

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR LA SOCIEDAD BAHÍA DE BIZKAIA GAS, S.L. EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE CONFLICTO DE GESTIÓN ECONÓMICA Y TÉCNICA DEL SISTEMA GASISTA FRENTE AL GESTOR TÉCNICO DEL SISTEMA

Expediente CFT/DE/059/20

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. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 28 de abril de 2020

Vista la solicitud de adopción de medida provisional incluida en el marco del conflicto de gestión económica y técnica del sistema de gas natural planteado por BAHÍA DE BIZKAIA GAS, S.L. frente a ENAGÁS GTS, S.A. en relación con la publicación el día 11 de febrero de 2020 de la “Metodología de asignación y programación de slots de descarga de buques de GNL en el período transitorio”, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 12.1.b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, el artículo 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y los artículos 8.2 e) y 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interposición del conflicto

Con fecha 11 de marzo de 2020 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito de la representación de la sociedad BAHÍA DE BIZKAIA GAS, S.L. (en adelante, BBG), instando la intervención de esta Comisión para la resolución de un conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista frente al Gestor Técnico del Sistema (en adelante, GTS), motivado por la publicación el día 11 de febrero de 2020 de la “Metodología de asignación y programación de slots de descarga de buques de GNL en el período transitorio” (en adelante, la

Metodología) que, a juicio de BBG, es contraria a la Disposición Transitoria Tercera de la Circular 8/2019, de 12 de diciembre, de la CNMC, por la que se establece la metodología y condiciones de acceso y asignación de capacidad en el sistema de gas natural (en adelante, la Circular 8/2019).

SEGUNDO. Alegaciones complementarias

Con fecha 20 de marzo de 2020 se presentó nuevo escrito por parte de BBG, ampliando el objeto del conflicto contra la nota informativa del GTS en la que ha realizado una propuesta para modificar un aspecto concreto de la Metodología y ha adoptado criterios adicionales para la asignación de slots remanentes para el mes de abril de 2020.

TERCERO. Solicitud de medidas provisionales

Tanto en el documento inicial como en el siguiente, BBG solicitó la adopción de una medida provisional, en los siguientes términos:

En el escrito de 11 de marzo de 2020 solicitó la inmediata suspensión de la aplicación de la Metodología y que, en su lugar, se siga aplicando el criterio cronológico previamente existente mientras esta Comisión no apruebe una metodología conforme a la Circular 8/2019, y en todo caso, al menos, mientras no se resuelva el presente conflicto.

En el escrito de 20 de marzo de 2020 solicitó, de nuevo, la adopción cuanto antes de la medida provisional de suspensión de la Metodología.

En todo caso, y para entender el sentido de la medida provisional, se procede a hacer un resumen de los argumentos sobre el fondo en los que soporta BBG el conflicto:

- Nulidad de pleno derecho de la Metodología como consecuencia de la vulneración por parte del GTS de la Disposición Transitoria Tercera de la Circular 8/2019. Los citados vicios de nulidad se concretan en:
 - (i) Disposición dictada por órgano manifiestamente incompetente: el GTS carece de competencia para aprobar el mecanismo de asignación de capacidad, puesto que corresponde a la CNMC en virtud de lo dispuesto en el artículo 23.7 de la Circular 8/2019.
 - (ii) Disposición dictada prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido: el GTS no ha sometido la Metodología, previamente a su aprobación, al trámite de audiencia de los distintos operadores.
- La Metodología es contraria a los principios de flexibilidad, competencia, no discriminación y mayor uso de las infraestructuras, establecidos por la Circular 8/2019. La Metodología produce un perjuicio y discriminación para aquellas plantas que, como las de BBG,

estén especialmente demandadas, pese a que un redireccionamiento de la demanda sólo está previsto en la Circular 8/2019 para lograr los objetivos de contratación mínima en todas las plantas. Asimismo, se produce el efecto de desincentivar la competitividad entre plantas y reducir artificialmente la flexibilidad del sistema gasista español, no permitiendo a los agentes la optimización de las infraestructuras de acuerdo a sus intereses.

En relación con la solicitud de la medida provisional, BBG entiende que la medida provisional es necesaria porque la Metodología adolece de vicios de nulidad de pleno derecho y la suspensión de la misma no causará ningún perjuicio a terceros ni al sistema, pues considera que podrá continuarse con la asignación de la capacidad según el orden cronológico vigente hasta la fecha. En cambio, la no suspensión de la Metodología mientras se resuelve el presente conflicto, causa, a juicio de BBG, un perjuicio irreparable, pues de demorarse la resolución del conflicto, la decisión de la CNMC puede ser inútil y el conflicto habría perdido su finalidad.

CUARTO. Comunicación de inicio del procedimiento

Mediante escritos de 23 de marzo de 2020, el Director de Energía de la CNMC comunicó a BBG y al GTS el inicio del procedimiento administrativo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, confirmando al GTS, un plazo de diez días para formular alegaciones y/o aportar los documentos que estimasen convenientes en relación tanto con el objeto del procedimiento como con la medida cautelar solicitada por BBG.

Dicha comunicación de inicio fue notificada correctamente –a través de sede electrónica- al GTS el 26 de marzo de 2020.

Ese mismo día se puso también a disposición de BBG – a través de sede electrónica- la comunicación de inicio del procedimiento. Transcurrido el plazo de diez días legalmente previsto sin proceder a la apertura de la notificación, se entiende por notificado a BBG desde el 6 de abril de 2020. No obstante, el órgano instructor, en aras de no conculcar los derechos de los interesados, con fecha 15 de abril de 2020, procedió a la puesta a disposición de BBG de una nueva notificación electrónica, tras obtener previamente una nueva dirección de correo electrónico válida para comunicar el aviso de la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica.

QUINTO. Solicitud de impulso del procedimiento

Con fecha 14 de abril de 2020 tuvo entrada en el Registro electrónico de la CNMC escrito de BBG por el que solicita la continuación del procedimiento, haciendo uso de la posibilidad establecida en la disposición adicional tercera 3 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

SEXTO. Alegaciones del GTS

Con fecha 21 de abril de 2020 tuvo entrada en el Registro electrónico de la CNMC escrito de alegaciones de GTS en el que manifiesta, en síntesis, respecto al objeto de la presente resolución, lo siguiente:

- Desde finales de octubre de 2019 procedió a iniciar reuniones con todos con los operadores de plantas de regasificación, para iniciar la elaboración conjunta del procedimiento de cálculo de la capacidad a ofertar antes incluso de la aprobación de la Circular.
- El 27 de diciembre de 2019, el GTS publicó en su página web, la propuesta de PA-2 Procedimiento de cálculo de la capacidad firme a ofertar (en adelante “el Procedimiento PA-2”) que incluía un Anexo del PA-2 con la Metodología de asignación de slots en el periodo transitorio” (en adelante “el Anexo del Procedimiento PA-2”). Con esta publicación, el GTS iniciaba el proceso de consulta pública del citado Procedimiento PA-2 que concluiría el 27 de enero de 2020, cumpliendo con lo previsto en la disposición adicional segunda de la Circular 8/2019 que le daba dos meses para la elaboración del indicado procedimiento.
- En este proceso los agentes colaboraron y asistieron a diversos workshops. En atención a los mismos y tras la puesta en común con la CNMC, el GTS elaboró la versión definitiva de dicho procedimiento PA-2 y de su Anexo. Dichos documentos fueron publicados por el GTS en su página web el 11 de febrero. Frente a esta publicación se dirige el escrito inicial de conflicto.
- El 25 de febrero, y de acuerdo con lo establecido en el Anexo del Procedimiento PA-2, el GTS realizó las subastas mensuales de slots para las plantas y meses en los que la demanda de slots superaba la oferta. Solamente se ha realizado la asignación mensual de slots para los meses comprendidos entre abril y septiembre de 2020, ambos inclusive. Ha quedado, por tanto, pendiente de realizar en una segunda etapa las asignaciones mensuales de capacidad de slots desde octubre 2020 en adelante, que se rigen por la Resolución de 3 de abril de 2020 de la CNMC, por la que se establece el procedimiento detallado de desarrollo de los mecanismos de mercado para la asignación de capacidad del sistema gasista, publicada en el BOE el pasado 15 de abril.
- El mecanismo empleado para dichas subastas, que estaba reflejado en el Anexo del Procedimiento PA-2 fue el de sobre cerrado de precio uniforme, como se establece en el apartado 3 de la Disposición Transitoria tercera de la Circular 8/2019.
- Durante el mes de marzo, se ha llevado a cabo un nuevo proceso de asignación, sin necesidad de realizar subasta, al no existir coincidencia de slots solicitados, y ajustarse la demanda a la oferta.
- En el caso de proceder según indica BBG en sus escritos, se estarían menoscabando los derechos adquiridos de los agentes y causándoles un grave perjuicio, al margen de un problema de seguridad de suministro derivado de la falta de previsión de cobertura de la demanda del sistema gasista español. Si se anulara esta adjudicación se estaría causando un daño

enorme y de difícil compensación a todos los agentes involucrados; además de una inseguridad jurídica real, y un riesgo de seguridad de suministro al sistema gasista español. A lo anterior hay que añadir los cuantiosos recargos que el Sistema y, por tanto, el resto de usuarios, tendría que hacer frente al anular buques, cambios de fechas de descarga y puerto de destino.

- La suspensión del procedimiento de asignación de slots no respondería al principio de proporcionalidad, ya que afectaría negativamente a más operadores que el mantenimiento de la situación anterior. Tampoco podría cumplir con el principio de efectividad porque dejaría sin efecto una regulación que no ha sido ni suspendida ni anulada por parte de los Tribunales y, además, sería más onerosa que el mantenimiento del procedimiento y los resultados de la subasta porque supondría paralizar todas las actuaciones del resto de operadores que han adaptado su actuación al procedimiento transitorio previsto en la Circular y desarrollado por el GTS.
- El resto de alegaciones tienen relación con el fondo del asunto, oponiéndose a los argumentos de BBG.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia de la Sala de Supervisión regulatoria CNMC para la denegación de las medidas provisionales.

Corresponde al Consejo de la CNMC aprobar la Resolución sobre medidas provisionales, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 de la citada Ley 3/2013, que dispone que “El Consejo es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones... de resolución de conflictos atribuidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar”.

En particular, esta competencia recae en la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con el artículo 21 de la citada Ley 3/2013. Todo ello de conformidad con lo previsto en el art. 56.1 de la Ley 39/2015, al ser el órgano competente para resolver el procedimiento de conflicto.

SEGUNDO. Las medidas provisionales solicitadas por BAHÍA DE BIZKAIA GAS, S.L.

De conformidad con el artículo 56.1 de la Ley 39/2015:

«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».

Así pues, a tenor de dicho apartado 1 del artículo 56 de la Ley 39/2015, la adopción de medidas provisionales en el marco de un procedimiento tiene por

objeto asegurar la eficacia de la resolución del conflicto, previa ponderación de los elementos de juicio existentes, y con sujeción a los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad, que el órgano administrativo considere oportunas.

En el presente supuesto, la medida provisional solicitada por la sociedad BBG se concreta en la inmediata suspensión de la aplicación de la Metodología.

El juicio de los elementos existentes para la adopción de la medida propuesta por BBG vendrá precedido de una breve aproximación al objeto del conflicto y su ámbito normativo.

El 23 de diciembre de 2019 se publicó en el BOE la Circular 8/2019, que modifica el régimen de acceso a las instalaciones gasistas, estableciendo un procedimiento transitorio de asignación de capacidad en su disposición transitoria tercera hasta el día 30 de septiembre de 2020. En particular, el apartado tercero de la indicada disposición transitoria establece el procedimiento transitorio para los servicios individuales que conllevan *slot*, hasta la fecha de celebración del primer procedimiento de periodicidad anual en julio de 2020, mediante procedimientos de periodicidad mensual, estableciendo una serie de reglas básicas para la asignación y asignando al Gestor Técnico del Sistema la metodología de la misma.

Así mismo su disposición adicional segunda dispone que:

“En un plazo de dos meses desde el día siguiente a la publicación de esta circular, el Gestor Técnico del Sistema, en colaboración con los operadores de las infraestructuras gasistas, desarrollará:

1. La definición de los slots estándar referidos en el artículo 8.4 de esta circular.
2. El procedimiento de cálculo de la capacidad a ofertar referido en el artículo 20.1 de esta circular.
3. El procedimiento para la programación y nominación de la carga de cisternas referido en el artículo 22.6 de esta circular.
4. Los requisitos logísticos de modificación de slots contratados referidos en el artículo 32.1 de esta circular.

A tal fin, deberá llevar a cabo una consulta pública con un plazo de alegaciones que no podrá ser inferior a quince días hábiles. Una vez elaborado, el procedimiento será publicado en la página web del Gestor Técnico del Sistema”.

En el cumplimiento de ambas disposiciones y, como indica en su escrito de alegaciones, el GTS procedió a publicar el documento “Metodología de asignación y programación de slots de descarga de buques en el periodo transitorio”, que fue el objeto del primer escrito de conflicto y de la medida provisional.

La medida provisional solicitada tendría como objeto asegurar la eficacia de la resolución del presente conflicto cuya pretensión es dejar sin efecto la

Metodología de asignación y programación de slots de descarga de buques de GNL en el período transitorio, manteniendo el sistema de asignación cronológica vigente antes de la aprobación de la Circular 8/2019.

Por tanto, y como cuestión inicial es evidente que la medida provisional solicitada implica el aplazamiento de la entrada en vigor en esta materia de la Circular.

Expuesta así la pretensión de BBG y esbozado el marco normativo del conflicto del que trae causa la presente resolución, procede analizar el contenido de lo solicitado a la vista de lo previsto en el artículo 56.1 de la Ley 39/2015.

El artículo 56.1 de la Ley 39/2015 permite al órgano encargado de resolver el procedimiento administrativo, si las estimara oportunas, la adopción de medidas provisionales en los términos previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer al final del procedimiento. Para ello han de evaluarse la oportunidad en el sentido de la necesidad y urgencia de la aplicación de las mismas; la suficiencia de los elementos de juicio para, en su caso, la adopción de las mismas y si las mismas responden a los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.

TERCERO. Sobre la falta de necesidad y urgencia en la adopción de las medidas provisionales solicitadas.

Procede advertir de entrada que el conflicto de gestión técnica o económica no constituye un procedimiento idóneo para perseguir la impugnación -siquiera indirecta o incidental- de una norma reglamentaria (ya sea de la propia CNMC o de cualquier otra Administración) cuya aplicación corresponda al GTS. La validez de las normas reglamentarias (en nuestro caso, de la disposición adicional segunda y de la disposición transitoria tercera de la Circular 8/2019, a cuya aplicación se limita el GTS) no es objeto idóneo -ni directo ni indirecto- de un conflicto. De ahí que tanto la hipotética estimación de un conflicto con tal objeto (siquiera mediato) como de una medida provisional que tenga esa misma finalidad daría lugar a la inaplicación (esto es, la derogación singular) de la norma reglamentaria cuestionada, que sin embargo prohíbe el artículo 37 de la Ley 39/2015.

Como resulta de los antecedentes señalados, BBG ha planteado un conflicto de gestión económica del sistema gasista cuyo objeto no es otro que proceder a paralizar todo el procedimiento previsto en la disposición adicional segunda y en la disposición transitoria tercera de la Circular 8/2019, y puesto en marcha por el GTS, para proceder a la asignación transitoria de los slots de descarga de buques. Las medidas provisionales consisten justamente en suspender dicho procedimiento hasta que se resuelva el presente conflicto.

Dicha medida no resulta, en un primer término, justificada. El propio relato de los antecedentes de hecho pone de manifiesto que el GTS ha cumplido, al menos de forma indiciaria, con lo dispuesto en las disposiciones adicionales segunda y transitoria tercera de la Circular, elaborando una metodología que ha sido

convenientemente conocida por parte de todos los operadores, mediante un procedimiento de participación como es la consulta pública y en colaboración con la propia Comisión. En consecuencia, en principio y sin entrar en el fondo del asunto, lo sucedido no ha sido más que la mera aplicación de lo previsto en la Circular.

Al objeto de evaluar de forma conveniente la necesidad y urgencia de la adopción de una medida provisional que no constituye una necesidad objetiva, sino que responde al legítimo interés de la sociedad recurrente, se procederá al análisis de cada uno de los aspectos de la medida solicitada.

Como se acaba de poner de manifiesto, en primer término, no parece adecuada a la vista de lo actuado por el GTS y supondría que por esta vía se dejaría sin efecto una de las normas transitorias de la Circular sin que haya razón alguna que justifique una actuación de este tipo.

Tampoco parece que la urgencia en la adopción de la medida esté acreditada. El procedimiento seguido no es sorprendente ni impredecible, sino la mera y lógica aplicación de una Circular aprobada en diciembre de 2019. Las eventuales consecuencias para BBG de no detenerse dicho procedimiento no son irreparables en tanto que serían, en su caso, económicamente evaluables. Sin embargo, vendrían a quebrar las expectativas y los derechos de todos aquellos operadores que han participado en los procedimientos y que han adaptado su actuación al nuevo marco normativo vigente. La Circular 8/2019 es una norma plenamente vigente cuya aplicación temporal está perfectamente determinada en sus disposiciones adicionales y transitorias y que no ha sido hasta ahora suspendida en sede judicial.

Si en este momento se apreciara que concurre el requisito de la urgencia supondría un reconocimiento explícito de que lo dispuesto en las disposiciones adicionales y transitorias en esta materia están generando una situación que debe ser urgentemente paralizada por sus consecuencias dañosas para todos o la mayoría de los operadores. La realidad no es así, sino que pone de manifiesto justamente lo contrario. La adaptación de los operadores al nuevo sistema que conocían de antemano y en el que han participado en distintas fases de su elaboración.

En atención a estas circunstancias, no concurre ni la necesidad ni la urgencia para proceder a la adopción de medidas provisionales, por lo que no se estima oportuno su adopción al amparo de lo previsto en el artículo 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

CUARTO- Sobre la adecuación de las medidas solicitadas a los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.

Cualquier medida provisional que se solicite y que se pueda adoptar debe responder a los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.

La medida provisional propuesta por BBG no cumple con ninguno de estos principios por los siguientes motivos:

La suspensión solicitada por BBG tiene como objeto retrasar la aplicación de la Circular 8/2019 en un ámbito tan relevante como es el de la aplicación de los nuevos criterios de reparto de capacidad para la descarga de buques. Como se ha puesto de manifiesto en los antecedentes, el GTS ha comunicado con antelación y publicidad suficiente las nuevas reglas lo que ha convocado a una serie de operadores aumentando así la competencia.

En consecuencia, la suspensión de un procedimiento que ya se ha puesto en marcha no respondería al principio de proporcionalidad, ya que afectaría negativamente a más operadores que el mantenimiento de la situación anterior; tampoco podría cumplir con el principio de efectividad porque dejaría sin efecto una regulación que no ha sido ni suspendida ni anulada por parte de los Tribunales y además sería más onerosa que el mantenimiento del procedimiento y los resultados de la subasta porque supondría paralizar todas las actuaciones del resto de operadores que han adaptado su actuación al procedimiento transitorio previsto en la Circular 8/2019 y desarrollado por el GTS.

En consecuencia, tampoco la medida provisional solicitada por BBG cumple con los tres principios exigidos en el artículo 56.1 de la Ley 39/2015.

QUINTO- La inexistencia de un perjuicio de difícil 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*”.

En primer término, y a contrario significa también que han de tomarse aquellas medidas provisionales que no puedan provocar un perjuicio de difícil o imposible reparación.

En el presente caso, no se da perjuicio de imposible reparación en el supuesto de no adoptarse la medida porque los posibles perjuicios serían de naturaleza económica y susceptibles de reparación, mientras que la adopción de la medida suspensiva supondría una carga para los operadores que han participado en los procedimientos, cuestión que supondría, como se ha indicado en el fundamento jurídico anterior, una mayor onerosidad que el rechazo de la medida provisional propuesta.

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

RESUELVE

ÚNICO. Denegar la adopción de la medida provisional solicitada en el marco del conflicto de gestión económica y técnica del sistema de gas natural planteado por BAHÍA DE BIZKAIA GAS, S.L. frente a ENAGÁS GTS, S.A. en relación con el proceso mensual de asignación de slots de descarga de buque de GNL y las posteriores ampliaciones del mismo.

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. Sin embargo, se hace constar que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, *“se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo”*.