



Roj: **SAN 5204/2021 - ECLI:ES:AN:2021:5204**

Id Cendoj: **28079230042021100569**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **18/11/2021**

Nº de Recurso: **50/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN CUARTA**

**Núm. de Recurso:** 0000050 /2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 00591/2017

**Demandante:** INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS S.L,

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D<sup>a</sup>. CARMEN ALVAREZ THEURER

D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a dieciocho de noviembre de dos mil veintiuno.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo tramitado con el **número50/2017**, interpuesto por la entidad **INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS S.L**, representada por el Procurador D. Ramiro Reynolds Martínez y asistida de Letrado, contra la Resolución de fecha 1 de diciembre de 2016 dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se acuerda imponer a la sociedad, que aquí ostenta la posición de parte demandante, una multa de 35.200 euros por la comisión de una infracción grave consistente en el impago de cargos por desbalance en los meses de diciembre de 2015 y enero de 2016.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Por la entidad recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 31 de enero de 2017 contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión a trámite mediante decreto de fecha 6 de febrero de 2017, 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 8 de junio de 2017, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: "*(...) tenga por presentado este escrito de demanda, lo admita con sus copias y documentos anejos, y en su virtud tenga por impugnada y consiguientemente anule y declare contraria a derecho: A) la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 1 de diciembre de 2016 (notificada el siguiente día 7 de diciembre de 2016) por la que se impone a mi representada una sanción de 35.200 Euros por la supuesta comisión de una infracción 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 nula de pleno derecho o, subsidiariamente, anule, la Orden IET/2355/2014, de 12 de diciembre de 2014 en lo referido a los criterios para cuantificar las liquidaciones por desbalance de gas, con los efectos económicos y administrativos correspondientes, entre ellos la anulación de los cargos por desbalance girados en diciembre de 2015 y enero de 2016, con los intereses correspondientes*".

**TERCERO.-** La Abogacía del Estado, contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 24 de julio de 2017, interesando la desestimación del presente recurso.

**CUARTO.-** Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicada la propuesta y admitida, se presentó por las partes escrito de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 11 de noviembre de 2021, fecha en que tuvo lugar.

**QUINTO.-** La cuantía del recurso se ha fijado en 35.200 €

Siendo Magistrado Ponente el Ilma. Sr. D. Santos Honorio de Castro García, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna en el presente recurso jurisdiccional la Resolución de fecha 1 de diciembre de 2016 dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se acuerda imponer a la sociedad INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS S.L, que aquí ostenta la posición de parte demandante, una multa de 35.200 euros por la comisión de una infracción grave consistente en el impago de cargos por desbalance en los meses de diciembre de 2015 y enero de 2016.

**SEGUNDO.-** Se postula en el presente proceso, en primer lugar, la anulación de la citada resolución, o subsidiariamente y en caso de no llegar a anularla se "modere sustancialmente" la cuantía de la sanción; y, en segundo lugar, que se anule la Orden IET/2355/2014, de 12 de diciembre de 2014, en lo referido a los criterios para cuantificar las liquidaciones por desbalance de gas, con los efectos económicos y administrativos correspondientes y entre ellos la anulación de los cargos por desbalance girados en diciembre de 2015 y enero de 2016, a los que se refiere el citado acto administrativo.

Así los motivos de la demanda versan sobre los dos siguientes aspectos:

A) la impugnación de la propia resolución sancionadora de fecha 1 de diciembre de 2016 dictada por la CNMC, en tanto no se adecúa al marco jurídico vigente, en particular en cuanto al propio régimen sancionador, interesándose a la Sala un pronunciamiento que declare su nulidad; y

B) a la vez se plantea un recurso indirecto frente a la Orden IET 2355/2014, al considerarse que el anterior acto sancionador se ha dictado precisamente en su ejecución, y de tal suerte que si la citada orden es nula de pleno derecho también habrá de serlo la propia sanción.

Ahora bien, es importante señalar, a los efectos del segundo bloque argumental, que esta Sala ha dictado sentencia de fecha 6 de marzo de 2020 en el procedimiento ordinario 346/2016, en la cual se han desestimado las pretensiones ejercitadas por la misma aquí actora contra las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 10 de marzo y 28 de abril de 2016, por las que se resolvía el conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista que ella había interpuesto contra la planta de regasificación de Sagunto (SAGGAS) y el Gestor Técnico del Sistema ENAGAS S.A.U., respecto de las facturas emitidas por cargos por desbalance de gas en cumplimiento de lo previsto en la Orden ITC/2355/2014, que a su vez había sido objeto de impugnación indirecta en dicho recurso, al igual que ahora ocurre. Y la citada sentencia ha devenido firme una vez que el Tribunal Supremo ha inadmitido el recurso de casación 5713/2019 a través del auto de 7 de febrero de 2020.



**TERCERO.-** Teniendo en cuenta lo anterior, el objeto de la controversia queda necesariamente constreñido a los motivos de la demanda que propiamente se refieren al acuerdo sancionador, lo que incluso admite la propia recurrente cuando en su escrito de conclusiones ya reconoce que la mencionada sentencia de esta Sala desestima buena parte de los argumentos de la demanda del actual recurso, y en concreto los atinentes a la ilegalidad de la sanción basada en la disconformidad con el ordenamiento jurídico tanto de las resoluciones de la CNMC impugnadas en el recurso 346/2016 como de la Orden ITC/2355/2014.

No obstante, llama también la atención de que se desarrollaron en el escrito rector otros argumentos que, con independencia de la nulidad o anulabilidad de aquellas actuaciones, se refieren a la sanción propiamente dicha.

Así las cosas, toca ahora analizar únicamente las siguientes alegaciones según ya se acotan en el escrito de conclusiones:

a) La relevancia que tiene en la imposibilidad de imponer una sanción el hecho de que los cargos por desbalance, que están en el origen de la sanción, no eran firmes por estar impugnados en el PO 346/2016, lo que significa que las deudas no eran líquidas, vencidas y exigibles en el momento de imponerse; así como también la existencia de un acuerdo privado aportado como documento nº 9, que asimismo impide que la deuda tuviera tales características.

b) Vulneración del principio non bis ídem, toda vez que se sancionó dos veces la misma conducta, a saber: por un lado se achaca a la entidad recurrente que ha incurrido en desbalance cuya cuantía se ha multiplicado, y que entraña una sanción encubierta, y por otro, se le impone la sanción aquí impugnada que se sufre por unos mismos hechos.

c) Infracción del principio de tipicidad, ya que la conducta no tiene encaje en el artículo 109.1.z) de la LH; considerándose que no ha sido correctamente "*tipificada en las sanciones*", y debiendo tenerse en cuenta el referido acuerdo privado suscrito con INCRYGAS para proceder al pago sucesivo a través de pagos parciales. En este sentido, si la conducta no puede calificarse de muy grave es claro que no podrá aplicarse el artículo 109.1 relativo a las infracciones muy graves, sino el 110 que tipifica las graves, mas sin que se haya indicado en cuál de éstas se subsume la conducta, pues la falta de pago de los cargos de desbalance no se tipifica en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 110, no pudiendo incluirse en la letra e) que prevé el incumplimiento de obligaciones del sistema tarifario.

d) Ausencia del elemento subjetivo de la culpabilidad, dado que no concurre ni dolo ni culpa, y ello ante la absoluta imposibilidad de cumplir la obligación correspondiente. Se señala, al respecto, que la Orden IET/2355/2014 ha abocado a la demandante a una situación de máxima tensión financiera, dado que es una pequeña comercializadora de gas que no dispone de los fondos necesarios para poder satisfacer los cargos de desbalance; y debiendo tenerse en cuenta también los pagos realizados previamente para atender los cargos producidos entre marzo y octubre de 2015.

e) Finalmente se plantea la vulneración del principio de proporcionalidad en relación a la concreta sanción impuesta -35.200 euros-; considerándose que hay que valorar positivamente el hecho de que la recurrente haya llegado a un acuerdo para afrontar sus obligaciones económicas, así como el hecho de que en un breve periodo de tiempo ha tenido que hacer frente a más de siete millones de euros, lo que ha tenido "*un efecto destructivo*" en la posterior inhabilitación y consiguiente inviabilidad para seguir operando en el mercado gasista español.

Por su parte, el Abogado del Estado, en la representación que reglamente ostenta de la Administración demanda, se opone a todos y cada uno de los referidos argumentos en base a una serie de consideraciones que, por lo general, van a ser aceptados por esta Sala.

**CUARTO.-** En el primero de los motivos se plantea, como circunstancia que impide el dictado de la resolución sancionadora, la inexistencia de una deuda líquida, vencida y exigible, toda vez que estaba pendiente de confirmarse la legalidad del cargo por desbalance que motivó la sanción en el PO 346/2016 y porque se suscribió un acuerdo privado para proceder a su pago.

Tal argumento no podrá prosperar, debiendo repararse, por de pronto, en el hecho de que no coincide el objeto del conflicto de gestión conocido en aquel recurso con el del procedimiento sancionador que aquí nos ocupa, tal y como bien lo explica la misma resolución sancionadora. En efecto, el primero se refería a la facturación correspondiente a los meses de marzo y octubre de 2015, mientras el segundo tiene como origen los impagos de diciembre de 2015 y enero de 2016. Además de ello, la resolución del conflicto era en cualquier caso firme en la vía administrativa cuando se dicta el acuerdo sancionador, sin que conste una solicitud de suspensión que evitase los efectos propios de los actos administrativos previstos en el artículo 39 de la Ley 39/2015.

En este sentido, se explica en la resolución sancionadora que: "*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 [...] 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."*

Por otro lado y en lo que respecta a la no exigibilidad de la sanción debido a la celebración de un acuerdo privado de pago entre INCRYGAS y SAGGAS, también la resolución sancionadora advierte que tal circunstancia se tiene en cuenta "a la hora de valorar la reprochabilidad de la conducta" con ocasión de cuantificar la sanción; solución que esta Sala considera acertada, pues aun cuando tal acuerdo incida de manera positiva en modo alguno puede justificar la aplicación de una suerte de eximente.

**QUINTO.-** En lo que respecta a la infracción del principio non bis in ídem, la procedencia de su rechazo deriva de que los cargos por desbalance no constituyen propiamente una sanción, como se explica con amplitud en el acto sancionador con ocasión de rechazar una alegación análoga formulada por la entidad recurrente, aludiendo a la naturaleza de los cargos por desbalance.

Por lo tanto, no es cierto que se esté sancionando dos veces por la misma conducta, amén que su objeto sería en cualquier caso distinto, como se acaba de ver en el precedente fundamento jurídico.

Más en concreto, la regulación de dichos cargos se encuentra 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, y en particular en el apartado 9.6.1 que contemplaba la obligación general de los usuarios del sistema gasista de mantener sus niveles de existencias de gas, disponiendo que "[c]uando 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". Lo cual significa que el cargo económico tenía que facturarse por el titular de las plantas de regasificación, estableciéndose la cuantía del cargo en el apartado 9.6.4.

Y asimismo, en la resolución se llamaba la atención del hecho acreditado de que INCRYGAS se encontraba habitualmente en una situación de desbalance negativo, lo que precisamente dio lugar a que SAGGAS le facturase el cargo correspondiente que posteriormente debía ingresarse en el sistema gasista, pero que no se pagó en tiempo y forma. Así 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; tratándose evidentemente de una actuación de diversa naturaleza que la resolución sancionadora ahora impugnada.

**SEXTO.-** En lo que hace a las alegadas quiebras del principio de tipicidad, el principal reproche consiste en que la infracción grave apreciada no tiene encuadre en alguna de las conductas de ese carácter tipificadas en el artículo 110 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Realmente esta Sala no llega a comprender cuáles son el motivo y el alcance de esta alegación, pues lo cierto es que el impago de cargos por desbalance está tipificado de manera expresa como infracción muy grave en el artículo 109.1, letra z de la Ley 34/1998 - «z) El incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance derivadas de la regulación establecida por las Normas de Gestión Técnica del Sistema», sin que se contemple una conducta semejante en el elenco de infracciones graves recogido en el artículo 110, siendo esta la razón por la que se aplicó la cláusula genérica prevista en el propio precepto consistente en considerar infracción grave "las conductas tipificadas en el artículo anterior cuando, por las circunstancias concurrentes, no puedan calificarse de muy graves".

Esto se explicó con meridiana claridad en la resolución recurrida al expresar lo siguiente: "Se trata, por tanto, de un hecho que cumple de forma perfecta con el tipo infractor -el artículo 109.1. z) de la Ley 34/1998-. 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."*

Por lo tanto, la aplicación del artículo 110 ha dado lugar tipificar la conducta de manera más favorable para el infractor, lo que hace que nos sorprenda el planteamiento de este motivo.

**SÉPTIMO.-** También se alega la ausencia del elemento de la culpabilidad, necesario en todo procedimiento sancionador. Se alega que el resultado para INCRYGAS desde el punto de vista económico ha supuesto que se multiplique por más de 40 el importe de los cargos, lo que le ha acarreado una tensión financiera considerable, y siendo así de imposible cumplimiento la obligación que deriva de la Orden IET/2355/2014 al no disponer de los fondos necesarios para satisfacerlos, excluyendo estas circunstancias el dolo y la culpa.

Pero tampoco esta alegación puede ser aceptada, toda vez que los hechos acreditados impiden considerar que la entidad sancionada no fuera consciente del incumplimiento de sus obligaciones económicas en caso de desbalance derivadas de la regulación establecida por las Normas de Gestión Técnica del sistema, no pudiendo ahora desconocerse que se trataba de incumplimientos reiterados.

Este Tribunal vuelve a asumir la fundamentación de la resolución sancionadora, en la que entre otras cosas se indica: "*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 suficientemente 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 rangos por desbalance negativo por parte a SAGGAS."*

Y en otra parte dice: "*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."*

Además, destaca ahora la Sala la relevancia a estos efectos de que la actora fuese la única del sector gasista que ha incurrido en impagos generalizados de cargos por desbalance en una cuantía tal que incluso ha determinado su inhabilitación. Y, por otra parte, los argumentos respecto de la ilegalidad de la Orden IET/2355/2014 ya han sido rechazados en la sentencia dictada en el PO 346/2016.

**OCTAVO.-** Por último se plantea la vulneración del principio de proporcionalidad en relación a la concreta sanción impuesta que asciende a 35.200 euros; considerándose al respecto que hay que valorar positivamente el hecho de que se llegara a un acuerdo para afrontar las obligaciones económicas.

Este motivo no merece mejor suerte que los anteriores, en tanto la resolución sancionadora ha motivado de manera más que suficiente la cuantificación de la sanción impuesta, teniendo en cuenta particularmente el daño causado, la elevada cuantía de los cargos dejados de ingresar (más de 1,1 millones de euros) y, como circunstancia favorable, el propósito de INCRYGAS de abonar su deuda mostrado a través de un acuerdo privado.

Así las cosas, se ha preservado el principio de proporcionalidad regulado en el artículo 113.3 de la Ley 34/1998 ("*[l]a cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a criterios de proporcionalidad y a las circunstancias especificadas en el artículo anterior"*), tal y como se ha considerado en la resolución recurrida y comparte este Tribunal. En este sentido, resulta adecuado determinar como cifra de la sanción la de 35.200 €, que se sitúa en el umbral inferior del importe previsto para las infracciones graves, y dentro de éste en una cuantía también mínima pues el límite máximo se encuentra en 6 millones de euros (artículo 113.1.b). Y, por lo demás, no supera el 5 por ciento del volumen de negocios anual de la empresa infractora, no quebrantándose por tanto lo que dispone el artículo 113.1, 2º párrafo, de la Ley de reiterada cita.

**NOVENO.-** A tenor de lo razonado en los precedentes fundamentos jurídicos procederá, en fin, desestimar el presente recurso contencioso-administrativo.

En cuanto al pronunciamiento sobre las costas procesales, de conformidad con lo establecido en el art. 139 de la LJCA y dado dicho pronunciamiento, habrán de imponerse a la parte recurrente.



**VISTOS** los preceptos constitucionales y legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS**

**DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo nº **50/2017** interpuesto por la representación procesal de la mercantil **INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A.**, contra la Resolución de fecha 1 de diciembre de 2016 dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la que se le sancionó en el importe de 35.200 euros por la comisión de una infracción grave consistente en el impago de cargos por desbalance en los meses de diciembre de 2015 y enero de 2016; imponiéndole las costas causadas en dicho recurso.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día 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, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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