

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A RWE SUPPLY & TRADING GMBH POR DEFICIENCIAS EN LA COMUNICACIÓN A ENAGAS GTS, S.A.U. DE VARIACIONES EN EL PROGRAMA DE APROVISIONAMIENTO.

SNC/DE/081/21

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D^a María Ortiz Aguilar

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 24 de noviembre de 2022.

De acuerdo con la función establecida en el artículo 116 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la Sala de la Supervisión Regulatoria, resuelve:

INTERNA

I. ANTECEDENTES

Primero. Denuncia presentada del Gestor Técnico del Sistema.

Con fecha 8 de febrero de 2021 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de ENAGÁS GTS, S.A.U. (GTS) mediante el cual denunciaba que el usuario RWE SUPPLY & TRADING GMBH (RWE) había retirado una descarga de GNL prevista para el día 7 de enero de 2021 en la planta de regasificación de Bilbao, con un preaviso tan solo de tres días.

Se indicaba que el slot había sido asignado en el procedimiento mensual de asignación de slots de descarga del mes de diciembre 2020.

En el periodo comprendido entre el 18 y el 29 de diciembre de 2020, RWE cursó un total de dos solicitudes de modificación del mencionado slot, que obtuvieron viabilidad positiva por parte del GTS. En cada una de las respuestas de viabilidad, el GTS indicó a RWE el número de modificaciones que había consumido.

Así, el slot quedó conformado con las siguientes características: (i) fecha de prestación de servicio 7 de enero de 2021, (ii) terminal de Bilbao y (iii) cantidad 1.050 GWh.

El día 28 de diciembre, el GTS solicitó al usuario confirmación formal de la utilización de su slot asignado y programado en la terminal de Bilbao para el día 7 de enero de 2021.

El 29 de diciembre de 2020, RWE contestó a la solicitud de información realizada por el GTS, indicando que aunque tenían un barco asignado para la terminal de Bilbao, aún se encontraban en conversaciones para definir el destino final del mismo, emplazando la contestación a los días siguientes.

Tras analizar lo indicado por RWE, el 30 de diciembre de 2020, el GTS respondió recalcando la especial importancia que tenía la información solicitada, como consecuencia de un periodo de aviso por bajas temperaturas (evolucionando posteriormente en ola de frío), y que se consideraba a todos los efectos en sus diferentes escenarios operativos la descarga en la terminal de Bilbao para el próximo día 7 de enero de 2021.

RWE no respondió a esta última comunicación cursada por el GTS, si bien el capitán del barco indicado remitió en los días siguientes a la planta de Bilbao

INTERNA

información del cargamento, incluyendo la hora estimada de llegada (ETA) a esta terminal. La última de estas comunicaciones recibidas desde el capitán del barco se recibió el domingo 3 de enero de 2021 a las 11:41 h.

Aun habiendo remitido el capitán del barco información a la planta de Bilbao en las últimas 24 horas, el GTS volvió a solicitar a RWE, el lunes 4 de enero de 2021, confirmación formal de la descarga, acortando en este caso el plazo establecido para recibir la confirmación, ya que la operación estaba programada para el siguiente jueves 7 de enero de 2021. En este caso, se impartió la instrucción al usuario de que respondiera al requerimiento del GTS con fecha límite el propio 4 de enero a las 12:00h.

RWE contestó el mismo día 4 de enero de 2021 dentro del plazo establecido por el GTS, si bien su respuesta seguía sin confirmar el destino final del barco y advertía de la posibilidad de su desvío, aunque, como se ha dicho anteriormente, el propio capitán del barco hubiera indicado el día anterior una hora estimada de llegada a la planta de Bilbao.

Tras no recibir la confirmación formal por parte de RWE, el GTS volvió a hacer patente su disconformidad con la forma de proceder de RWE, haciendo especial hincapié en los siguientes aspectos: (i) no se recibió información adicional sobre el slot de 7 de enero en la planta de Bilbao, (ii) tanto el operador de la infraestructura como el GTS poseían el ETA, por lo que no se entendía el motivo de la no confirmación del buque en la fecha y terminal recogidos en el mismo; y (iii) la situación climática había evolucionado desde la última comunicación, encontrándose en este momento el sistema sometido a una ola de frío, con incrementos de demanda esperados cercanos a los valores máximos históricos.

Dos horas después de la comunicación emitida por el GTS, RWE respondió a la misma indicando la cancelación de la descarga, sin incluir motivo alguno de la causa.

Segundo. Acuerdo de incoación.

Con fecha 22 de junio de 2021, la Directora de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y en el artículo 23.f) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra RWE SUPPLY & TRADING

INTERNA

GMBH por presuntas deficiencias en la comunicación al GTS de variaciones en el programa de aprovisionamiento de gas natural.

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban como infracción grave prevista en el artículo 110 p) de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos: *“El incumplimiento, por parte de los sujetos con derecho de acceso, de su obligación de comunicar a los titulares de las instalaciones con quienes hayan suscrito los contratos de acceso y al gestor técnico del sistema su programa de aprovisionamiento y consumo en la forma que se establezca, así como cualquier incidencia que pueda hacer variar sustancialmente dichas previsiones.”*

La puesta a disposición del acuerdo de incoación fue leída el 30 de junio de 2021.

Tercero. Alegaciones al acuerdo de incoación.

Tras una ampliación del plazo para presentar alegaciones, el 21 de julio de 2021 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de RWE en el que alegaba lo siguiente:

- En cuanto a los hechos, el 29 de diciembre de 2020 no confirmó la utilización del slot obtenido para el 7 de enero de 2021, sino que advirtió de su posible cancelación. El impacto en la seguridad de suministro y en el nivel de autonomía de BBG no son automáticos por la mera cancelación de un cargamento. Tales impactos no obran probados y, de la información de que puede disponer RWE, esos impactos no existieron.
- Falta de tipicidad: El artículo 32 de la Circular 8/2019 regula el preaviso de las modificaciones y ajustes de los slots contratados, no el preaviso de su cancelación. El artículo citado no establece un preaviso para la cancelación. Cualquiera que sea el preaviso con que se notifique, se penaliza la cancelación con el abono del slot adquirido, aunque no se haya usado.
- La propuesta de modificación de la Circular 8/2019 confirma que actualmente no hay una fecha de preaviso aplicable para las cancelaciones. La propuesta pretende introducir ahora, *ex novo*, un plazo de preaviso para la cancelación de slots no utilizados, y añadir una penalización adicional al coste del servicio no usado. La redacción de la Propuesta confirma que la Circular vigente no tiene una antelación mínima para la cancelación, sencillamente no está regulada, lo que tiene sentido por el coste que ya le supone al usuario la cancelación sin uso, coste y

INTERNA

consecuencias que ahora pretende agravar la Propuesta, pero que no estaban previstas en el momento de los hechos a los que se refiere el Acuerdo de Incoación.

- A juicio de RWE, procede el archivo de este procedimiento sancionador porque no existen hechos que puedan constituir infracción y, en todo caso, los hechos aludidos no constituyen de modo manifiesto infracción administrativa (porque el preaviso no era normativamente aplicable a la cancelación del cargo). Si se aceptara la existencia de alguna duda sobre el alcance del artículo 32 y el PA-4 en su redacción vigente, *quod non*, la conclusión seguiría siendo el archivo del procedimiento por inexistencia de responsabilidad.

Cuarto. Incorporación de información contable.

Con fecha 15 de junio de 2022 se incorporó al expediente copia de la información financiera disponible de RWE, correspondiente al ejercicio de 2019, obtenido mediante informe de ORBIS de 14 de junio de 2022. El importe neto de la cifra de negocios de RWE asciende a 18.426.000.000 euros.

Quinto. Propuesta de resolución.

Con fecha 1 de agosto de 2022 la Directora de Energía de la CNMC formuló propuesta de resolución, en los siguientes términos:

Vistos los razonamientos anteriores, la Directora de Energía de la CNMC

ACUERDA

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

PRIMERO. - Declare que la empresa RWE SUPPLY & TRADING GMBH es responsable de la comisión de la infracción grave prevista en el artículo 110. p) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

SEGUNDO. Imponga a RWE SUPPLY & TRADING GMBH una sanción consistente en el pago de **una multa de 3.600.000 (tres millones seiscientos mil) euros** por la comisión de la citada infracción grave, salvo que reconozca su responsabilidad en la comisión de la infracción y/o proceda al pago voluntario de la sanción propuesta, acogiéndose a las reducciones de la sanción legalmente previstas.

RWE accedió a la notificación telemática el 2 de agosto de 2022.

INTERNA

La propuesta informó a la interesada sobre las opciones de reducción del importe de la sanción, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 de la misma Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Sexto. Alegaciones a la propuesta de resolución.

Mediante escrito de 17 de agosto de 2022, tras una solicitud de ampliación de plazo, la interesada efectuó alegaciones a la propuesta de resolución que se pueden resumir del siguiente modo:

- Que la propuesta de resolución estima que estaríamos ante una incidencia “sustancial” del “programa de aprovisionamiento y consumo” de RWE, lo cual fundamenta dicha propuesta en la “lógica” y en la “evidencia”. La mera referencia a la “lógica” y a la “evidencia” sin otra fundamentación, no permiten cumplir ni con el principio constitucional de tipicidad del régimen sancionador ni con la necesaria motivación exigible a una propuesta sancionadora de la gravedad a la que apunta la propuesta de resolución.
- Que el artículo 32.2 de la Circular 8/2019 no regulaba entonces ningún plazo para las cancelaciones (así lo reconoce el propio GTS, cuya denuncia inició este expediente). El artículo 32 y el PA-4 mantienen una distinción entre tres tipos de operaciones (modificación, ajustes y cancelación). Y, para la cancelación, no se exige un preaviso. Lo que prevé es una penalización por esa cancelación, que no existe para las modificaciones y ajustes permitidos, que pueden realizarse sin consecuencias para el usuario si se respetan los requisitos, entre ellos, el preaviso.
- Que la integración del tipo del artículo 110.p) de la LSH con el plazo de preaviso del artículo 32.2 de la Circular 8/2019 es improcedente porque es una interpretación extensiva y analógica de una obligación vetada en el ámbito sancionador: cancelación y modificación no es lo mismo, ni así lo establece ese artículo, que no prevé el plazo de 5 días para las cancelaciones. La propuesta considera que una cancelación es una modificación a cero de la carga, pero no hay buques con carga cero.
- Que la modificación de la Circular 8/2019, operada por la Circular 9/2021, confirma que en el momento de los hechos no había una fecha de preaviso aplicable para las cancelaciones.
- Que la propuesta de resolución no acredita que se haya producido una “variación sustancial” de las previsiones de RWE, como exige el artículo 110.p) de la LSH. La propuesta parece partir de una errónea interpretación

INTERNA

del concepto “sustancial” (ya que la aprecia por referencia al tipo de operación, en lugar de por referencia a las transacciones de RWE). RWE no realiza de forma recurrente operaciones de compraventa en TVB, ni tampoco asume de forma sistemática obligaciones de suministrar a clientes en España o de introducción de gas natural en el sistema. Se limita a realizar transacciones individuales. Esta circunstancia supone, por sí misma, que las operaciones de cancelación, modificación o ajuste tienden a ser de escasa o nula incidencia (el Cargo representa tan solo [conf.] del total de transacciones, esto es, un [conf.]% del número total de transacciones). Además, la cancelación del Cargo no supuso lesión o peligro alguno para la seguridad del suministro.

- Que RWE actuó con la máxima diligencia. El 29 de diciembre de 2020, RWE no confirmó el Cargo, sino que advirtió de su posible cancelación.
- Que aun aceptando a efectos dialécticos que la conducta de RWE fuera típica y culpable (*quod non*), lo cierto es que la cuantificación de la sanción (3,6 millones de euros) resulta absolutamente desproporcionada.

Séptimo. Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo.

Por medio de escrito de 24 de agosto de 2022, la Directora de Energía remitió a la Secretaría del Consejo de la CNMC la propuesta de resolución junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC.

Octavo. Informe de la Sala de Competencia.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y de lo establecido en el artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe sobre el presente procedimiento sancionador.

II. HECHOS PROBADOS

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

ÚNICO. El lunes 28 de diciembre de 2020, el GTS solicitó a RWE la confirmación de la utilización de los slots asignados y programados en los siguientes quince días, del 29 de diciembre de 2020 al 13 de enero de 2021, entre los que se

INTERNA

encontraba la descarga de un buque de GNL prevista para el 7 de enero de 2021 en la planta de Bilbao (folios 49 y 50 del expediente).

El martes 29 de diciembre de 2020, RWE comunicó al GTS que no podía confirmar en ese momento si se utilizaría el slot asignado del 7 de enero de 2021 para descargar GNL en la planta de Bilbao, debido a que estaba contemplando posibles destinos alternativos para descargar el buque y que se daría más información en “un par de días” (folio 49 del expediente).

El miércoles 30 de diciembre de 2020 (folio 52 del expediente), el GTS respondió a RWE que, en ese momento, el GTS consideraba a todos los efectos la descarga del buque en la terminal de Bilbao el 7 de diciembre (por error, pues debería decir el 7 de enero).

El siguiente día hábil, lunes 4 de enero de 2021, a las 8:15 horas, el GTS envió un correo electrónico a RWE solicitando que confirmara la utilización de los slots asignados y programados en los siguientes quince días – del 5 de enero al 20 de enero de 2021, entre los que se encontraba la descarga del buque prevista para el 7 de enero en la planta de Bilbao, requiriendo dicha información antes de las 12:00 horas de ese mismo día (folios 57 y 58 del expediente).

A las 11:55 horas del lunes 4 de enero de 2021, RWE informó al GTS de que aún estaba a la espera de obtener una respuesta en firme para desviar la descarga del buque, si bien informaría al GTS ese mismo día (folio 57 del expediente).

Dos horas más tarde, RWE comunicó formalmente al GTS que finalmente no utilizaría el slot asignado para la descarga del buque de GNL en la planta de Bilbao prevista el 7 de enero de 2021, de acuerdo con la información del GTS y las alegaciones del propio RWE.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Habilitación competencial y legislación aplicable.

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y conforme al artículo 23 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 de la Ley 34/1998, «*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito de sus competencias, y en lo que se refiere a los gases combustibles, será competente*

INTERNA

para imponer sanciones por la comisión de las infracciones administrativas siguientes», entre las cuales figuran las tipificadas como graves en el artículo 110 p).

Dentro de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2013, la resolución del presente procedimiento, previo informe de la Sala de Competencia.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de 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 (LRJSP).

Segundo. Tipificación del hecho probado.

El artículo 110 p) de la Ley 34/1998 tipifica como infracción grave: *“El incumplimiento, por parte de los sujetos con derecho de acceso, de su obligación de comunicar a los titulares de las instalaciones con quienes hayan suscrito los contratos de acceso y al gestor técnico del sistema su programa de aprovisionamiento y consumo en la forma que se establezca, así como cualquier incidencia que pueda hacer variar sustancialmente dichas previsiones.”*

El artículo 32 de la Circular 8/2019, en la redacción vigente en el momento de los hechos, disponía lo siguiente:

“1. Los adjudicatarios de slots relativos a los servicios de descarga de buques, carga de planta a buque, transvase de GNL de buque a buque y puesta en frío de buques, podrán solicitar la modificación de la localización, de la fecha de inicio de prestación del servicio y del tamaño del buque, siempre que exista capacidad disponible, sea posible por la operación de la planta de regasificación, no se afecten los derechos adquiridos por otros usuarios y la nueva fecha de prestación del servicio se encuentre comprendida en el plazo de un mes anterior y posterior a la fecha reservada en la adjudicación del servicio. El Gestor Técnico del Sistema desarrollará, en colaboración con los operadores de instalaciones y tras consulta pública, los requisitos logísticos para la modificación de slots contratados que publicará en su página web.

2. Cada slot solo podrá ser modificado el número de veces que se establezca mediante resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y las solicitudes de cambio deberán realizarse con una antelación mínima de cinco días a la fecha de inicio de prestación del servicio, o a la nueva fecha de inicio solicitada cuando ésta sea anterior. Para el servicio de descarga de buques

INTERNA

no serán consideradas modificaciones aquellas solicitudes de ajuste de la fecha de descarga que tengan lugar dentro del mes de la fecha original de descarga y siempre que la nueva fecha solicitada se encuentre también en dicho mes o en la primera semana del mes siguiente. Las condiciones para ajustar estas fechas de descarga se determinarán en el procedimiento para la modificación de slots contratados referido en el apartado 1 de este artículo.

3. En cualquier caso, los usuarios deberán abonar los slots adquiridos independientemente de que hagan o no uso de los mismos.”

El apartado 4 del procedimiento PA-4 de requisitos logísticos para la modificación del slot aprobado por el GTS en junio de 2020 determina que *“El GTS informará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y a la Dirección General de Política Energética y Minas de todos aquellos slots que hayan sido reservados por los usuarios y, finalmente, no hayan sido utilizados, indicando las posibles consecuencias relativas a la operación del sistema y su posible afección a la Seguridad de Suministro, proponiendo la aplicación de aquellas medidas que considere necesarias conforme a la normativa vigente para garantizar la seguridad de suministro.”*

De acuerdo con el Hecho Probado Único, RWE comunicó al GTS la no utilización del slot asignado el lunes 4 de enero de 2021, esto es, en un plazo inferior a cinco días desde la fecha programada de descarga del buque de GNL, prevista para el jueves 7 de enero de 2021, incumpliendo por tanto el plazo previsto en el artículo 32.2 de la Circular 8/2019 para solicitar la modificación del programa de aprovisionamiento, consistente en este caso en el no uso (cancelación) de la descarga.

Como señala el tipo infractor, los sujetos con derecho de acceso deben informar al GTS tanto de su programa de aprovisionamiento y consumo en la forma que se establezca, como de cualquier incidencia que pueda hacer variar sustancialmente dichas previsiones.

Es evidente que una cancelación de la descarga de un buque afecta al programa de aprovisionamiento y consumo. La cancelación varía sustancialmente, mucho más que la mera modificación, el programa de aprovisionamiento.

Como se ha indicado, la Circular 8/2019, norma de rango reglamentario, ha establecido una serie de reglas en cuanto a la modificación de los slots relativos a las descargas de buques, fijando un límite temporal (cinco días antes de la fecha del inicio de la prestación de servicio) para solicitar al GTS la misma. Cualquier comunicación posterior a dicha fecha supone un incumplimiento de lo previsto en la Circular 8/2019 y puede ser sancionable como sucede en este

INTERNA

caso. El artículo 32 incluye la cancelación ya que la cancelación es por definición un tipo de modificación que supone el “no uso” del slot (como aclara el apartado 3 del citado artículo 32). No hay dudas al respecto de la cancelación como un tipo de modificación, en este caso de la cantidad a descargar, pues esta se vio modificada desde un valor inicial de 1.050 GWh hasta un valor final de 0 GWh. Sería ilógico considerar una modificación la reducción de la cantidad a descargar por un usuario, por ejemplo, en un 50% y no hacerlo en el caso de que la reducción suponga el 100%, como así ha sido.

El plazo de comunicación mínimo de cinco días se determinó al objeto de conjugar las necesidades de flexibilidad de los usuarios con la seguridad de suministro del sistema gasista. De este modo, el incumplimiento del plazo mínimo de antelación previamente referido puede crear ineficiencias, poner en riesgo y dificultar la operación del sistema gasista, máxime en un modelo de acceso como el actual, en el que las plantas de regasificación se gestionan de una forma integrada y los cambios sobrevenidos en una de ellas afecta al sistema en su conjunto. Asimismo, dicho incumplimiento puede llegar a afectar también los derechos adquiridos por otros usuarios, por ejemplo, impidiendo una operación de carga de GNL en buque, previamente comprometida, por no disponer de GNL suficiente en la planta de regasificación debido a la cancelación de una descarga comprometida anterior sin la suficiente antelación.

Una solicitud de cancelación realizada en un plazo inferior a los cinco días, como ha quedado acreditado en los hechos probados, supone, en primer término, un incumplimiento de lo previsto en la Circular 8/2019, en tanto que se solicita fuera de plazo, y además dicho comportamiento es integrable en el tipo sancionador del artículo 110 p), en tanto que el GTS no ha sido informado de una modificación en el programa de aprovisionamiento de gas o, eventualmente, de una incidencia que varía sustancialmente dichas previsiones en la forma reglamentariamente establecida, es decir, con una antelación mínima de cinco días.

Tercero. Consideraciones sobre las alegaciones de RWE.

Según lo indicado, los hechos que dan lugar a este procedimiento sancionador son claros: el incumplimiento por parte de RWE de la obligación de comunicar con una antelación mínima de cinco días el no uso de un slot, según el artículo 32 de la Circular 8/2019.

Las alegaciones de RWE a la propuesta de resolución, tal como han quedado descritas, se pueden sintetizar del siguiente modo:

- Falta de tipicidad:

INTERNA

- Que, a efectos del preaviso de cinco días previsto en el artículo 32.2 de la Circular 8/2019, la propuesta equipara la “modificación” de un slot y su “cancelación” de forma contraria al principio constitucional de tipicidad. El citado artículo 32.2 no regulaba en el momento de los hechos ningún plazo para las cancelaciones, tal como confirma la modificación de la Circular 8/2019, operada por la Circular 9/2021. Por tanto, la integración del tipo del artículo 110 p) de la LSH con el plazo de preaviso del artículo 32.2 de la circular es una interpretación extensiva y analógica.
- Que no se ha acreditado la existencia de una “variación sustancial” de las previsiones de RWE, como exige el artículo 110 p) de la LSH.
- Actuación diligente de RWE: El 29 de diciembre de 2020, RWE no confirmó el Cargo, sino que advirtió de su posible cancelación.
- Desproporción de la sanción propuesta: Que, con carácter subsidiario, la cuantificación de la sanción (3,6 millones de euros) es desproporcionada.

Se da respuesta a las alegaciones anteriores mediante consideraciones que siguen el orden recién indicado.

A. Sobre la supuesta falta de tipicidad.

El razonamiento de RWE acerca de la falta de tipicidad se fundamenta, a su vez, en dos argumentos. El primero consiste en que, al equipararse en la propuesta de resolución la “modificación” de un slot con su “cancelación”, se habría incurrido en una interpretación extensiva del artículo 32 de la Circular 8/2019 aplicable *ratione temporis* y, por extensión, del tipo infractor (el artículo 110 p de la Ley 34/1998). El segundo argumento consiste en que no se habría acreditado que la cancelación haya supuesto una variación sustancial de las previsiones de RWE. Se analizan a continuación.

1. El no uso o cancelación de un slot como forma de modificación.

El artículo 32.1 de la circular señala que “*Los adjudicatarios de slots (...) podrán solicitar la modificación de la localización, de la fecha de inicio de prestación del servicio y del tamaño del buque (...)*” en ciertas condiciones. Las condiciones o criterios para aceptar o rechazar una modificación estarían establecidas en un procedimiento sobre requisitos logísticos para la modificación de slots a publicar por el GTS en su página web (el citado PA-4 que refiere RWE en sus alegaciones).

INTERNA

El apartado 2 del mismo artículo 32 de la Circular 8/2019 establece que “*las solicitudes de cambio deberán realizarse con una antelación mínima de cinco días a la fecha de inicio de prestación del servicio, o a la nueva fecha de inicio solicitada cuando ésta sea anterior (...)*”.

Finalmente, el artículo 32.3 dispone: “*En cualquier caso, los usuarios deberán abonar los slots adquiridos independientemente de que hagan o no uso de los mismos*”.

El razonamiento de la propuesta de resolución es claro: el no uso de un slot (o cancelación, como señala RWE) es un tipo de modificación. De hecho, es la forma de modificación más extrema posible. Supone una variación de la cantidad a descargar, la cual se vio modificada desde un valor inicial, en este caso, de 1.050 GWh hasta un valor final de 0 GWh.

RWE alega en contra de tal razonamiento que el artículo 32 se refiere a la modificación del “*tamaño del buque*”, y que “*no existen buques de tamaño 0 GWh*”.

No puede aceptarse dicha alegación de RWE. Con anterioridad a los hechos que dieron lugar a la incoación del presente procedimiento sancionador, la CNMC ya había dejado clara su interpretación de la circular en este punto.

Mediante un acuerdo de 5 de noviembre de 2020 por el que se dio contestación a la consulta de un operador, y que fue objeto de publicación en la página web de la CNMC, para general conocimiento, el regulador señaló que la modificación del tamaño de un buque debería entenderse también en términos de tamaño de la descarga, es decir, de cantidad de gas descargado¹:

Como contestación a la segunda consulta de Reganosa, es preciso tener en cuenta el artículo 32 de la Circular 8/2019, de la CNMC, sobre flexibilidad de uso de los slots contratados. Este artículo permite al usuario solicitar la modificación de la localización, de la fecha de inicio de prestación del servicio y del tamaño del buque (entendiendo este también como el tamaño de la descarga o carga de GNL a realizar).

Dicho de otro modo, una interpretación correcta del artículo 32 de la circular supone considerar que la modificación del tamaño de un buque debe equipararse

¹ Acuerdo por el que se da contestación a la consulta de Regasificadora del Noroeste, S.A., sobre la consideración de las operaciones de enfriamiento y carga de GNL en buques y su facturación desde el 1 de abril de 2020 al 30 de septiembre de 2020 (CNS/DE/1337/20) https://www.cnmc.es/sites/default/files/3263874_0.pdf

a la modificación de la cantidad de gas descargado. Por ello, tal como señaló la propuesta de resolución, pasar de una descarga de 1.050 GWh a otra de 0 GWh constituye de modo indubitado una modificación.

Tampoco puede aceptarse, como señala RWE, (i) que la circular no contemplase un plazo de preaviso mínimo de 5 días para la cancelación de un slot, ni (ii) que tal circunstancia se haya visto confirmada por la modificación posterior de la circular.

- **Sobre la exigencia de preaviso de 5 días en caso de no uso del slot.**

RWE efectúa interesadamente una interpretación compleja y artificiosa del artículo 32 de la circular. A tenor de dicha interpretación, existirían tres posibles operaciones sobre un slot: modificaciones, ajustes y cancelación. Las dos primeras requerirían el mencionado preaviso de 5 días. En cambio, para la cancelación no estaría previsto preaviso alguno, siendo la única consecuencia del no uso del slot el pago de los servicios no usados.

La interpretación de RWE es insostenible. De entrada, como se acaba de indicar, la cancelación es la forma más extrema posible de modificación de un slot, que afecta al tamaño de la descarga (o sea, a la cantidad a descargar), pues supone su no uso. En tal medida, resulta incuestionable que dicha modificación está sujeta al preaviso de 5 días establecido en el artículo 32.2 de la circular, como indicaba la CNMC en su acuerdo de 5 de noviembre de 2020.

Ni la más forzada de las interpretaciones permite sostener que la modificación de un slot, por leve que sea, esté sujeta al plazo mínimo de preaviso de 5 días y, sin embargo, su no uso, forma extrema de modificación, no esté sujeta a plazo alguno, a pesar de sus consecuencias notoriamente más relevantes para el sistema.

El apartado 3 del artículo 32 (*“En cualquier caso, los usuarios deberán abonar los slots adquiridos independientemente de que hagan o no uso de los mismos”*), además de aclarar que el no uso de un slot es una forma de modificación, se limita a añadir una consideración obvia: lo ya adquirido debe abonarse aunque no se use por decisión del adquirente. La natural exigencia de abonar lo adquirido no permite dar al no uso del slot una consideración singular, separada de las modificaciones a efectos de su comunicación, como RWE pretende.

INTERNA

- **Sobre la modificación de la Circular 9/2021.**

Tampoco puede aceptarse que la modificación de la Circular 8/2019 mediante la Circular 9/2021 haya venido a aclarar que el plazo de preaviso de 5 días no era aplicable a las cancelaciones de slots. Todo lo contrario.

La modificación de la circular supuso introducir un nuevo artículo 41 que vino a establecer penalizaciones por la cancelación de slots que varían en función de la antelación con la que tenga lugar la notificación. Pero, como el apartado 2 del nuevo artículo 41 establece con meridiana claridad, tales penalizaciones son independientes de las responsabilidades debidas al incumplimiento del preaviso de 5 días asociado a la modificación o no uso del slot, las cuales están previstas desde la redacción inicial de la circular (artículo 32.2 de la Circular 8/2019). El citado artículo 41.2 lo establece en estos términos:

2. Se podrán establecer condiciones logísticas y económicas sobre aquellos slots contratados que no sean finalmente utilizados por un usuario ni puestos a disposición de otros usuarios. Estas condiciones podrán consistir en recargos para el usuario por los slots no liberados, cuya cantidad no podrán superar diez veces el valor del término fijo del peaje. En caso de que el peaje del servicio no disponga de término fijo, el recargo se aplicará sobre el término variable multiplicado por la capacidad contratada. El importe del recargo guardará relación con la antelación con la que se haya comunicado la no utilización o la liberación del slot, pudiendo ser tenida en cuenta, adicionalmente, la situación de congestión del servicio. Estos recargos se aplicarán sin perjuicio de las responsabilidades derivadas del incumplimiento de la antelación mínima establecida en el artículo 32.2 de esta circular.

La introducción de un nuevo artículo 41 en la circular exigía, por razones de claridad, añadir una referencia en el artículo 32.2 que remitiese a ese nuevo régimen de penalizaciones por cancelación de slots que vino a añadirse al único remedio existente hasta entonces: la responsabilidad por el incumplimiento del preaviso de 5 días (*“Cada slot solo podrá ser modificado el número de veces que se establezca mediante resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y las solicitudes de cambio deberán realizarse con una antelación mínima de cinco días a la fecha de inicio de prestación del servicio, o a la nueva fecha de inicio solicitada cuando esta sea anterior. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41.2 (...)”*).

En definitiva, las penalizaciones por la cancelación de slots se añaden, sin sustituirlas, a las responsabilidades ya previstas en la anterior redacción de la circular, y que subsisten en su nueva redacción.

INTERNA

- **Sobre la integración del incumplimiento en el tipo infractor.**

Una vez aclarado que el no uso del slot previsto en el artículo 32 es una forma de modificación (de hecho, la más extrema), ninguna dificultad ofrece la integración del incumplimiento del preaviso sobre tal modificación (consistente en el no uso) en el tipo infractor del artículo 110.p LSH:

p) El incumplimiento, por parte de los sujetos con derecho de acceso, de su obligación de comunicar a los titulares de las instalaciones con quienes hayan suscrito los contratos de acceso y al gestor técnico del sistema su programa de aprovisionamiento y consumo en la forma que se establezca, así como cualquier incidencia que pueda hacer variar sustancialmente dichas previsiones.

Es del todo evidente que RWE no comunicó el no uso o cancelación en la forma establecida (con una antelación mínima de cinco días), de manera que su conducta encaja perfectamente en el tipo infractor.

A pesar de ello, la interesada cuestiona asimismo la tipicidad al señalar que la variación de su programa de aprovisionamiento no comunicada correctamente no era “sustancial” en los términos que exige el tipo infractor. Se analiza a continuación.

2. Sobre la integración del tipo infractor.

Acerca de la integración de su conducta en el tipo infractor del artículo 110 p), la interesada alega que la propuesta de resolución no habría acreditado que la modificación de sus previsiones haya sido “sustancial” atendiendo a sus operaciones en España. Tal alegación carece de fundamento, como revela el propio escrito de la interesada, según se explica a continuación.

- **Sobre el incumplimiento de RWE de informar en la forma establecida sobre su programa de aprovisionamiento.**

El tipo infractor del artículo 110 p) pretende salvaguardar la seguridad de las instalaciones y del suministro del sistema gasista español.

A tal fin, distingue dos incumplimientos distintos de los deberes de comunicación de un usuario hacia los titulares de las instalaciones y hacia el gestor técnico del sistema:

- El incumplimiento del deber de comunicar su “*programa de aprovisionamiento y consumo*” en la forma establecida.

INTERNA

- El incumplimiento del deber de comunicar cualquier “*incidencia*” que pueda afectar sustancialmente a tales previsiones.

La infracción se agota con la mera actividad consistente en la falta de comunicación en la forma establecida del programa de aprovisionamiento o de las incidencias que puedan afectar a dichas previsiones. Dicho de otro modo, la infracción no exige un resultado en forma de daño al sistema o a las instalaciones. El legislador ha adelantado el umbral de protección para evitar, precisamente, el riesgo de que tal daño acontezca, debido a las severas consecuencias que ello tendría.

RWE incumplió el deber de comunicar su programa de aprovisionamiento y consumo porque no informó de la modificación de dicho programa consistente en el no uso de un slot en la forma establecida, con un preaviso de 5 días.

RWE incumplió la obligación establecida en el artículo 110 p) consistente en no comunicar su programa de aprovisionamiento.

El término “incidencia” al que se refiere el último inciso del tipo infractor aludiría a un evento sobrevenido o imprevisto que pueda afectar al programa de aprovisionamiento². A tenor de los hechos probados, no se estaría ante una incidencia o hecho imprevisto que pudiese afectar al aprovisionamiento de gas natural. Lejos de ello, la decisión de RWE de desviar el buque se adoptó libre y voluntariamente por la empresa, con plena consciencia de que ello afectaría a su programa de aprovisionamiento.

La decisión de desviar un buque con descarga programada, la cual se habría adoptado con el objetivo de la empresa de maximizar su beneficio empresarial, es legítima, pero está sujeta a formalidades (en este caso, el preaviso de cinco días). Tales formalidades se exigen para no poner en riesgo la seguridad del suministro y de las instalaciones del sistema gasista español.

Al incumplir esas formalidades, RWE incurrió en la infracción del artículo 110 p), pues no informó en la forma establecida de su programa de aprovisionamiento, el cual modificó la empresa por decisión propia. La mera falta de comunicación

² La edición digital del Diccionario de la Real Academia Española define “incidencia” como “*Acontecimiento que sobreviene en el curso de un asunto o negocio y tiene con él alguna conexión*” (<https://dle.rae.es/incidencia>), siendo la acepción pertinente de “sobrevenir”, en este caso, aquello que viene “improvisadamente” (<https://dle.rae.es/sobrevenir>).

de su programa en la forma establecida agotó la infracción, sin necesidad de que se diese un resultado separado en el sistema gasista en forma de daño.

En definitiva, RWE incumplió la obligación de comunicar su “*programa de aprovisionamiento y consumo*”, pues no comunicó una modificación de ese programa en la forma que establece el artículo 32 de la Circular 8/2019, es decir, con una antelación mínima de 5 días. Ello bastaría para que se considere incumplida la obligación de comunicación que sanciona el artículo 110 p).

- **Sobre el incumplimiento de RWE de la obligación de comunicar incidencias que puedan hacer variar sustancialmente sus previsiones.**

RWE considera que la parte relevante del tipo infractor del artículo 110 p) a los efectos de su conducta es el último inciso, relativo a la no comunicación de incidencias que puedan hacer variar sustancialmente sus previsiones. En tal sentido considera que la propuesta de resolución no justifica que la variación de sus previsiones haya sido “sustancial”³.

Como se ha señalado, cabe considerar que RWE incumplió la obligación de comunicar su programa de aprovisionamiento. Dicho programa no se comunicó en la forma establecida porque la empresa no informó con un preaviso de cinco días sobre la modificación de un slot consistente en su no uso. El no uso del slot programado no fue una incidencia (un hecho imprevisto), sino una decisión empresarial libremente adoptada que modificó su programa.

Pero, incluso aceptando la interpretación de RWE de que la decisión de desviar en el último momento un buque que contaba con ETA confirmada por su capitán fue una “incidencia”, el tipo infractor también se deberá considerar integrado correctamente. No cabe duda de que el no uso del slot podía hacer variar sustancialmente las previsiones de la empresa, como así sucedió.

La “sustancialidad” de la variación de las previsiones de la empresa resulta de la cantidad de energía considerada, de las características de la planta en que estaba programada la descarga y del contexto temporal en que se produjo esa variación. Se analiza por separado a continuación.

³ Por ejemplo, folio 333: “[la propuesta] no justifica por qué la cancelación del Cargo ha supuesto ninguna variación sustancial del programa de aprovisionamiento de RWE”.

- **Sustancialidad de la variación por la cantidad de energía no aportada.**

RWE realiza un análisis sesgado sobre la relevancia de su cancelación al omitir toda referencia a la cantidad de energía dejada de aportar al sistema y tomar como base de comparación un periodo arbitrariamente extenso de un año. Ese plazo no es significativo a efectos de la operativa del sistema, que tiene lugar en tiempo real. Se explica a continuación.

En primer lugar, RWE argumenta que la cancelación tuvo escasa incidencia porque tan solo supuso una transacción puntual frente a un total de [conf.] transacciones realizadas por la comercializadora a lo largo de un año, esto es, un [conf.]% de su operativa. Esto es insostenible. Para poder valorar realmente la relevancia de la cancelación es preciso tener en cuenta la cantidad de energía no suministrada. La mera consideración del número de transacciones realizadas para analizar la mayor o menor incidencia de la cancelación es inadecuada, ya que no tiene en cuenta la energía de dichas transacciones, siendo estas de valores muy dispares entre sí. En este sentido, ha de señalarse que la cantidad que RWE iba a descargar y luego se canceló supone aproximadamente un día de consumo de todo el sistema gasista español, razón por sí sola que revela su carácter sustancial.

En segundo lugar, la empresa compara la cantidad de energía no suministrada por el buque cancelado (1.050 GWh) con la energía total de las transacciones de compraventa realizadas por ella a lo largo de un año completo ([conf.] GWh). Esto supone un [conf.]% de la energía total del año (superior a lo indicado por RWE, que lo cifra “entre un [conf.]% y un [conf.]% del volumen total de transacciones”). Con independencia de que la modificación de un [conf.]% de las previsiones anuales deba considerarse por sí misma sustancial, la argumentación de la empresa consistente en referenciar tal variación al período de un año diluye artificialmente la incidencia real de la cancelación.

Comparar esta variación con la actividad de la empresa a lo largo de todo un año no se sustenta técnicamente desde el punto de vista de la gestión técnica de las infraestructuras del sistema gasista, la operativa de estas y la seguridad de suministro. Dichas operativa y gestión de las instalaciones, así como la seguridad del suministro, deben garantizarse en todo momento, y no en términos medios anuales. La seguridad de suministro depende, fundamentalmente, de la entrada permanente de aprovisionamientos de gas, en el caso español procedentes en gran medida de buques de GNL, que permitan mantener en todo momento unas existencias de gas (GNL en este caso) por encima de un nivel determinado, de modo que no se comprometa la operación técnica de las infraestructuras, los derechos adquiridos por otros usuarios y, en definitiva, que se permita garantizar

INTERNA

el suministro a los consumidores finales de una forma lo más predecible y segura posible.

La operativa del conjunto del sistema en tiempo real obliga a garantizar en todo momento su correcto funcionamiento. La cancelación de la descarga de RWE no puede ser valorada como un valor “medio anual”. En su análisis, RWE no ha tenido en cuenta el impacto que una acción puntual, como la cancelación de su buque sin el preaviso mínimo que establece la normativa, puede llegar a tener, ni la complejidad y el múltiple número de decisiones técnicas que conlleva la gestión de esta, debido a la multiplicidad de usuarios que operan en el sistema gasista y a la interrelación entre todas las infraestructuras. Lo anterior explica por sí solo la exigencia de notificación de modificaciones con una antelación mínima, y la tipificación de su incumplimiento como infracción.

En vista del plazo tan reducido del horizonte temporal en el que se gestiona la seguridad de suministro, así como el impacto que puede tener una acción puntual como la cancelación del buque por RWE sobre el sistema gasista, la empresa no comunicó en el plazo establecido en la normativa (5 días), lo que ella considera una incidencia que, de hecho, hizo variar sustancialmente sus previsiones de aprovisionamiento, ya que no se produjo, por ejemplo, una ligera modificación de la cantidad a descargar, sino que la descarga se modificó hasta el extremo del no uso del slot, o cancelación de forma completa.

- **Sustancialidad de la variación por las características de la planta prevista para la descarga.**

La cancelación de un solo cargamento de GNL con una antelación tan reducida es sustancial porque puede suponer un perjuicio para el sistema, al restar capacidad de maniobra al GTS para adoptar aquellas modificaciones de las consignas técnicas que sean oportunas para minimizar el impacto asociado. En el caso particular de la planta de Bilbao, esta dispone de tres tanques de almacenamiento de GNL, con una capacidad conjunta útil de 2.838 GWh (una vez descontado el gas talón, que debe estar permanentemente inmovilizado en los tanques para el correcto funcionamiento de las bombas de GNL). La cancelación del buque de RWE supuso una reducción sobrevenida de un 37% de las existencias previstas en dicha planta, lo que, de forma patente, pone de

INTERNA

manifiesto el elevado grado de incidencia sobre la operativa de la planta, y con ello la sustancialidad de la variación de las previsiones del usuario⁴.

La comunicación del no uso del slot con tan poca antelación supuso que la planta pasase a contar repentinamente con un 37% de existencias inferiores a las previstas. Ello pone en riesgo la operativa, ya que en un sistema gasista integrado como el español, lo que sucede en una de las entradas afecta al resto, pudiendo incluso llegar a afectar a otros usuarios. Esto es así dado que, operativamente y, entre otras cuestiones, con anterioridad a las descargas se deben vaciar los tanques de las plantas para hacer hueco suficiente para que las descargas de GNL puedan tener lugar físicamente (para lo cual se debe tener en cuenta el calendario completo de descargas, no solo el de un usuario, sino el de todos); se debe tener en cuenta el calendario completo de las cargas previstas (ya que una carga determinada puede llegar a verse comprometida si se cancela una descarga anterior), se debe tener en cuenta la regasificación diaria nominada por los usuarios (esta supone una extracción de GNL de los tanques, que se reparte diariamente entre todas las plantas del sistema), y se debe tener en cuenta que las plantas están sujetas a unos valores mínimos de regasificación, para evitar la emisión de gas natural a la atmósfera (con el consiguiente perjuicio medioambiental y económico), y a unos valores de regasificación máxima (determinado por la capacidad nominal de la planta).

- **Sustancialidad de la variación debido al aviso por bajas temperaturas.**

La repercusión de la cancelación de RWE sin cumplir el plazo exigido se vio aún más agravada, dado que, como el GTS indicó en sus comunicaciones a la empresa, esta tuvo lugar en un momento de aviso por bajas temperaturas, que posteriormente evolucionó hasta el escenario más crítico de ola de frío (la borrasca Filomena que aconteció entre los días 5 y 10 de enero de 2021, y que se prolongó hasta el 17 de enero de 2021, con registros históricos en cuanto a bajas temperaturas)⁵.

⁴ Según explica la denuncia del GTS (folio 7), la cancelación “*tuvo un impacto directo sobre el nivel de autonomía de BBG*” y requirió la reacción de GTS con escaso margen de tiempo, con el riesgo que ello supone.

⁵ Según se puede consultar en la web de Aemet: “*La borrasca Filomena, sexta de la temporada 2020-2021, fue nombrada por AEMET el martes 5 de enero de 2021 a las 10:00 UTC por avisos emitidos para el 6 de enero y siguientes días por temporal de viento, lluvias fuertes y/o persistentes y mar en Canarias, sur de Andalucía y Ceuta, y por nevadas copiosas en amplias zonas del interior peninsular. Todos los fenómenos anunciados tuvieron lugar entre los días 6 y 10 de enero, pero lo más destacado fue la gran nevada ocurrida en el interior peninsular los días 8 y 9, que sin lugar a dudas puede ser calificada como histórica, al acumular hasta 50 cm de nieve en Madrid capital y en otras zonas del centro y este. Tras*

INTERNA

Según se indicó en los antecedentes, el 30 de diciembre de 2020 el GTS recalcó a RWE la especial importancia que tenía la confirmación formal de la utilización de su slot asignado y programado en la terminal de Bilbao para el 7 de enero de 2021 debido al periodo de aviso por bajas temperaturas, añadiendo que se consideraba a todos los efectos en sus diferentes escenarios operativos la descarga en la terminal de Bilbao para el próximo día 7 de enero de 2021. El 4 de enero de 2021, antes de la cancelación efectiva de la descarga por parte de RWE, el GTS insistió en que la situación climática había evolucionado desde la última comunicación, encontrándose el sistema sometido a una ola de frío, con incrementos de demanda esperados cercanos a los valores máximos históricos (folio 3)⁶. El aviso no fue suficiente para impedir la decisión empresarial de RWE de descargar el buque en otro destino en el último momento, fuera de los plazos de antelación mínima establecidos.

En definitiva, las situaciones de aviso por bajas temperaturas (siendo la aquí considerada de especial gravedad) dan lugar al incremento del consumo de gas, complicando y reduciendo aún más la flexibilidad y el margen de maniobra para la gestión del sistema gasista, lo que revela la sustancialidad de la variación no comunicada en plazo en este caso.

B. Sobre la supuesta actuación diligente de RWE.

La interesada ha alegado que “*El 29 de diciembre de 2020, RWE no confirmó el cargo, sino que advirtió de su posible cancelación*”. De esta manera, sostiene, actuó de manera diligente.

La alegación no se puede aceptar de manera obvia. La advertencia sobre la “posible” cancelación de la descarga no constituye en modo alguno la cancelación de dicha descarga, la cual tuvo lugar, de modo evidente, obligando a la adopción urgente de medidas de gestión técnica del sistema por parte del GTS, cuando la interesada manifestó expresamente que la descarga no se haría, lo cual tuvo lugar solo tres días antes de la fecha prevista. Con ello, la interesada incumplió la obligación de preaviso de 5 días establecida en la Circular 8/2019. El intercambio de comunicaciones entre el GTS y la empresa que se describe en

desaparecer Filomena, cesar las precipitaciones y despejarse los cielos durante el domingo 10 dio inicio una ola de frío que duró desde el lunes 11 hasta el domingo 17, que también se puede considerar histórica por los registros alcanzados”.

(https://www.aemet.es/es/conocermas/borrascas/2020-2021/estudios_e_impactos/filomena).

⁶ A ello se unieron fuertes restricciones de las importaciones de gas por Tarifa y Almería (folio 4).

INTERNA

los folios 1 a 4 del expediente y se resume en los hechos probados es elocuente sobre la falta de diligencia de RWE.

La falta de comunicación por parte de RWE en la forma establecida (con antelación mínima de 5 días) de la modificación de su programa de aprovisionamiento o, en interpretación de la empresa, de incidencias que puedan afectar significativamente a sus previsiones, tuvo un impacto potencial sobre el sistema gasista, poniendo en riesgo al mismo. Si, finalmente, la cancelación no llegó a suponer una lesión para otros usuarios del sistema, ni para la seguridad de suministro, esto fue fruto, principalmente, de la gestión técnica llevada a cabo por el GTS para minimizar el impacto de la cancelación⁷. Así, el GTS modificó las consignas operativas de las infraestructuras gasistas para adaptarse a la situación sobrevenida, aunque de una forma menos predecible y segura de la que habría tenido lugar en circunstancias normales. Pero la falta de daños al sistema también fue fruto del azar, es decir, que de producirse una situación similar en otras circunstancias, por ejemplo, con un menor nivel de llenado en los tanques de GNL o con una carga de GNL programada a continuación de la descarga prevista, esta podría haber llegado a producir una lesión muy importante sobre el sistema gasista (como denegar la carga de GNL a otro usuario, tener que proceder al venteo de gas natural a la atmósfera, etc.), que es precisamente lo que se quiere evitar a través del cumplimiento de la normativa vigente, la cual, debe recordarse, se limita a sancionar la falta de comunicación en forma, conducta que agota el tipo infractor.

En definitiva, es incuestionable que RWE incumplió el deber de comunicar su programa de aprovisionamiento o una variación sustancial de este. Con relación a esto último, es evidente que la modificación efectuada por RWE incumpliendo el deber de comunicación en plazo, no fue irrelevante, sino sustancial, por los motivos que se han expuesto pormenorizadamente, conclusión coincidente con la expresada por el GTS en su denuncia⁸. Si se asumiese por otros

⁷ Según explica la denuncia del GTS (folio 5) *“la cancelación de RWE SUPPLY & TRADING GMBH no hizo sino ahondar en la complicada situación del Sistema, ya que minimizó los niveles de GNL esperados en la terminal de BBG, que ya había emitido consignas operativas los días previos contando con dicho cargamento, al objeto de generar el espacio necesario en los tanques para hacer posible la operación [...]”. Al mismo folio se añade que “en un periodo de especial vulnerabilidad del sistema gasista, el GTS declaró Situación de Operación Excepcional Nivel CERO, mediante Nota de Operación Nº1/2021”, lo que requirió desvíos de buques programados.*

⁸ Folio 6: *“[...] el GTS considera que conductas como las llevadas a cabo por parte de RWE SUPPLY & TRADING GMBH en esta ocasión, conllevan un riesgo real para el sistema gasista, al no proporcionar con antelación suficiente información básica para un correcto análisis de la autonomía, programación y operación del Sistema. Concretamente, la*

INTERNA

comercializadores la interpretación de RWE sobre la irrelevancia para el sistema de una modificación como la aquí considerada, se incrementaría de forma exponencial el riesgo y la probabilidad de que las lesiones mencionadas para el sistema ocurran con frecuencia, que es lo que pretende evitar la normativa. De hecho, este procedimiento sancionador no es el único incoado por este motivo.

C. Sobre la desproporción de la sanción.

La interesada se refiere a la supuesta desproporción de la sanción de 3,6 millones de euros propuesta por el instructor.

Cabe apuntar al respecto que en la determinación de dicha cantidad económica se ha tenido en cuenta tanto la graduación económica establecida en la normativa vigente en función del tipo de infracción (grave en este caso, con una sanción máxima de 6 millones de euros), como el grado de incumplimiento, todo ello con consideración del límite del 5% del importe neto de la cifra de negocios de la empresa, como establece la Ley 34/1998.

Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que en el último procedimiento de asignación de capacidad de descarga de buques de periodicidad anual, celebrado en el mes de julio de 2022, las primas medias alcanzadas en las subastas para el año de gas de octubre-22 a septiembre-23 fueron de 1,33 millones de euros por slot de descarga, de modo que la sanción sería inferior a tres veces el coste de una descarga, lo que se considera desincentivador de la conducta que se pretende evitar, pero no desproporcionado.

Cuarto. Culpabilidad.

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 pasivo al que se impute su comisión. 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 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, según el

actuación de RWE SUPPLY & TRADING GMBH ha ocasionado un elevado impacto para la seguridad de suministro, de especial complejidad en el periodo invernal".

INTERNA

cual “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”.

Este precepto 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”* (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 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).

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que consiste la infracción y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 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 diligencia que es exigible a un comercializador en su condición de sujeto de mercado implica el cumplimiento puntual de las obligaciones características de estos sujetos, entre las que se encuentran la ya mencionada obligación descrita en el artículo 110. p) de la Ley 34/1998 en relación con el artículo 32.2 de la Circular 8/2019, de informar al GTS, en particular, en el plazo máximo de cinco días antes de la cancelación del slot contratado.

A la vista de los hechos probados, y teniendo en cuenta la reiteración por parte del GTS solicitando confirmación de la realización de la descarga del buque y la falta de información de RWE al respecto que se extendió durante varios días,

INTERNA

incluso no contestando a los requerimientos del GTS, todo ello pone de manifiesto una actuación negligente por parte de RWE en el cumplimiento de sus obligaciones, en tanto que sujeto obligado -como adjudicatario del slot- a comunicar de forma clara y transparente su programa de aprovisionamiento o cualquier incidencia que afectara a sus previsiones.

Por tanto, el incumplimiento del plazo de cinco días para notificar la cancelación de la descarga del buque, que viene precedido de una actuación claramente obstructiva por parte de RWE, debe calificarse como culpable en el sentido que acredita una actuación negligente, cumpliendo así con el principio de culpabilidad exigido en el derecho sancionador.

Quinto. Sanción.

El artículo 113 de la Ley 34/1998 prevé una multa por importe de hasta 6.000.000 euros por la comisión de una infracción grave; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 5 % del volumen de negocio anual del sujeto infractor.

Por su parte, el artículo 112 de la Ley 34/1998 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la sanción:

- 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.

La conducta infractora se atribuye a la empresa a título de negligencia culpable. Según se indicó, fortuitamente, es decir, fundamentalmente por azar, además de por la reacción del GTS, no se ha producido daño ni perjuicio en la continuidad y regularidad del suministro a usuarios. En cambio, la infracción sí supuso un peligro para la seguridad de las instalaciones y del sistema gasista, pues minimizó el tiempo disponible para el GTS a fin de adoptar decisiones operativas, de forma coordinada con los agentes, para evitar el daño derivado de la no

INTERNA

aportación del gas programado en un momento de alta demanda y elevada vulnerabilidad del sistema por las bajas temperaturas, según se ha indicado.

Atendidas las anteriores circunstancias y teniendo en cuenta el límite del 5% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, que asciende a 18.426.000.000 euros, según se dispone en la mejor información financiera disponible en el informe de ORBIS, correspondiente al ejercicio 2019, se propone la imposición de una multa de 3.600.000 (tres millones seiscientos mil euros por la infracción del artículo 110.p) de la Ley 34/1998.

La proporcionalidad de la multa resulta evidente, pues solo representa el 0,019% del volumen de negocio de la empresa.

ACUERDA

PRIMERO. Declarar que la empresa RWE SUPPLY & TRADING GMBH es responsable de la comisión de la infracción grave prevista en el artículo 110. p) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

SEGUNDO. Imponer a RWE SUPPLY & TRADING GMBH una sanción consistente en el pago de una multa de **3.600.000 (tres millones seiscientos mil) euros** por la comisión de la citada infracción grave.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

INTERNA