



Roj: **SAN 3437/2023 - ECLI:ES:AN:2023:3437**

Id Cendoj: **28079230042023100300**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **01/03/2023**

Nº de Recurso: **349/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN CUARTA**

**Núm. de Recurso:0000349 /2017**

**Tipo de Recurso:PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General:04945/2017**

**Demandante:GUNVOR INTERNACIONAL B.V.**

**Procurador:LUIS JOSE GARCIA BARRENECHEA**

**Demandado:COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

**Codemandado: ENAGAS GTS SAU**

**BEATRIZ PEREZ-URRUTI IRIBARREN**

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

**D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

**Dª. CARMEN ALVAREZ THEURER**

**D. MARCIAL VIÑOLY PALOP**

**Dª. ANA MARTÍN VALERO**

Madrid, a uno de marzo de dos mil veintitrés.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **349/2017** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido por **GUNVOR INTERNACIONAL B.V.** representado por **D.LUIS JOSE GARCIA BARRENECHEA** y codemandado **ENAGAS GTS SAU** representado por **Dª BEATRIZ PEREZ-URRUTI IRIBARREN** respectivamente, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 1 de junio de 2017, por la que se resuelve el Conflicto de Gestión Económica del Sistema Gasista interpuesto por GUNVOR International, B.V. contra ENAGAS GTS, S.A.U., en relación con la



anulación provisional de la transacción ID 713664 (Expediente CFT/DE/047/16), referente a la entrega de 250 GWh por parte de INCRYGAS a GUNVOR llevada a cabo el día 26 de octubre de 2016.

Siendo parte demandada la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la parte recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 1 de septiembre de 2017 contra las resolución antes mencionada, fue admitido a trámite por decreto con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.** - Una vez recibido el expediente administrativo y en el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 7 de junio de 2018, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando:

*<< (...) que tenga por presentado este escrito con los documentos que lo acompañan, los admita y tenga por formalizada en nombre de GUNVOR demanda en las presentes actuaciones; dé a la misma el curso legal correspondiente y, en su día, dicte Sentencia mediante la cual:*

*(i) se declare no ajustada a Derecho y se anule la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 1 de junio de 2017 que resolvió el Conflicto de Gestión del Sistema Gasista interpuesto por GUNVOR Internacional, B.V contra ENAGAS GTS, S.A.U objeto de impugnación mediante el presente recurso, y, en consecuencia,*

*(ii) que se ordene a ENAGAS GTS, SAU que declare validada por el sistema la operación de transacción de gas ID 713664 de 250GWh formalizada entre INCRYGAS y GUNVOR el día de gas 26 de octubre de 2016, restituyendo a GUNVOR en el derecho de cobro por desbalance positivo correspondiente a ese día de gas,*

*(iii) que se ordene a ENAGAS GTS, SAU, que rectifique, en conformidad con lo anterior, la liquidación de desbalance diario de GUNVOR correspondiente al día de gas 26 de octubre de 2016,*

*(iv) que se ordene a ENAGAS GTS, SAU que rectifique en conformidad con lo anterior la Nota Agregada nº 4616000154 que notificó a GUNVOR el día 2 de noviembre de 2016, y*

*(v) que se ordene a ENAGAS GTS SAU abonar a GUNVOR la cantidad de CINCO MILLONES TRESCIENTOS QUINCE MIL EUROS (5.315.000 euros), resultante de considerar el derecho de cobro a favor de GUNVOR por desbalance positivo en el día de gas 26 de octubre de 2016, asociado a la operación ID 713664, cantidad que incluye la devolución de los DOS EUROS Y NOVENTA Y UN CÉNTIMOS (2,91 euros) ya cobrados por ENAGAS GTS SAU por el desbalance negativo de 130 kWh de GUNVOR para el día de gas 26 de octubre de 2016, todo ello con los intereses legales correspondientes.*

Subsidiariamente para el caso que no se estimen las peticiones (i) a (v) anteriores, se solicita de esta EXCMA SALA dicte Sentencia que declare que la cancelación de la operación ID 710978 de transacción de gas formalizada y validada en la Plataforma MS-ATR para el Día de Gas 26 de octubre de 2016, debió ser objeto del mismo tratamiento que la operación ID 713664 anteriormente referida, en base al principio de objetividad, igualdad de trato y no discriminación que debe regir la actuación del Gestor Técnico del Sistema. En consecuencia, se SOLICITA que se ordene por la CNMC a ENAGAS GTS SAU que considere a todos los efectos válida y no cancelada la operación ID 710978. Conforme a ello, SE SOLICITA que se ordene a ENAGAS GTS S.A.U que proceda a la modificación del balance provisional de GUNVOR correspondiente al día de gas 26 de octubre de 2016, y a la rectificación de la Nota Agregada nº 4616000154 de fecha 2 de noviembre de 2016 abonando a GUNVOR la cantidad de UN MILLÓN OCHOCIENTOS SETENTA MIL OCHOCIENTOS OCHENTA EUROS (1.870.880 euros) por desbalance provisional correspondiente a ese día de gas 26 de octubre de 2016, cantidad que incluye los DOS EUROS Y NOVENTA Y UN CÉNTIMOS (2,91 euros) ya cobrados por ENAGAS por el desbalance negativo de 130 kWh de GUNVOR para el día de gas 26 de octubre de 2016, todo ello con los intereses legales correspondientes.

**TERCERO.** - La Abogacía del Estado y el Codemandado contestaron a la demanda, mediante escrito presentado en fecha 18 de julio de 2018, y 19 de septiembre de 2018 respectivamente, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminaron suplicando la desestimación del presente recurso. y solicita se impugne la solicitud de prueba.

**CUARTO.**- No habiendo lugar al recibimiento a prueba, y presentadas por las partes conclusiones sucintas quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiera.

**QUINTO.**- Se señaló para votación y fallo el día 22 de febrero de 2023, fecha en que tuvo lugar.



**SEXTO.** - La cuantía del recurso se ha fijado en 5.315.000 euros

Siendo Magistrado Ponente el **Ilmo. Sr. D. Santos H.García de Castro**, quien expresa el parecer de la Sala .

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Se impugna en el presente proceso la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 1 de junio de 2017, por la que se resuelve el Conflicto de Gestión Económica del Sistema Gasista interpuesto por GUNVOR International, B.V. contra ENAGAS GTS, S.A.U., en relación con la anulación provisional de la transacción ID 713664 (Expediente CFT/DE/047/16), referente a la entrega de 250 GWh por parte de INCRYGAS a GUNVOR llevada a cabo el día 26 de octubre de 2016.

La CNMC dicta el referido acto administrativo en el ejercicio de la función que ostenta, de conformidad con el artículo 12.1 b) 2º de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de resolución de conflictos en relación con los contratos relativos a la gestión económica y técnica en el sector gasista.

**SEGUNDO.**- En el extenso escrito de demanda, en el cual se postulan los pedimentos a que se ha hecho referencia en los antecedentes de hecho, se vierten de manera reiterada una serie de alegaciones que, haciendo un esfuerzo de síntesis y al igual que hace el Abogado en su contestación, pueden concretarse en las siguientes:

a) La entidad ENAGÁS GTS ha incurrido en una falta de diligencia en su actuación respecto de INCRYGAS, lo que a la postre acarreado un perjuicio económico importante para GUNVOR (fundamentos de derecho segundo, tercero y sexto de la demanda).

Se sustente este argumento, fundamentalmente, en que se había permitido la habilitación de INCRIGAS antes del 26 de octubre de 2016 sin la exigencia de suficientes garantías; también el propio 26 de octubre, cuando no se efectuaron acciones de balance; incluso después, cuando no se le reclamaron las deudas pendientes.

b) Asimismo, ENAGÁS GTS carecía de competencia para decidir la anulación de la operación nominada ID 713664 de 250 GWh (fundamentos segundo parcialmente, cuarto y octavo).

c) La resolución de la CNMC ahora impugnada está viciada de nulidad de pleno derecho, ello como consecuencia de que se ha vulnerado total y absoluta el procedimiento legalmente establecido (fundamento quinto).

d) Es importante tener en cuenta que GUNVOR siempre ha actuado de buena fe (parte del fundamento sexto y el séptimo).

e) En otro caso, si se mantiene la anulación de la transacción objeto del presente recurso, también debería haberse anulado la otra transacción de 88 GWh efectuada el mismo día (fundamento octavo).

En base a estos argumentos, se ejercita una pretensión de plena jurisdicción en la que concretamente se postula:

1º) la anulación de la resolución recurrida, por la que se resolvió el Conflicto de Gestión del Sistema Gasista interpuesto por GUNVOR Internacional, B.V. contra ENAGAS GTS, S.A.U, a la cual, por tanto, se contrae el presente recurso;

2º) como consecuencia de lo anterior, ordene a ENAGAS GTS, SAU que declare validada por el sistema la operación de transacción de gas ID 713664 de 250 GWh formalizada entre INCRYGAS y GUNVOR el día de gas 26 de octubre de 2016, restituyéndose a GUNVOR en el derecho de cobro por desbalance positivo correspondiente a ese día de gas, asociado a la operación indicada; asimismo y por ello mismo, rectifique la liquidación de desbalance diario de GUNVOR correspondiente a ese día; en conformidad con lo anterior, rectifique también la Nota Agregada nº 4616000154 que notificó a GUNVOR el 2 de noviembre de 2016; y, por último, acuerde el abono a GUNVOR de la cantidad de 5.315.000 euros, junto con los intereses legales correspondientes.

3º) **Subsidiariamente** a los pedimentos anteriores, que se declare que la cancelación de la operación ID 710978 de transacción de gas, formalizada y validada en la Plataforma MS-ATR para el Día de Gas 26 de octubre de 2016, debió ser objeto del mismo tratamiento que la operación ID 713664, en base al principio de objetividad, igualdad de trato y no discriminación, que rigen la actuación del Gestor Técnico del Sistema; y se proceda, en consecuencia, a la modificación del balance provisional de GUNVOR correspondiente al día de gas 26 de octubre de 2016, así como a la rectificación de la Nota Agregada nº 4616000154 de 2 de noviembre de 2016,

abonando a GUNVOR la cantidad de 1.870.880 euros por desbalance provisional correspondiente al mismo día de gas, también junto con los intereses legales correspondientes.

Pues bien, la Sala dará respuesta a cada una de las cuestiones planteadas en los siguientes fundamentos jurídicos de esta sentencia.

**TERCERO.-** No obstante, antes de abordar las distintas cuestiones debatidas, habremos de hacer referencia a los **hechos que dieron lugar al conflicto de gestión** que nos ocupa, para lo que tendremos en cuenta la relación fáctica recogida en la propia resolución impugnada, los que constan en el expediente administrativo y los aducidos por las partes en los respectivos escritos de demanda y contestación.

Y son en concreto los siguientes:

**1º) El día 12 de diciembre de 2012 GUNVOR formalizó un Acuerdo Marco con Investigación, Criogenia y Gas (INCRYGAS), cuyo objeto era la compraventa de gas natural y GNL, en base al cual ambas partes pactaron una Carta de Confirmación de 10 de junio de 2016 en la que se contemplaron una serie de obligaciones recíprocas de entrega de gas, acordándose que INCRYGAS aportaría garantías bancarias por importe de 6 millones de euros antes del 10 de septiembre de 2016 y que devolvería el gas a GUNVOR en forma anticipada si llegada esa fecha no había cumplido con su obligación de aportar las citadas garantías, mas sin que llegaron a materializarse. El contrato suscrito entre GUNVOR e INCRYGAS implicaba la entrega de gas de forma diaria hasta el 1 de noviembre de 2016.**

2º) GUNVOR entregó a INCRYGAS 500 GWh de julio a septiembre de 2016.

**3º) El 25 de octubre de 2016 ambas partes acuerdan fijar el Grupo de Operaciones de entregas de gas de INCRYGAS a GUNVOR de 88 GWh entre el 26 de octubre y el 31 de octubre de 2016 (cinco días consecutivos), formalizándose al inicio del día 26 en la plataforma MS-ATR el referido Grupo de Operaciones.**

4º) A las 15:11 horas del Día de Gas 26 de octubre de 2016 ambas partes cancelaron una de las transacciones de 88 GWh (ID 710978), solicitándose dicha cancelación a instancia de INCRYGAS posteriormente a la notificación de la suspensión de su cartera de balance (página 13 del informe de ENAGÁS a la CNMC de 27 de octubre de 2016), quedando formalizada a las 18:46 horas la sustitución por la nominación ID 713657, para procederse a su entrega el 1 de noviembre de 2016, según solicitó GUNVOR a INCRYGAS y ésta aceptó.

**5º) Ambas entidades modificaron su contrato, de forma que INCRYGAS entregó ese mismo día 26 de octubre a las 19:53 horas a GUNVOR parte del gas que faltaba (250 GWh) hasta el día 1 de noviembre, mediante la transacción ID 713664, constando que se realizó una hora después de que se conociese que la cartera de balance se había suspendido por deudas.**

6º) A los fines de esta litis y en relación a la citada operación, han de destacarse además los siguientes extremos:

i) la decisión de suspensión de la cartera de balance de INCRYGAS tenía efectos de 27 de octubre de 2016 a las 6:00 horas, lo que conllevaba la anulación automática de las entregas previstas para los días 27 a 1 de noviembre;

ii) el 26 de octubre a las 18:56 horas ENAGÁS GTS ENAGAS envió un correo electrónico al que se adjuntaba el escrito relativo a la suspensión de la cartera de balance previamente remitido a INCRYGAS ("*La suspensión de la cartera de balance es efectiva a partir de las 06.00H. del día 27 de octubre de 2016*");

iii) a las 19:01 del día 26 horas, GUNVOR intentó acceder al sistema MS-ATR, sin éxito, con el fin de confirmar la cancelación de la transacción ID 710798, pero lo que finalmente pudo hacer confirmando esta circunstancia por correo a las 19:06;

iv) el 27 de octubre a las 9:31 a.m. GUNVOR envía un correo electrónico a ENAGÁS solicitando la confirmación de que las operaciones llevadas a cabo el día 26 de octubre no habían sido anuladas, comprobando en el MS-ATR que en el Balance Comercial Diario Provisional aparecía como validadas;

v) a las 13:25 horas del 26 de octubre ENAGÁS había enviado a GUNVOR un correo electrónico comunicando que la suspensión de la cartera de balance sería efectiva a partir de las 6:00 horas del día 27 de octubre;

vi) a las 15:19 horas del 27 de octubre GUNVOR comprueba a través de MS-ATR que en el desbalance provisional diario aparecía la confirmación de la entrega de 250 GWh;

vii) el 28 de octubre de 2016 a las 14:31 horas GUNVOR comprueba que la transacción de 27 de octubre de 2016 ID 711963 de 88 GWh no se había cancelado.

**7º) El 1 de noviembre de 2016 a las 11:41 horas GUNVOR constata en el MS-ATR que la transacción ID 713664 de 26 de octubre de 2016, previamente validada, aparece como anulada; y en cambio, otras operaciones del día 26 (incluida la operación de 88 GWh) constan como formalizadas.**

**8º) El 31 de octubre de 2016 el GTS formuló una consulta al Director de Energía de la CNMC sobre anulación operaciones y suspensión de cartera de balance de INCRYGAS,** en la que se informaba de la existencia de dos operaciones que se consideraban especialmente gravosas para el sistema gasista, realizadas con posterioridad a una reunión mantenida con el gestor en la que se le informaba de la inminente suspensión de su cartera de balance, y las cuales supondrían aumentar la deuda de INCRYGAS por desbalances en 5,7 millones de euros adicionales. La opinión solicitada se refería a la posibilidad de anulación de las citadas operaciones y de los efectos de las transacciones en las liquidaciones de desbalance de los agentes, hasta la respuesta de la consulta.

**9º) INCRYGAS había acumulado deudas por más de 20 millones de euros, que en parte tuvieron que ser afrontadas por ENAGAS GTS.** En el informe del GTS (pág. 20) se expresa: *"La operativa de INCRYGAS ha contribuido de forma fundamental a que el GTS haya tenido que realizar acciones de balance de compra en el Mercado Organizado, con un coste total hasta el momento de más de 4 millones de Euros. Este coste está siendo financiado por Enagás GTS con la dotación de fondos de la cuenta de liquidaciones de desbalance y acciones de balance en PVB. El GTS se ha visto obligado a incrementar el fondo inicial previsto para la cuenta de Liquidaciones para asegurar el pago a tiempo de todas las notas agregadas de los usuarios con carácter acreedor al no cumplir INCRYGAS sus obligaciones de pago, continuas todo el período"*.

Asimismo, en septiembre de 2016 INCRYGAS tenía pendiente el cumplimiento de sus obligaciones mediante la entrega a GUNVOR de las garantías bancarias o la devolución anticipada del gas previamente entregado por GUNVOR (500 GWh).

**10º) El día 2 de noviembre de 2016 el GTS anula provisionalmente el efecto de la transacción ID 713664** -hasta que la Comisión resolviera la consulta planteada-. Esta decisión la toma al entender que INCRYGAS había actuado de forma contraria a los intereses del sistema gasista transfiriendo titularidad de un gas del que no disponía, suponiendo tal actuación un quebranto económico valorado en 5.315.000 euros. Ello llevó a que se modificaron las liquidaciones de desbalance de INCRYGAS y de GUNVOR, siendo comunicada la referida anulación provisional a GUNVOR a las 11:01 horas. El mismo día recibe Nota Agregada de ENAGÁS, en la que ya no se tiene en consideración la citada operación ID 713664 (sí la cancelación de la transacción de 88 GWh (ID 710798). Y el 7 de noviembre de 2016 se carga en la cuenta bancaria de GUNVOR el importe de la liquidación del desbalance provisional.

**11º) GUNVOR presentó alegaciones ante ENAGÁS GTS,** solicitando la cancelación de la anulación provisional de la operación de venta de gas de 250 GWh.

**12º) En fecha 2 de diciembre de 2016 tiene entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el escrito presentado por GUNVOR INTERNACIONAL, B.V., en el que plantea un conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista en relación con la anulación provisional de la referida transacción ID 713664.**

El **objeto del conflicto** es resolver si la protección del sistema gasista permite rechazar o anular operaciones bilaterales de transferencia de titularidad de gas en el punto virtual de balance que sean especialmente gravosas para el sistema y, en caso afirmativo, en qué casos y con qué condiciones.

Y se plantean en concreto estas cuestiones: i) el alcance y significado de la suspensión de la cartera de balance de un usuario para los terceros; ii) la relación jurídica derivada de los contratos bilaterales de transferencia de titularidad en el punto virtual de balance; y iii) el alcance del principio de buena fe contractual consagrado en el Contrato Marco adjunto a la Resolución de la CNMC de 1 de marzo de 2016 por la que se aprueba el procedimiento de habilitación, suspensión y baja de los usuarios con cartera de balance en el PVB.

**13º) El conflicto de gestión técnica del sistema es resuelto mediante la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 1 de junio de 2017 en la que, desestimándose dicho conflicto, se acuerda confirmar la decisión de anular dicha operación.**

Esta resolución constituye el objeto del presente recurso jurisdiccional.

#### **CUARTO.- Mecanismo de desbalance.**

Dado que el objeto del conflicto que nos ocupa, no estará de más hacer una breve descripción del mecanismo del desbalance de la red de transporte gasista, en tanto ello será una pauta valiosa para determinar si la actuación de GUNVOR fue o no reprochable y, en definitiva, si resolución del conflicto de gestión se adecúa o no a Derecho.



Así, el sistema de balance requiere una situación de equilibrio diario entre las entradas y salidas de gas de una zona de balance. Se regula en el Reglamento (UE) nº 312/2014 y en la Circular 2/2015 de la CNMC, por la que se implementa en la normativa nacional dicho Reglamento. No obstante, la parte recurrente, una vez conclusos los autos, ha puesto de manifiesto la Propuesta de Circular X/2019 de la CNMC, por las que se establecen las Normas de Balance de Gas Natural y Memoria explicativa.

Conforme a dicho régimen jurídico, los usuarios son responsables de equilibrar sus carteras de balance en el Punto Virtual de Balance (PVB) de la red de transporte (artículo cuarto, 2, de la Circular 2/2015); y, por su parte, los gestores de las redes adoptan acciones de balance si existiesen desequilibrios en los balances de los usuarios que puedan afectar a la seguridad del sistema (artículo séptimo de la Circular). Esto es, la situación de balance en el PVB debe ser observada, en primer lugar, por los propios usuarios (comercializadores); cuando ello no fuese posible intervendrán los gestores de las redes (ENAGÁS GTS), a los que corresponderá adoptar, en su caso, las acciones de balance que resulten pertinentes con el fin de conseguir el equilibrio (por ejemplo, realizar compras o ventas de gas).

Es así que la regulación contenida en el artículo tercero, apartado 7, tarifa de desbalance diario, desarrollado por la Resolución de metodología de la CNMC de 12 de mayo de 2016, penaliza a los usuarios que incurran en desbalances por exceso o defecto de gas: los usuarios con desbalance negativo (defecto de gas) deben abonar a ENAGÁS GTS un cargo por desbalance evaluado al precio de mercado más un recargo, y si el desbalance fuese positivo (exceso de gas) percibirán de ENAGÁS GTS el precio de mercado menos un recargo.

Juega aquí el principio de neutralidad económica, el cual supone que los usuarios hacen frente al coste del desbalance ajeno, pues las liquidaciones se hacen en una cuenta común de liquidaciones (apartados decimotercero y decimocuarto de la Circular 2/2015); a su vez, ENAGÁS GTS no ha de ser responsable como regla general de impagos derivados del sistema de balance, aunque los asuma en primera instancia pero reclamando luego los impagos de los usuarios (apartado 7 del anexo de la Resolución de la CNMC de 12 de mayo de 2016). Así, si las reclamaciones fuesen fallidas, las deudas serán repuestas al GTS por el sistema, en última instancia por los usuarios del sistema gasista en su conjunto.

**QUINTO.- Primer motivo de la demanda: falta de diligencia de ENAGÁS GTS, lo que constituyó la causa de los perjuicios casuados a GUNVOR.**

Este motivo de la demanda se basa una serie de hechos que en buena parte han quedado ya reflejados en la glosa contenida en el fundamento tercero -sobre todo que se permitiera la habilitación a INCRIGAS antes del 26 de octubre de 2016 sin exigirle previamente las garantías suficientes, así como que durante ese día, ni después cuando no se le reclamaron las deudas, no se realizaran las acciones de balance-; los cuales han de dar lugar, a juicio de la actora, a la anulación de la actividad administrativa impugnada, precisamente por la falta de diligencia de ENAGÁS GTS mostrada a través de tales actuaciones.

Sustentando este motivo hace una muy amplia relación de datos anteriores y posteriores al día indicado, que le sirven para cuestionar de manera general la actuación llevada a cabo por ENAGÁS GTS como gestor del sistema gasista, pretendiendo a la vez descartar que ella hubiese actuado de mala fe con ocasión de la transacción ID 713664. Reclama la cantidad de 5.315.000 euros alegando que como resultado de esa transacción su cartera terminó ese día de gas con un balance positivo que precisamente le daba derecho a recibir esa retribución del GTS, a quien, por otro lado, atribuye el incumplimiento de sus obligaciones como gestor del sistema lo que a su juicio se erige como causa principal de los perjuicios irrogados; considerando que la resolución de la CNMC es nula de pleno derecho cuando confirma la actuación del GTS, toda vez que se ha vulnerado total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido.

Pues bien, advirtiendo que el análisis a realizar ha de contraerse a la transacción ID 713664, para dar respuesta a este motivo resulta importante significar que ambas partes han admitido -por lo tanto se trata de **un hecho indiscutido-** que GUNVOR formalizó la referida transacción con INCRYGAS después de haberse notificado por parte de ENAGÁS GTS la suspensión por deudas de la cartera de balance de la segunda y horas antes de que la suspensión fuese efectiva (al comienzo del día de gas, a las seis de la mañana del día siguiente), lo cual, ya se adelanta, apunta a la existencia de una actuación concertada y fraudulenta para Gas Natural, toda vez que a través de la citada transacción GUNVOR transferiría de forma precipitada al sistema de balance el gas que INCRYGAS le adeudaba. En este sentido, y como se afirma en el escrito de contestación a la demanda, con dicha formalización en realidad se pretendía la devolución anticipada de un gas cuya entrega estaba programada para fechas posteriores a la efectividad de la suspensión, lo que en la práctica conllevaba -al anticiparse las entregas- la elusión de los efectos de dicha suspensión, de suerte que la no anulación de la referida operación habría supuesto la recepción por GUNVOR de la cantidad de 5.315.000 euros del sistema debido al desbalance positivo resultante de la operación, acarreado un perjuicio en esa misma cuantía. Esto es, GUNVOR e INCRYGAS concertaron la entrega anticipada de un gas modificando sus previsiones



contractuales para días sucesivos, cuando ya se conocía que ésta comercializadora tenía suspendida su cartera de balance por deudas aunque con efectos de primera hora del día siguiente.

También se hace referencia, en este orden de cosas, a una **operación análoga llevada a cabo el día 26 de octubre de 2016 que ganó firmeza**, según resulta del informe del GTS de 27 de octubre de 2016 incorporado a instancia de GUNVOR, y en que asimismo INCRYGAS efectuó otra operación con otra comercializadora adoptándose entonces la misma decisión; considerando la Comisión relevante el hecho de que esa comercializadora, que también había presentado conflicto de gestión técnica contra ENAGÁS GTS contra la anulación de esa operación, no llegó a recurrir en la vía contencioso-administrativa la resolución que confirmó la anulación de la transacción.

No obstante, y aunque lo dicho sería suficiente para rechazar este motivo, siguiendo el hilo argumental de la demanda cabe distinguir para su análisis más pormenorizado estos tres periodos: antes del 26 de octubre de 2016, ese mismo día y después de transcurrido el mismo. Así:

**A) Actuación de ENAGÁS GTS antes del 26 de octubre de 2016 .**

Se sostiene que el GTS actuó en contra de los intereses del sistema cuando permite la habilitación de INCRYGÁS en el sistema de balance en PVB y no le llega a exigir las suficientes garantías, considerándose que la falta de diligencia en el ejercicio de sus funciones queda demás demostrada por la suspensión tardía de su cartera de balance, pese a que estaba en situación deudora desde el 1 de octubre de 2016.

i) En relación concretamente a la **habilitación** , no se comprende que la misma se acordara después de que INCRYGAS tenía deudas anteriores a la entrada en funcionamiento del sistema de balance resultante del Reglamento (UE) nº 312/2014. Por ello se considera que ENAGÁS GTS es responsable de haber permitido su habilitación en el sistema gasista desde el 1 de octubre de 2016 hasta el 27 de octubre de 2016 (fecha suspensión de su cartera de balance), dadas las deudas acumuladas existentes antes del día 1 de octubre, pues había acumulado en 2015 una deuda por desbalances de 1.174.251,88 euros, lo cual era un dato ya conocido por la CNMC. De este modo, la no habilitación habría supuesto no poder imputar a la cartera de balance de INCRYGAS la deuda por desbalance acumulada antes de 1 de octubre de 2016 y, por tanto, ENAGAS no habría podido repartirla entre los usuarios del sistema teniendo que responder ella misma, siendo esta la explicación de su actuación y de ahí su interés en mantener a INCRYGAS en el sistema en constante desbalance negativo en detrimento del propio sistema.

También se reprocha que se anulase la operación litigiosa pero no las que INCRYGAS llevaba efectuando diariamente desde 1 de octubre de 2016 y que suponían deudas por importe de 4.199.613 euros en los primeros 26 días de funcionamiento del nuevo sistema (según el informe de ENAGÁS GTS de 27 de octubre de 2016); entendiéndose por ello que la decisión tomada respecto de la operación ID 713644 resulta incoherente con esa permisividad mantenida en octubre de 2016.

Ahora bien, aun siendo ciertas estas observaciones, lo importante ahora es reparar en que las actuaciones a las que la recurrente hace referencia, que son anteriores a la transacción litigiosa y fuesen o no acertadas, son en cualquier caso ajenas a la misma, razón por la que no merecerán ahora nuestro enjuiciamiento.

Aunque admitiéramos, a meros efectos de hipótesis, que ENAGAS no actuó correctamente cuando no había tomado decisiones más severas respecto de esas operaciones precedentes (v.gr. no concediendo la habilitación o exigiendo con rigor las garantías), lo que ahora toca es sólo determinar si la anulación provisional de la transacción ID 713664 -que es la única que constituye el conflicto de gestión- es o no conforme a Derecho. Esto es, al socaire de analizar esa concreta actuación no es dable enjuiciar de manera global el conjunto de actuaciones llevadas a cabo por el Gestor del Sistema en relación a INCRYGAS; debiendo además repararse en el hecho de que la reiterada transacción litigiosa se formalizó después de que se conociera la suspensión de INCRYGAS, lo cual impide analizar el argumento planteado al margen de los hechos realmente acaecidos, en tanto, tal y como se aprecia en la propia resolución de la CNMC, constituyen indicios de que la actuación de las partes no se ajustó a los parámetros propios de la buena fe; y todo lo cual es también suficiente para rechazar el resto de los argumentos de la demanda sobre este punto.

Añadir que el hecho de que el nuevo sistema de balance de gas establecido por la Circular 2/2015 entrase en vigor el 1 de octubre de 2016, no implica que las deudas contraídas con anterioridad no debieran de ser sufragadas, ni que tuvieran que ser imputadas al nuevo sistema de liquidaciones por desbalance, suponiendo dicha Circular una nueva metodología de desbalances con unas responsabilidades diferentes.

ii) En cuanto a la exigencia de **garantías** , GUNVOR alega que a tenor de la Circular 2/2015, desde el 1 de noviembre de 2015 se vinculaba a ENAGÁS GTS la obligación de disponer de una cuenta de Garantías ante el Gestor de Garantías para dar cobertura suficiente a sus operaciones, a tenor de la Resolución de la CNMC de 1 de marzo de 2016; sin embargo en nuestro supuesto no se exigieron a INCRYGAS garantías suficientes



para poder operar en el sistema; más en particular desde 1 de octubre de 2016, ya que no había aportado en la fecha exigida, el 19 de septiembre de 2016, las garantías requeridas para estar habilitado, como así también se desprende del informe de ENAGÁS GTS de 27 de octubre de 2016, debiendo haberse procedido a la suspensión de su cartera de balance con anterioridad; del mismo informe en su punto 2.3 resulta que las garantías a requerir a INCRYGAS aplicando el parámetro "dusu" del anexo VIII de la resolución de la SEE de 2 de agosto de 2016, ascenderían a 2.336.608,45 euros, cuando únicamente se requirieron 229.104,96 euros, importe que además no fue atendido por INCRYGAS.

Se reprocha, en definitiva, que el GTS no tomase la medida de requerir las garantías necesarias conociendo la extensión de la deuda antes de 30 de septiembre de 2016; que volviera a evitar el 17 de octubre de 2016 la exigencia de dichas garantías a pesar de que INCRYGAS acumulaba deuda por desbalances de 2.849.682,40 euros; y que por tercera vez incumpliera la obligación de exigir las garantías cuando, habiéndolas solicitado el 17 de octubre para que fuesen presentadas el 21 de octubre, no llega a realizar ninguna actuación pese a que se vuelve a incumplir su presentación en dicha fecha.

Ahora bien, este argumento necesariamente se desvanece por las mismas razones expresadas en relación a la inhabilitación de INCRYGAS, ya que el hecho de que ENAGAS no hubiera sido muy exigente en cuanto a la exigencia de las garantías de nuevo excede del objeto del presente litigio y no resta a los argumentos de la resolución recurrida, y debiendo además señalarse que la implantación de la Circular 2/2015 fue efectiva el 1 de octubre de 2016.

#### **B) Actuación el mismo 26 de octubre de 2016: ausencia de acciones de balance.**

La recurrente se refiere a que la transacción anulada se limita a un apunte contable en las respectivas carteras de balance de GUNVOR y de INCRYGAS, señalando que de haber existido un riesgo debieron adoptarse acciones de balance incluso con relación a la transacción controvertida.

Sostiene que ENAGÁS GTS debió comprar gas como acciones de balance pero no cargar los perjuicios económicos a GUNVOR, debiendo haberse adoptado acciones de balance el propio día de gas 26 de octubre de 2016, en lugar de anular la operación litigiosa días después, significando que sólo se practicó un mero apunte contable que no supuso riesgo operativo para el sistema.

Destaca a este respecto los siguientes **hechos**: entre julio y septiembre de 2016 GUNVOR entregó 500,19 GWh de gas a INCRYGAS en cumplimiento de sus obligaciones; según los acuerdos entre ambos INCRYGAS debía depositar garantías por importe de 6 millones de euros a más tardar el 10 de septiembre de 2016, o en otro caso entregar el gas de manera anticipada en esa misma fecha; GUNVOR retrasó la ejecución de la garantía física en espera de que se materializara la entrega de garantías bancarias; el 26 de octubre de 2016 sólo se materializó su derecho a recuperar el gas que había sido entregado previamente a INCRYGAS, tratándose tan sólo de un apunte contable y no de una entrega física de gas, resultando un balance positivo para GUNVOR y negativo para INCRYGAS, pero sin que el GTS llegase a abonar el importe correspondiente a dicho desbalance positivo; paralelamente, debió reclamar a INCRYGAS el desbalance negativo sin causar ningún perjuicio al sistema, lo que no hizo pues la información disponible confirma que ese día el sistema no realizó ninguna acción de balance; no es verdad que la transacción ocurriese en circunstancias excepcionales, así como tampoco la operación era atípica para el sistema gasista; según resulta de la Resolución de la CNMC de 17 de enero de 2017 por la que se establecen medidas para la mejor implementación de la Circular 2/2015, un mayor desbalance negativo de INCRYGAS como consecuencia de esa operación de 250 GWh no representaba ninguna alteración del sistema que requiriese acciones de balance físico ("*Una vez realizada la Transacción, el único posible impacto para el Sistema era financiero [...]. Si INCRYGAS no cumplía con esa obligación, el coste del desbalance tendría que ser asumido por el resto del sistema*"); y, por último, bien podría haberse puesto gas a la venta, siendo que a tenor del principio de neutralidad económica dicha operación no habría tenido coste alguno para el gestor del sistema sino que se hubiera repartido entre los usuarios.

Y bien, tampoco estas alegaciones pueden correr mejor suerte que las anteriores, ya que en ellas se apuntan algunas alternativas que ciertamente pudo adoptar el gestor del sistema pero que no hizo, mas lo que no demuestra per se que la decisión de anular provisionalmente la operación litigiosa no fuese ajustada a Derecho.

La actora pretende sostener que la operación anulada no irrogaba perjuicios para el sistema gasista en base al aludido principio de neutralidad económica, pero lo hace desde una perspectiva en la que el peso de la actuación sólo lo soportaría INCRYGAS, como si ella fuese totalmente ajena a la operación anulada y queriendo que se reclame a ésta el desbalance negativo, manera en la que se evitaría la causación de perjuicios al sistema, cuando sucede que esta posibilidad no era ya viable; y considerando también que tales perjuicios no serían irrogados al sistema sino a los usuarios, prescindiendo de que la no anulación de la operación afectaría de manera efectiva del propio sistema, aunque luego el coste de desbalance se repartiese a entre todos los usuarios (comercializadores).





En efecto, el balance del sistema es la suma de los balances de cada uno de los usuarios (artículo cuarto, 2, de la Circular 2/2015), a quienes afectará el incumplimiento de un usuario si no aporta la misma cantidad de gas que consume, provocando una liquidación económica en la cuenta común de liquidaciones por desbalance efectuándose los pagos y cobros de las liquidaciones por desbalance con el saldo de la misma (artículo decimotercero, 5, de la Circular); de suerte que un mal comportamiento de un usuario va a repercutir negativamente en el sistema de liquidaciones y, en consecuencia, en el resto de usuarios (artículos decimotercero y decimocuarto de la Circular 2/2015), debiendo el sistema reponer los adelantos efectuados por el GTS por los impagos a los que haya hecho frente.

En nuestro supuesto la transacción anulada habría supuesto un desbalance positivo a favor de GUNVOR, que podría repercutir un coste para el sistema de 5,3 millones de euros, tal y como resulta del informe de ENAGÁS GTS de 27 de octubre de 2016 (página 26), que analiza la operación litigiosa y otra realizada con un comercializador distinto que ganó firmeza. Más en concreto, indica el informe que:

*"El impacto económico de estas operaciones, adicional a lo descrito en el apartado 3, es directo en el desbalance de INCRYGAS:*

*"(250 + 19,25) GWh x 20 €/MWh = 5.385.000 €*

*Cantidad que el GTS liquidará en la semana 43 pagando a GUNVOR y a SONATRACH e incrementando en 5,4 millones de Euros la deuda estimada de INCRYGAS. Adicionalmente, tendrá consecuencias en las Acciones de Balance que tendrá que realizar el GTS por un valor similar, las cuales serán un coste adicional en la liquidación de acciones de balance de octubre que se realizará el 15 de noviembre y repartirá entre todos los usuarios con desbalances en octubre.*

*El importe adicional correspondiente a INCRYGAS en la mensual se estima: (5.385.000 €) x 25% = 1.346.250 €/mes.*

*Por lo que la deuda de INCRYGAS se incrementa en 5,4 + 1,3 = 6,7 millones de Euros a la valoración realizada en el apartado 3."*

### **C) Actuación posterior al 26 de octubre de 2016: falta de reclamación a INCRYGAS .**

En esta fase temporal se reprocha a ENAGÁS GTS el incumplimiento de la Circular por no pagar el desbalance a GUNVOR y no realizar acciones de reclamación de cantidad contra INCRYGAS, como deudor pendiente de deudas por desbalance negativo por defecto de gas en PVB.

Vemos nuevamente que se quiere poner el peso de la argumentación en la existencia de otras posibles alternativas que pudo adoptar ENAGÁS GTS, lo que además de ser un tema ajeno a este proceso -pues incluso se trata de actuaciones posteriores a la que es objeto de enjuiciamiento-, no demuestra en sí mismo, como ya hemos dicho, una actuación irregular en tanto nada se añade en orden a demostrar que la anulación de la operación ID 713664 fuese contraria a Derecho. Adviértase a este respecto que la Administración demandada en su contestación llama la atención de que esta Sala conoce de un recurso ejercitado por INCRYGAS en el que se hace referencia a la existencia de procedimientos monitorios civiles iniciados por ENAGÁS GTS por razón de deudas en concepto de desbalance (recurso 535/17), lo que nos permite insistir en que la alternativa propuesta por la demandante de reclamar el desbalance a INCRYGAS no resultaba viable.

En este mismo sentido, destacamos que son numerosos los recursos de los que ha conocido esta Sala y Sección en los que la entidad INCRYGAS impugnaba distintas resoluciones de diversa índole en las que se constaban determinados incumplimientos, por lo que no es cierto que no se hayan realizado actuaciones contra dicha mercantil. Así, citaremos algunas de las sentencias dictadas por esta Sección:

- SAN DE 06/03/2019 dictada en el Recurso 346/2016, sobre conflicto de gestión económica y técnica del sistema gasista interpuesto por la planta de regasificación de Sagunto, S.A. contra el Enagás S.A.U., en relación con las facturas emitidas por cargos por desbalance de gas en cumplimiento de lo previsto en la Orden ITC/2355/2014, por haber incurrido INCRYGAS en situaciones de desbalance negativo de gas por defecto de existencias.

- SAN de 29/05/2019 en el Recurso 535/2017, en el cual INCRYGAS recurría la Resolución de la CNMC de 26 de octubre de 2017 por la que se resolvía el procedimiento sancionador por incumplimiento de las obligaciones económicas en caso de desbalance, en la que se declaraba a dicha entidad responsable de una obligación muy grave de conformidad con la letra z) del artículo 109.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. Se ponía de manifiesto: que se había suspendido la cartera de balance de INCRYGAS en PVB a partir de las 6:00 horas del día siguiente a la comunicación fehaciente por parte de ENAGÁS; que con fecha 20 de enero de 2017 el MINETAD acordó el inicio de los procedimientos para inhabilitar a INCRYGAS y para el traspaso de sus clientes a un comercializador de último recurso, adoptándose asimismo



una serie de medidas provisionales (prohibir a dicha entidad la suscripción de nuevos contratos de acceso a las instalaciones gasistas o ampliación de las existentes); que por resolución de 15 de febrero de 2017 de la Dirección General de Política Energética y Minas se había dispuesto su inhabilitación para el ejercicio de la actividad de comercialización de gas natural; y que mediante Orden ETU/175/2017, de 24 de febrero, se determinaba el traspaso de los clientes. Asimismo se expresaba que INCRYGAS no había cumplido en tiempo y forma con todas las obligaciones económicas previstas.

- SAN de 22/01/2020 en el Recurso 155/2017, en el que se impugnaba una resolución por la que se impuso a INCRYGAS una sanción por retraso en la comunicación de los datos sobre venta de energía (sentencia que fue revocada por el Tribunal Supremo en cuanto había apreciado la prescripción).

- SAN de 08/07/2020 en el Recurso 181/2017, en que INCRYGAS impugnaba la Orden ETU/175/2017, de 24 de febrero, por la que se determina el traspaso de los clientes a un comercializador de último recurso.

- SAN de 13/10/2021 en el Recurso 220/2017, con relación a la resolución sancionadora por no comunicar dentro de plazo los datos de ventas de energía correspondientes a 2014, tal y como era exigible a tenor de los artículos 70.2 y 75.5 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, y en el marco de sus obligaciones en 2015.

- SAN de 18/11/2021 en el Recurso 50/2017, en el que se conoció de la sanción impuesta por el impago de cargos por desbalance de gas.

- SAN 01/12/2021 en el Recurso 46/2018, cuyo objeto era la impugnación de la resolución de la CNMC que aprobó la liquidación definitiva de las actividades reguladas del sector del gas natural correspondiente al ejercicio 2016, mostrando INCRYGAS su desacuerdo con cargos imputados por razón del desbalance impagado.

#### **SEXTO.- Falta de competencia de ENAGAR TSS para anular la operación.**

En otro argumento de la demanda se cuestiona que ENAGÁS GTS tuviese competencia para anular la operación objeto de este recurso una vez que la nominación había sido validada; discrepándose asimismo la corrección de la notificación de la suspensión de la cartera de INCRYGAS efectuada a los usuarios.

Aduce que entre las funciones de ENAGAS GTS está, sí, la de garantizar la continuidad y seguridad del suministro de gas natural, pero no suspender o anular unilateralmente una operación de transacción de gas ya validada y formalizada en el sistema gasista, ya que esta decisión no cabe dentro las potestades genéricas como garante del sistema, de hecho ninguna norma de la Circular 2/2015 prevé un procedimiento para ello; lo cual además se hizo sin una adecuada motivación y sin esperarse a la contestación a la consulta efectuada a la CNMC. Por ello se consideran vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de legalidad y el de seguridad jurídica, así como los principios de buena fe y de confianza legítima, toda vez que se ha anulado operación ID 713644 después de validarla con el fin de que GUNVOR soportara el coste económico de la situación de INCRYGAS, pretendiéndose acreditar estos extremos a través del informe pericial adjuntado a la demanda que ha sido ratificado.

Pues bien, la respuesta a este bloque argumental puede encontrarse en la propia fundamentación recogida en la resolución de la CNMC en la que, respecto a la suspensión de la cartera de balance como medida provisional para evitar situaciones de impago, se expresa en su fundamento segundo lo que sigue:

**" El contrato marco del punto virtual de balance aprobado como Anexo a la Resolución de la CNMC establece con claridad en su cláusula 15 que el GTS puede suspender la cartera de balance de cualquier usuario cuando, de conformidad, en lo que aquí interesa, con el apartado a) se produce un incumplimiento prolongado, tres días, de las obligaciones de pago que no resulte cubierto por las garantías constituidas por dicho usuario.**

**El apartado segundo de la citada cláusula seguidamente señala que dicha suspensión será efectiva a las 6:00 h del día siguiente a la comunicación fehaciente por el GTS de dicha suspensión. En el caso presente, la suspensión se comunicó de modo fehaciente a INCRYGAS el día 26 de octubre, por lo que la suspensión se hizo efectiva a las 6:00 horas del día siguiente, 27 de octubre.**

**El apartado tercero establece la obligación del GTS de comunicar la suspensión y los motivos de la misma, entre otros, a los usuarios que se puedan ver afectados por ella en el plazo máximo de dos horas desde la suspensión. Plazo que ha de contarse, por tanto, desde que la misma es efectiva y no antes. No obstante, el GTS comunicando antes del plazo contractual ponía de manifiesto la situación y con ella advertía al resto de usuarios del sistema de la inminente exclusión de INCRYGAS de su acceso al PVB.**

**La consecuencia de la suspensión de la cartera de balance se establece en la cláusula siguiente del contrato. En lo que aquí interesa, la suspensión supone que no se aceptarán por parte del GTS las prenotificaciones de transferencias de titularidad de gas que se comuniquen en la misma fecha o en fecha posterior a la fecha de**



**la suspensión de la cartera de balance. Igualmente el usuario no podrá introducir operaciones de nominación o renominación con fecha igual o posterior a la suspensión de la cartera de balance.**

**A la vista de la regulación contractual parece claro que la fecha de la eficacia de la suspensión supone el límite a partir del cual cualquier transferencia de titularidad de gas en el punto virtual de balance en la que esté implicada el usuario al que se ha suspendido la cartera de balance no se tendrá en cuenta y será anulada automáticamente.**

**En principio, por tanto, cualquier transferencia de titularidad notificada y efectuada antes de esa fecha, en principio, resultaría plenamente válida y como regla general no es susceptible de ser anulada, pero el hecho de que el GTS notifique al propio INCRYGAS y al resto de los usuarios la situación no es jurídicamente irrelevante.**

**En todo caso, la operación se notificó y se efectuó antes de la efectividad de la suspensión de la cartera de balance, aunque después de haber notificado el GTS a GUNVOR por correo electrónico de 26 de octubre, la inminente suspensión de la cartera de balance de INCRYGAS."**

En el fundamento tercero, con ocasión de tratar las transferencias de gas en el punto virtual de balance, se señala que cumplidas todas las condiciones previas los usuarios pueden proceder a notificar la transferencia de la titularidad del gas, entendiéndose producida la misma con la última notificación válida recibida por el GTS, sin que dicha transferencia de gas en el PVB requiera tener reservada capacidad de acceso a red y es independiente de si el usuario ha nominado o no para ese día de gas, dado su carácter virtual; reconociéndose además que en la regulación de la Circular 2/2015 "no se establece procedimiento alguno para que el GTS pueda anular una transacción en PVB, cuando la misma cumple con el contenido mínimo establecido en la misma".

Por otro lado, en cuanto a la aplicación del **principio de buena fe**, que venía establecido en la **cláusula vigésimoprimera del Contrato Marco** en la que realmente se ha amparado la competencia del Gestor del Sistema para anular la operación objeto de este proceso, la citada resolución razona:

**"Queda claro, por tanto, que no hay procedimiento expreso que habilite al GTS al rechazo o anulación de una transacción en PVB. Sin embargo, tal conclusión no supone que cualquier transacción imaginable sea siempre posible, es decir, que el GTS pueda asumir cualquier operación bilateral.**

**El principio de buena fe, recogido, con carácter general, en el artículo 7.1 del Título Preliminar del Código Civil, supone un efectivo límite al ejercicio de los derechos subjetivos:**

1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

**Por su parte, la cláusula vigésimo primera del contrato marco aprobado por la Resolución de la CNMC establece literalmente lo siguiente: "Las Partes (el GTS y el usuario) se comprometen a actuar en todo momento bajo el principio de buena fe en relación con el desarrollo, interpretación, ejecución y resolución del presente Contrato, realizando cuanto de ellas razonablemente dependa para permitir el buen fin del mismo y la defensa de sus respectivos intereses."**

Esta cláusula no es más que la concreción de lo previsto en el artículo 1258 Código Civil según el cual, los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y la ley.

Por su parte, el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (véase Sentencia del Tribunal Supremo 3047/2010, de 10 de junio de 2010 FJ30, con profusa cita y resumen de sentencias anteriores) ha sostenido una visión objetiva de la buena fe, es decir, que la misma comporta una actuación honrada, justa y leal, objetivamente considerada. Supone, por tanto: también una **exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena, integrando el contenido del contrato no solo en su literalidad, sino también en las derivaciones naturales de la misma por lo que se imponen, en última instancia, comportamientos adecuados para dar cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos en el mismo.**

**En el presente supuesto, la finalidad de la notificación efectuada por el GTS no era solo poner en conocimiento la inminente suspensión de la cartera de balance de INCRYGAS, sino advertir al resto de los usuarios de la situación excepcional de esta comercializadora. Con ello estaba elevando los requisitos de comportamiento justo y leal derivados del principio de la buena fe, en el sentido de que, a partir de ese momento, cualquier comportamiento sorpresivo, inesperado o atípico respecto a los intercambios con INCRYGAS y en contra del sistema, debía analizarse conforme a los parámetros apuntados.**

**En el caso considerado, tras notificar el GTS la suspensión de la cartera de balance (y antes de que fuese efectiva), tuvo lugar una transacción inesperada e incoherente que trasladó un riesgo económico a terceros y al sistema gasista. Así, ha quedado acreditado que GUNVOR e INCRYGAS mantenían una relación contractual por la cual, en lo que aquí importa, INCRYGAS debía entregar a GUNVOR hasta el día 1 de noviembre de 2016 88**



***GWh cada día. Como consecuencia directa e inmediata de la suspensión de la cartera de balance a INCRYGAS a partir de las 6:00 horas del día siguiente, GUNVOR e INCRYGAS acordaron que parte del gas que le iba a vender INCRYGAS en los días siguientes se vendiera en un solo día, pasando de una venta prevista para el día 26 de octubre de 2016 de 88 GWh a 250 GWh.***

***GUNVOR era consciente de la situación de INCRYGAS . En particular, era consciente de los reiterados incumplimientos de sus obligaciones de desbalance, que se habían agravado desde el 1 de octubre de 2016 y que habían dado lugar a la suspensión de la cartera de balance con efectos al día siguiente. Es decir, GUNVOR conocía que las circunstancias en las que se desarrolló la operación no eran las ordinarias, sino justamente excepcionales.***

***A pesar de esta situación excepcional, que exigía una especial cautela y restricción en los comportamientos, GUNVOR decidió aceptar la oferta y modificar el contrato de forma sorpresiva. Por ello, en el presente caso, el GTS, como garante de la adecuada gestión técnica y económica del sistema, tomó medidas para evitar la lesión derivada de la transacción considerada. Dicha decisión se adoptó por el GTS en atención a las circunstancias excepcionales que concurrían en este supuesto, pues no existen precedentes ni casos similares en el sistema gasista de impaqs de usuarios por importes tan elevados como los acumulados por INCRYGAS.***

***Así pues, el GTS actuó con arreglo a sus funciones legales y reglamentarias de garante del sistema para anular la concreta transacción objeto de conflicto, aunque dicha posibilidad no esté contemplada de forma expresa en las normas de aplicación o en el propio contrato.***

***Es cierto, no obstante, que el GTS no actuó con la debida diligencia para rechazar la transacción de forma inmediata, que tardó varios días en tomar la decisión, -de hecho apareció como aceptada en el balance diario provisional de GUNVOR, que es justamente eso provisional, por lo que no supone la aceptación sin más de la transacción- y que, cuando lo hizo, fue de un modo jurídicamente poco común, mediante una anulación provisional por plantear una consulta a esta Comisión. Pero no es menos cierto, que el GTS solo anuló aquellas operaciones efectuadas con posterioridad a la notificación de la suspensión de la cartera de balance que se pueden reputar como atípicas sorpresivas y gravemente lesivas para el sistema gasista, según se ha detallado anteriormente.***

***En definitiva, analizada conforme a los criterios y principios referidos, la anulación de la transacción prevista para el día 26 entre GUNVOR e INCRYGAS y su sustitución por la ID 713664 fue gravemente lesiva para el sistema gasista por lo que su anulación por parte del GTS es conforme a Derecho."***

**SÉPTIMO.-** Hemos recogido literalmente la fundamentación de la resolución impugnada ya que mediante su lectura puede fácilmente comprenderse lo atípico del caso enjuiciado debido a las excepcionales circunstancias que han sido ya apuntadas, las cuales son suficientes para reprochar a la recurrente que no haya actuado conforme a las exigencias de la buena fe cuando decidió modificar los términos del contrato que tenía concertado con INCRYGAS tras conocer la suspensión de la cartera de balance y la delicada situación económica de esta entidad.

Además, y teniendo en cuenta que se trataba de una decisión de carácter provisional, considera la Sala que la resolución del conflicto está suficientemente motivada, habiéndose expresado que su objeto es determinar " *si la protección del sistema gasista permite rechazar o anular operaciones bilaterales de transferencia de titularidad de gas en el punto virtual de balance que sean especialmente gravosas para el sistema, y en caso afirmativo en qué casos y con qué condiciones*"; y concluyendo, tras la abundante fundamentación a la que ya se ha hecho referencia, que nos encontramos ante una operación en la que concurren " *circunstancias atípicas y excepcionales*", por lo cual precisamente se produjo una notificación anticipada de la suspensión de INCRYGAS a los operadores de infraestructuras y usuarios. -la cláusula 15.3 del Contrato Marco establece la obligación de ENAGÁS GTS de comunicar la suspensión y los motivos de la misma, entre otros, a los usuarios que se puedan ver afectados por ella en el plazo máximo de dos horas desde la suspensión, que ha de contarse desde que la misma es efectiva (es decir, las 6:00 horas del día 27 de octubre de 2016, en este caso) y no antes: " *se comunicará la suspensión a los diferentes operadores de infraestructuras del sistema y a los usuarios afectados por dicha suspensión en un plazo máximo de dos horas desde la suspensión [...]*", mas lo que no impide que pudiera hacerse la notificación con antelación-. Así, ello supone, dado que el GTS comunica antes del plazo contractual la situación que atravesaba INCRYGAS, que se estaba queriendo advertir al resto de usuarios del sistema " *de la inminente exclusión de INCRYGAS de su acceso al PVB*".

Tales hechos tienen sin duda relevancia en la ponderación del referido principio de la buena fe, que como se ha visto constituye una de las bases fundamentales de la decisión adoptada, toda vez que con aquella comunicación se advertía, no sólo de la inminente suspensión de la cartera de balance de INCRYGAS, sino también de la situación excepcional que atravesaba dicha comercializadora conforme a lo que se ha expuesto a lo largo de esta sentencia, y de suerte que a partir de ese momento cualquier comportamiento sorpresivo



en cuanto a los intercambios con INCRYGAS debería analizarse conforme a tales parámetros; más, si cabe, en nuestro supuesto, en que consta que dicha entidad concertó con GUNVOR la modificación de los términos que tenía acordados adelantando la entrega de gas prevista para periodos posteriores evitando los efectos de la suspensión, lo que evidentemente afectaría al equilibrio del sistema.

**En efecto, pese a que es cierto que la operación se notificó y efectuó antes de la efectividad de la suspensión de la cartera de balance de INCRYGAS, resulta importante a nuestros efectos que la operación se llevara a cabo después de notificarse el 26 de octubre a GUNVOR por correo electrónico que iba a tener lugar dicha suspensión, siendo correcto concluir que no actuó conforme a las exigencias del reiterado principio de la buena fe. En definitiva, acertó la CNMC cuando toma como base jurídica de la decisión adoptada la cláusula vigesimoprimer del Contrato Marco aprobado por la Resolución de la CNMC de 1 de marzo de 2016, encontrándose la motivación en las particularísimas circunstancias concurrentes.**

Esto es, la resolución motiva de manera sobrada la excepcionalidad de las circunstancias, siendo razonable considerar que la notificación adelantada tuviese por finalidad, junto a los efectos que le son propios, advertir de dicha excepcionalidad, lo cual ya requería un mayor rigor por parte de los usuarios (comercializadores) en cuanto a la adecuación del comportamiento a la buena fe; justificándose asimismo que la transacción fue inesperada e incoherente y que además comportaba un riesgo para terceros y para el propio sistema. Recuérdese a este respecto que **en virtud de la relación contractual existente entre GUNVOR e INCRYGAS, ésta entidad debía entregar a la primera hasta el día 1 de noviembre de 2016 88 GWh cada día, y sin embargo, tras conocerse la suspensión de la cartera de balance a partir de las 6:00 horas del día siguiente, acordaron que parte del gas que estaba previsto vender en los días siguientes se hiciera en un solo día, pasando de la cantidad prevista para el día 26 de octubre de 2016 de 88 GWh a 250 GWh.**

**Debe confirmarse, pues, que " el GTS actuó con arreglo a sus funciones legales y reglamentarias de garante del sistema para anular la concreta transacción objeto de conflicto, aunque dicha posibilidad no esté contemplada de forma expresa en las normas de aplicación o en el propio contrato " .**

#### **OCTAVO.- Vulneración absoluta de las normas de procedimiento como causa de nulidad absoluta.**

Considera la parte recurrente que la actuación administrativa impugnada incurre además en vicios de procedimiento constitutivos de nulidad de pleno derecho, conforme a lo establecido en el artículo 47.1.c) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ya que antes de resolverse el conflicto de gestión debió evacuarse la consulta elevada por ENAGÁS GTS a la CNMC con anterioridad, habiéndose vulnerado así la obligación de resolver dicha consulta lo que le ha irrogado indefensión al verse privada del derecho a un "proceso debido".

Tampoco este argumento puede acogerse por la Sala, pues al margen de que el tema de la consulta resulta ahora ajeno, aunque esté vinculado, al objeto de la resolución por la que se resuelve el conflicto de gestión planteado, la cual agota la vía administrativa y es por tanto susceptible de recurso en la vía contencioso-administrativa. Significar, a este respecto, que la consulta y el planteamiento del conflicto tienen una distinta naturaleza jurídica, suponiendo la resolución del conflicto de gestión técnica del sistema gasista el ejercicio de una función pública.

Por lo tanto, sólo cabría denunciar en el seno del presente proceso aquellas irregularidades que se hubiesen padecido en el propio procedimiento resolución del conflicto, siendo de notar que en el mismo han sido observados, lo que no se cuestiona, los trámites legalmente establecidos (v.gr. comunicaciones de inicio de procedimiento y trámite de audiencia).

Por otro lado, y como bien dice el Abogado del Estado, la decisión de ENAGÁS GTS de acordar la nulidad de la transacción objeto del conflicto no requería necesariamente ni estaba supeditada a una decisión previa de la CNMC sobre la consulta inicialmente planteada, siendo así que una vez anulada la transacción el cauce adecuado era, como así se hizo, el planteamiento de un conflicto de gestión técnica del sistema, que conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, correspondía resolver, precisamente, a la CNMC.

Es verdad que la CNMC también actúa como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos, más lo importante ahora es si en la tramitación del procedimiento de resolución del conflicto se ha incurrido en infracciones del procedimiento legalmente establecido, lo que como decimos no se cuestiona directamente en el escrito rector.

Así las cosas, podría decirse que la presentación del conflicto por parte de GUNVOR y de otro comercializador dejó sin objeto la consulta planteada, siendo en cualquier caso ajeno a esta litis el tema de si se ha incumplido el deber de emitir "informe" a tenor del artículo 5.2 de dicho texto legal; y todo lo cual lleva, en definitiva, a rechazar asimismo este argumento de la demanda.

**NOVENO.- GUNVOR actuó de buena fe.**

En realidad bastaría, para rechazar este argumento, lo ya expuesto en los precedentes fundamentos sexto y séptimo, donde se han abordado, entre otras cosas, las razones por las que se considera que GUNVOR no ha actuado conforme a las exigencias de la buena fe y por qué el GTS se atuvo a sus funciones legales y reglamentarias de garante del sistema.

No obstante, y puesto que en las alegaciones de la demanda tratan de manera separada sobre este aspecto (páginas 100 a 104), añadiremos a lo ya dicho unas breves consideraciones.

Para sustentar este motivo mantiene la demandante que no había tenido noticia de la situación económica de INCRYGAS, ya que la información de sus impagos no era pública y porque en la comunicación de ENAGÁS GTS no constaba el importe de la deuda, razón por la que no fue consciente de sus incumplimientos teniendo en cuenta que la entidad era un agente consolidado en el mercado español que había operado con normalidad durante años, si bien reconoce que le proporcionó una información falsa. Considera, por el contrario, que fue ENAGÁS GTS quien obró de forma dolosa, y aunque conoce el alcance de la cláusula vigesimoprimera del contrato, se opone al uso del principio de buena fe como sustitutivo de un procedimiento que habilitara a ENAGÁS para poder anular una operación ya formalizada.

También se apoya en la propia literalidad de la notificación de la suspensión de la cartera de balance de INCRYGAS, la cual no era interpretable y además no informaba de la existencia de una situación de excepcionalidad, destacándose que la transacción fue formalizada antes de su efectividad, lo cual ya ha de determinar su validez. En este sentido, se destaca que se notificó a GUNVOR a las 18:56 horas del 26 de octubre indicándose que la suspensión sería efectiva a partir de las 6:00 horas del día 27 de octubre, por lo que hasta ese momento pudo continuar operando en el sistema y de hecho consta una operación de 88 GWh del Grupo de Operaciones a las 17:48 horas, de lo que se colige que fue válida la orden del día 26 de octubre a las 19:53 horas GUNVOR según la cual INCRYGAS entregaba la cantidad de 450 GWh a GUNVOR, operación, como se ha dicho, validada y perfeccionada; mientras que luego, a través de la resolución de la CNMC, se pretende cambiar el sentido de esa notificación en base a la supuesta mala fe de GUNVOR, quebrándose con ello el principio de seguridad jurídica.

Pues bien, pese a ser cierto el sustrato fáctico de tales alegaciones, las mismas **no son suficientes para enervar el argumento central de la decisión impugnada, consistente en que la demandante junto con INCRYGAS llevaron a cabo una operación que suponía la entrega anticipada en relación a la inicialmente prevista de la cantidad de gas de 250 GWh, que se lleva a cabo una vez que conocieron el acuerdo de suspensión de la cartera de balance motivada por las deudas contraídas por esta segunda entidad -aunque antes de que produjera sus efectos, anticipándose la notificación a su efectividad, lo que ya ponía de manifiesto que concurrían circunstancias excepcionales-; esto es, acordaron la entrega anticipada de un gas que estaba inicialmente prevista para días sucesivos -hasta el 1 de noviembre de 2016- en que dicha suspensión sería efectiva, eludiendo con ello sus mismos efectos, empleando las pocas horas de que disponían hasta su efectividad para concertar esta operación que era lesiva para el sistema. Ello constituye una razón suficiente para estimar procedente la anulación provisional de la operación, aunque ciertamente no estuviera previsto un procedimiento específico para ello, por lo que precisamente hubo de acudir al citado principio de la buena fe previsto en el contrato marco y a las facultades generales como garante del sistema del GTS.**

Por lo tanto, en definitiva, fue correcta la calificación de dicha operación como atípica, no siendo difícil comprender que la propia comunicación revelaba que existían problemas económicos de importancia con respecto a INCRYGAS, lo que sirve para demostrar la aludida situación de excepcionalidad.

Así las cosas, la alegada buena fe por parte de GUNVOR sustentada en su desconocimiento de la situación de INCRYGAS mal se compadece con los hechos acreditados y con su misma forma de operar, pues perfectamente las partes conocían que las circunstancias en las que se desarrolló la operación no eran las ordinarias o normales, sino excepcionales, pese a lo cual decidieron realizar una transacción en la que mediante la antelación de las ventas de gas previstas para periodos sucesivos eludían los efectos de dicha suspensión. Esto se explica con claridad en la resolución impugnada: **"En el caso considerado, tras notificar el GTS la suspensión de la cartera de balance (y antes de que fuese efectiva), tuvo lugar una transacción inesperada e incoherente que trasladó un riesgo económico a terceros y al sistema gasista. Así, ha quedado acreditado que GUNVOR e INCRYGAS mantenían una relación contractual por la cual, en lo que aquí importa, INCRYGAS debía entregar a GUNVOR hasta el día 1 de noviembre de 2016 88 GWh cada día. Como consecuencia directa e inmediata de la suspensión de la cartera de balance a INCRYGAS a partir de las 6:00 horas del día siguiente, GUNVOR e INCRYGAS acordaron que parte del gas que le iba a vender INCRYGAS en los días siguientes se vendiera en un solo día, pasando de una venta prevista para el día 26 de octubre de 2016 de 88 GWh a 250 GWh."**



Por otro lado, hemos apuntado también que el daño para el sistema sería de más de 5,3 millones de euros en concepto de desbalance positivo a favor de GUNVOR, debiendo significarse que los cargos por desbalance los soportan los usuarios del sistema en función de sus desbalances mediante cargos o cobros con penalización, actuando ENAGÁS GTS como garante de su equilibrio, de tal modo que la operación supondría el cobro de la deuda con cargo del GTS como liquidador del sistema de desbalances, y después con cargo del resto de usuarios quienes han de soportar el coste económico de este desbalance ajeno.

Es así que ENAGÁS GTS, como garante de la gestión técnica y económica del sistema, tomó medidas para evitar la lesión derivada de la transacción considerada, ciertamente que sin contar con el apoyo de algún procedimiento que estuviera normativamente previsto y adoptando una decisión que no tiene precedentes -así se reconoce en la propia resolución-, pero que, en atención a las circunstancias excepcionales concurrentes en este supuesto, hay que entender que tenían cabida dentro de las facultades generales que ostenta dicho gestor y en base también al reiterado principio de la buena fe. Ello pese a que la regulación prevea que la fecha de la eficacia de la suspensión constituye el límite a partir del cual cualquier transferencia de titularidad de gas en el punto virtual de balance, en la que estuviese implicado el usuario al que se ha suspendido la cartera de balance, habrá de ser objeto de una anulación automática; pero lo cual no impide que también puedan adoptarse decisiones de carácter excepcional en supuestos atípicos como el que ahora nos ocupa, en que como se ha dicho se ha anticipado a los usuarios la notificación de la resolución de suspensión (la operación se llevó a cabo después de haberse notificado el GTS a GUNVOR por correo electrónico de 26 de octubre), persiguiéndose con la operación efectuada antes de su efectividad la elusión de sus mismos efectos, que evidentemente si no fuese así sería en principio plenamente válida y no susceptible de ser anulada.

**DÉCIMO.- Reciprocidad, unificación e igualdad de criterio. Anulación de la Operación de 88 GWh.**

En el último motivo de la demanda se plantea con carácter subsidiario, y para el caso de considerarse correcta la anulación de la operación de 250 GWh, que este criterio debería determinar, a la vez, la anulación de otra transacción de 88 GWh, pues en otro caso se habrían tomado decisiones contradictorias.

En este punto, sin perjuicio de advertir que esta cuestión resulta de nuevo ajena a la presente litis cuyo objeto de enjuiciamiento, recordémoslo una vez más, es exclusivamente la operación ID 713664 de 250 GWh y no cualesquiera otra, sucede además que la nulidad de esa operación se debe, entre otras razones, a que es fruto de la modificación de un acuerdo adoptado con posterioridad a la notificación de la suspensión de la cartera de INCRYGAS, lo que no ocurre con la operación de 88 GWh a que se hace referencia.

En la propia resolución recurrida ya se advertía que sólo procedía la anulación de las operaciones efectuadas con posterioridad a la notificación de la suspensión de la cartera de balance que se fuesen atípicas, sorprendidas y gravemente lesivas para el sistema gasista, señalándose que: *"Es cierto, no obstante, que el GTS no actuó con la debida diligencia para rechazar la transacción de forma inmediata, que tardó varios días en tomar la decisión, -de hecho apareció como aceptada en el balance diario provisional de GUNVOR, que es justamente eso provisional, por lo que no supone la aceptación sin más de la transacción- y que, cuando lo hizo, fue de un modo jurídicamente poco común, mediante una anulación provisional por plantear una consulta a esta Comisión. Pero no es menos cierto, que el GTS solo anuló aquellas operaciones efectuadas con posterioridad a la notificación de la suspensión de la cartera de balance que se pueden reputar como atípicas, sorprendidas y gravemente lesivas para el sistema gasista, según se ha detallado anteriormente.*

*En definitiva, analizada conforme a los criterios y principios referidos, la anulación de la transacción prevista para el día 26 entre GUNVOR e INCRYGAS y su sustitución por la ID 713664 fue gravemente lesiva para el sistema gasista por lo que su anulación por parte del GTS es conforme a Derecho."*

**UNDÉCIMO.-** La mercantil demandante, después de estar declarados conclusos los autos, presenta escrito de 4 de octubre de 2019 al que adjunta, como documentos nuevos, la Propuesta de Circular de la CNMC, por la que se establecen las normas de balance de gas natural, y el Informe de la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio para la Transición Ecológica, emitido precisamente con relación a dicha Propuesta.

Se quiere sustentar su relevancia para este litigio en la nueva regulación prevista en la citada propuesta respecto a la eficacia de la suspensión de la cartera de balance de INCRYGAS, reproduciéndose su disposición transitoria sexta -" la suspensión de la cartera de balance será efectiva a partir de la comunicación fehaciente de dicha suspensión por el Gestor Técnico del Sistema"-; la cual se compara con la Cláusula 15.2 del Acuerdo Marco recogido en la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 1 de marzo de 2016 -la suspensión "será efectiva " a partir de las 06:00 h del día siguiente a la comunicación fehaciente por el Gestor Técnico del Sistema de dicha suspensión"- . Y ello lo hace para insistir en que todas las operaciones realizadas en ese intervalo de tiempo deben ser entendidas como perfectamente válidas.



También, de la misma propuesta de circular, se alude a las transitorias primera, segunda y quinta, a la disposición derogatoria única, a la disposición final, al artículo 24 sobre la ejecución de garantías en caso de impago por los recargos por desbalances, al 25 acerca del incumplimiento de los requerimientos de aportación de garantías por desbalances y al 26 sobre el nivel de riesgo de desbalance.

Ahora bien, el contenido de tales documentos no afecta en modo alguno a la conclusión que esta Sala ha alcanzado, pues si bien es verdad que en la propuesta de Circular se prevén unos distintos efectos en cuanto a la suspensión de cartera de balance y se recoge una nueva regulación de las garantías, lo cierto es que ello no tiene relevancia para nuestro litigio dado que en la resolución en el mismo impugnada no se niega que la suspensión de la cartera de balance surtiera sus efectos propios -conforme al régimen jurídico aplicable- a las 6:00 h. del día siguiente, sino que la confirmación de la anulación provisional por parte del GTS de la transacción ID 713664 se debe a otros motivos distintos, y más en concreto: a la concurrencia de las circunstancias atípicas excepcionales que han quedado señaladas; a que se llevó a cabo una transacción muy gravosa para el sistema, lo que justificó que el GTS adelantase la notificación al 26 de octubre " *advirtiendo con ello al resto de usuarios del sistema de la inminente exclusión de INCRYGAS de su acceso al PVB*"; y sobre todo al hecho de que GUNVOR, aun conociendo este aviso, aprovechó el breve espacio de tiempo que quedaba hasta la eficacia de la suspensión para formalizar una transacción con INCRYGAS que adelantaba cantidades de gas que ambas partes se habían comprometido contractualmente a intercambiar en días posteriores pero que no podrían llegar a realizar después de la eficacia de la suspensión.

Así pues, el contenido del proyecto de circular ni tiene influencia para la resolución del actual litigio, referido a operaciones celebradas después de declararse la suspensión de la cartera de balance de un usuario pero antes de su efectividad, las cuales pueden ser muy casuísticas, razón por la que habrá de atenderse a las particulares circunstancias concurrentes como aquí ha sido el caso.

**DÉCIMO SEGUNDO.**- Informe pericial de D. Victorino .

El contenido de dicho informe pericial y su ratificación tampoco permite acoger las pretensiones deducidas, toda vez que en el mismo se recogen una serie de consideraciones de carácter jurídico impropias de una prueba pericial y cuya valoración corresponde efectuar a esta Sala.

Así, el perito viene a descartar la mala fe de la recurrente al considerar que era normal, y por tanto no excepcional, que la suspensión de INCRYGAS no le llamara especialmente la atención, así como que también era normal que el 26 de octubre de 2016 solicitara la devolución de 250 Gwh para cerrar el swap; pero adviértase que ello lo hace en base a una interpretación distinta de los hechos a la que ha sido efectuada por esta Sala. Y ya hemos explicado las razones por las que se ha considerado que la operación era excepcional, atendándose fundamentalmente a que se realizó poco tiempo después de notificarse la suspensión de la cartera de balance de INCRYGAS por deudas -aunque no se indicase la cantidad impagada- y al hecho de que se adelantó la entrega de gas prevista para un periodo posterior -hasta el día 1 de noviembre de 2016- en que la suspensión acordada tendría efectos, acumulándose con ello unas ventas de gas durante un solo día cuando se había pactado que se hicieran de manera fraccionada en días sucesivos en que operaría la suspensión a través de entregas de 88 GWh, reconociendo incluso el perito que las entregas anteriores se venían realizando por esta cantidad; y siendo ahora irrelevante el hecho de que la norma no impida que la comunicación de la suspensión se pueda producir antes incluso de la suspensión (aunque establezca que se comunicará " *en un plazo máximo de dos horas desde la suspensión*").

Ciertamente, podríamos convenir con el perito que la suspensión de la cartera de balance prevista en la Circular 2/2015 en sí misma no es algo anormal o extraordinario, pero no se nos oculte que dicha excepcionalidad de la situación queda demostrada por las circunstancias concurrentes que han quedado reiteradamente señaladas. Además de ello, la actora tenía que haber conocido las causas de suspensión de las carteras de balance conforme a lo previsto en el apartado 15.1 de la Resolución de la CNMC de 1 de marzo de 2016 (incumplimiento prolongado de las obligaciones de pago por parte de un usuario que no resulten cubiertas por las garantías constituidas por dicho usuario; incumplimiento de sus obligaciones sobre garantías; de sus obligaciones de información al Gestor Técnico del Sistema cuando de dicho incumplimiento pudieren derivarse errores o perjuicios graves en el proceso de liquidación o facturación, o perjuicios a terceros); sucediendo que a través de la comunicación efectuada a GUNVOR ya se le informaba de que la causa de la suspensión era por deudas aunque no se indicase su importe.

Por último, tampoco tiene relevancia lo que afirma el perito acerca de que la transacción habría generado un desbalance positivo para GUNVOR de 250 Gwh y uno negativo de la misma cantidad para INCRYGAS lo que supondría que el movimiento sería neutro, pues, en todo caso, ello no habría evitado el riesgo para el sistema en los términos que han quedado explicados, sobre todo si se tiene en cuenta que ésta vendió un gas del que no disponía por lo incurriría en un desbalance negativo que acarrearía que tuviera que abonarlo al GTS;





y por otro lado, en el caso de que GUNVOR retirase ese gas de la red de transporte, seguramente tendrían que haberse llevado a cabo acciones de balance comprándose el gas no introducido, lo que en definitiva sería soportado por el propio sistema.

**DÉCIMO TERCERO.-** Procede, en fin, en base a las razones expresadas en los precedentes fundamentos jurídicos, desestimar el presente recurso contencioso-administrativo.

En lo que hace al pronunciamiento sobre las costas procesales, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJCA, la Sala considera que la excepcionalidad que presenta el caso enjuiciado -en la contestación a la demanda y en la propia resolución impugnada se reconoce que la decisión se ha adoptado por el GTS en atención a las circunstancias excepcionales concurrentes-, el hecho de que no exista un procedimiento normativamente previsto para la anulación de operaciones como la aquí litigiosa, así como que tampoco hay precedentes de casos similares en el sistema gasista de impagos de usuarios por importes tan elevados, constituyen razones suficientes para no efectuar especial imposición de las mismas debido a que a que la citada problemática litigiosa presenta serias dudas de derecho.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación;

## FALLAMOS

**DESESTIMAR** el presente recurso contencioso administrativo nº **349/2017**, interpuesto por la representación procesal de **GUNVOR INTERNACIONAL, B.V.** contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 1 de junio de 2017, por la que se resuelve el Conflicto de Gestión Económica del Sistema Gasista interpuesto contra ENAGAS GTS, S.A.U., en relación con la anulación provisional de la transacción ID 713664 (Expediente CFT/DE/047/16), referente a la entrega de 250 GWh efectuada el día 26 de octubre de 2016; la cual ahora se confirma por ser ajustada a Derecho.

Sin efectuar especial imposición de las costas causadas en el recurso a ninguna de las partes.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, la Secretario, doy fe.