



Roj: **SAN 1891/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:1891**

Id Cendoj: **28079230042019100179**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **06/03/2019**

Nº de Recurso: **346/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1891/2019,**
AAAN 1120/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000346 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00361/2016

Demandante: INVESTIGACIÓN CRIOGENIA Y GAS, S.A.

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ENGASA GTS S.A.U. , PLANTA DE REGASIFICACION DE SAGUNTO SA , NORTEGAS ENERGIA DISTRIBUCION SAU

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. **SANTOS GANDARILLAS** MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. **SANTOS** HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a seis de marzo de dos mil diecinueve.

Se han vistos los autos del recurso contencioso-administrativo nº **346/2016** que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad INVESTIGACIÓN CRIOGENIA Y GAS, S.A. representada por el procurador don Gonzalo Herraiz Aguirre contra resolución de 28 de abril de 2016 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

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



Han comparecido en calidad de codemandados las entidades ENGASA GTS S.A.U. , PLANTA DE REGASIFICACION DE SAGUNTO SA y NORTEGAS ENERGIA DISTRIBUCION SAU.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. sr. don **SANTOS GANDARILLAS MARTOS**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por la entidad INVESTIGACIÓN CRIOGENIA Y GAS, S.A. (en los sucesivo INCRYGAS) se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado el 13 de mayo de 2016, contra las resoluciones de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en los sucesivo CNMC), de 10 de marzo de 2016 y 28 de abril de 2016.

SEGUNDO .- Una vez recibido el expediente administrativo por auto de 5 de septiembre de 2017, se instó a la actora para que presentara recurso por separado frente a las dos resoluciones impugnada.

La actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el (...), en el que pedía a la Sala: " [anule y declare contraria a derecho: A) la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 28 de abril de 2016 (notificada el siguiente día 4 de mayo de 2016) por la que, en parte se inadmite y en parte se desestima el conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista interpuesto por mi representada frente a la Planta de Regasificación de Sagunto S.A y al Gestor Técnico del Sistema (ENAGAS), en relación con las facturas por cargos por desbalance de gas durante los meses de marzo a octubre de 2015, con sus efectos correspondientes, entre ellos la devolución de las cantidades ingresadas a título de cargo por desbalance, con los intereses legales correspondientes y B) a su vez declare nula de pleno derecho o, subsidiariamente, anule la Orden IET/2355/2014, de 12 de diciembre de 2015 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 entre marzo de 2015 y octubre de 2016, con los intereses correspondientes."

TERCERO .- El abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 30 de marzo de 2017, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante.

CUARTO .- Se personaron como codemandados ENGASA GTS S.A.U. y PLANTA DE REGASIFICACION DE SAGUNTO SA, presentando escritos de contestación el día 27 de octubre de 2017 y 31 de octubre de 2017 respectivamente, NORTEGAS ENERGIA DISTRIBUCION SAU se personó precluido el trámite de contestación.

QUINTO .- Acordado el recibimiento del pleito a prueba, y practicada la propuesta y admitida, se presentaron por las partes escritos de conclusiones, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 27 de febrero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Por INCRYGAS se impugna el acuerdo de 28 de abril de 2016 dictado por la CNMC por la que se resolvía el conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista interpuesto por la actora frente a planta de regasificación de Sagunto, S.A. (en lo sucesivo SAGGAS) y Gestor Técnico del Sistema, Enagás S.A.U. (en lo sucesivo GTS) en relación con las facturas emitidas por cargos por desbalance de gas en cumplimiento de lo previsto en la Orden ITC/2355/2014.

Iniciado el procedimiento en los términos del artículo 12 de la Ley 3/2013 de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE de 5 de junio), se dio traslado a las demás partes implicadas.

El conflicto se originó porque INCRYGAS incurrió en situaciones de desbalance negativo de gas por defecto de existencias en la planta de regasificación de Sagunto, (en lo sucesivo SAGGAS) y Enagás GTS, S.A.U. (en adelante, GTS).

Fue resultado por la CNMC en ejercicio de la función de resolución de conflictos relativos a la gestión económica y técnica del sistema con el sector gasista, que se le atribuye 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 (BOE de 5 de junio).

El conflicto fue desestimado y esa decisión de la CNMC es la que se cuestiona en el presente recurso.



Lo primero que debemos puntualizar es que la actora interpone recurso directo contra la resolución indicada, y recurso indirecto contra 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, que reputa nula y no conforme a Derecho.

SEGUNDO .- Parece conveniente analizar los términos en los que se dictó la resolución impugnada, y que ponen en suerte los hechos que la generaron para poder examinar, a continuación, los motivos de queja contenidos en el escrito de demanda.

-El 21 de septiembre de 2015, se presentó por INCRYGAS 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 S.A.U. (en adelante, GTS) y SAGGAS en aplicación de la Orden IET/2355/2014.

Las facturas se referían a los meses de marzo a noviembre de 2015.

-Tanto GTS como SAGGAS comparecieron y se les dio traslado para alegaciones.

- En cuanto a la reclamación a GTS, la CNMC la reputó extemporánea. A pesar de que no constaba la fecha en que INCRYGAS tuvo conocimiento las facturas, todas fueron pagadas en tiempo y forma en el plazo de vencimiento, lo que implica que INCRYGAS las conoció, como tarde, el día 18 de noviembre de 2015, fecha de vencimiento de la más reciente. El plazo es de un mes desde que se produce el hecho o decisión correspondiente, según determina tanto el último párrafo del artículo 12.1 de la Ley 3/2013 como el artículo 30.3 de la Ley 24/2013 .

- El proceso con SAGGAS fue diferente, ya que esta entidad procedió el 11 de noviembre de 2015 a anular todas las facturas emitidas desde marzo hasta octubre, emitiendo ese mismo día la nueva factura del mes de octubre. Posteriormente, el día 24 de noviembre de 2015 emitió nuevas facturas de los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre. El día 4 de diciembre de 2015 emitió la factura correspondiente al mes de noviembre de 2015. La CNMC consideró que no concurría la inadmisibilidad y resolvió sobre el fondo.

- INCRYGAS vino incurriendo en situaciones de desbalance negativo de gas por defecto de existencias en la planta de regasificación de Sagunto, propiedad de SAGGAS, quien emitió las facturas mensuales por los cargos por estos desbalances.

SAGGAS facturó desde marzo hasta octubre de 2015 aplicando la normativa anterior ya derogada, 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. GTS por los mismos conceptos le estaba aplicando desde el 1 de marzo de 2015 la nueva redacción de la NGTS-09.

-Percatada de su error SAGGAS, procedió a la anulación de las facturas anteriores y a refacturar los cargos por desbalance negativos en los que había incurrido INCRYGAS desde marzo de 2015, restando la diferencia de lo que había pagado la comercializadora.

-Conforme a la nueva redacción, supuso un aumento del cargo a pagar que se elevó a la cifra de 6.430.612,16 euros, que no fueron satisfechos a planta regasificadora.

- Los términos del debate quedaron reducidos a si resultaba aplicable o no para el cálculo de las facturas por desbalance el Reglamento nº 312/2014 y en la Circular 2/2015.

La CNMC, llegó a la conclusión, en contra de lo pretendido por INCRYGAS, que la Circular 2/2015 no se aplica a los desbalances en plantas de regasificación ni a los posibles recargos de los mismos. Y ello porque el Reglamento UE nº 312/2014, del que la Circular era desarrollo, están limitado en su objeto y ámbito de aplicación a las redes de transporte.

TERCERO .- La actora, en su extenso escrito de demanda, cuestiona la decisión del órgano regulador por varios motivos que intentaremos sintetizar.

Dedica las 32 primeras páginas a describir lo que es la actividad de la actora, el marco normativo, su evolución, el inicio del conflicto por las liquidaciones por desbalance giradas, para terminar la exposición fáctica con una afirmación que "ni ENAGAS ni SAGGAS alegaron en sus respectivos escritos de alegaciones que el desbalance en que incurrió mi mandante les haya causado ningún perjuicio económico, ni que les obligara a adquirir determinada cantidad de gas natural para compensar ese déficit."

Respecto de la Orden IET 2355/2014, sostiene que es nula por la falta de dictamen preceptivo del Consejo de Estado y por extralimitarse en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Para este último argumento invoca las SsTS de 27 de julio de 2016 y 21 de diciembre de 2016 .



Considera que la Orden vulnera el artículo 9.1 de la ley del Sector de Hidrocarburos al determinar ingresos del sistema gasista "por el Ministro en lugar de por Ley formal". La Orden incurre en vulneración del artículo 13 del Real Decreto 949/2001, también incumple el Reglamento UE 312/2014, por el que se establece un código de red sobre balance de gas en las redes de transporte, para lo que analiza el contenido de la Orden y el ámbito aplicativo del Reglamento. Considera que se vulnera el principio de proporcionalidad a tenor de los porcentajes e importes de las facturas giradas por desbalance, lo que supone una penalización. Sostiene que la disposición implica una subvención cruzada de una comercializadora al sector regulado. Incurre en un fraude al regular de facto verdaderas sanciones, o tributos o exacciones o subvenciones cruzadas.

En lo que podríamos reconducir a razones contra las liquidaciones por desbalance, y por ello contra la resolución de la CNMC, sostiene que debería haberse aplicado a las facturas entre agosto y octubre de 2016, la reducción contenida en la Circular 2/2015 del propio órgano regulador, así como el artículo 4.5 de la Orden IET 2812/2012. Niega que existiera extemporaneidad de la reclamación formulada por la actora contra las facturas emitidas por ENAGAS, GTS.

Tanto la abogacía del Estado, como las dos entidades que comparecieron en calidad de codemandadas, se oponen a todos los extremos y pretensiones de la actora, en los términos que desarrollaremos en los siguientes razonamientos.

CUARTO .- Debemos comenzar por la extemporaneidad del conflicto formulado contra las facturas emitidas por ENAGAS, GTS, a pesar de que la demanda lo relega al último de los motivos cuestionados.

La resolución de la CNMC parte de los siguientes datos: (i) el plazo para interponer conflictos de gestión técnica y económica del sistema gasista es de un mes desde que surge la correspondiente discrepancia (artículo 12.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia); (ii) la última de las facturas emitidas por ENAGÁS es de fecha 3 de noviembre de 2015; y (iii) el conflicto fue interpuesto el día 21 de diciembre de 2015.

Esta cuestión la trata el escrito de demanda en su apartado décimo tercero. No cuestiona los extremos fácticos de los que parte la resolución impugnada, y amparándose en el principio pro actione afirma, al folio 109, que los plazos "se computan a partir del día siguiente, por lo que teóricamente se produciría el vencimiento del plazo el 19 de diciembre de 2015, que era sábado, por lo que el siguiente día hábil era el lunes 21 de diciembre, en que tuvo efectivamente entrada la reclamación en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin que obre en el expediente administrativo si el escrito fue presentado con anterioridad y fue simplemente recepcionado en el Registro del órgano destinado a resolverlo, es decir, la CNMC, el día 21 de diciembre de 2015 que, como veíamos, era el siguiente día hábil al del vencimiento del plazo de un mes."

El artículo 12.1, último párrafo, en relación con el 7 de la Ley 3/2013, establece que "Las reclamaciones deberán presentarse en el plazo de un mes desde que se produzca el hecho o la decisión correspondiente.". En contra de los que pretende la actora, por la naturaleza de estas facturas, que bien pueden ser calificadas como obligaciones entre particulares con relevancia administrativa y pública por exigencias del sistema, su revisión o control debe llevarse a cabo por un órgano de la Administración. Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito tributario con las "obligaciones entre particulares resultantes del tributo" a las que se refiere el artículo 38 de la Ley 58/2003, General Tributaria. De todos modos, esta particular naturaleza de las facturas por liquidaciones por desbalance, en nada afecta o incide en la determinación del plazo para su impugnación ante la CNMC.

Y no es relevante porque la jurisprudencia para fijar el cómputo de los plazos establecido por meses, como es el caso, se ha remitido al criterio que se desprende del Código Civil, por lo que no parece relevante que la naturaleza privada o "pública" condicione el plazo para la impugnación o reclamación que se dirija contra una de estas facturas.

Como ha reiterado el Tribunal Supremo y valga por todas la más reciente de 31 de enero de 2018, recurso 5048/2016, FJ 3, con ocasión de la extemporaneidad de un recurso de alzada dijo que "[e]l cómputo de fecha a fecha según una jurisprudencia que es hoy constante, pacífica y plenamente consolidada -sobre todo a partir de la reforma de la LRJPAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero- se inicia al día siguiente a aquél en que se efectúa la notificación y concluye el día correlativo al de la notificación. La regla no tiene otra alteración que la de aquellos supuestos en que el último día del plazo sea inhábil. Por ello aunque conforme al artículo 48.2 de la LRJPAC el cómputo de fecha a fecha se inicia al día siguiente al de la notificación o publicación, el día final o último del plazo será siempre el que, en el mes subsiguiente, tenga mismo número ordinal del día de la notificación o publicación del mes que corresponda y por tanto la cifra inmediatamente anterior a la del día inicial. Con las excepciones de que si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquél en que comienza el cómputo se entenderá que el plazo expira el último día del mes (artículo 48.2 LRJPAC) y que cuando el último día del plazo sea inhábil se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente (artículo 48.3 LRJPAC).



Citamos, por todas, limitándonos a las sentencias de este orden de jurisdicción, que es el competente para sentar doctrina, las sentencias de 5 de julio de 2016 (rec. 1004/2015), 10 de diciembre de 2013 (Unificación de doctrina 1842/2013), 17 de enero de 2011 (Casación 5569/2006) o 10 de junio de 2008 (casación 32/2006)".

La tozuda jurisprudencia, pone de manifiesto, que si la actora tuvo conocimiento de la última factura remitida el 18 de noviembre de 2015, el plazo para instar el conflicto ante la CNMC vencía el viernes 18 de diciembre de 2015, no el 21 de diciembre como pretende la demanda.

QUINTO .- Confirmada la extemporaneidad respecto del conflicto planteado con las liquidaciones practicadas por GTS, nos queda por examinar las cuestiones de fondo que se plantean respecto de las facturas emitidas por SAGGAS.

Con carácter previo no está de más recordar que el sistema quiere evitar las situaciones de desbalance. Dicho de otra manera, lo que se pretende es asegurar que los operadores se ajustan a sus compromisos de venta o de compra, o de entrada y salida de gas en la red, en el tiempo y modo acordado, y con la entrega física en el punto virtual de balance (PVB) en el gas por tubo. Lo que se busca es una gestión eficiente del gas y que el coste de los desbalances sea soportado básicamente por quienes los provocan.

En el presente recurso no se discute que la actora incumpliera con sus compromisos, ni que incurriera en una situación de desbalance negativo, tanto respecto de GTS como respecto de SAGGAS. Concretamente INCRYGAS extrajo de la Planta de Regasificación cantidades de gas superiores a las introducidas por dicha compañía en las instalaciones. En definitiva, hizo uso de una cantidad de gas superior de la que podía disponer para suministro a sus clientes o para operaciones con otros comercializadores. Y esta conducta antijurídica, en el sentido que estamos ante un comportamiento contrario al buen funcionamiento de sistema, no fue puntual sino se repitió de manera constante durante los meses por los que se liquidaron las facturas.

SEXTO .- En cuanto al régimen jurídico aplicable, el artículo 12.1 del Real Decreto 949/2001, 3 de agosto, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural (BOE de 7 de septiembre), establece que el gestor técnico del sistema (GTS), como responsable de la gestión técnica de la red básica y de las redes de transporte secundario, deberá garantizar la continuidad y seguridad del suministro de gas natural y la correcta coordinación entre los puntos de acceso, los almacenamientos, el transporte y la distribución, concretando en su apartado 2 entre los derechos del gestor: "e) Ejecutar los mecanismos y procedimientos de actuación para prever y en su caso dar cobertura a situaciones transitorias de desbalance entre los programas de aprovisionamiento y el régimen de operaciones previsto en función de la demanda, de acuerdo con lo que se establezca en las Normas de Gestión Técnica del Sistema."

En el artículo 13 apartado 3.c) respecto de los desbalances del sistema se indica que "se establecerán los procedimientos de actuación en caso de detectarse desviaciones en los aprovisionamientos o en la demanda que pudieran provocar desbalances del sistema por exceso o defecto de gas natural, activando las medidas necesarias para evitar la interrupción de los suministros así como minimizar los efectos de tales medidas sobre los restantes sujetos que operan en el sistema. Asimismo, se establecerán los procedimientos para determinar las repercusiones económicas que dichas medidas puedan llevar asociadas."

Para determinar la retribución de las actividades de regasificación, almacenamiento y transporte, el artículo 16. 6 recogía la previsión de que "El Ministro de Economía, previo informe de la Comisión Nacional de Energía, establecerá, antes del día 31 de enero de cada año, los costes fijos a retribuir para cada empresa o grupo de empresas para ese año, así como los valores concretos de los parámetros para el cálculo de la parte variable que les corresponda. La determinación de los costes a retribuir se realizará de acuerdo con lo dispuesto en el presente Real Decreto [...]". En cuanto al procedimiento de liquidación, en el artículo 35, se determinará por el Ministerio de Economía, fijando los valores, parámetros y plazos necesarios para la liquidación; indicándose en la disposición final segunda del Real Decreto, que la corresponde al Ministro de Economía mediante la publicación de la Orden ministerial.

Este Real Decreto 949/2001, se dictó en desarrollo de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (BOE de 8 de octubre). Entre medias se dictó el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que modificó en parte la Ley 34/1998.

Las liquidaciones emitidas por SAGGAS, lo fueron al amparo 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 (BOE de 16 de diciembre), dictada para cumplir con los criterios retributivos del Real Decreto Ley, según el procedimiento habilitado por el Reglamento de 2001.



Hacemos esta puntualización porque, la Orden se limita a fijar los importes de las retribuciones siguiendo la previsión legal y habilitación de la modificada Ley de Hidrocarburos, a través del procedimiento establecido por el Real Decreto 949/2001. No es desarrollo de una norma con rango de Ley, sino es ejecución de una disposición reglamentaria con la expresa habilitación al Ministerio de fijar los importes de las retribuciones del sistema, en los términos contemplados en el artículo 16 del RD 949/2001 .

Con ello descartamos todos los vicios que la actora descarga sobre la Orden IET/2355/2014, por la falta de la falta de dictamen preceptivo del Consejo de Estado y por la falta de competencia del Ministro para la fijación de los importes. En cuanto a lo primero, no es la Orden ejecución directa de una Ley, sino desarrollo de una disposición reglamentaria. En lo segundo, sí existe la expresa habilitación legal para que los importes fueran fijados por el Ministerio, y solo del Ministro. Hacemos hincapié en esta afirmación porque la competencia es exclusiva de la Administración, no del gestor del sistema, que carece de la habilitación reglamentaria necesaria para dictar normas con este rango. Cuestión distinta es la participación previa del gestor del sistema, como la del resto de los agentes, en la elaboración de la Orden, pero la competencia para su dictado es exclusiva de la Administración, en contra de lo que parece insinuar la actora.

SÉPTIMO .- Otra de las cuestiones relacionadas con el régimen jurídico aplicable es la vulneración del Reglamento UE 312/2014.

Tampoco lleva razón la actora puesto que el Reglamento UE 312/2014 no tiene por objeto regular el régimen económico de los desbalances producidos en las instalaciones regasificación (o "instalaciones GNL" como se identifica por la norma comunitaria). Su ámbito material se extiende a los desbalances ocasionados en las redes de transporte de titularidad de los gestores de la red de transporte. Así se desprende del artículo 1 del Reglamento cuando dice que " El presente Reglamento establece un código de red que fija las normas de balance de gas, incluidas las relacionadas con la red sobre los procedimientos de nominación, las tarifas de balance, los procesos de liquidación ligados a las tarifas de desbalance diarias y el balance operativo entre las redes de los gestores de redes de transporte".

La actora es sabedora de este extremo, pero incurre en un error conceptual a pretender incluir a la regasificadora dentro de la red de transporte. Para identificar correctamente que es red de transporte acudimos a la Directiva 2009/73/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, en la que se distingue entre otros entre transporte, suministro, distribución o almacenamiento. Puntualiza en sus considerandos que (6) Sin una separación efectiva entre las redes y las actividades de producción y suministro ("separación efectiva"), existe un riesgo de discriminación, no solo en la explotación de la red sino también en lo que se refiere a los incentivos de las empresas integradas verticalmente para invertir adecuadamente en sus redes.

En su artículo 2 relativo a las definiciones, en el punto 2) se define el transporte de gas natural por redes constituidas principalmente por gasoductos de alta presión, distintas de las redes de gasoductos previas y de la parte de los gasoductos de alta presión utilizados fundamentalmente para la distribución local de gas natural, para su suministro a los clientes, pero sin incluir el suministro; en el 4) al gestor de la red de transporte: toda persona física o jurídica que realice la actividad de transporte y sea responsable de la explotación, el mantenimiento y, en caso necesario, el desarrollo de la red de transporte en una zona determinada, así como, en su caso, de sus interconexiones con otras redes, y de garantizar que la red tiene capacidad para asumir, a largo plazo, una demanda razonable de transporte de gas; y en el 11) a la instalación de GNL como una terminal que se utilice para licuar el gas natural o para importar, descargar y regasificar GNL; deberá incluir los servicios auxiliares y de almacenamiento temporal necesarios para el proceso de regasificación y el subsiguiente abastecimiento de la red de transporte, pero sin incluir ninguna parte de las terminales de GNL destinadas al almacenamiento.

Con la clara separación de actividades que se evidencia, no cabe aplicar el Reglamento UE 312/2014 en los términos instados por la actora para la liquidación por desbalance, puesto que se contempla solo para red de transporte, entre las que no se puede incluir a las regasificadoras.

Por esta misma razón, no se aplicó la Circular 2/2015 de la CNMC, cuyo objeto es regular los mecanismos de cálculo del balance de gas en la red de transporte por gasoducto del sistema gasista, incluidos los procedimientos de cálculo de desbalances y sus recargos, el balance operativo de la red de transporte, así como las reglas para nominar el uso de las infraestructuras del sistema gasista y los procedimientos de información a los usuarios en relación con el balance, conforme a lo establecido en el Reglamento (UE) 312/2014 de la Comisión.

OCTAVO .- Resta por examinar lo que califica desproporción de la penalización de las liquidaciones por desbalance negativo, que considerada ayudas de estado, subvenciones cruzadas o auténticas sanciones.



Descartada la vulneración del Derecho de la Unión, como hemos desarrollado en el anterior fundamento, no cabe volver de manera circular sobre esta alegación que se vuelve a incardinar en la aplicación del Reglamento que hemos descartado.

Contempla en la Orden IET/2355/2014, en su disposición final segunda apartado 9.6.4 "Desbalance por defecto de existencias en una planta de regasificación o en el AOC: Cuando un usuario se encuentre en desbalance por existencias negativas en el AOC o en una planta de regasificación, se le facturará diariamente un cargo económico por el importe resultante de multiplicar la cantidad en defecto de gas por el 10% del precio de referencia definido en el apartado para desbalances por defecto de existencias operativas [...]".

La penalización no tiene carácter sancionador como afirma la demanda. Recargos análogos por comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico, o comportamiento no queridos por el Legislador han sido abordados por el Tribunal Constitucional, y se han considerado estímulos, ajenos al derecho sancionador, para que el administrado cumpla con la previsión normativa.

Sobre un recargo del 10% por ingreso extemporáneo sin requerimiento previo en el ámbito tributario, el ATC 57/1998, de 3 de marzo FJ 4 dijo que no tiene finalidad "represiva, retributiva o de castigo (...) sino resarcitoria a la par que disuasoria de la tardanza en el pago de los tributos (...) Esta última función "coercitiva, disuasoria o de estímulo", que, como señala la misma Sentencia, les da "cierto matiz sancionador", sin embargo, "no los convierte en sanciones en sentido propio, por cuanto su función no es represiva". La funcionalidad del recargo "no es la de la sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarlas o, lo que es lo mismo, una disuasión del incumplimiento". Por eso concluye que en lo que califica como doctrina muy clara que " El recargo del 10 por 100 exigido en las hipótesis de ingresos espontáneos fuera de plazo, ni tiene finalidad sancionadora, ni se acerca a la cuantía de las sanciones establecidas en el ordenamiento tributario, luego carece de naturaleza punitiva."

Esta doctrina del Alto Tribunal es aplicable al recargo incluido en las liquidaciones cuestionadas, para corroborar que no tienen el carácter sancionador que la actora le achaca.

NOVENO .- En atención a lo expuesto debemos desestimar el recurso con imposición de costas a la parte recurrente, de conformidad con lo que establece el artículo 139.1 de esta jurisdicción.

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

Desestimar el presente recurso contencioso-administrativo nº **346/2016** interpuesto por INVESTIGACIÓN CRIOGENIA Y GAS, S.A. contra resolución de 28 de abril de 2016 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su **no** tificación; 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.