

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGAN LAS MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A. EN EL MARCO DEL CONFLICTO DE GESTIÓN ECONÓMICA Y TÉCNICA DEL SISTEMA GASISTA INTERPUESTO FRENTE A PLANTA DE REGASIFICACIÓN DE SAGUNTO, S.A. Y AL GESTOR TECNICO DEL SISTEMA EN RELACIÓN CON LAS FACTURAS EMITIDAS POR CARGOS POR DESBALANCE DE GAS EN CUMPLIMIENTO DE LO PREVISTO EN LA ORDEN ITC/2355/2014.

Expediente CFT/DE/030/15

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo.

En Madrid, a 10 de marzo de 2016.

Vista la solicitud de adopción de medidas provisionales en el conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista interpuesto por INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A. frente a PLANTA DE REGASIFICACIÓN DE SAGUNTO, S.A. y al GESTOR TÉCNICO DEL SISTEMA en relación con la facturación de los cargos por desbalance de gas, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Planteamiento del conflicto y solicitud de medidas provisionales.

En fecha 21 de diciembre de 2015 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) escrito de la sociedad Investigación, Criogenia y Gas, S.A. (en adelante INCRYGAS) por el que se planteaba conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista en relación con una serie de facturas por cargos por desbalance de gas emitidas

por el Gestor Técnico del Sistema, Enagás GTS, S.A.U. (en adelante, GTS) y Planta de Regasificación de Sagunto, S.A. (en adelante 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 (en adelante Orden IET/2355/2014)

El argumento principal esgrimido por INCRYGAS en el indicado conflicto es que la regulación establecida por la Orden IET/2355/2014, es contraria al Reglamento UE nº 312/2014, de la Comisión, de 26 de marzo, y, por tanto, nula de pleno derecho.

En dicho escrito y mediante otrosí se solicita por parte de INCRYGAS la *«suspensión de la obligación de pago de las facturas a que se refiere la presente reclamación»*.

En apoyo de lo solicitado se señala que: *«solicitamos la adopción de la medida cautelar de suspensión del pago de las facturas a que se refiere esta reclamación (...) ya que en caso contrario mi representada tendría que soportar los efectos de la aplicación de una norma nula de pleno derecho, produciéndole un grave quebranto económico, lo que en modo alguno es una situación admisible, al atentar a los principios más elementales del Estado de Derecho.»*

Igualmente se indica que *«la protección del interés general, por tanto, corresponde a la inaplicación de la norma, y en mayor sentido cuando la misma está produciendo un efecto tan significativo en el desarrollo de la actividad de mi representada»*.

Se alega también que *«en modo alguno impide la solicitud de las medidas el hecho de que las facturas a las que se refiere se hayan realizado en aplicación de una norma formalmente vigente, cuando la misma entra en contradicción con otra norma de aplicación prevalente, puesto no puede prevalecer el interés público implícito en toda disposición general y su eficacia sobre los perjuicios irreversibles que se producen a mi representada»*.

Sigue una larga cita jurisprudencial sobre la suspensión de los efectos de las disposiciones generales.

Finalmente en el solicito de su escrito se precisa que: *«se acuerde la medida cautelar de suspensión del devengo de las facturas de Saggas objeto de la presente reclamación, con todo lo demás que proceda y que en justicia reitero, en lugar y fecha indicados»*.

SEGUNDO.- Comunicaciones de inicio del procedimiento y alegaciones de SAGGAS y del Gestor Técnico del Sistema.

Con fecha 26 de enero de 2016 se comunicó a INCRYGAS, SAGGAS y GTS el inicio del correspondiente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común (Ley 30/1992). A SAGGAS y al GTS se le dio traslado del escrito de INCRYGAS, confiriéndole un plazo de diez días hábiles, de conformidad con el artículo 76.1 de la Ley 30/1992, para formular alegaciones y aportar los documentos que estimaran convenientes en relación con el objeto del conflicto.

Por su parte, en fecha 5 de febrero de 2016 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de SAGGAS de 4 de febrero de 2016, en el que se opone a que adopte la medida provisional solicitada alegando, resumidamente, lo siguiente:

Que: «la falta de concurrencia de los anteriores requisitos –fumus boni iuris, periculum in mora y la ponderación de los intereses en conflicto- puede ser apreciada mediante una simple lectura de la argumentación expuesta por INCRYGAS en su Escrito de conflicto y es, de este modo, evidente».

En cuanto a la apariencia de buen derecho alega que *«como se comprende, la nulidad que la reclamante imputa a la Orden IET/2355/2014 constituye una cuestión de fondo que no puede ser analizada en este incidente de medidas provisionales».*

Para concluir que: *«los motivos de invalidez que INCRYGAS imputa a la Orden IET/2355/2014 no pueden ser apreciados “a simple golpe de vista”. Es más tales motivos pueden incluso descartarse icto oculi, ya que la aplicabilidad del Reglamento UE 312/2014 se produjo el día 1 de octubre de 2015 por lo que una eventual infracción de dicha norma europea por la Orden ITC/2355/2014 solo podría apreciarse a partir de tal fecha».*

En cuanto al *periculum in mora*, alega que: *«el criterio del periculum in mora conlleva para el interesado en obtener la correspondiente medida provisional la carga de probar qué daños y perjuicios ciertos y de imposible o difícil reparación se derivarían de la no adopción de la cautela, sin que baste una mera invocación genérica».*

En opinión de SAGGAS, INCRYGAS se ha limitado a realizar una serie de afirmaciones genéricas y abstractas sobre la afección económica y en consecuencia no ha cumplido con la obligación de justificar la adopción de la medida provisional pretendida.

En cuanto a la ponderación de intereses SAGGAS alega que: *«La suspensión de la obligación de INCRYGAS de abonar las facturas emitidas por SAGGAS en aplicación de la Orden IET/2355/2014 causaría directamente a mi representada un perjuicio económico de notable entidad. Teniendo los cargos económicos por desbalances la consideración de ingresos liquidables, SAGGAS en su condición de titular de la planta de regasificación en la que se habría producido el desbalance causado por INCRYGAS ha de proceder a ingresar en el sistema el importe de 6.430.612,16 euros. La adopción de la medida provisional solicitada, por tanto, causaría a mi representada un impacto económico por una cuantía superior a seis millones de euros, y ello a pesar de que SAGGAS (i) no ha ocasionado los desbalances de los que traen causa los correspondientes cargos económicos y (ii) se ha limitado a aplicar en sus facturas una norma vigente y, en consecuencia, que vincula el ejercicio de su actividad».*

Por todo ello, concluye su escrito solicitando que se dicte resolución denegatoria de la medida provisional solicitada por INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A, declarando así plenamente exigibles las obligaciones de INCRYGAS objeto de la indicada solicitud de las medidas provisionales.

En tanto que la medida provisional solo afecta a las facturas emitidas por SAGGAS, el GTS no formuló alegación alguna al respecto en su escrito de 11 de febrero de 2016 que tuvo su entrada en el Registro de la CNMC el día 12 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCESALES.

PRIMERO.- Competencia para la resolución sobre las medidas provisionales solicitadas por INCRYGAS.

La presente Resolución se dicta, de conformidad con lo previsto en el artículo 72.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común (en adelante, Ley 30/92) por el órgano administrativo competente para resolver el procedimiento administrativo que podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de las resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello.

La competencia para resolver conflictos relativos a la gestión económica y técnica del sistema del sector gasista, se atribuye a la CNMC por el artículo 12.1 b) 2º de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el artículo 8 del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

Dentro de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria aprobar esta Resolución, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

SEGUNDO.- Procedimiento aplicable.

El procedimiento aplicable para la resolución del conflicto es el establecido en el artículo 12 de la Ley 3/2013 y, en lo no previsto expresamente en dicho precepto, es de aplicación la Ley 30/1992, según determina el artículo 2 de la citada Ley 3/2013.

En particular, resulta aplicable a la solicitud de medidas cautelares el artículo 72 de la Ley 30/1992.

FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES.

ÚNICO.- Sobre la no pertinencia de la adopción de la medida provisional solicitada.

El artículo 72.1 de la Ley 30/92 establece que: *“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello.”*

La mera lectura del precepto pone de relieve que la finalidad de las medidas provisionales en el marco del procedimiento administrativo es el aseguramiento de la eficacia de la resolución administrativa posterior. Por la propia naturaleza de la actuación administrativa, dicha finalidad debe interpretarse a la luz del interés general al que la Administración ha de servir con objetividad.

El precepto también establece que el órgano administrativo competente puede adoptar las *medidas que estime oportunas*. Por ello, las medidas provisionales puedan ser adoptadas, si fuera preciso, de oficio y pueden ser de muy diversos tipos. Tanto de acción, estableciendo obligaciones para los interesados o terceros o, incluso, pueden ser disposiciones generales provisionales, como se contempla en determinados subsectores, como ejemplo, el urbanístico, como de suspensión, como la que se solicita en el presente conflicto, que podría acompañarse de las correspondientes medidas cautelares de forma análoga a como se prevé en vía de recurso administrativo –art.111 Ley 30/92 o en el ámbito judicial –art.130 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

El límite al contenido de las medidas provisionales viene dispuesto en el artículo 72.3 Ley 30/92 que prohíbe adoptar aquellas que puedan causar *“perjuicio de*

difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”.

Asimismo junto a las amplias posibilidades de determinación del contenido de las medidas provisionales por parte de la Administración, resulta también evidente que el texto legal reconoce un cierto margen de discrecionalidad a la misma –*podrá adoptar las que estime oportunas-*, en función de la que resulta la clave interpretativa del precepto –*si existiesen elementos de juicio suficiente para ello*. Este último inciso, que remite a una evaluación inicial de los hechos, no de la pretensión, resulta determinante en el presente supuesto y es un elemento sustancial y prioritario a la hora de analizar si la eficacia de la resolución posterior está en peligro y si deben adoptarse medidas provisionales durante la tramitación del procedimiento que la aseguren. Son estos elementos de juicio los que deben servir para, en caso de adoptar la medida provisional, evaluar la proporcionalidad, justificación y adecuación a la finalidad de la misma.

Por ello, hay que exponer cuál es brevemente la situación fáctica del Conflicto y el objeto del mismo.

El objeto del conflicto planteado por INCRYGAS es la determinación de la normativa aplicable a los cargos que han de asumir los comercializadores por las situaciones de desbalances de gas que se produzcan en su actividad en plantas de regasificación, en particular, si dicho cargo económico se calcula según lo establecido en la redacción dada por la Orden ITC/2355/2014, de 12 de diciembre, a los apartados 9.6.4 y 9.6.6 de la NGTS-09 “Operación normal del sistema” o, si tal redacción no es aplicable, por ser contraria a la normativa comunitaria europea, en particular, al Reglamento UE 312/214, de 26 de marzo de 2014, por el que se establece un código de red sobre el balance de gas en las redes de transporte.

En cuanto a la situación fáctica ha de precisarse que no es objeto de debate que INCRYGAS ha venido incurriendo en situaciones de desbalance negativo de gas por defecto de existencias en la planta de regasificación de Sagunto, propiedad de SAGGAS, y en otros ámbitos desde, en lo que aquí interesa, el mes de marzo de 2015 hasta la actualidad.

Tampoco es objeto de debate que tanto SAGGAS como el GTS emitieron las correspondientes facturas mensuales por los cargos por dichos desbalances.

Ahora bien, mientras el GTS aplicó desde la factura de marzo la redacción dada a las NGTS-09 por la Orden IET/2355/2014, que había entrado en vigor el día 1 de marzo de 2015, de conformidad con su disposición final quinta, SAGGAS continuó, de forma errónea, aplicando la normativa anterior, es decir, la redacción dada a la NGTS-09 por la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 18 de octubre de 2007.

INCRYGAS abonó las facturas emitidas por el GTS, como se afirma por ellos mismos en la página 15 de su escrito, sin que plantearan en ningún momento la posible vulneración por la norma aplicada de la legislación europea. Igualmente abonó las emitidas por SAGGAS, aplicando la redacción anterior y sin indicarle al titular de la planta de regasificación el error cometido. Es evidente que INCRYGAS conocía que SAGGAS estaba aplicando erróneamente la normativa y, en tanto que le beneficiaba económicamente, no actuó ni disminuyendo su situación de desbalance, que le hubiera disminuido el cargo posterior, ni advirtiéndole de la situación a SAGGAS lo que le hubiera permitido evitar la acumulación de la deuda.

Sólo en noviembre de 2015, SAGGAS se dio cuenta de su error y procedió a anular las facturas anteriores y refacturar los cargos por desbalance negativos en los que había incurrido INCRYGAS desde marzo de 2015, restando lo que había pagado el comercializador. En tanto que la aplicación de la nueva redacción supone un aumento del cargo a pagar por el desbalance diario y atendiendo a que INCRYGAS se encontraba en una situación habitual y generalizada de desbalance, el nuevo saldo a pagar por INCRYGAS se elevó a la cifra de 6.430.612,16 €.

Como consecuencia de estas refacturaciones, INCRYGAS ha planteado el presente conflicto y en él ha solicitado que se adopte la medida provisional de liberarle de su obligación de pago hasta la resolución del mismo.

Ahora bien, como indica en su propio escrito de planteamiento del conflicto (pág 16), *«estas nuevas facturas no han sido aún satisfechas por mi representada, porque su abono puede implicar un daño de difícil reparación para la compañía, máxime si la empresa emisora SAGGAS quiere cobrar de manera inmediata la totalidad de todas las nuevas facturas»*.

En esa situación de impago se mantiene hasta el momento presente como acreditan las distintas denuncias de SAGGAS que se han recibido en esta Comisión, con fechas de entrada en Registro de 30 de diciembre de 2015, de 25 de enero y 10 de febrero de 2016.

En consecuencia, la presente Resolución que viene a determinar si las medidas provisionales solicitadas por INCRYGAS son o no necesarias para asegurar la eficacia de la futura resolución del conflicto ha de tener en cuenta, por una parte, que INCRYGAS ya ha abonado facturas emitidas aplicando la norma que ahora entiende como nula de pleno derecho por contraria al Reglamento UE 312/2014 y, por otra, que SAGGAS emitió durante meses facturas en las que el cargo por desbalance venía determinado por la redacción de la NGTS-09 formalmente derogada desde diciembre de 2014, sin que INCRYGAS les indicara o manifestara el error en el que estaban incurriendo.

Con la situación descrita, es claro que concurren los elementos suficientes de juicio que requiere el artículo 72.1 Ley 30/92 para decidir sobre la adopción o no de la medida provisional solicitada. A la vista de que los desbalances se han producido y que existe una norma vigente y de plena aplicación, por tanto con presunción de legalidad, que establece unos cargos por dichos desbalances que se ingresan en el sistema gasista es obvio que no debe adoptarse la medida solicitada porque ello conllevaría un perjuicio para el interés general, aquí claramente representado por el sistema gasista, y al mismo tiempo, vendría a disponer por una vía, la del conflicto, evidentemente impropia la inaplicación de una disposición general. Esta conclusión no se ve alterada por el hecho relevante, pero jurídicamente indiferente en este momento, del error cometido por SAGGAS.

No obstante, como indica el artículo 72.3 Ley 30/92 **no** se pueden adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados. Aunque la literalidad de la norma sólo prohíbe las medidas positivas o de acción de la Administración, es obvio que el concepto amplio de tutela cautelar debe exigir que la denegación de la medida provisional, cuando la que se solicita es suspensiva, no produzca el mismo efecto.

Por ello, es preciso evaluar también los presupuestos, bien asentados jurisprudencialmente, que pueden justificar, precisamente para evitar dicho perjuicio, la suspensión de un acto administrativo, ya sea en vía de recurso administrativo o judicial, supuesto que guarda una evidente analogía con el presente.

Citando la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2016 (FJ 4) en aplicación del artículo 130 LJCA (CENDOJ 28079130062016100014) los requisitos son el *periculum in mora*, la ponderación de intereses y la apariencia de buen derecho:

El presupuesto básico para la adopción de toda medida cautelar - art. 130LJCA -, sin el cual huelga la concurrencia de los restantes, es el periculum in mora, que forma parte de la esencia de toda medida cautelar, y, enlazando con este presupuesto, el referido precepto alude a la ponderación de intereses como criterio a tomar en consideración para su adopción.

Junto a éstos, cabe tener en cuenta un tercero: la apariencia de buen derecho o fumus boni iuris que, aunque no positivizado en la vigente LJCA, se admite por nuestra jurisprudencia como mero factor para dilucidar la prevalencia del interés a efectos de adoptar una medida, debiendo, en todo caso, concurrir la existencia de daños o perjuicios acreditados por quien solicita la suspensión (STS de 22 de junio de 2004), y, limitando su utilización a supuestos muy concretos: determinados casos de nulidad manifiesta de actos dictados en ejecución de una disposición

general declarada nula, existencia de una sentencia previa que anula el acto o de un criterio jurisprudencial reiterado y contrario al acto recurrido, apreciable ostensiblemente a primera vista, pero no cuando se invoca, como aquí acaece, la nulidad de unos actos que han de ser objeto de valoración y decisión por vez primera (a título de ejemplo, STS de 7 de julio de 2004).

- A) Necesidad y urgencia de las medidas provisionales y ponderación de los intereses en conflicto.

Corresponde a quién solicita la medida provisional acreditar que, de modo inmediato, y antes de que se resuelva el procedimiento administrativo, la misma pueda quedar sin efecto o que se le genera un perjuicio de imposible o difícil reparación mientras se resuelve el procedimiento administrativo.

En primer término, hay que indicar que el presente procedimiento administrativo ha de resolverse y notificarse en el plazo de tres meses. Se trata, por tanto, de un plazo breve de resolución lo que ha de matizar la urgencia de las medidas a adoptar.

En cuanto a la necesidad, es obvio que INCRYGAS experimenta un perjuicio económico por las refacturaciones, pero no es menos cierto que desde marzo del año pasado hasta la actualidad viene situándose en desbalance, que conocía la aplicación de la nueva norma –vía facturas del GTS- y que afrontó un pago de cuantía similar (4.781.550,66€) –página 15 del escrito de planteamiento del conflicto- en un plazo de seis meses sin que se le haya producido perjuicio de imposible o difícil reparación.

A ello se une que, después de la presentación del conflicto, no ha alterado tampoco su conducta, en el sentido de que se ha seguido manteniendo en una situación de balance negativo en la planta de regasificación de Sagunto, que es la causa de la que surgen los cargos reclamados, de modo que en los meses de diciembre y enero ha acumulado otro millón de euros por cargos por desbalance.

Al mismo tiempo la adopción de la medida provisional conllevaría que SAGGAS se viera obligado a pagar dichos cargos al sistema, porque una vez declaradas las facturas no hay norma jurídica que permita al titular de la planta de regasificación dejar de ingresar dichos cargos al sistema, justificado en una situación de impago del comercializador. Por tanto, se estaría perjudicando con la adopción de la medida también a SAGGAS.

En estas circunstancias, la adopción de la medida provisional solicitada no resulta ni urgente, dado el breve plazo de resolución del conflicto, ni necesaria, ya que, a la vista de los intereses en conflicto, no hay razón alguna para que ceda el interés general, ni que se perjudique a la otra parte del conflicto, ante la voluntad de INCRYGAS de retrasar los pagos debidos, sin que de esta

denegación se derive perjuicio de imposible o difícil reparación para la sociedad, perjuicios que, por otro lado, el solicitante no acredita, limitándose a formular simples manifestaciones sobre el grave quebranto económico que la situación le produce.

B) Apariencia de buen derecho.

Como bien señala la Sentencia del Tribunal Supremo citada la inexistencia del presupuesto de la urgencia y necesidad de la adopción de la medida provisional es causa suficiente para su denegación. No obstante y al objeto de cumplir con el análisis propio de la tutela cautelar ha de evaluarse si la pretensión de INCRYGAS tiene o no apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*).

Con esta expresión, como es bien conocido, se alude a la verosimilitud o apariencia nítida de que el Derecho asiste al eventual beneficiario de la medida, de manera que la Administración realiza un análisis inicial de que su pretensión pueda ser razonable, sin prejuzgar el fondo del asunto.

Pues bien, con estos presupuestos, hay que tener en cuenta que INCRYGAS fundamenta el presente conflicto exclusivamente en que las facturas emitidas por SAGGAS y el Gestor Técnico del Sistema son nulas porque han aplicado una norma –la NGTS-09 en la redacción dada por la Orden ITC/2355/2014- que es nula de pleno derecho por vulnerar legislación europea.

Ahora bien, no consta que dicha disposición general haya sido recurrida, ni por supuesto, declarada previamente nula. Al contrario, la presunción de legalidad que ha de suponerse a cualquier disposición general y la vinculación de la Administración a las Leyes y al Derecho, así como los argumentos esgrimidos por INCRYGAS permiten concluir que no concurre tampoco el criterio de apariencia de buen derecho que justificara la medida provisional solicitada.

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

RESUELVE

ÚNICO. Denegar la medida provisional de suspensión solicitada por INNOVACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A en el marco del conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista interpuesto frente a PLANTA DE REGASIFICACIÓN DE SAGUNTO, S.A y al Gestor Técnico del Sistema en relación con los cargos por desbalance de gas.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese a los interesados.

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.