de la reclamación fehaciente de la deuda sin que la misma se hubiese abonado*"

Y el apartado 3º, por su parte, determina que "*La suspensión del usuario con cartera de balance en PVB supondrá la suspensión de todas las carteras de negociación del Agente en el Mercado Organizado de gas (...)*"

DÉCIMOSEGUNDO.- De fecho de forma en la notificación del procedimiento administrativo, pues no se hizo por medios electrónicos como determinan los artículos 36 y 41 Ley 39/2015 , cuando el receptor, al ser una persona jurídica, estaba obligado a recibirla por esa vía. En consecuencia, considera que las notificaciones se encuentran aquejadas de vicio de nulidad de pleno derecho establecido en el artículo 47.1.e) o, al menos, de anulabilidad, debiendo procederse a la anulación de los actos administrativos irregularmente notificados y, por ende, de la resolución sancionadora.

El artículo 41 Ley 39/2015 establece, en efecto, que las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía. Ahora bien, también dispone, en cuanto a la validez de las notificaciones, que "Con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente".

En el caso de autos, las notificaciones se hicieron por correo ordinario, por voluntad de la propia interesada, que no proporcionó dirección electrónica ni teléfono móvil, sino una dirección postal a efectos de notificaciones. Pero lo trascendental es que la misma tuvo conocimiento de todas las resoluciones que se fueron dictando en el curso del procedimiento- lo que no se discute-, constando en el expediente la acreditación de las notificaciones efectuadas y ha podido formular las alegaciones, presentar las pruebas y articular los medios de defensa que ha estimado oportunos.

Hemos de concluir, pues, que las notificaciones fueron válidas, por lo que no concurre causa alguna de nulidad de pleno derecho ni de anulabilidad de las notificaciones ni de los actos notificados.

DÉCIMOTERCERO.- Recurso indirecto contra la normativa de la CNMC reguladora de los cargos por desbalance y de la suspensión de la cartera de balance, que considera nula de pleno derecho. Lo que afecta a las siguientes resoluciones:

1.- *Circular 2/2015 de 22 de julio de la CNMC por la que se establecen las normas de balance en la red de transporte del sistema gasista . Artículo decimotercero " Recargos económicos por desbalance de los usuarios en el día de gas ", punto 3 " En un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Circular, y previo sometimiento a consulta pública, el Gestor Técnico del Sistema presentará para su análisis y, en su caso, aprobación mediante Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la metodología de cálculo de las tarifas de desbalance, teniendo en cuenta el artículo 22 del Reglamento (UE) 312/2014, de la Comisión, por la que se establece un código de red sobre el balance del gas en las redes de transporte incluyendo una propuesta de determinación del ajuste menor a aplicar al precio medio ponderado de la plataforma de comercio de gas".* Por las siguientes razones:

.- Al establecer la regulación de la metodología de cálculo de las tarifas de desbalance mediante Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la propia CNMC está vulnerando lo dispuesto en el Artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia , que dispone taxativamente la regulación de los conceptos regulados del sistema gasista mediante Circular.

.- Procede declarar nulo el último párrafo del Artículo Decimotercero apartado 3 al atribuir a la CNMC la competencia para cambiar en cualquier momento el "valor del ajuste menor" de la Tarifa de Desbalance, lo que supone, más allá del establecimiento de la metodología de cálculo de un concepto económico del sistema gasista, la fijación del valor de dicho concepto, siendo ésta una competencia encomendada por Ley al Ministerio actualmente de Energía, Turismo y Agenda Digital.

.- Procede declarar nula de pleno derecho la Disposición adicional primera " *Desaparición de la capacidad de almacenamiento en PVB* " , toda vez que elimina completamente, en perjuicio de las compañías comercializadoras, cualquier margen de tolerancia a efectos de desbalance en la Red de Transporte (PVB), al disponer: " *A partir del 1 de octubre de 2016, la capacidad de almacenamiento en PVB a la que tienen derecho los usuarios será 0 kWh/día*" Y ello por vulnerar lo dispuesto en el Reglamento (UE) 312/2014 de la Comisión Europea, que en su artículo 50 establece la necesidad de existencia de tolerancias dentro del sistema gasista y regula la aplicación de las mismas.

2.- *Resolución de 12 de mayo de 2016, de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC por la que se aprueba la metodología de cálculo de tarifas de desbalance diario y el procedimiento de liquidación de los desbalances diarios los usuarios y acciones de balance de compraventa de productos normalizados del gestor técnico del sistema (INF/DE/042/16CNMC).*

Aduce que la propia CNMC aprueba la Metodología mediante la mencionada Resolución (no mediante Circular, como disponía el Art. 30 de la Ley 3/2013 , habilitante) de 12 de mayo de 2016 por la que se aprueba la Metodología de Cálculo de Tarifas de Desbalance Diario, a través de la cual no solamente regula esa metodología, en el ámbito de sus competencias, sino que, a propuesta del Gestor Técnico del Sistema, aprueba además el valor que deba tener esa Tarifa de Desbalance Diario, excediendo completamente el ámbito de sus competencias y atribuyéndose una competencia normativa reservada por Ley al Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

Por tanto, la Resolución de la CNMC de 12 de mayo de 2016 resulta nula de pleno derecho al exceder la CNMC su ámbito de competencias procediendo a asignar el valor de los cargos por desbalance en contra de lo dispuesto en la Ley 34/1998 y la Ley 3/2013 y, en consecuencia, los cargos por desbalance emitidos al amparo de la mencionada Resolución de Metodología deben considerarse de todo punto improcedentes.

Por los mismos motivos, procede declarar nulo de pleno derecho el último párrafo del apartado tercero del Artículo Decimotercero "Recargos económicos por desbalance de los usuarios en el día de gas" de la Circular 2/2015, de 22 de julio de la CNMC, al disponer " *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuando lo estime necesario, podrá modificar, mediante Resolución y previo trámite de consulta pública, el valor del ajuste menor aplicable al precio medio ponderado del gas*"

Y, por otro lado, exigiendo la Ley 3/2013, en su Artículo 7 , que "la metodología relativa a la prestación de servicios de balance de forma que proporcionen incentivos adecuados para que los usuarios de la red equilibren sus entradas y salidas del sistema gasista dentro del marco normativo de acceso y funcionamiento del sistema definido en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y en su normativa de desarrollo" se efectúe "mediante



circulares, dictadas de conformidad con el artículo 30 de esta Ley , previo trámite de audiencia y con criterios de eficiencia económica, transparencia, objetividad y no discriminación" la Circular 2/2015, aprobada también por la CNMC, vulnera el mandato legislativo y encomienda la aprobación de tal normativa mediante Resolución, lo que determina la nulidad de pleno derecho de tal norma al no respetar el instrumento normativo impuesto legalmente a tal efecto.

A mayor abundamiento, la Resolución de 12 de mayo de 2016, a pesar de tener unos efectos tan radicales como el establecimiento del valor de un concepto económico regulado en el sector gasista, ni siquiera se publica en el Boletín Oficial del Estado, publicación oficial de la norma que es requisito exigido para la vigencia de la misma.

3.- *La Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de fecha 1 de marzo de 2016 por la que se aprueba el procedimiento de habilitación y baja de usuarios con cartera de balance en el punto virtual de balance y el contrato marco (INF/DE/149/15).*

Alega que, ni la CNMC por la vía de una resolución administrativa ni mucho menos el GTS resultan competentes para implementar en nuestro ordenamiento jurídico una regulación absolutamente nueva como la que supone la "suspensión de cartera de balance", que no aparece recogida, ni siquiera mencionada, ni en la Ley del Sector de Hidrocarburo 34/1998 ni en el Reglamento Europeo 312/2014 y que, además, resulta claramente restrictiva de los derechos e intereses de los administrados (en este caso, de forma directa, las compañías comercializadoras de gas natural)

Y, en cualquier caso, y dada la falta de publicación de la mencionada resolución de la CNMC en el Boletín Oficial del Estado, la misma debe considerarse incapaz de producir efecto jurídico alguno como consecuencia de su falta de vigencia.

Por otro lado, no resulta posible que bajo la situación de "suspensión de cartera de balance" se puedan generar "cargos por desbalance". Si a un usuario de red se le priva temporalmente de acceso al PVB (se le suspende la cartera de balance) resulta materialmente imposible que se encuentre ni equilibrado ni desequilibrado en ese área de balance.

En el presente caso mi mandante fue "suspendido de cartera de balance" y por tanto de acceso al área de balance PVB, prohibiéndosele la posibilidad de aportar gas al sistema gasista y de utilizar los recursos propios y sus fuentes de aprovisionamiento pero sin embargo resulta sancionado por supuestos "cargos por desbalance" emitidos según la Resolución Sancionadora con posterioridad a esa fecha y alegándose la desatención de tales "cargos por desbalance" que, como ha quedado expuesto, resultan ontológicamente imposibles con una cartera de balance suspendida. Es más, la Resolución Sancionadora sanciona el supuesto impago de "cargos por desbalance" emitidos no ya con posterioridad a la declaración de suspensión de cartera de balance, sino también posteriormente a la extinción de dicha cartera de balance.

DECIMOCUARTO.- El artículo 26.1º LJCA permite la impugnación indirecta de las disposiciones de carácter general, a través de la impugnación de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.

Sobre el alcance del recurso de indirecto, se ha pronunciado la STS de 7 de junio de 2017 (rec. 1788/2016), que, recogiendo jurisprudencia anterior, ha declarado:

1º.-No cabe confundir un recurso directo contra una disposición de carácter general (lo que es un auténtico recurso contra la norma) con un recurso indirecto (que no constituye propiamente un recurso contra la norma sino contra su acto de aplicación, con base en la ilegalidad de aquélla; en este caso, la ilegalidad de la disposición no se esgrime como una pretensión autónoma sino sólo como un motivo de impugnación del acto).

2º.-Por esa razón no es necesario que en el recurso indirecto se cite en el escrito de interposición la norma en cuya ilegalidad ha de fundarse, sino sólo el acto de aplicación que se recurre. La ilegalidad de la disposición es sólo un motivo de impugnación que, como tal, no tiene por qué expresarse en el escrito de interposición. Por esa razón no es procedente ampliar el recurso contencioso-administrativo, dirigido contra el acto, a la disposición general cuya ilegalidad se alega, ya que en la impugnación indirecta el objeto procesal es el acto y no la disposición".

En consecuencia, solo cuando se procede a la impugnación de un acto de aplicación de la anterior norma reglamentaria resulta procedente el recurso indirecto contra la misma; sin que ello resulte así en supuestos en el que la impugnación directa se realiza respecto de una segunda norma reglamentaria que modifica la primera, y no respecto de un acto de aplicación de aquella.



3º Al impugnar un acto administrativo que hace aplicación de una norma reglamentaria cabe, ciertamente, impugnar también ésta, pero sólo en tanto en cuanto la ilegalidad de dicha norma sea causa, o una de las causas, en que se funda la imputación de la disconformidad a Derecho del acto recurrido.

Así se desprende con claridad suficiente de lo que se dispone en los artículos 26 y 27 de la Ley de la Jurisdicción, siendo tal límite, además, consecuencia del dato normativo de que la impugnación directa de Reglamentos está sujeta a un plazo hábil para ello.

Ha de haber, pues, una relación de causalidad entre las imputaciones de ilegalidad de la norma y de disconformidad a Derecho del acto de aplicación. Por tanto, en la llamada impugnación indirecta de Reglamentos no cabe formular en abstracto, sin esa conexión con el acto administrativo directamente impugnado, imputaciones de ilegalidad de la norma reglamentaria.

En definitiva, constituye Jurisprudencia consolidada, que solo pueden cuestionarse preceptos de la disposición general que han servido de base para dictar el acto recurrido, sin que sea admisible una impugnación general de la disposición general ni de preceptos que ninguna relación guarden con el acto que se recurre. Como indica la STS de 25/02/2002 (Rec. 7960/1997) no cabe con la excusa del recurso indirecto atacar aspectos que no tengan relación directa o inmediata con el acto o norma impugnados directamente pretendiendo una disconformidad con el ordenamiento jurídico desligada del acto de aplicación (en el mismo sentido, SSTS de 21/12/2011 Rec. 2124/2008 y 4/07/2013 Rec. 2706/2010). Impugnaciones de ilegalidad en abstracto que, como asimismo establecen las SSTS de 19/04/2012, Rec. 4328/2009, y de 3/02/2014, Rec. 4025/2011, deben ser inadmitidas desestimando, en consecuencia, la pretensión de declaración de nulidad de la norma

También ha declarado el Tribunal Supremo (STS de 19 de febrero de 2019 -rec. 319/2016-), que: "(...) el mecanismo del art. 26 de la LJCA se basa en la posibilidad de impugnar indirectamente disposiciones generales con ocasión de la impugnación directa de sus actos de aplicación, pero no puede extenderse a supuestos, como el presente, en el que se trata de impugnar una mera instrucción que carece de rango reglamentario, tanto por su contenido material, como por su naturaleza formal".

DECIMOQUINTO.- En el supuesto sometido a enjuiciamiento, con ocasión de la impugnación de una resolución sancionadora, se impugna indirectamente la Circular 2/2015 de 22 de julio de la CNMC por la que se establecen las normas de balance en la red de transporte del sistema gasista; la resolución de 12 de mayo de 2016, de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC por la que se aprueba la metodología de cálculo de tarifas de desbalance diario y el procedimiento de liquidación de los desbalances diarios de los usuarios y acciones de balance de compraventa de productos normalizados del gestor técnico del sistema (INF/DE/042/16CNMC); y la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de fecha 1 de marzo de 2016 por la que se aprueba el procedimiento de habilitación y baja de usuarios con cartera de balance en el punto virtual de balance y el contrato marco (INF/DE/149/15).

Sin entrar a analizar ahora la naturaleza de tales disposiciones, resulta que los motivos de ilegalidad que se imputan a las mismas no tienen conexión directa con el contenido de acto administrativo directamente impugnado.

En efecto, la resolución sancionadora impone a la recurrente la sanción prevista en el artículo 109.1 z) LH, por incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance. Sin embargo, se impugnan aspectos que no tienen relación con la potestad sancionadora de la Comisión, el procedimiento sancionador, la tipificación de la infracción o contenido de la sanción.

En realidad lo que se cuestiona es la regulación de los cargos por desbalance, cuyo ámbito de impugnación habría sido, en su caso, el de la emisión de las facturas por tales cargos, planteando, por ejemplo, un conflicto de gestión económica y técnica, como hiciera con las correspondientes a un periodo anterior, y en relación al cual nos hemos pronunciado en SAN, 4ª de 6 de marzo de 2019 (rec. 346/2016). Siendo aún más evidente la desconexión con la resolución impugnada de la impugnación de la regulación de la "suspensión de la cartera de balance", que fue acordada en otra resolución diferente, ajena al presente procedimiento.

En definitiva, en este caso, a la vista de la argumentación contenida en la demanda, hemos de concluir que se sobrepasan los límites de la impugnación indirecta, ya que se atacan las resoluciones antedichas, sin referencia al acto que le abre la puerta de la impugnación indirecta, denunciándose incorrecciones que afectan o trasciendan al acto de aplicación objeto del recurso (STS de 7 de junio de 2017-rec. 2633/2015-), sin conexión causal con ese acto.

Por tanto, no cabe, con ocasión de la impugnación de la resolución sancionadora, examinar la legalidad de la Circular 2/2015 y de las resoluciones de la CNMC de 12 de mayo de 2016 y 1 de marzo de 2016, en aspectos que carece de conexión directa con la misma.



DÉCIMOSEXTO.- En virtud de todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente, de conformidad con el artículo 139.1 de la LRJCA .

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

DESESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo nº **535/2017** interpuesto por la representación procesal de entidad **INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.L** contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 26 de octubre de 2017, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance

Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.