

RESOLUCIÓN RELATIVA A LAS MEDIDAS PROVISIONALES A ADOPTAR EN EL CONFLICTO DE GESTIÓN ECONÓMICA Y TÉCNICA PLANTEADO POR B.P. GAS EUROPE, S.A.U. FRENTE ENAGÁS GTS., S.A.U. EN RELACIÓN CON LOS DESBALANCES INDIVIDUALES DIARIOS EN LA RED DE TRANSPORTE DEL SISTEMA GASISTA DEL DÍA 1 DE AGOSTO DE 2017.

Expediente CFT/DE/036/17

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo.

En Madrid, a 5 de octubre de 2017.

Vista la propuesta de adopción de medidas provisionales en el Conflicto de Gestión Económica y Técnica planteado por B.P. GAS EUROPE, S.A.U. frente ENAGAS, GTS, S.A.U., en relación con los desbalances individuales diarios en la red de transporte del sistema gasista del día 1 de agosto de 2017, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interposición del conflicto por B.P. GAS EUROPE, S.A.U

Con fecha 31 de agosto de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de B.P. GAS EUROPE, S.A.U («BP») a través del cual se planteaba conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista contra ENAGÁS, G.T.S., S.A.U («ENAGÁS») en relación con los desbalances individuales diarios en la red de transporte del sistema gasista del día 1 de agosto de 2017 por un volumen de gas natural de [...] MWh en el Punto Virtual de Balance correspondiente a los usuarios BP y MULTIENERGÍA VERDE, S.L. («MEV»).

Los hechos relevantes son los siguientes:

Ese día se procedió, en cumplimiento de la relación contractual existente entre ambas comercializadoras, a introducir por parte de BP una orden múltiple de cesión para los días comprendidos del 1 al 31 de agosto de 2017 por un volumen de [...] MWh/día y no de [...] MWh/día como se había venido realizando en los meses anteriores (por tanto, se introdujo una transacción mil veces superior). Esta orden fue confirmada por MEV.

Al día siguiente, 2 de agosto al constatar el error, se produjo la cancelación de la orden para los días sucesivos del 2 al 31 de agosto y en relación a la del día 1 de agosto, se intentó mediante distintos medios proceder a su cancelación y sustitución por la cantidad prevista en el contrato, es decir, [...] MWh/día (se indica sin comas para evitar la confusión). En estas comunicaciones también participó, corroborando lo sucedido MEV.

ENAGÁS contestó a las mismas, señalando que no podía corregir la operación, ya que desde la entrada en vigor de la Circular 2/2015, de 22 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen normas de balance en la red de transporte del sistema gasista (en adelante, Circular 2/2015), ya no podía entrar a analizar si se ha producido un error, limitándose a informar a esta Comisión de lo sucedido para que determinara, en su caso, la posible actuación.

En consecuencia, se mantuvo la declaración en el SL-ATR por la que se incluía la operación de [...] MWh entre BP y MEV. Contando con la citada operación la tarifa de desbalance para ambas empresas resulta la siguiente: positiva para MEV por una cantidad de [...] € y negativa para BP por un desbalance diario negativo de [...] €.

No obstante, ENAGÁS no ha procedido hasta el día de hoy a la facturación y liquidación de las citadas tarifas de desbalance.

SEGUNDO. Escrito de BP de solicitud de adopción de medidas cautelares.

Con fecha 1 de septiembre de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito complementario de BP, solicitando la adopción de medida provisional en el presente conflicto consistente en que se suspenda la efectividad de las declaraciones de desbalance objeto de conflicto, así como la suspensión de la efectividad de los derechos y obligaciones que dimanen de dichas declaraciones, dejándose en suspenso bien su liquidación y facturación bien la exigibilidad de las liquidaciones y facturas que, en su caso y eventualmente, pudieran llegar a girarse durante el curso de este procedimiento.

El argumento principal esgrimido por BP es que de procederse a la liquidación y facturación de los indicados recargos por desbalance se estaría poniendo en riesgo la eficacia de la resolución del propio conflicto por varios motivos. En primer lugar, por la elevada cuantía de las tarifas de desbalance, superior a los

[...] euros. En segundo lugar, el hecho relevante de que MEV recibiría una cantidad muy elevada por el desbalance positivo que, en caso de que la pretensión principal de BP fuera admitida en este conflicto supondría la obligación de devolución a ENAGÁS de la citada mercantil por parte de MEV. La elevada cuantía es muy superior a las garantías depositadas por la citada mercantil. Finalmente, de no adaptarse la medida provisional se alteraría la relación contractual entre BP y MEV.

En cuanto a la proporcionalidad de la medida, BP indica que la misma es neutra tanto para BP como para MEV que no ha recibido todavía nada, en tanto que no se ha procedido a la liquidación y facturación y también sería neutra para el GTS. Sólo se vería comprometida, en su caso, la diferencia entre lo debido por BP y lo que ha de recibir MEV, concretamente [...] €, que considera una cantidad pequeña que, además, en su caso, podría ser objeto de caución.

TERCERO. Comunicación de inicio de procedimiento y propuesta de adopción de oficio de medidas cautelares

Mediante sendos oficios de 4 de septiembre de 2017 se notificó a las partes el inicio del procedimiento para la resolución del conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista presentado por BP contra el Gestor Técnico del Sistema, en relación con los desbalances individuales diarios en la red de transporte del sistema gasista del día 1 de agosto de 2017 por un volumen de gas natural de [...] MWh en el Punto Virtual de Balance.

A tales oficios, se adjuntó propuesta de adopción de medidas provisionales del Director de Energía, de conformidad con lo previsto en los artículos 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre y el artículo 23 l) del Estatuto Orgánico, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

La propuesta de adopción de medidas cautelares motivó su adopción de oficio en los siguientes términos: *“En atención a estas circunstancias excepcionales, la necesidad y la urgencia obligan a actuar de oficio y, con independencia de la solicitud de adopción de la medida provisional por parte de BP, proceder a proponer de oficio la adopción de medidas provisionales, que tras la correspondiente audiencia de las partes, serán, en su caso, adoptadas por la Sala de Supervisión Regulatoria”*.

El Director de Energía propuso la adopción de medidas cautelares de oficio en los siguientes términos:

“Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, el Director de Energía acuerda:

PROPONER

A la Sala de Supervisión Regulatoria, como órgano competente para resolver

ÚNICO.- Acordar en el marco del presente conflicto de gestión económica y técnica la medida provisional consistente en:

Suspender la liquidación y facturación de los desbalances individuales diarios en la red de transporte del sistema gasista del día 1 de agosto de 2017 correspondientes a los usuarios B.P. GAS EUROPE, S.A.U y MULTIENERGÍA VERDE, S.L. derivados exclusivamente de la operación insertada en el SL-ATR en la citada fecha por un volumen de gas natural de [...] MWh en el Punto Virtual de Balance, así como todas sus posibles consecuencias jurídicas y económicas hasta la resolución del presente conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista”.

CUARTO. Escrito de ENAGAS y alegaciones de las partes a la propuesta de adopción de oficio de medidas cautelares

Mediante escrito de 4 de septiembre de 2017, el GTS puso en conocimiento de la CNMC que mantendrá suspendida la liquidación del desbalance provisional de los usuarios, BP GAS EUROPE, S.A.U y MULTIENERGÍA VERDE, S.L., del día 1 de agosto de 2017, a la espera de resolución por parte de la CNMC.

Por escrito de 15 de septiembre de 2017, MEV presentó escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del conflicto y a la propuesta de adopción de oficio de medidas cautelares trasladada por el Director de Energía. A efectos de esta Resolución interesan únicamente las alegaciones sobre dicha propuesta de adopción de medidas cautelares, cuyo contenido se puede resumir en los siguientes términos:

- Que no se cuestiona la legítima competencia del Director de Energía para realizar propuestas a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.
- Que, con relación a la necesidad y urgencia, el conflicto se considera igual de excepcional que otros precedentes en los cuales el GTS ha liquidado a los usuarios afectados.
- Que, según resulta de ciertos pasajes de la propuesta de adopción de medidas cautelares, el Instructor efectúa manifestaciones contradictorias y favorables a los intereses de BP.
- Que la adopción de la medida cautelar propuesta solo beneficia a BP y, en cambio, perjudica a MEV y al GTS, en cuanto prolonga una situación anormal en la que no se está cumpliendo la Circular de Balance.
- Que la propuesta de oficio de adopción de medidas cautelares se ha adoptado con premura, siendo solo una de las partes (BP) la afectada por la urgencia.

- Que la medida no es proporcionada porque en precedentes anteriores se practicaron las liquidaciones. Tampoco se cumple el principio de menor onerosidad puesto que se perjudica al GTS (que no percibe la liquidación) y a MEV (pues no recibe las cantidades que le corresponden por el desbalance positivo).

Por escrito de 11 de septiembre de 2017, el GTS efectuó alegaciones a la propuesta cautelar, cuyo contenido puede resumirse de este modo:

- Que el Gestor está plenamente de acuerdo con la propuesta de medidas provisionales y apoya su adopción.
- Que corresponde al Gestor, dada la excepcionalidad del presente caso, adoptar diligente y prudentemente todas las medidas necesarias para maximizar la protección del Sistema Gasista y garantizar su eficaz funcionamiento, lo que ha llevado a cabo con conocimiento de la CNMC y en cumplimiento de las funciones que tiene legalmente establecidas.
- Que *“las circunstancias excepcionales del presente caso justifican plenamente la necesidad y urgencia de las citadas medidas y la actuación de oficio por parte de la CNMC para su adopción, posibilitando así el mantenimiento de la situación actual sin que se despliegue consecuencia jurídica o económica derivada de los desbalances provisionales en PVB de los usuarios BP GAS EUROPE, S.A.U y MULTIENERGÍA VERDE, S.L. del día 1 de agosto de 2017, asegurando de este modo la efectividad de la resolución que pueda adoptarse en el presente conflicto”*.
- Que de la propuesta resultan plenamente acreditados los requisitos tanto normativos como jurisprudenciales para la adopción de las medidas, de manera que se concluye solicitando su adopción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL Y FACULTAD DE ADOPTAR MEDIDAS PROVISIONALES

De acuerdo con el artículo 25 c) en relación con el artículo 12 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y con el artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), corresponde al Director de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos relativos al sector energético, en particular, los conflictos de gestión económica y técnica. Asimismo, el artículo 23 l) del Estatuto Orgánico dispone que el Director de Energía es el órgano competente para *“Proponer al Consejo de la Comisión la adopción de medidas cautelares”*.

De conformidad con lo establecido en los artículo 12 b) 2 y 21.2 de la Ley 3/2013, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria la resolución de este procedimiento.

Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y al artículo 8.2.e) del Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Supervisión Regulatoria como órgano competente para resolver el procedimiento, tiene la competencia para aprobar las medidas cautelares en el marco del procedimiento de conflicto.

El artículo 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, prevé la posibilidad de que el órgano competente para resolver el procedimiento acuerde medidas provisionales: *“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad”*.

En este marco, las medidas provisionales que se pueden adoptar según se estime oportuno pueden consistir, de acuerdo con lo que se señala en el artículo 56.3 de la Ley 39/2015, en las siguientes:

3. De acuerdo con lo previsto en los dos apartados anteriores, podrán acordarse las siguientes medidas provisionales, en los términos previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:
 - a) Suspensión temporal de actividades.
 - b) Prestación de fianzas.
 - c) Retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, el cierre temporal del establecimiento por estas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable.
 - d) Embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos.
 - e) El depósito, retención o inmovilización de cosa mueble.
 - f) La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda.
 - g) Consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen.
 - h) La retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones Públicas.

- i) Aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución.

II. SOBRE LA NECESIDAD Y URGENCIA EN LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES.

Como resulta de los antecedentes señalados, BP ha planteado conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista frente a ENAGÁS por los recargos de desbalance provisionales diarios del día 1 de agosto de 2017 en relación, exclusivamente, con una operación con MEV por un volumen de [...] MWh. En el marco de dicho procedimiento ha solicitado la adopción de medidas provisionales.

Sin perjuicio de la reseñada solicitud, y previa la cumplimentación de los trámites preceptivos, según se ha señalado en los antecedentes de hecho, la presente medida se adopta de oficio, atendiendo a la situación excepcional que requiere de una actuación urgente.

A estos efectos, es preciso tener en cuenta que las tarifas de desbalance para el día 1 de agosto de 2017 han sido ya comunicadas, pero no se ha procedido ni a su liquidación ni a su facturación. En consecuencia, a día de hoy, no se ha desplegado ninguna consecuencia jurídica o económica derivada del desbalance provisional diario objeto del conflicto, es decir, ni BP ha pagado ni MEV ha cobrado por la operación que ambos defienden como errónea.

ENAGÁS en su respuesta a BP y MEV del 2 de agosto indica que corresponde a la Comisión decidir sobre el posible error en la operación del día 1 de agosto de 2017, y ello sin perjuicio de que, por escrito de 4 de septiembre siguiente, informase de que, en atención a la excepcionalidad del presente caso, mantendría suspendida la liquidación del desbalance de 1 de agosto de 2017 hasta la resolución por la CNMC.

Sin perjuicio de lo anterior, a tenor de la normativa sobre balance, el proceso de liquidación de los desbalances diarios habría de continuar, de conformidad con lo previsto en el Apartado Decimocuarto de la Circular 2/2015 y el artículo 5.2 de la Resolución de la CNMC de 12 de mayo de 2016, 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 los productos normalizados del gestor técnico del sistema. Concretamente, la normativa prevé que las acciones de balance de transferencia de título de propiedad de gas en PVB del mes *m* se liquidarán mensualmente, en la primera semana del mes siguiente a dicho mes. El Gestor Técnico del Sistema calculará el resultado económico neto conjunto de la liquidación de los desbalances individuales del mes *m* y del empleo de acciones de balance con transferencia de título de propiedad de gas en PVB que haya realizado en el mes

m, como ingresos menos costes. Esto supondría la liquidación de los desbalances resultantes de la operación objeto del conflicto.

En atención a estas circunstancias excepcionales, la necesidad y la urgencia obligan a actuar, procediendo adoptar de oficio medidas provisionales, una vez concedida audiencia de las partes, todo ello al amparo del artículo 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Esta actuación permite mantener, con la adecuada certeza y seguridad jurídica, la situación de hecho actual, es decir, que no se haya procedido ni a liquidar ni facturar la correspondiente tarifa de desbalance derivada de la operación presuntamente errónea que es la que mejor asegura la plena efectividad de la resolución que ponga fin al procedimiento de conflicto.

Queda, por tanto, plenamente justificada tanto la necesidad como la urgencia de la medida a adoptar.

III. SOBRE LA SUFICIENCIA DE LOS ELEMENTOS DE JUCIO PARA TOMAR LAS MEDIDAS PROVISIONALES.

El artículo 56.1 de la Ley 39/2015 exige no sólo la necesidad y urgencia de la medida, sino también que el órgano que las adopte tenga los elementos de juicio suficiente para ello.

Como ya se ha indicado el objeto del conflicto deriva de una transacción insertada por BP en el SL-ATR el 1 de agosto (que incluía órdenes para todos los días del mes) y confirmada por MEV por [...] MWh/día cuando, según su relación contractual, el volumen diario era de [...] MWh, multiplicando por mil el volumen de la transacción o dicho de modo más claro, intercambiando en un día el volumen de más de tres años de contrato.

Pues bien, de la lectura del escrito presentado por BP, así como de la documentación que se adjunta, incluidas las respuestas de ENAGÁS y de la propia MEV (singularmente, e-mail de MEV de 2 de agosto de 2017 adjunto al documento 6 del escrito de interposición) se deduce, bien que de forma indiciaria y a falta de una evaluación más adecuada, que la citada operación pudo deberse a un error de carácter obstativo y que tanto BP como MEV llevaron a cabo, con diligencia, las acciones para evitar las consecuencias del citado error, como acredita asimismo el hecho de que cancelaran la orden dada para todos los días siguientes del mes de agosto, desde el día 2 hasta el 31.

Sin entrar, por tanto, en el fondo del asunto, es obvio que estos elementos permiten efectuar un juicio indiciario por el que queda acreditado el requisito que tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido a denominar *fumus boni iuris*,

es decir, la apariencia de buen derecho, de la pretensión sostenida por BP en el presente conflicto de gestión económica y técnica.

Ante ello, y dadas las circunstancias excepcionales anteriormente señaladas, lo más adecuado es que se mantenga la situación actual, es decir, que no se proceda hasta la resolución del presente conflicto a la liquidación y facturación de la operación objeto del conflicto, realizada entre BP y MEV el día 1 de agosto de 2017.

IV. SOBRE LAS MEDIDAS QUE SE HACE NECESARIO ADOPTAR DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD, EFECTIVIDAD Y MENOR ONEROSIDAD.

Una vez establecida la necesidad y urgencia de la adopción de medidas, así como la existencia de elementos de juicio, el artículo 56.1 exige que las medidas provisionales a adoptar respondan a los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.

La medida provisional consiste en suspender la liquidación y facturación del desbalance provisional diario del 1 de agosto de 2017 respecto a la operación insertada por BP y confirmada por MEV en el SL-ATR por un volumen de [...] MWh, así como de todas sus consecuencias económicas y jurídicas hasta la resolución del presente conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista.

La adopción de una medida provisional como la propuesta por el órgano instructor, es decir, meramente negativa, por la que ENAGÁS no proceda a liquidar y facturar las tarifas de desbalance derivadas **exclusivamente** de la operación presuntamente errónea es, sin duda, una medida proporcionada en tanto que simplemente se limita a mantener la situación de hecho que ya existe.

Es, por otra parte, efectiva porque asegura que cualquiera que sea la resolución final del procedimiento la misma esté plenamente garantizada y, sobre todo, es la solución menos onerosa porque evita cargas económicas. La importancia de las cuantías de las tarifas, superiores a los [...] euros, la propia dimensión de la operación discutida y de los comercializadores implicados llevaría, de efectuarse, la liquidación y facturación, a una serie de costes financieros que son evitables con la medida propuesta. Por ello, lo menos oneroso es mantener la situación actual hasta la resolución del presente conflicto.

V. LA INEXISTENCIA DE UN PERJUICIO DE DÍFICIL O IMPOSIBLE REPARACIÓN.

El apartado 4 del citado artículo 56 de la Ley 39/2015 señala que *“No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible*

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

La naturaleza suspensiva de la medida propuesta y más aún, el hecho de que la medida viene a mantener la situación actual, impidiendo que se desplieguen las consecuencias jurídicas y económicas de la orden presuntamente errónea, supone sin más que no hay perjuicio alguno en la adopción de la misma, ni para las comercializadoras ni para el GTS ni para el sistema.

No concurre, desde luego, para BP que simplemente en caso de no ser admitida su pretensión debería abonar la cantidad del desbalance más los intereses al GTS. Menos aún para MEV, que recibiría a su vez la cantidad con los intereses, ni siquiera para el sistema que recibiría la diferencia entre ambas cantidades.

Por el contrario, en el supuesto de que la pretensión de BP sea admitida, se habría producido una situación objetiva de menor onerosidad y se procedería a la nueva liquidación en función de la operación de [...] MWh.

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

RESUELVE

ÚNICO. Acordar la medida provisional consistente en suspender la liquidación y facturación de los desbalances individuales diarios en la red de transporte del sistema gasista del día 1 de agosto de 2017 correspondientes a los usuarios B.P. GAS EUROPE, S.A.U y MULTIENERGÍA VERDE, S.L. derivados exclusivamente de la operación insertada en el SL-ATR en la citada fecha por un volumen de gas natural de [...] MWh en el Punto Virtual de Balance, hasta la resolución del presente conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista.

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.