

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO AL SISTEMA GASISTA INTERPUESTO POR GAS NATURAL MADRID SDG.S.A FRENTE A INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A. EN RELACIÓN CON DISTINTOS ASPECTOS DEL SERVICIO DE ACCESO CONTRATADO.

Expediente CFT/DE/036/16

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Belderrain

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo.

En Madrid, a 20 de abril de 2017.

Visto el conflicto de acceso al sistema gasista interpuesto por GAS NATURAL MADRID, SDG, S.A. frente a INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A., en relación a los servicios de acceso contratados por esta sociedad con GAS NATURAL, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Planteamiento del conflicto.

En fecha 7 de noviembre de 2016 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) escrito de GAS NATURAL MADRID, SDG, (en adelante GN) por el que se planteaba conflicto de acceso a la red gasista en relación con distintos problemas surgidos en los servicios de acceso contratados con INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA y GAS, S.A (en adelante, INCRYGAS).

En su escrito de planteamiento de conflicto, GN expone los siguientes antecedentes y alegaciones, resumidos de forma sucinta, siguiendo el orden de exposición del propio escrito.

- Que con fecha 26 de octubre de 2016 se recibió comunicación por parte del gestor del sistema en el que se comunicaba la suspensión de la cartera de balance de INCRYGAS por los impagos reiterados de esta sociedad que exceden, una vez ejecutadas las garantías de los 500.000 euros.
- Tras resumir la normativa aplicable en materia de balances, pasa a identificar la nueva normativa en materia de acceso a terceros al sistema gasista, en particular, el Contrato Marco de acceso a las instalaciones del sistema gasista español aprobado por Resolución del Secretario de Estado de Energía de 2 de agosto de 2016, (en adelante «Contrato Marco de acceso»).
- En particular, transcribe del mismo el apartado 17.2 del citado contrato que, al regular, las causas de suspensión del mismo, señala como una de ellas la suspensión de la cartera de balance, estableciendo la regla de que afecte a todos los servicios de acceso (y no solo parcialmente) cuando la deuda supere los 500.000 euros.
- De esta regulación extrae GN la conclusión de que recibida la comunicación por parte del Gestor Técnico del Sistema debía proceder a la suspensión de todos los servicios de acceso de conformidad con la cláusula 17 del Contrato Marco de Acceso.
- Asimismo al entender aplicable lo previsto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en adelante LSH) y el Real Decreto 1434/2002 de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministros y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural (en adelante, «RD 1434/2002») la indicada suspensión debe conllevar la interrupción del suministro físico de gas al consumidor final para evitar que el “operador” se beneficie de la situación. Todo ello de conformidad con lo previsto en los artículos 88 de la LSH y los artículos 40 y 57 del Real Decreto 1434/2002.
- Finaliza su escrito con las comunicaciones habidas con INCRYGAS en las que esta comercializadora entiende que se limita su capacidad de aportación de gas al sistema, pero que sus clientes han de seguir siendo suministrados.
- En virtud de ello, solicita a la CNMC que declare que (I) la suspensión de la cartera de balance decretada por el Gestor Técnico del Sistema produce el efecto de suspender los accesos que tiene contratados INCRYGAS para sus clientes y que, por tanto, se debe proceder a la interrupción del suministro a los mismos, y (II) que la suspensión de la cartera de balance produce el efecto de que las empresas distribuidoras deberán denegar las peticiones de nuevos contratos de acceso formuladas por INCRYGAS, bien sea por sus

clientes actuales que contratan con base en contratos mensuales, bien sea para nuevos clientes. Ello sin perjuicio de dar 5 días a los clientes para que contraten con otra empresa comercializadora y se reconozca a INCRYGAS la posibilidad de dejar sin efecto esta medida abonando las cantidades debidas al Gestor Técnico del Sistema.

Seguidamente, mediante Otrosí afirma la competencia de la CNMC para conocer de la presente controversia de conformidad con lo previsto en la Cláusula 25 del Contrato Marco de Acceso y el artículo 4.3 del Real Decreto 984/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el mercado organizado de gas y el acceso de terceros a las instalaciones del sistema de gas natural (en adelante, «RD 984/2015»).

- Mediante Otrosí segundo, solicita la adopción de medida provisionalísima consistente en que se adopte por la Comisión la medida de suspender los contratos de acceso en los puntos de salida. Medida que, en realidad, según GN, consiste en permitir que los distribuidores se dirijan por carta a los clientes finales para indicarles que se cambien de comercializador en el plazo de cinco días, bajo advertencia de interrupción del suministro de gas.
- Mediante Otrosí tercero, se solicita lo mismo, pero como medida cautelar.
- Mediante Otrosí cuarto señala el grave perjuicio que se produce en la situación.
- Mediante Otrosí quinto manifiesta y solicita que se tenga en cuenta la documentación que acompaña al presente escrito.
- Poder de representación. (Documento 1)
- Comunicación del Gestor Técnico del Sistema por la que se suspende la cartera de balance de INCRYGAS (Documento 2)

SEGUNDO.- Comunicaciones de inicio del procedimiento.

En fecha 16 de noviembre de 2016, notificado el 21 de noviembre, se procedió a comunicar a GN, INCRYGAS y al GTS el inicio del correspondiente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante Ley 39/2015). A INCRYGAS y al GTS se le dio traslado del escrito de GN, confiriéndole un plazo de diez días hábiles, de conformidad con el artículo 75.1 de la Ley 39/2015, para formular alegaciones y aportar los documentos que estimaran convenientes en relación con el objeto del conflicto.

TERCERO.- Inicio de procedimiento sancionador y propuesta de medidas provisionales contra INCRYGAS. Propuesta de inhabilitación.

En fecha 28 de noviembre de 2016, el Director de Energía de la CNMC procedió a incoar procedimiento sancionador por presunta infracción muy grave a INCRYGAS por sus incumplimientos en materia de obligaciones económicas de desbalance.

Junto a dicho Acuerdo se propuso la adopción de medidas provisionales, de conformidad con lo previsto en el artículo 56 de la Ley 39/2015, consistentes en lo que aquí interesa en el traspaso de los clientes de INCRYGAS a una comercializadora de último recurso.

En fecha 1 de diciembre de 2016, esta Sala de Supervisión Regulatoria aprobó Acuerdo por el que se propone al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital la inhabilitación del comercializador INCRYGAS.

CUARTO.- Escrito de alegaciones de INCRYGAS

En fecha 5 de diciembre de 2016, tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de INCRYGAS del mismo día. En el mismo alega resumidamente lo siguiente:

-En primer término, se alega la falta de legitimación activa de GN por no tener firmado INCRYGAS con Gas Natural Madrid, SDG, S.A ni un solo contrato de acceso.

-En segundo lugar, indica que la vía procedimental es incorrecta ya que la pretensión formulada –la interrupción del suministro a clientes y el consiguiente traspaso de los mismos- no puede ser objeto de conflicto, sino de arbitraje.

-Realizadas estas alegaciones de tipo procedimental, seguidamente alega sobre el fondo. Tras una amplia exposición sobre la normativa europea de aplicación alega que la suspensión de la cartera de balance de conformidad con el Contrato de Adhesión aprobado por Resolución de la CNMC de 1 de marzo de 2016 señala claramente que la misma no eximirá al usuario de sus obligaciones, entre ellas, el suministro a clientes, siendo las consecuencias de la suspensión exclusivamente las previstas en el apartado 16, es decir, la imposibilidad de prenotificaciones o notificaciones con fecha posterior a la de la suspensión de la cartera de balance. Esta regulación es similar en el caso de la suspensión de los contratos de acceso.

En esta misma línea argumentativa se mueve el artículo 35.5 del RD 984/2015. En todas estas normas y las citadas de contrario -88 LSH y 40 y 57 del RD 1434/2002- queda claro que hay una distinción entre las consecuencias de los

incumplimientos de las liquidaciones de desbalance y los incumplimientos derivados del impago de peajes.

-INCRYGAS seguidamente señala que GN es la única distribuidora que ha obrado de esta manera, llegando a enviar una carta sobre la suspensión de los accesos de salida, mientras que el resto ha optado por colaborar con INCRYGAS. En la misma línea que otras distribuidoras parece moverse el propio GTS.

-Finalmente en esta primera parte del escrito señala INCRYGAS que la pretensión de GN es convertir a la CNMC en legislador, imponiendo a las distribuidoras que obliguen a los clientes de INCRYGAS a cambiar de comercializador dándoles un plazo de cinco días, lo que es contrario a toda normativa.

-En Otrosí primero y segundo, INCRYGAS alega contra la medida provisionalísima y provisional solicitada por GN en su escrito de planteamiento de conflicto.

-En Otrosí tercero se limita a señalar que GN no cuantifica el posible daño total que supone que se le va a producir.

Concluye solicitando, por tanto, que se dicte resolución por la que se desestime el conflicto.

INCRYGAS aporta la siguiente documentación:

- Poder de representación. (documento 1).
- Carta enviada por INCRYGAS a GN indicando que no pueden declarar extinguidos los contratos de acceso (documento 2).
- Nota de D. [...], economista colegiado, que señala que la pérdida de clientes daría lugar a un perjuicio de imposible o difícil reparación (documento 3).

QUINTO.- Inicio del procedimiento de inhabilitación y del traspaso de clientes por parte del MINETAD. Adopción de medidas provisionales.

En fecha 20 de enero de 2017, el MINETAD acordó el inicio del procedimiento por el que procedía a inhabilitar a INCRYGAS, así como del procedimiento de traspaso de sus clientes a un comercializador de último recurso y se determinan las condiciones de dicho traspaso. Dichos acuerdos fueron publicados en el Boletín Oficial del Estado de 24 de enero de 2017. Asimismo se adoptaban una serie de medidas provisionales, entre las que destaca en lo que aquí interesa: 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.

SEXTO.- Trámite de audiencia.

Instruido el procedimiento, mediante escritos de fecha 1 de febrero de 2017 se puso de manifiesto el mismo a los interesados confirmando un plazo de diez días para formular alegaciones. Dichos escritos fueron recibidos por INCRYGAS, GN y el GTS, según consta acreditado.

Con fecha 22 de febrero de 2017 se recibió escrito de GN, mediante el cual presenta alegaciones en el citado trámite de audiencia, indicando lo siguiente:

-En primer lugar, señala que ya no tienen sentido las medidas provisionales solicitadas en su día, particularmente porque el día 18 de febrero se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas por la que se inhabilita a INCRYGAS.

-En segundo lugar, señala que la supuesta falta de legitimación carece de sentido aportando el contrato de acceso entre GN e INCRYGAS.

-Seguidamente repite toda la argumentación de su escrito de planteamiento del conflicto sobre el alcance de la suspensión del punto virtual de balance y de los consiguientes contratos de acceso. De ello, concluye GN que todas estas normas contemplan la suspensión del suministro en un estadio previo a la extinción definitiva del contrato, por la que se produce la interrupción del suministro hasta que se paguen las deudas que han dado lugar a la suspensión. Se vuelven a citar los artículos 88 de la LSH y 40 y 57 del RD 1434/2002.

Concluye su argumentación del modo siguiente: **«la suspensión del contrato de acceso que tiene firmado INCRYGAS con mi representada supone, de facto, la suspensión del suministro a los clientes cuya comercializadora es INCRYGAS».**

-Finaliza el escrito reiterando lo solicitado en el planteamiento del conflicto.

GN aporta la siguiente documentación:

- Resolución de 15 de febrero de 2017, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se inhabilita para el ejercicio de la actividad de comercialización de gas natural a la empresa Investigación, Criogenia y Gas, S.A (documento 1).
- Anexo para la contratación de puntos de salida entre GAS NATURAL MADRID SDG, S.A. e INCRYGAS (documento 2).
- Contrato marco de acceso a las instalaciones del sistema gasista y adhesión de GAS MADRID SDG, S.A. al mismo (documento 3).
- Documento de SIFCO con liquidaciones por GAS NATURAL MADRID SDG de pagos de peajes de INCRYGAS.

Ni INCRYGAS ni el GTS han formulado alegaciones en el trámite de audiencia del presente conflicto.

SÉPTIMO- Inhabilitación de INCRYGAS y aprobación de la Orden de traspaso de los clientes.

En fecha 18 de febrero de 2017 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Resolución de 15 de febrero de 2017, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se inhabilita para el ejercicio de la actividad de comercialización de gas natural a la empresa Investigación, Criogenia y Gas, S.A.

En fecha 2 de marzo de 2017 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Orden ETU/175/2017, de 24 de febrero, por la que 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. En la misma se fija un plazo de quince días para que surta efectos dicho traspaso, siendo esa fecha también a partir de la cual surtirá plenos efectos la inhabilitación de INCRYGAS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCESALES.

PRIMERO.-Existencia de un conflicto de acceso a las instalaciones del sistema gasista.

El Contrato Marco de acceso al sistema gasista aprobado por Resolución de 2 de agosto de la Secretaría de Estado de Energía señala en su cláusula 25.1 que:

Corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la resolución de los conflictos que surjan en el ámbito del presente contrato, de conformidad con el artículo 12.1.b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

El artículo 12.1.b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Ley 3/2013»), establece que la CNMC resolverá los conflictos que le sean planteados por los operadores económicos en los mercados de la electricidad y del gas. El primer apartado del citado artículo añade que la CNMC resolverá los conflictos que le sean planteados en relación a los contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y, en su caso, distribución, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Por su parte el apartado segundo del citado Contrato señala que:

Sin perjuicio de lo anterior, las controversias, desacuerdos, reclamaciones y diferencias que puedan surgir respecto de la ejecución, interpretación o extinción de este contrato, que no puedan ser objeto de procedimiento de resolución de conflictos en los términos señalados en el párrafo anterior, podrán ser sometidas al arbitraje de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1.b de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados de la Competencia.

INCRYGAS señala en sus alegaciones que lo planteado por GN no se trataría tanto de un conflicto como de un arbitraje.

En este punto y con independencia de lo que se dirá más adelante, lo planteado por GN no puede entenderse como una controversia, desacuerdo, reclamación o diferencia sobre eventuales cuestiones derivadas del contrato de acceso, sino sobre una cuestión más relevante, a saber, las consecuencias para los contratos de acceso y, en última instancia, para el derecho de acceso, de la suspensión de la cartera de balance de INCRYGAS. Es decir, no se trata en modo alguno de plantear una problemática referida a la vida del contrato, sino a la determinación del alcance para el ejercicio del derecho de acceso de INCRYGAS de la suspensión de su cartera de balance. En este sentido, es claro que es materia de conflicto y no de arbitraje.

GN solicita al final de su escrito GN lo siguiente:

- (I) la suspensión de la cartera de balance decretada por el Gestor Técnico del Sistema produce el efecto de suspender los accesos que tiene contratados INCRYGAS para sus clientes y que, por tanto, se debe proceder a la interrupción del suministro a los mismos,
- (II) que la suspensión de la cartera de balance produce el efecto de que las empresas distribuidoras deberán denegar las peticiones de nuevos contratos de acceso formuladas por INCRYGAS, bien sea por sus clientes actuales que contratan con base en contratos mensuales, bien sea para nuevos clientes.

Todo ello sin perjuicio de que i) con la finalidad de evitar los perjuicios que esta medida puede ocasionar a los clientes, se obligue a las empresas distribuidoras con la que tengan contratado el acceso de dichos clientes, a concederles un plazo de 5 días, antes de proceder a la interrupción del suministro, para que contraten el suministro con otra empresa comercializadora de mercado libre o último recurso y (ii) se reconozca a INCRYGAS la facultad de dejar sin efecto esta medida en cualquier momento, abonando las cantidades debidas al Gestor Técnico del Sistema.

Así pues, la solicitud de GN puede reconducirse, esencialmente, a: lo relativo a (I) si la suspensión de la cartera de balance debe suponer la interrupción del

suministro a sus clientes finales; y (II) si dicha suspensión produce el efecto de que las empresas distribuidoras deban denegar las peticiones de nuevos contratos de acceso formuladas por INCRYGAS.

Los apartados (i) y (ii) recién mencionados no constituyen en sentido estricto peticiones adicionales, sino que están vinculadas al objeto principal del conflicto, y singularmente a la solicitud (I). En particular, la solicitud de adopción por la CNMC de la medida consistente en que se obligue a las distribuidoras a conceder a los clientes de INCRYGAS un plazo de 5 días para contratar con otro suministrador de su elección, sería la consecuencia de una eventual declaración por parte de esta Sala de que la suspensión de la cartera de balance supone la interrupción del suministro a los consumidores finales, lo cual se solicitó asimismo por GN como medida cautelar. La posibilidad de dejar sin efecto esa medida en caso de abono de lo debido por INCRYGAS al GTS está necesariamente vinculada a su previa adopción.

Con relación a dicha medida cautelar solicitada en su día por GN, debe señalarse que, como ponen de manifiesto los antecedentes del presente conflicto, ya ha tenido lugar el traspaso de los clientes de INCRYGAS por Orden del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, de conformidad con lo previsto en el artículo 82 LSH, así como la inhabilitación de dicho comercializador.

Ambas vías fueron iniciadas en el ejercicio de sus competencias por esta Comisión en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Legitimación de la parte proponente del conflicto.

INCRYGAS alega que el presente conflicto ha sido planteado por GN Madrid, SDG, sociedad con la que no tiene ningún contrato de acceso.

La documentación aportada por GN Madrid en el trámite de audiencia deja claro que la indicada distribuidora dispone de contratos de acceso con INCRYGAS por lo que está legitimada para el planteamiento del presente conflicto.

TERCERO.- Competencia de la CNMC para resolver el conflicto.

La presente Resolución se dicta en ejercicio de la función de resolución de conflictos en relación con los contratos relativos a los accesos de terceros a redes que en el sector gasista, se atribuye a la CNMC por el artículo 12.1 b) 1º de la Ley 3/2013.

Dentro de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria aprobar esta Resolución, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, con informe preceptivo de la Sala de Competencia, de conformidad con el artículo 14.2 i) del Estatuto Orgánico de la CNMC.

CUARTO.- Procedimiento aplicable.

El procedimiento aplicable 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 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Común de las Administraciones Públicas, según determina el artículo 2 de la Ley 3/2013.

QUINTO.- Plazo de interposición del conflicto.

El plazo de interposición del conflicto es de un mes desde que se produce el hecho o decisión correspondiente, según determina el último párrafo del artículo 12.1 de la Ley 3/2013.

La suspensión de la cartera de balance se produjo por parte de GTS el día 26 de octubre de 2016, con efecto 27 de noviembre de 2016 y la suspensión de los servicios de acceso por parte de GN se comunicó por escrito a INCRYGAS con efecto a partir del día 3 de noviembre.

El presente conflicto fue planteado mediante escrito de 7 de noviembre de 2016. Por tanto, no se suscita ninguna controversia en cuanto a la admisibilidad del conflicto sobre contratos de acceso a las instalaciones del sistema gasista.

FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES.

PRIMERO.- SOBRE LA SUSPENSIÓN DE LA CARTERA DE BALANCE Y LA SUSPENSIÓN DE LOS SERVICIOS DEL CONTRATO DE ACCESO A LAS INSTALACIONES GASISTAS.

Con la plena aplicación de la Circular 2/2015, de 22 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen las normas de balance en la red de transporte del sistema gasista (en adelante, «Circular 2/2015») a partir del día 1 de octubre de 2016, la sociedad comercializadora INCRYGAS comenzó a encontrarse de forma generalizada en una situación de desbalance negativo que condujo a que el día 26 de octubre de 2016, tras varios requerimientos previos, el GTS procediera a suspender la cartera de balance a partir de las 6:00 horas del día siguiente a la comunicación fehaciente a INCRYGAS, es decir, el 27 de octubre de 2016. El mismo día 26 de octubre comunicó entre otros dicha suspensión a GN.

La indicada suspensión de la cartera de balance se produjo en cumplimiento de la Circular 2/2015, y de lo previsto en la Resolución de la CNMC, de 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, (en adelante «contrato marco de cartera de balance») y, en particular, lo establecido en el apartado quinto en relación con la cláusula 15.1 a) del mismo: el incumplimiento prolongado de las obligaciones de pago por parte de un usuario que no sea cubierto por las garantías constituidas por dicho usuario. La

suspensión da inicio de un período de tres meses tras los cuales se producirá la extinción del contrato siempre que no se hayan superado los motivos que dieron lugar a la suspensión.

Dicha suspensión, cuyas consecuencias operativas se señalan en la cláusula 16 del Contrato marco supone en la práctica que el sujeto al que se le ha suspendido la cartera de balance no va a poder hacer ya ningún tipo de notificaciones o prenotificaciones, es decir, no va a poder aportar gas al sistema.

En relación al suministro de clientes, el Contrato Marco de cartera de balance se limita a establecer una regla en su apartado cuarto de la cláusula 15, según la cual, el usuario asumirá todas las obligaciones de pago, incluidas las obligaciones asociadas al suministro de sus clientes.

Finalmente si en el plazo de tres meses no se produce el abono de las obligaciones económicas que han generado la suspensión, se producirá la extinción del contrato (cláusula 17.1.b).

El contrato marco es un contrato de adhesión entre el GTS y los usuarios, en este caso, un comercializador, sin participación ni de clientes ni distribuidores. Por tanto, parece claro que la suspensión de dicho contrato marco de cartera de balance no extingue, por sí sola, las relaciones entre usuario y clientes.

Ahora bien, la suspensión de la cartera de balance incide a su vez en los contratos de acceso a las instalaciones gasistas que es el objeto del presente conflicto porque la cláusula 17 en su apartado c) del Contrato Marco de acceso establece con claridad, no necesaria de interpretación alguna, que es causa de suspensión del servicio de acceso:

- c) La suspensión de la cartera de balance, en los servicios de acceso desde o hacia el Punto Virtual de Balance.

A su vez, la misma cláusula 17 distingue entre la suspensión parcial y total de los servicios de acceso en atención a las cantidades adeudadas por el usuario, siendo 500.000 euros el límite. No hay debate en que INCRYGAS ha superado ampliamente esa cantidad y que, en consecuencia, derivado de la suspensión de su cartera de balance se han suspendido también los servicios de acceso contemplados en el Contrato Marco de acceso. Así resulta, asimismo, de la comunicación del GTS a GN que esta última aportó con su escrito de presentación del conflicto.

Por último, la cláusula 18 del Contrato Marco de acceso establece que la suspensión total de los servicios de acceso supone:

18.1 En caso de que se hayan suspendido totalmente los servicios contratados por un Usuario:

- i. El Usuario no podrá participar en los procedimientos de asignación de capacidad, ni realizar ninguna contratación adicional de capacidad en las instalaciones del sistema.

-
- ii. El Usuario no podrá introducir operaciones de nominación o renominación de gas con fecha igual o superior a la fecha de suspensión del servicio.

Se ha llegado así al auténtico objeto del conflicto que es determinar si dicha suspensión total de servicios de acceso, sobre la que no hay discusión alguna en el presente caso, debe afectar o no a los clientes finales del usuario, en este caso, el comercializador y concretamente si el distribuidor puede obligarles bajo apercibimiento de suspensión del suministro a cambiar de comercializador, así como si condiciona el alta de nuevos suministros.

SEGUNDO.- SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DISTRIBUIDOR, COMERCIALIZADOR Y CLIENTE FINAL Y LAS CONSECUENCIAS DE LA MISMA PARA EL PRESENTE CASO.

Centrados en el objeto del conflicto, hay que analizar, como paso previo, la relación entre el distribuidor, comercializador y el cliente final y la relación con el acceso de terceros a las instalaciones gasistas.

En primer lugar, el derecho de acceso está reconocido al comercializador y a los consumidores directos en mercado, pero no a los clientes finales. Así se desprende, sin género de dudas, de lo previsto en el artículo 76 de la LSH y el artículo 3 del Real Decreto 984/2015. Por tanto, los clientes finales tendrán acceso a redes sólo de forma mediata y a través de los correspondientes contratos con los comercializadores que son además los encargados de contratar la capacidad suficiente desde el Punto Virtual de Balance para proceder a cumplir con dichos suministros, de conformidad con el artículo 9 del Real Decreto 984/2015.

En consecuencia, entre las obligaciones de los comercializadores se encuentra, de conformidad con el artículo 81.2 d) de la LSH, la obligación de adquisición del gas y la suscripción de los contratos de acceso necesarios para cumplir los compromisos contractuales con sus clientes.

Precisamente el incumplimiento de esta obligación es uno de los supuestos que permiten al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, de conformidad con lo previsto en el artículo 82 LSH, el traspaso de los clientes a un comercializador de último recurso, ello sin perjuicio de las posibles responsabilidades económicas en que incurra el comercializador que incumple dicha obligación.

Asimismo, como ya se ha indicado, la suspensión de la cartera de balance – cláusula 15.4 del Contrato Marco de la cartera de balance- no extingue las obligaciones del usuario de la cartera de balance, bien al contrario éste continúa asumiendo las obligaciones asociadas al suministro de sus clientes.

De esta forma, queda claro que:

-
- i) El acceso a las instalaciones gasistas tiene como partes en este caso a un distribuidor y a un comercializador, siendo el cliente un tercero ajeno a dicha relación contractual.
 - ii) El comercializador es responsable de todas las obligaciones económicas que deriven de los contratos marco de cartera de balance y contrato de acceso con independencia de si están o no suspendidos los servicios de acceso.

1. Posibilidad de que los distribuidores interrumpan el suministro físico a los clientes finales, previo otorgamiento de un plazo para cambiar de suministrador.

Dicho lo anterior, ni el Contrato Marco de cartera de balance, ni el Contrato Marco de acceso a instalaciones gasistas, ni las normas reglamentarias RD 1434/2002 y 984/2015 prevén consecuencia expresa alguna en relación con los clientes finales de un comercializador al que se la ha suspendido la cartera de balance y, consiguientemente, todos los servicios de acceso. Y ello sin perjuicio del traspaso de clientes previsto en el artículo 82 LSH que puede acordar el MINETAD. En suma, las normas y contratos citados anteriormente no prevén expresamente el supuesto planteado por GN, es decir, que los distribuidores procedan a comunicar a los clientes que deben cambiar de comercializador, dándoles un plazo con indicación de que de no formalizar nuevo contrato se procederá al corte de suministro.

Esta falta de normativa no se puede cubrir como pretende GN por vía analógica.

En particular, no serían aplicables los artículos que cita GN a título de ejemplo en sus escritos de alegaciones. El artículo 88 LSH está regulando, como se desprende de la mera lectura del primer apartado, el supuesto de impagos de contratos de suministro, es decir, impagos del cliente, no del comercializador. Por tanto, nada tiene que ver con la situación del incumplimiento de un contrato al que el cliente final es ajeno. Tampoco es aplicable el artículo 40 del RD 1434/2002 que establece las causas de resolución de los contratos a tarifa, ni el artículo 57 del RD 1434/2002, que regula el corte de suministro de la distribuidora a los clientes a tarifa, otro supuesto de incumplimiento del cliente, no del comercializador que suministra al cliente.

En cambio, sí guarda analogía con el presente caso el artículo 11 del RD 984/2015 que regula justamente el Contrato marco de acceso a instalaciones. Dicho artículo, en su apartado 3 a), 2º párrafo, establece expresamente que en caso de impago de peajes o cánones por parte del comercializador: «el operador de las instalaciones no podrá exigir dicho pago al consumidor, salvo en el que caso en que ejerzan su derecho de acceso actuando como Consumidor Directo en Mercado».

Queda claro que si en un caso similar de incumplimiento del comercializador, el cliente no es responsable de ello, a la misma conclusión se ha de llegar en este caso tanto en lo que se refiere a la posible interrupción del suministro como a la obligación de cambiar de comercializador en un brevísimo plazo. Tal consecuencia relativa al traspaso de clientes habrá de adoptarse por el cauce establecido, ya sea el traspaso acordado por el MINETAD (como aquí ha sucedido), o cualquier otro admisible en Derecho.

En consecuencia, ha de desestimarse lo pretendido en este aspecto por GN.

2. Alta de nuevos clientes por parte del comercializador suspendido. Nuevos contratos de acceso.

Cuestión distinta es, sin embargo, qué consecuencias tiene la suspensión de servicios de acceso para futuros clientes. En este punto, aunque GN e INCRYGAS no han argumentado las razones que esgrimen a favor o en contra de esta pretensión, sí que es necesario indicar lo siguiente.

La situación señalada es objetivamente distinta. Un nuevo cliente no podrá ser suministrado por un comercializador que tiene sus servicios de acceso suspendidos. La suspensión de la cartera de balance cuando produzca la suspensión total de los servicios de acceso del comercializador debe conducir a que el distribuidor deba denegar las peticiones de contratos de acceso para el suministro de nuevos clientes.

En particular, el artículo 9 del RD 984/2015 establece lo siguiente:

Artículo 9. Contratación de capacidad de salida desde el Punto Virtual de Balance a un consumidor final.

1. La contratación de acceso de capacidad de salida para el suministro a un consumidor final se realizará a través de la plataforma telemática a la que hace referencia el artículo 5.1 del presente real decreto y requerirá la validación previa por parte del Gestor Técnico del Sistema, de que las garantías constituidas por el comercializador o consumidor directo en mercado, en su caso, son suficientes.

2. Las solicitudes de acceso que supongan un cambio de comercializador supondrán de forma automática y a partir de la fecha efectiva del mismo, el traspaso desde el comercializador saliente al comercializador entrante del correspondiente contrato de capacidad de salida desde el Punto Virtual de Balance al consumidor final.

3. Las solicitudes de acceso que no supongan cambio de comercializador, incluyendo las altas de nuevos suministros y las modificaciones de capacidad contratada de suministros existentes, requerirán asimismo la comprobación previa por parte del titular de las instalaciones de que existe capacidad suficiente

y se resolverán en un plazo máximo de 7 días naturales a partir de la recepción de la solicitud por el distribuidor o transportista.

En el caso de la contratación de capacidad diaria o intradiaria, la comprobación previa de que existe capacidad suficiente se realizará en un plazo máximo de una hora.

4. En el caso de solicitudes de acceso por parte de futuros consumidores que no estén previamente conectados a la red, se aplicará el procedimiento de solicitud de acometidas o conexiones a red establecido en la normativa de aplicación.

Como deja claro el artículo 9, quien está suspendido de cartera de balance no puede objetivamente contratar nueva capacidad ni traspasar clientes a través de un Punto Virtual de Balance al que no tiene acceso.

En consecuencia, procede estimar la pretensión de GN en el sentido de que se le permita denegar cualquier petición que implique una nueva contratación de acceso efectuada por un comercializador con los servicios de acceso suspendidos, como era el caso de INCRYGAS.

El hecho de que esta denegación haya sido adelantada como medida provisional en el marco del procedimiento de inhabilitación (antecedente quinto) no es óbice para la estimación de la citada pretensión en este conflicto.

En atención a los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el conflicto de acceso a las instalaciones gasistas planteado por GAS NATURAL MADRID, SDG, S.A. frente a INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A. en lo que se refiere a la posibilidad de denegar las peticiones de nuevos contratos de acceso formuladas por la comercializadora una vez suspendida la cartera de balance y todos los servicios de acceso.

SEGUNDO.- Desestimar la pretensión formulada por GAS NATURAL MADRID, SDG, S.A. en el presente conflicto de acceso a las instalaciones gasistas en el sentido de que la suspensión de los servicios de acceso de INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A. conlleve la de sus clientes, con la consiguiente interrupción de suministro.

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.