

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA SOCIEDAD INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A. POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN CASO DE DESBALANCE.

SNC/DE/081/16

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

PRESIDENTA

D^a María Fernández Pérez

CONSEJEROS

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

SECRETARIO DE LA SALA

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Barcelona, a 26 de octubre de 2017.

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 116.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Escrito de denuncia*

Con fecha 27 de octubre de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de ENAGÁS GTS, S.A.U («ENAGÁS») a través del cual se denunciaba, el impago por parte de la sociedad INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A («INCRYGAS») de los pagos en conceptos de desbalance provisionales en el **período 1-9 de octubre de 2016 por una cantidad de 1.174.706, 81 €**, cantidad pendiente una vez ejecutada las garantías depositadas por INCRYGAS.

La denuncia pone en conocimiento de la CNMC que se ha procedido a suspender la cartera de balance de INCRYGAS a partir de las 6:00 horas del día siguiente a la comunicación fehaciente por parte de ENAGÁS, es decir, el 27 de octubre de 2016.

Igualmente se manifiesta que la suspensión de la cartera de balance en PVB del usuario INCRYGAS no eximirá al mismo del cumplimiento de las obligaciones de pago pendientes o, que pudieren aflorar en el futuro, derivadas de su condición de usuario con cartera de balance.

SEGUNDO. Acuerdo de incoación y propuesta de medidas cautelares

De conformidad con los artículos 63 y 64.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el Director de Energía de la CNMC acordó, con fecha 28 de noviembre de 2016, incoar expediente sancionador a INCRYGAS como persona jurídica presuntamente responsable del incumplimiento de la obligación de responder económicamente en caso de desbalances.

El Acuerdo de incoación imputaba a INCRYGAS un presunto incumplimiento del pago de la liquidación de los desbalances frente a ENAGÁS que hasta el momento de la incoación sumaba 10.873.500 €.

El Acuerdo de incoación precalificó jurídicamente estos hechos como una presunta infracción administrativa muy grave tipificada en la letra z) del artículo 109.1 de la Ley del Sector de Hidrocarburos.

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, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó Acuerdo por el que se propone al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital la inhabilitación del comercializador INCRYGAS.

TERCERO. Alegaciones de INCRYGAS al acuerdo de incoación

En fecha 23 de diciembre de 2016, tuvo entrada escrito de 21 de diciembre de 2016, de alegaciones de INCRYGAS.

En resumen las alegaciones efectuadas por la mercantil son las siguientes:

- En primer lugar, describe las razones por las que la empresa se encuentra en una situación de desbalance por problemas de tesorería y por el sorpresivo cambio normativo que entró en vigor el día 1 de octubre de 2016. Considera INCRYGAS que esta situación debe ser compartida por otros comercializadores.

- En segundo lugar, se alega sobre los perjuicios que han supuesto para la mercantil la suspensión de la cartera de balance desde el día 27 de octubre de 2016. Todo ello lo señala a los efectos de que se valore la responsabilidad de la mercantil en el impago de las liquidaciones que no ha sido buscada ni se es culpable de ella.
- En tercer lugar, comenta las actuaciones llevadas a cabo para intentar salir de la situación de suspensión de la cartera de balance.
- En cuarto lugar, se limita a señalar que INCRYGAS es una pequeña comercializadora y que habrá de tenerse en cuenta esta cuestión a los efectos de determinar la responsabilidad para no caer en una situación de falta de proporcionalidad.

CUARTO. 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.

QUINTO. 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 surtirán plenos efectos la inhabilitación de INCRYGAS.

SEXTO. Diligencias de incorporación de documentación

Con fecha 11 de abril de 2017, constan sendas diligencias de incorporación de la siguiente documentación al presente procedimiento con el siguiente contenido:

- Obligaciones impagadas en materia de desbalance de INCRYGAS a 25 de marzo de 2017 (por importe de 19.328.900 euros según información del Gestor Técnico del Sistema).
- Información Mercantil Interactiva de los Registros Mercantiles de España, expedida el día 15 de marzo de 2017 por el Registro Mercantil de Madrid, relativa al depósito anual de cuentas del ejercicio 2015 de la empresa INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A., como último depósito contable disponible.

SÉPTIMO. Propuesta de Resolución

El 18 de abril de 2017 el Director de Energía formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador incoado. De forma específica, por medio de dicho documento, el Director de Energía propuso adoptar la siguiente resolución:

Vistos los razonamientos anteriores, el Director de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

ACUERDA PROPONER

A la Sala de Supervisión Regulatoria, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO.- Declare que INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A. es responsable de una infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en la letra z) del artículo 109.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance.

SEGUNDO.- Le imponga una sanción consistente en el pago de una multa de 6.000.000 (seis millones) de euros.

La Propuesta de Resolución fue notificada a INCRYGAS con fecha 13 de junio de 2016, según consta acreditado en el expediente. En la notificación se concedió a la imputada un plazo de quince días a fin de que pudiera formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimase pertinentes.

OCTAVO. Alegaciones de INCRYGAS a la Propuesta de Resolución

Por escrito de 4 de julio de 2017, presentado ese mismo día por correo administrativo, y con entrada en la CNMC el 6 de julio siguiente, INCRYGAS formuló, en síntesis, las siguientes alegaciones:

- Que debe apreciarse la nulidad absoluta del procedimiento, por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, debido a que las notificaciones del mismo no se han producido electrónicamente, como exige el artículo 41 de la Ley 39/2015.
- Que el objeto del procedimiento se encuentra sub iudice al existir un procedimiento monitorio 294/2017 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 92 de Madrid, instado por ENAGAS GTS contra INCRYGAS. Ello tendría dos consecuencias a juicio de INCRYGAS que exigen la suspensión del presente procedimiento sancionador: i) no existiría deuda líquida y exigible en tanto no exista pronunciamiento judicial que confirme el planteamiento de ENAGAS; y ii) la exposición detallada de alegaciones en el presente asunto perjudicaría el derecho de defensa que asiste a INCRYGAS en el procedimiento judicial, debiendo tenerse por probados únicamente los hechos así declarados por la autoridad judicial.
- Que con carácter previo al desarrollo y ejecución del procedimiento debe resolverse por ENAGAS, en su condición de Gestor Técnico del Sistema, lo relativo a sendas operaciones [...].
- Que no es cierto, como tiene por probada la propuesta de resolución, que INCRYGAS no haya cumplido con las obligaciones económicas previstas en caso de desbalance entre las semanas 40 del año 2016 (2-9 octubre) y la semana 1 de 2017 (15-22 marzo 2017). Y ello porque el impago es parcial, de modo que se solicita a la Comisión “*que oficie a ENAGAS GTS para que dé cuenta de las facturas sí abonadas por esta Parte a fin de que proceda a reducirse proporcionalmente la sanción propuesta*”.
- Que el artículo 109.1.z) se refiere al incumplimiento de las obligaciones de balance “*derivadas de la regulación establecida por las Normas de Gestión Técnica del sistema*”, sin que pueda efectuarse en el ámbito del derecho administrativo sancionador una interpretación extensiva, sin que sea posible la integración del tipo con la actual regulación del desbalance, pues ello supone una analogía in malam partem. Al no encajar los hechos en ningún tipo sancionador sin analogía in peius o interpretación extensiva, en vulneración del principio de tipicidad y de legalidad, procederá el archivo del expediente.

- Que, a fin de cuantificar la gravedad de la sanción, el instructor alude a un “sustancial quebranto del sistema gasista”. Sin embargo, dicho quebranto no ha existido o no es imputable a INCRYGAS, en vista de lo siguiente: i) los recargos suponen un precio “desincentivador” que no se corresponde con el coste de la materia prima del gas de balance; y ii) el impago no supone un daño al sistema sino a la compañía que deba ingresar los ingresos liquidables en el sistema con independencia del cobro de tales conceptos de la correspondiente comercializadora.
- Que existe vulneración del principio “non bis in ídem”, del principio de proporcionalidad y se da ausencia de sujeto responsable. En primer lugar, en vista de la inhabilitación de INCRYGAS existiría una doble consecuencia sancionadora. A su vez, la sanción es desproporcionada al imponerse a una compañía que se encuentra fuera del sector. Esto último determina también que INCRYGAS no sea un sujeto idóneo para imponerle una sanción que exige como presupuesto básico ser agente del sector.

NOVENO. Elevación del expediente al Consejo

La Propuesta de Resolución fue remitida a la Secretaría del Consejo de la CNMC por el Director de Energía, mediante escrito de 13 de julio de 2017, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

DÉCIMO. Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe sin observaciones.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se consideran HECHOS PROBADOS de este procedimiento, los siguientes:

La sociedad INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A no ha cumplido en tiempo y forma con todas las obligaciones económicas previstas en caso de desbalance entre la semana 40 de año 2016 (2-9 octubre) y la semana 11 de 2017 (15-22 marzo 2017), como reconoce la propia sociedad en su escrito de alegaciones al justificar las razones por las que ha incurrido en desbalance y no ha podido cubrir los pagos de las obligaciones derivadas de los mismos y como acredita el escrito de ENAGÁS, GTS, S.A.U. por el que se indica la deuda de INCRYGAS en materia de desbalances a 25 de marzo de 2017.

A 25 de marzo de 2017 la deuda de INCRYGAS era de 19.328.900 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y conforme al artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde al Director de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético, debiendo realizar la propuesta de resolución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 116.3.b) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones en el caso de infracción tipificada como muy grave en el párrafo z) del artículo 109.1. En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013 y en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este procedimiento.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE

El procedimiento aplicable es el establecido en el Título IV de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo resultan de aplicación los principios de la potestad sancionadora contenidos en el Capítulo III del Título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Es también aplicación, en cuanto a normas de procedimiento se refiere, lo dispuesto en el Título VI de la Ley del Sector de Hidrocarburos, en particular, lo establecido en su artículo 115.2, donde se determina un plazo máximo de dieciocho meses para resolver y notificar la resolución del expediente.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CARGOS POR DESBALANCE

Los cargos por desbalance están definidos en el apartado noveno del artículo 3 y regulados en los artículos 19 a 23 del Reglamento (CE) nº 312/2014 de la Comisión, de 26 de marzo de 2014, por el que se establece un código de red sobre el balance del gas en las redes de transporte.

Dicho Reglamento ha sido desarrollado por la Circular 2/2015, de 22 de julio, de la CNMC, por la que se establecen las normas de balance en la red de transporte

del sistema gasista (en adelante, la «Circular»). Dicha Circular ha sustituido, en el ámbito que nos afecta a las Normas de Gestión Técnica, concretamente a la NGTS-09 “Operación normal del sistema”, que regulaba hasta el día 1 de octubre de 2016 dichos recargos.

En la Circular se define el concepto de recargo por desbalance diario provisional, final provisional y final definitivo.

El Apartado Decimotercero de la Circular establece:

1. Los usuarios comenzarán cada día de gas con una cantidad de desbalance nula en el área de balance en PVB.
2. En el día después del día de gas, el Gestor Técnico del Sistema calculará la cantidad de desbalance provisional para cada usuario en el día de gas como la diferencia entre las entradas y las salidas del área de balance en PVB correspondientes al usuario en el día de gas. La cantidad de desbalance provisional del usuario se proporcionará al mismo según el calendario y con el desglose de información que exijan las Normas de Gestión Técnica del Sistema.

El Gestor Técnico del Sistema será el responsable de calcular y facturar telemáticamente la liquidación económica de los desbalances provisionales de los usuarios [...]

4. Los usuarios con desbalance negativo (defecto de gas en el área de balance en PVB) en el día de gas deberán abonar al Gestor Técnico del Sistema el resultado de multiplicar la cantidad de desbalance individual provisional por la tarifa de desbalance diario que corresponda al día de gas. No se considerarán en este cálculo las posibles acciones de balance llevadas a cabo por el Gestor Técnico del Sistema de adquisición/cesión de productos normalizados de transferencia de título de propiedad de gas local o servicios de balance [...].
5. La liquidación de los desbalances individuales provisionales diarios de los usuarios se realizará en la semana natural siguiente a la semana que se liquida. La liquidación se hará con cargo a una cuenta común que mantendrá el Gestor Técnico del Sistema para la liquidación de los desbalances diarios y acciones de balance de productos normalizados con transferencia de título de propiedad de gas en PVB.
6. Las tarifas de desbalance y los recargos correspondientes por desbalances se identificarán por separado en las facturas del Gestor Técnico del Sistema a los usuarios.

Por tanto, cuando un usuario del sistema se encuentre en situación de desbalance negativo, habrá de abonar al Gestor Técnico del Sistema un recargo que es el resultado de multiplicar la cantidad de desbalance individual provisional por la tarifa de desbalance diario que corresponda al día de gas.

De la anterior normativa se deduce con claridad que el recargo por desbalance diario negativo responde al hecho de la falta de aportación de suficiente gas al sistema en el Punto Virtual de Balance, situación que no es la óptima, en tanto que puede obligar al Gestor Técnico del Sistema a aportar el gas que el comercializador en desbalance no ha aportado. Por tanto, el cargo es, por un lado, compensatorio por la necesidad de reponer ese gas, se adquiera o no el mismo y, sobre todo, un desincentivo que pretende que los usuarios eviten dicha situación.

En el presente caso, INCRYGAS estaba en una situación habitual de desbalance negativo desde el mismo día de entrada en vigor de la Circular hasta el punto de que su situación y sus impagos llevaron a suspender la cartera de balance, es decir, la posibilidad de operar en el sistema gasista el día 27 de octubre. Suspensión que tras tres meses y no siendo posible levantarla, condujo a la extinción del contrato marco de cartera de balance. En este tiempo siguió acumulando desbalances negativos, cargos por ello e impagando parcialmente los mismos.

En conclusión, 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.

V. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

El Título VI de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, contiene todo el catálogo de infracciones administrativas cometidas en desarrollo de actividades del sector y, su correspondiente régimen sancionador.

La conducta objeto del presente procedimiento sancionador está tipificada como muy grave en el artículo 109.1.z) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos:

- z) El incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance derivadas de la regulación establecida por las Normas de Gestión Técnica del Sistema.

Como se ha manifestado anteriormente, en el presente caso INCRYGAS entró en desbalance el primer día de aplicación de la Circular y desde entonces ha acumulado un impago cercano a los veinte millones de euros de sus obligaciones económicas en caso de desbalance.

Se trata, por tanto, de un hecho que se incardina de forma perfecta con el tipo infractor. 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 ha reconocido que no ha cumplido con sus obligaciones.

Es cierto que el tipo remite a las obligaciones incluidas en las Normas de Gestión Técnica del Sistema que eran hasta la entrada en vigor de la Circular en las que se recogía dichas obligaciones. Por tanto, la Circular, en desarrollo de un Reglamento europeo, es la norma jurídica que actualmente establece la existencia de la obligación económica en caso de desbalance. No hay duda alguna, por tanto, en que el tipo infractor, cuya redacción es anterior a la aprobación de la Circular ha de ser integrado ahora modificando la expresa remisión a la Normas de Gestión Técnica del Sistema como remisión a la norma que regule las obligaciones económicas en caso de desbalance, que es actualmente y para el caso del transporte, la Circular.

Por otra parte, dada la enorme cuantía de las obligaciones económicas que no se han pagado, no ha lugar a aplicar lo previsto en el artículo 110 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, que permite 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 sucede justo lo contrario, es decir, las circunstancias concurrentes como la enorme cantidad de dinero, cercana a los veinte millones de euros de deuda, la necesidad de suspender la cartera de balance del comercializador, la extinción de la misma a los tres meses, la propuesta de medidas provisionales, la posterior inhabilitación y traspaso de clientes son todas ellas circunstancias que ponen de manifiesto la enorme gravedad de la conducta infractora que ha supuesto y supone un grave quebranto para el sistema gasista.

Por ello, los hechos objeto del presente procedimiento sancionador han de considerarse constitutivos de una infracción muy grave, sin que quepa aplicar en modo alguno, la reducción en el grado de la infracción prevista en el artículo 110 de la Ley del Sector de Hidrocarburos.

VI. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN

a) Consideraciones generales:

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto al que se impute su comisión. Es decir, la realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es

reconocida por la jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 28.1 de la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que señala: «*Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa*».

Lo anterior debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual «*la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable*»¹.

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de Derecho 4, indica:

«Por último, en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe».

b) Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso.

La conducta de la sociedad imputada puede reputarse como culpable. A pesar de estar obligada por su condición de comercializador de gas, INCRYGAS no ha cumplido con la obligación de pagar los cargos por desbalance negativo, situación en la que se encontró desde el primer día de aplicación de la Circular.

No excusa el cumplimiento de dicha obligación ninguno de los hechos alegados por INCRYGAS. Los problemas, también generados por su habitual situación de desbalance, con una planta de regasificación a finales de 2015 –objeto de procedimiento sancionador independiente SNC/DE/007/16- o la supuesta sorpresa de la entrada en vigor de la Circular, que no es tal, pues dicha norma se publicó en agosto de 2015 y no entró plenamente en vigor hasta el indicado

¹ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo e 22 de abril de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, y 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª.

1 de octubre de 2016 son cuestiones ambas que se produjeron con anterioridad a los hechos objeto del presente procedimiento sancionador y que justamente debían haber provocado en la comercializadora una conducta justamente contraria a la que hizo.

Bien al contrario, INCRYGAS no estuvo ni un solo día en situación de equilibrio desde el día 1 de octubre de 2016 hasta la suspensión de la cartera de balance, en apenas 26 días, y después siguió en dicha situación durante tres meses lo que obligó a la extinción del contrato y a su posterior inhabilitación por parte del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital.

Solo en los primeros veintiséis días acumuló más de diez millones de euros en cargos por desbalance que, por supuesto, no ha pagado.

Lo que ha sucedido en el presente caso es que INCRYGAS, que estaba en una situación económica y jurídica compleja, siguió actuando como siempre, a saber, vendiendo un gas que no estaba en condiciones de adquirir, no aportando gas al sistema, entrando en desbalance y con pleno conocimiento de que no tenía capacidad alguna económica de afrontar las obligaciones por desbalance.

Dicho comportamiento es un ejemplo de comportamiento culposo grave.

VII. CONSIDERACIÓN PARTICULAR DE LAS ALEGACIONES DE INCRYGAS

No procede atender a las alegaciones realizadas por INCRYGAS a la propuesta de resolución, por los motivos que se expresan a continuación.

- ***Sobre la nulidad por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido***

A diferencia de lo que señala INCRYGAS, no cabe apreciar la nulidad de pleno derecho del procedimiento por ser la notificación postal en lugar de la electrónica algo equiparable a haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Bastaría con decir que INCRYGAS se tuvo por notificada y presentó alegaciones en todos y cada uno de los trámites que fueron objeto de notificación postal. Por otro lado, la nulidad por falta total y absoluta de procedimiento debe quedar reservada, como es obvio, a los casos más graves, lo que aquí no sucede, pues no ha existido indefensión alguna, al haberse dado INCRYGAS por notificada en todo momento.

No solo no ha existido indefensión, sino que la notificación postal era el medio más garantista en este caso. La Resolución de 30 de septiembre de 2016, del Presidente de la CNMC, sobre la práctica de notificaciones por medios electrónicos de la Comisión, publicada en el BOE nº 241 de 5 de octubre de 2016, antes de iniciarse el procedimiento, determinó, de acuerdo con el artículo 43.1 de la Ley 39/2015, que las notificaciones electrónicas de la Comisión en el

ejercicio de sus funciones se practicarán mediante comparecencia. Dicho modo de notificación tiene lugar mediante el acceso del interesado al contenido de la notificación puesta a su disposición en la sede electrónica de la CNMC. Ahora bien, vista la eventual dificultad que puedan tener algunos interesados para conocer la puesta a su disposición de una notificación en la sede electrónica de la Comisión, pues ello requiere el acceso o comparecencia del interesado a tal sede, la resolución contempló posibles avisos de cortesía en el teléfono móvil o dirección electrónica *facilitada* por dicho interesado a la Comisión². En vista de que INCRYGAS no ha facilitado a la CNMC una dirección electrónica o un teléfono móvil en el que efectuar avisos de cortesía, la notificación postal era en este caso el medio más garantista.

Por último, no puede dejar de señalarse que la alegación de nulidad INCRYGAS va en contra de sus propios actos, pues dicho interesado designó una dirección postal a efectos de notificaciones en todos sus escritos (singularmente folios 27, 48, 54, 146 y 229).

- ***Sobre la eventual litispendencia debido a la tramitación de un pleito civil de reclamación de cantidad***

Tampoco puede admitirse la alegación de INCRYGAS sobre una supuesta litispendencia debido a la existencia de un procedimiento monitorio seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 92 de Madrid, instado por ENAGAS GTS contra INCRYGAS.

De entrada, debe rechazarse de plano la alegación de INCRYGAS sobre la supuesta inexistencia de una deuda líquida hasta que tal procedimiento civil finalice. La documentación aportada al procedimiento por ENAGAS acredita con absoluta certeza la existencia de una deuda de INCRYGAS por incumplimiento de sus obligaciones en materia de desbalance, como la propia INCRYGAS reconoció en sus alegaciones al acuerdo de inicio. No cabe confundir, en ningún caso, la responsabilidad sancionadora del sujeto incumplidor con las acciones civiles que debe iniciar el Gestor Técnico del Sistema para resarcirse de los impagos de INCRYGAS, según exige al GTS la regulación sobre el sistema de balance, como modo de incentivar el pago por los sujetos y el cobro por dicho GTS de las obligaciones económicas correspondientes³.

² *El interesado (o su representante) visualizará, en el teléfono móvil, dispositivo electrónico y/o la dirección de correo electrónico que éste haya facilitado, un aviso de la notificación puesta a su disposición en la sede electrónica de la CNMC. Dicho aviso, de conformidad con lo previsto en el artículo 41.6, no tiene carácter de notificación. Su falta no impedirá tampoco que la notificación sea considerada plenamente válida*.

³ En particular, Resolución de la CNMC de 12 de mayo de 2016: “*En caso de impago del usuario, se procederá conforme a lo dispuesto en la Resolución de 1 de marzo, de la CNMC, por la que se aprueba el procedimiento de habilitación y baja de usuarios con cartera de balance en el PVB y el contrato marco. Cuando se lleve a cabo la ejecución de la garantía del usuario, el Gestor de Garantías ingresará la cantidad correspondiente en la cuenta bancaria comunicada por el GTS*”.

Por otro lado, no corresponde a esta Comisión entrar a valorar las consideraciones de INCRYGAS sobre el eventual perjuicio que le supondría, a efectos de dicho procedimiento monitorio, una exposición detallada de alegaciones en el presente asunto. Corresponde a la estrategia procesal de INCRYGAS la decisión sobre el modo de ejercitar su derecho de defensa, sin que deba esta Comisión pronunciarse sobre dichas cuestiones que únicamente afectan a su esfera particular de decisión.

Por último, no puede aceptarse que, a efectos de este procedimiento sancionador, deban tenerse por probados únicamente los hechos así declarados por la autoridad judicial. En dicho procedimiento civil el GTS está reclamando la deuda de INCRYGAS por medio de un procedimiento monitorio, en cumplimiento de la regulación sobre balance, la cual exige al GTS reclamar impagos a un usuario deudor de cargos por desbalance, como ya se ha indicado. En cambio, el artículo 77 de la Ley 39/2015 se refiere a la vinculación de la Administración respecto a los hechos probados en resoluciones judiciales penales firmes (*“En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”*).

- **Sobre las dos operaciones anuladas provisionalmente por ENAGAS**

La alegación de INCRYGAS acerca de la necesidad de que el Gestor Técnico del Sistema se pronuncie con carácter previo a la resolución del procedimiento sobre sendas operaciones [...] dichas operaciones a las que alude INCRYGAS, si bien se mencionan en la relación de antecedentes, se dejaron al margen del presente procedimiento sancionador.

En los Hechos Probados de la propuesta de resolución notificada a INCRYGAS se señala que *“A 25 de marzo de 2017 la deuda de INCRYGAS es de 19.328.900 euros”*. Es decir, según lo comentado, la propuesta excluye los más de 5 millones de euros correspondientes a los desbalances por dichas operaciones [...].

Dicho importe de 19,3 millones de euros (excluidas tales operaciones) fue asimismo el considerado en la cuantificación de la sanción: *“Es significativo a estos efectos que la cuantía dejada de ingresar por INCRYGAS como cargo por su desbalance negativo es muy elevada (19.328.900 €) y ello supone un sustancial quebranto al sistema gasista”* (folio 223).

- **Sobre la existencia de pagos parciales**

[...] *En caso de que la garantía no cubra la totalidad de la deuda, el GTS reclamará la parte restante al usuario deudor.*

No cabe apreciar tampoco la alegación de INCRYGAS sobre la existencia de pagos parciales, de modo que los incumplimientos no serían los considerados por la propuesta de resolución. De entrada debe señalarse que la alegación de INCRYGAS se limita a señalar la existencia de pagos parciales sin acreditar los mismos, ni señalar su fecha o su importe. No cabe atender, por otro lado, a la atípica suerte de solicitud de prueba formulada por INCRYGAS en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, una vez finalizada la instrucción del mismo. Los incumplimientos de INCRYGAS son los que resultan del expediente (19,3 millones de euros a marzo de 2017), según se ha acreditado por ENAGÁS (folio 211) y según se ha tenido en cuenta en la presente resolución.

De otro lado, de la documentación del expediente resulta acreditada con absoluta veracidad la masiva deuda de INCRYGAS por impago de cargos por desbalance, como la propia interesada reconoció en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la propuesta de resolución ya tuvo en cuenta la existencia de pagos parciales de INCRYGAS (folio 208: “*En este tiempo siguió acumulando desbalances negativos, cargos por ello e impagando parcialmente los mismos*”), lo que no obsta a la inmensa cuantía de la deuda finalmente acumulada, y que resulta plenamente acreditada en el expediente.

- ***Sobre el supuesto incumplimiento del principio de tipicidad***

No cabe admitir tampoco la alegación de INCRYGAS acerca de la supuesta infracción del principio de tipicidad por la circunstancia de que el artículo 109.1.z de la Ley 34/1998 se refiera al incumplimiento de las obligaciones económicas por desbalance “*derivadas de la regulación establecida por las Normas de Gestión Técnica del sistema*”, estando en la actualidad dichas infracciones reguladas por Circular de la CNMC.

Según se ha señalado, la Circular, dictada en desarrollo de un Reglamento europeo, es la norma que actualmente establece la existencia de la obligación económica en caso de desbalance. No hay duda alguna de que el tipo infractor, cuya redacción es anterior a la aprobación de la Circular, ha de ser integrado con la remisión a esta última.

El Tribunal Constitucional ha declarado que la tipicidad exigida por el principio de legalidad incorporado en el art. 25.1 de la Constitución supone la imperiosa necesidad de “*predeterminación normativa de conductas infractoras y sanciones correspondientes, existiendo la necesidad de preceptos que puedan permitir con suficiente grado de certeza las conductas que después determinan la consiguiente responsabilidad y sanción*” (SSTC 9/1192, de 11 de junio y 4/1993, de 23 de abril).

No cabe duda en este caso de que la conducta imputada a INCRYGAS consiste en el “*incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance*”, como recoge con absoluta precisión la parte esencial del tipo mencionado, siendo algo accesorio el que dichas obligaciones económicas se regulen ahora, por mandato del Derecho de la UE, en un tipo de instrumento normativo (la Circular), en lugar de en las anteriores NGTS. Que lo incumplido han sido las obligaciones económicas en caso de desbalance es algo perfectamente asumido por INCRYGAS, quien reconoció incluso tal incumplimiento en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio. Tampoco hay duda alguna sobre cuál es la regulación aplicable a esa materia y sobre cuáles son las consecuencias del incumplimiento.

En vista de ello, es inconcebible interpretar, como sugiere INCRYGAS, que el señalado cambio de instrumento normativo (de NGTS a Circular), exigido por la primacía del Derecho Europeo, haya supuesto la destipificación del incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance y la desprotección de dicho bien jurídico de importancia capital para el sistema gasista.

- ***Sobre la falta de quebranto al sistema gasista***

INCRYGAS considera que no concurre responsabilidad sancionadora en vista de que no ha existido un “sustancial quebranto del sistema gasista”, pues el precio del recargo no es el de la materia prima, al tener un precio desincentivador y porque, en último término, el impago se soporta por el Gestor Técnico del Sistema.

De la alegación de INCRYGAS resultaría poco menos que la voluntariedad de los agentes a la hora de atender a las obligaciones por desbalance. No puede aceptarse esa tesis de modo alguno, pues supondría gravísimos perjuicios para el sistema gasista.

Con el nuevo sistema de balance, cada sujeto es responsable de equilibrar su posición al final del día de gas. En síntesis, dicho equilibrio permite que la red de transporte se sitúe dentro de los límites normales de operación. Frente a esta obligación, INCRYGAS alude, en primer lugar, a un supuesto precio excesivo del recargo por desbalance. Si tal precio es superior al habitual del gas es, precisamente, para incentivar a los usuarios a que equilibren sus posiciones, debido a la trascendencia que ello tiene para el sistema gasista.

El perjuicio para el sistema es obvio. No debe olvidarse que el Gestor Técnico del Sistema ha debido hacer frente en primera instancia a los impagos de INCRYGAS y, adicionalmente, ha debido efectuar adquisiciones de gas para equilibrar los desbalances sistemáticos de dicha usuaria. La enorme cuantía de la deuda acumulada por INCRYGAS le ha exigido iniciar un procedimiento

monitorio para recuperar las cantidades adelantadas, como la propia INCRYGAS ha puesto de manifiesto.

Al respecto, es elocuente que la propuesta de adopción de medidas cautelares que obra en el expediente (folio 19) señalase que, a fecha 28 de noviembre de 2016, el total de impagos por desbalance de INCRYGAS desde 1 de octubre (unos 10,8 millones de euros) suponía el 45,4% de la retribución del GTS, y el 0,6% de todas las necesidades de retribución del sistema gasista para 2016. La deuda acumulada por INCRYGAS poco después llegó a ser de casi el doble, según lo expuesto.

Debe tenerse en cuenta que la normativa sobre balance establece el principio de neutralidad económica del Gestor Técnico del Sistema (artículo 29 del Reglamento 312/2014 y apartado decimocuarto de la Circular 2/2015)⁴. Dicho principio de neutralidad económica supone que, por mucho que el GTS deba hacer frente a los impagos en primer término, el sistema deberá reintegrarle aquellas cantidades de las que no haya podido resarcirse. En tales condiciones, resulta difícil argumentar que no existe aquí quebranto para el sistema.

- ***Sobre el non bis in ídem, la falta de proporcionalidad y la ausencia de sujeto apto para ser sancionado***

Por último, no existe vulneración del principio “non bis in ídem” en cuanto la inhabilitación de INCRYGAS no tiene carácter sancionador. Dicho procedimiento de inhabilitación tiene una naturaleza jurídica diferente de la de un procedimiento sancionador, pues es consecuencia de la aplicación del artículo 18 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, y en particular del apartado b) de dicho artículo, a tenor del cual procederá la inhabilitación para ejercer la actividad de comercialización en caso de incumplimiento probado de las condiciones exigidas para realizar la actividad de comercializador⁵. En particular, como resulta de la Resolución de inhabilitación de INCRYGAS (BOE nº 42, de 18 de febrero de 2017), el incumplimiento de dicho comercializador venía especialmente referido al artículo 80 de la Ley del Sector de Hidrocarburos y al artículo 14 del citado Real Decreto 1434/2002. En concreto, el apartado 1 de este último artículo

⁴ Se cita, a título ilustrativo, el apartado decimocuarto de la Circular: “*El Gestor Técnico del Sistema no tendrá beneficio o coste como consecuencia de la realización de acciones de balance, siempre que éstas se realicen de forma eficiente*”.

⁵ Artículo 18 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural: “*Procederá la inhabilitación para ejercer la actividad de comercialización de gas natural, previa instrucción de expediente con audiencia del interesado, en los siguientes casos: a) La apertura de la fase de liquidación o extinción de la personalidad jurídica del comercializador. b) Incumplimiento probado de las condiciones exigidas para realizar la actividad de comercializador c) La comisión de una infracción de las tipificadas como muy graves en el artículo 109 de la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos, cuando lleve aparejada la inhabilitación para ejercer la actividad de comercialización.*”

señala que los comercializadores “*deberán poder acreditar suficientemente su capacidad técnica para el ejercicio de la actividad y estar en disposición de acreditar que tienen capacidad para garantizar el suministro*”, y el apartado 4 añade que “*Las empresas que quieran ejercer la actividad de comercialización de gas natural deberán poder acreditar, en todo momento, que tienen capacidad para atender las demandas de gas de sus clientes, sin que se puedan producir restricciones del suministro más allá de situaciones extraordinarias*”. Pues bien, según señala la citada Resolución de la DGPEM, INCRYGAS había perdido la capacidad de actuar como comercializador en vista de que tenía suspendido tanto el contrato marco del PVB como el contrato de acceso, y tenía contraídas deudas de más de 23 millones de euros en el momento de dictarse la citada resolución, lo cual ponía igualmente de manifiesto las serias dudas sobre su capacidad económica para afrontar tal situación.

Por otro lado, no puede considerarse vulnerado el principio de proporcionalidad en vista de la cuantiosa deuda (casi 20 millones de euros) acumulada por INCRYGAS, según se razonará en el apartado que sigue a continuación.

Adicionalmente, la inhabilitación de INCRYGAS no es óbice para la que pueda ser sujeto pasivo de la sanción, pues en el momento de los hechos la empresa tuvo consideración de agente del sector gasista, sin que la inhabilitación pueda considerarse, en modo alguno, una causa de extinción de su responsabilidad.

VIII. SANCIÓN APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA

De acuerdo con el artículo 113 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, la sanción que lleva aparejada la comisión de una infracción muy grave es la imposición de una multa de hasta 30.000.000 de euros.

No obstante lo anterior, añade el segundo párrafo del citado artículo que la sanción impuesta en el caso de infracciones muy graves, cuando la competencia corresponde a la CNMC, no podrá superar el diez por ciento del importe del volumen de negocios anual de la empresa infractora, o del volumen de negocios anual consolidado de la sociedad matriz del grupo integrado verticalmente al que pertenezca. A fin de respetar el límite establecido en el citado precepto, se solicitó nota al Registro Mercantil de Madrid, en los términos que consta en el expediente administrativo –antecedente de hecho octavo-. El 10% de la cifra de negocios de esta empresa, de conformidad con las últimas cuentas anuales depositadas de 2015 es de 16.050.248,29 €.

El artículo 29 de la Ley 40/2015, relativo al principio de proporcionalidad, reúne los criterios generales para la graduación de la sanción a aplicar. Por su parte, la Ley del Sector de Hidrocarburos contiene también los criterios específicos que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de imponer las sanciones

correspondientes a las infracciones cometidas en el sector. Así, el artículo 113.3 de la citada ley establece que *“La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a criterios de proporcionalidad y a las circunstancias especificadas en el artículo anterior”*.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 112 de la citada Ley, estas circunstancias son las siguientes:

Para la determinación de las correspondientes sanciones se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

- a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.
- b) La importancia del daño o deterioro causado.
- c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro a usuarios.
- d) El grado de participación y el beneficio obtenido.
- e) La intencionalidad o reiteración en la comisión de la infracción.
- f) La reiteración por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.

De los anteriores criterios, el más relevante en el presente caso como criterio de graduación es el de la importancia del daño o deterioro causado. Es significativo a estos efectos que la cuantía dejada de ingresar por INCRYGAS como cargo por su desbalance negativo es muy elevada (19.328.900 €) y ello supone un sustancial quebranto al sistema gasista. Son circunstancias que agravan, sin duda, la responsabilidad.

Por otra parte, estas circunstancias han conducido a entender que se está ante la comisión de una infracción muy grave y que el límite máximo de sanción de las infracciones graves es de 6.000.000 de euros. Una sanción inferior a esta cantidad dejaría sin sentido la calificación de la infracción como muy grave.

Debe tomarse en consideración también que consta resolución firme en vía administrativa de 1 de diciembre de 2016 (SNC/DE/007/16) por la que se declaró la existencia de una infracción cometida por INCRYGAS por incumplimiento de las obligaciones económicas previstas en caso de desbalance con relación al mes de diciembre de 2015 y enero de 2016.

Por ello, atendidas las anteriores circunstancias y considerando el principio de proporcionalidad, se sanciona a INVESTIGACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A., con una multa de 6.000.000 euros, límite máximo de la Ley para infracciones graves.

Esta sanción no supera el 10 por ciento del importe del volumen de negocios anual de la empresa infractora, tal y como exige el artículo 113.1 2º párrafo Ley del Sector de Hidrocarburos en el caso de las infracciones muy graves impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Según las últimas cuentas anuales depositadas por dicha empresa, las correspondientes a 2015, el importe neto anual de su cifra de negocios fue de 160.502.482,9 euros por lo que la sanción respeta el límite indicado. Dicho importe corresponde, según declara la propia mercantil, a las ventas de gas natural licuado y de gas canalizado, por lo que representa adecuadamente el volumen de negocios anual al que se refiere la normativa de aplicación.

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que INNOVACIÓN, CRIOGENIA Y GAS, S.A es responsable de una infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en la letra z) del artículo 109.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance.

SEGUNDO. Imponer, a la citada empresa, una sanción consistente en el pago de una multa de **6.000.000 (seis millones) de euros**.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

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.