



Roj: **STSJ M 8881/2015 - ECLI: ES:TSJM:2015:8881**

Id Cendoj: **28079310012015100067**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/2015**

Nº de Recurso: **5/2015**

Nº de Resolución: **56/2015**

Procedimiento: **NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL**

Ponente: **JESUS MARIA SANTOS VIJANDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934929,914934977

31001590

NIG: 28.079.00.2-2015/0007384

Procedimiento Nulidad laudo arbitral 5/2015

Materia: Arbitraje

Demandante: ENAGAS TRANSPORTE SAU

PROCURADOR D./Dña. PILAR IRIBARREN CAVALLE

Demandado: **GAS NATURAL** COMERCIALIZADORA S.A

PROCURADOR D./Dña. BEATRIZ PRIETO CUEVAS

SENTENCIA N° 56/2015

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Ilmos. Sres. Magistrados:

Ilma. Sra. Magistrada Doña Susana Polo García

Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 13 de julio del dos mil quince.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 20 de enero de 2015 tuvo entrada en este Tribunal la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Pilar Iribarren Cavalle, en nombre y representación de **ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U.**, ejercitando, contra **GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A.**, acción de anulación contra el Laudo sobre arbitrabilidad de la disputa y competencia del Tribunal arbitral de 9 de octubre de 2014 (*Laudo parcial*) y contra el Laudo de 17 de noviembre siguiente, por el que se rectifican errores materiales y deniegan las demás peticiones de complemento o aclaración (*Laudo complementario*), dictados por D. Gonzalo Jiménez-Blanco (Presidente), D. Jesús Almoguera (co-árbitro) y D. Mariano Bacigalupo (co-árbitro), en el procedimiento nº 2532 administrado por la Corte de Arbitraje de Madrid.

SEGUNDO .- Previa subsanación de la falta de aportación de modelo de autoliquidación de la tasa judicial correspondiente y una vez determinada la cuantía de la litis, se admite a trámite la demanda por Decreto de



la Sra. Secretario Judicial de fecha 13 de febrero de 2015 y, notificado el emplazamiento de la demandada el siguiente día 19 de febrero, ésta, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Beatriz Prieto Cuevas, presentó recurso de reposición contra el antedicho Decreto, mediante escrito registrado en este Tribunal el siguiente día 26 de febrero, invocando la extemporaneidad de la demanda por caducidad de la acción de anulación.

Conferido traslado a la actora, suplica la desestimación del recurso mediante escrito presentado el 13 de marzo de 2015. Por Decreto de 13 de abril de 2015 se desestima la reposición formulada, insistiendo la parte recurrente -escrito registrado el 4 de mayo siguiente- en que la cuestión tratada por el Decreto sea definitivamente resuelta por la Sala en la Sentencia que haya de dictar.

La representación de **GAS NATURAL** COMERCIALIZADORA, S.A., contestó a la demanda mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2015, registrado en este Tribunal el mismo día 20.

TERCERO .- Dado traslado en diligencia de ordenación de 23 de abril de 2015 a la demandante para presentar documentos adicionales o proponer prueba ex art. 42.1.b) LA, la representación de ENAGÁS presentó escrito el 14 de mayo de 2015 en el que, a la vista de las alegaciones de contrario y de los documentos adjuntados, reproduce en sus propios términos la petición de prueba de su demanda, reiterando su solicitud, al amparo del art. 330 LEC , de reclamación del original de las actuaciones de la Corte de Arbitraje de Madrid, cuya copia, no obstante, dice aportar en lápiz USB que acompaña, suplicando que la Sala " *tenga por aportados los documentos incluidos en el pendrive que se adjunta y admita los medios de prueba propuestos* ".

CUARTO.- Por Diligencia de Ordenación de 22 de mayo de 2015 se acordó dar cuenta al Magistrado Ponente al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente.

QUINTO .- Mediante Auto de fecha 2 de junio de 2015, la Sala acordó:

1º. Haber lugar al recibimiento del pleito a prueba.

2º. Admitir y tener por aportada la más documental acompañada por la actora a su escrito de demanda y la documental adjuntada por la demandada a su contestación.

3º. No admitir el resto de las pruebas propuestas.

4º. No haber lugar a la celebración de vista pública.

5º. Señalar para deliberación y fallo el día 7 de julio de 2015.

La deliberación y fallo tuvieron lugar en el día indicado.

SEXTO .- Por escrito registrado en la sede de este Tribunal el día 3 de julio de 2015, la Abogacía del Estado, en la representación que ostenta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, solicitó su intervención como parte en el presente procedimiento con formulación de alegaciones.

Mediante Providencia de 6 de julio de 2015, la Sala, visto el estado de las actuaciones, acordó no admitir a trámite en la presente causa dicho escrito de solicitud de intervención, por su evidente extemporaneidad, como revela la dicción del art. 15 bis.2 LEC , y, con carácter más general, el tenor del art. 13.2 LEC , que prevé una tramitación para tales solicitudes de intervención, sin suspensión del curso del procedimiento, totalmente incompatible con la formulación de tal súplica, una vez señalada fecha para deliberación y fallo.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (DIOR 22.1.2015), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El *Laudo parcial* de 9 de octubre de 2014, sobre arbitrabilidad de la disputa y competencia del Tribunal arbitral, resolvió:

Desestimar la excepción previa de inarbitrabilidad y de falta de competencia del Tribunal arbitral planteada por la parte demandante (*sic* , *rectius* demandada).

Continuar la tramitación del procedimiento sin acordar la suspensión del mismo.

No hacer especial imposición de costas.

De conformidad con lo establecido en la Primera Orden Procesal, se concede a la parte demandante hasta el 28 de noviembre de 2014 para presentar su escrito de demanda en los términos previstos en los apartados 2 y 3 del art. 24 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid .



Por su parte, el *Laudo complementario* de 17 de noviembre de 2014 resuelve "corregir los errores tipográficos contenidos en el laudo parcial e identificados en su fundamento de Derecho segundo, y desestimar las restantes peticiones de la demandada, manteniéndose inalterados todos y cada uno de los pronunciamientos y decisiones del Laudo de 9 de octubre de 2014".

La demandante pretende la anulación de los laudos impugnados porque los árbitros habrían resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión [art. 4.1.c) LA] y no susceptibles de arbitraje [art. 4.1.e) LA], a la par que habrían laudado infringiendo el orden público [art. 4.1.f) LA].

El primer motivo atiende, en síntesis, al hecho de que los laudos se habrían pronunciado sobre una alegación implícita de litispendencia y sobre una solicitud de suspensión del procedimiento arbitral que nadie habría impetrado.

En segundo término, aduce la demandante que la materia sobre la que recae la controversia no es disponible para las partes y no puede ser objeto de arbitraje, pues no es de naturaleza patrimonial: por el contrario, le resulta de aplicación la normativa vigente en la Unión Europea sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de **gas natural**, estando implicados intereses públicos y de terceros, puesto que la petición que **GAS NATURAL** formula a ENAGÁS de reducción de la capacidad inicialmente contratada afecta a la capacidad de interconexión de **gas natural** en un punto entre España y Francia, y al procedimiento de asignación coordinada del mismo, que, regulado por normas imperativas (v.gr., Reglamento UE 715/2009, de 13 de julio), no puede quedar al albur de la libre disposición de las partes; como tampoco sería una cuestión patrimonial susceptible de ser sometida a arbitraje, en tanto que disponible, la relativa a los ingresos derivados de las facturas correspondientes al " *peaje de exportación con conexión internacional* ", a los que ENAGÁS, como *Gestor de la Red de Transporte de Gas*, debe dar el destino previsto en la normativa reguladora del sistema económico integrado del sector del **gas natural**...

Finalmente, sustenta la recurrente su alegato de infracción del orden público, de entrada, en que la competencia para conocer de esta controversia está legalmente atribuida a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -en adelante, CNMC- [art. 12.1.b). 1º Ley 3/2013, de 4 de julio], la cual, en fecha 1 de abril de 2014, ha dictado " *Resolución del conflicto de acceso a la red de transporte interpuesto por ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U., contra GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., en relación con la disconformidad con la respuesta de viabilidad negativa de aquélla a las solicitudes de reducción de capacidad realizadas por ésta* ". En segundo término, destaca ENAGÁS que dicha Resolución favorable a sus pretensiones ha sido recurrida por **GAS NATURAL** ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dando lugar a los autos nº 242/2014, pendientes de resolución. En este sentido, aduce la demandante de anulación el riesgo de que tengan lugar decisiones contradictorias sobre el mismo asunto, que debe ser conjurado con la anulación de los Laudos impugnados.

Por su parte, **GAS NATURAL** opone, en primer lugar, la excepción de caducidad de la acción, denunciando la incorrecta aplicación de los arts. 5 CC y 135.1 LEC .

En segundo término, tras recordar que esta Sala no está vinculada por la declaración de competencia -frente al pacto de sumisión a arbitraje- que pudiera efectuar la CNMC o la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, niega **GAS NATURAL** que los árbitros se hayan pronunciado sobre cuestiones no sometidas a su decisión al disponer " *continuar la tramitación del procedimiento sin acordar la suspensión del mismo* " .

También se opone la demandada a que la disputa no sea susceptible de arbitraje. Señala, sobre este particular, que la Sala debe pronunciarse acerca de la competencia del Tribunal Arbitral para decidir si el Reglamento UE 715/2009 es aplicable -aunque reconoce la demandada que el Laudo parcial nada dice sobre este extremo-, y no acerca de la aplicabilidad misma del mencionado Reglamento, que sería objeto, en su caso, de una acción de anulación frente al Laudo final; recuerda que la imperatividad de una norma no determina que la materia regulada por la misma no sea arbitrable; y concluye argumentando que la materia controvertida es disponible para las partes por las siguientes razones: se trata de contratos mercantiles, suscritos por una empresa del grupo ENAGÁS que no desempeña funciones públicas -a diferencia de ENAGÁS GTS, SAU, que ejerce funciones de Gestor Técnico del Sistema-; contratos en los que se prevé la posibilidad de resolución por mutuo acuerdo de las partes (art. 13.2.a); contratos que prevén la posibilidad de que los transportistas apliquen descuentos si lo desean (art. 25.2 RD 949/2001); y contratos que contienen un convenio arbitral -cláusula 22ª- que es trasunto de la cláusula 23ª del Contrato Modelo aprobado por la Dirección General de Política Energética y Minas (DGPEM), a propuesta de la Comisión Nacional de la Energía -predecesora de la CNMC-, de acuerdo con el art. 7.4 RD 949/2001 , y máxime cuando la CNE ostentaba una función equivalente -en el momento de redacción de los contratos- a la que hoy le atribuye a la CNMC el art. 12.1.b) Ley 3/2013 .



Por último, niega **GAS NATURAL** que el Laudo parcial contravenga el orden público: los alegatos de ENAGÁS en este sentido redundarían en lo ya alegado con cobertura en el apartado e) del art. 41 LA: siendo la materia arbitrable y teniendo el Tribunal Arbitral competencia para pronunciarse sobre su propia competencia, ninguna lesión del orden público es atribuible a un Laudo que se pronuncia declarando tales extremos.

SEGUNDO .- Así concretado el *thema decidendi* en este procedimiento, un elemental orden lógico en el examen de las cuestiones planteadas exige resolver, en primer término, sobre la extemporaneidad de la demanda arbitral por caducidad de la acción de anulación.

La demandada aduce, en síntesis, que la admisión a trámite de la demanda de anulación por Decreto de 13 de febrero de 2015, confirmado por el Decreto del siguiente 13 de abril -desestimatorio del recurso de reposición interpuesto-, vulnera tanto el art. 41.4 LA, que no estima interpretable en conexión con el art. 5.b) de la misma LA, como el art. 135.1 LEC , que reputa inaplicable al caso.

Al respecto conviene recordar lo que ya hemos afirmado, entre otras, en las SSTSJ Madrid 74/2013, de 8 de octubre (ROJ STSJ M 15969/2013), 30/2014, de 22 de mayo (ROJ STSJ M 10332/2014), y 64/2014, de 18 de noviembre (ROJ STSJ M 14690/2014). Allí dijimos (FJ 2º, en todos los casos):

[" En primer lugar, que el artículo citado 41.4 LA establece un plazo de caducidad de la acción de anulación de laudos arbitrales de dos meses, a contar (*dies a quo*) desde la notificación del Laudo a la persona designada en el expediente arbitral, hasta el momento (*dies ad quem*) en que se presente la demanda de anulación ante el Tribunal Superior de Justicia, ya que el mismo dispone que: "La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud o desde la expiración del plazo para adoptarla".

Por otra parte, el art. 5 LA preceptúa que: "Salvo acuerdo en contrario de las partes..., se aplicarán las disposiciones siguientes: Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado...Los plazos establecidos en esta Ley se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere festivo en el lugar de recepción de la notificación o comunicación, se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Cuando dentro de un plazo haya de presentarse un escrito, el plazo se entenderá cumplido si el escrito se remite dentro de aquél, aunque la recepción se produzca con posterioridad. Los plazos establecidos por días se computarán por días **naturales**".

Y, finalmente, el art. 37.7 LA prevé que:" Los árbitros notificarán el laudo a las partes en la forma y en el plazo que éstas hayan acordado o, en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3, dentro del mismo plazo establecido en el apartado 2".

Según vienen entendiendo los diversos tribunales que actualmente ostentan competencias en la materia y que han resuelto cuestiones similares (*vid.* ATSJ Navarra 12/2011, de 12 de diciembre ; AATSJ Comunidad Valenciana 18/2011, de 6 de octubre , 22/2011, de 10 de noviembre , y 6/2012, de 6 de marzo ; y STSJ Comunidad Valenciana 16/2012, de 18 de mayo), el mencionado plazo de dos meses desde la notificación del laudo para la interposición de la demanda de anulación es -al igual que los previstos para el ejercicio de las acciones de revisión de sentencias judiciales firmes (art. 512 LEC) o de reclamación de indemnización por error judicial (art. 293.1.a LOPJ), entre otras- un plazo de caducidad (no de prescripción) de naturaleza civil o sustantiva (no procesal).

Por su condición de tal, y al hallarse fijado por meses, dicho plazo debe computarse de fecha a fecha, según lo previsto en el art. 5 CC , debiendo iniciarse su cómputo el día siguiente al de la recepción de la notificación o comunicación del laudo (art. 5.b) LA), sin excluir el mes de agosto -a este respecto véanse, entre otras menos recientes, las SSTS 1ª 171/2010, de 15 de marzo , FJ 2 ; 645/2010, de 21 de octubre, FJ 3 ; 837/2010, de 9 de diciembre, FJ 1 ; y 233/2011, de 29 de marzo , FJ 2, así como el ATS 1ª de 15 febrero de 2011 -, que únicamente es inhábil a efectos procesales (art. 183 LOPJ), como tampoco los días festivos, sin perjuicio de considerar prorrogado el plazo hasta el primer día laborable siguiente, si el último fuera festivo en el lugar de recepción de la notificación o comunicación (art. 5.b) LA), incumbiendo a la parte que demanda la anulación del laudo la alegación y la acreditación de la observancia del plazo en el ejercicio de dicha acción y, en especial, la del *dies a quo* (ATS, 1ª, de 4 de diciembre de 2012 y STS, 1ª, 43/2013, de 6 de febrero , FJ 3).



Además, como tal de plazo de caducidad, no es susceptible de interrupción o suspensión, ni siquiera por el ejercicio de la propia acción ante órgano jurisdiccional incompetente (SSTS, 1ª, 23 de septiembre de 2004 , 11 de abril de 2005 , 30 de abril de 2007 , 20 de diciembre de 2010 y 21 de septiembre de 2011) o por error judicial (SSTS, 1ª, de 11 de mayo de 2001 , 4 de noviembre de 2002 y 11 de abril de 2005).

Asimismo, la sujeción al breve plazo de caducidad establecido en el art. 41.4 LA alcanza a la acción anulatoria en su conjunto y a todos los motivos de anulación previstos en ella, según se desprende de la doctrina sentada en la STC 288/1993, de 4 de octubre "】

En el mismo sentido, más recientemente, la Sentencia de este Tribunal 9/2015, de 27 de enero (FJ 5).

Esta Sala también ha entendido reiteradamente (por todas, SS. *supra* citadas 30 y 64/2014) que el art. 135.1 LEC es aplicable a la presentación del escrito por el que se interponga una demanda de anulación, considerando que tal precepto no discrimina si el escrito que se registra ante el Tribunal lo es en observancia de un plazo de naturaleza procesal o sustantiva - SSTS, 1ª, Pleno, de 29 de abril de 2009, rec. 511/2004), si es de iniciación del procedimiento o se trata de cualesquiera otros (art. 135.3 LEC), pues resulta inconcuso -amén de generalmente admitido por la jurisprudencia- que ese precepto tiene como finalidad, no tanto ampliar indebidamente un plazo, cuanto coordinar los diferentes aspectos relacionados con su expiración, garantizando el derecho de las partes a disponer de los plazos en su totalidad (SSTS 154/2011, de 21 de marzo y STC 239/2005), una vez eliminada la posibilidad, en las actuaciones ante los Tribunales civiles, de presentar escritos en el Juzgado que preste el servicio de guardia (art. 135.2 LEC).

A la vista de los criterios expuestos, la Sala advierte que consta acreditado, y no se discute, que el Laudo de 17 de noviembre de 2014 fue notificado a la actora el siguiente día 18: el cómputo del plazo de 2 meses se inició, pues, el día 19 de noviembre [art. 5.b) LA], de suerte que la presentación de la demanda pudo efectuarse hasta las 15:00 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, esto es, hasta las 15:00 horas del día 20 de enero de 2015, día en que fue presentada la demanda que da origen al presente procedimiento, dentro, pues, del plazo autorizado por la Ley.

No obsta a esta conclusión aquel alegato de la demandada que sostiene que, aun cuando se reputara aplicable el art. 135.1 LEC , la subsanación de defectos sólo cabe en el caso de que el correspondiente escrito no se haya presentado en el "día de gracia", e invoca en tal sentido cierta jurisprudencia de la Sala Primera que " *no ha permitido que prosperaran las impugnaciones en aquellos casos en los que la parte efectuó el acto procesal el último día del plazo legalmente previsto para su realización, ya que al órgano judicial no le era posible habilitar un trámite de subsanación que permitiera a la parte cumplir con el requisito dentro del término preceptuado* " (ATS 11.1.2011, ROJ ATS 650/2011). Conecta la demandada esta doctrina con el hecho de que, por Diligencia de Ordenación de 22 de enero de 2015 se haya requerido a la actora para subsanar la falta de liquidación de la tasa, lo que cumplimenta el 3 de febrero siguiente.

Y no obsta, en absoluto, la antedicha doctrina a la conclusión desestimatoria de la excepción de caducidad de la acción opuesta, porque conviene hacer explícito -pues lo omite la demandada- que dicha doctrina se refiere a la subsanación del defecto de presentación de los escritos de impugnación del recurso de casación sin el previo y preceptivo traslado de copias. La razón es evidente: no es comparable, desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción -núcleo duro del derecho a la tutela judicial efectiva-, la presentación de una demanda de anulación con un defecto en sí mismo subsanable, y que puede ser subsanado sin quebranto del funcionamiento de la Administración de Justicia ni perturbación alguna para quien todavía ni siquiera está personado, con la omisión del traslado de copias del escrito de impugnación de un recurso de casación, cuando ya han mediado dos previas instancias judiciales: en el primer caso, que es el aquí concurrente, resulta evidente de toda evidencia que no arbitrar un plazo de subsanación, con la consiguiente inadmisión a trámite de la demanda, sería tanto como consagrar una consecuencia arbitrariamente desproporcionada -la denegación del acceso a la Jurisdicción- en relación con el defecto procesal acaecido, lo que entrañaría a todas luces, a juicio de esta Sala, una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Procede, por lo expuesto, desestimar la excepción de caducidad de la acción formulada por la demandada.

TERCERO .- Acto seguido, y de nuevo en términos de orden lógico, la Sala ha de analizar aquel motivo de anulación que postula, al amparo del art. 41.1.e) LA, que "los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje", por versar la controversia sobre materia que no es de libre disposición conforme a derecho (art. 2.1 LA). La eventual estimación de este motivo haría innecesario el pronunciamiento sobre la pretendida incongruencia por *extra petitum* del laudo impugnado [art. 41.1.c) LA], e incluso sobre la infracción del orden público [art. 41.1.f) LA], que traería causa de la pretendida asunción por el Tribunal arbitral de competencias legalmente atribuidas a la CNMC en ejercicio, indeclinable, de funciones públicas [art. 12.1.b).1º Ley 3/2013, de 4 de julio]. Si bien, como se verá, este alegato de infracción del orden público es indisoluble del análisis cabal de si la materia objeto de la controversia es, por disponible, arbitrable.

Identificación del objeto de controversia: referencia a las posiciones de las partes y contenido del Laudo parcial.

ENAGÁS y GNC suscribieron el 30 de noviembre de 2009 tres contratos (códigos 0300002671, 0300002672 y 0300002673) " *de punto de salida por una conexión internacional* " -el punto de LARRAU, entre España y Francia-, cuyo objeto -cláusula 2- era " *la contratación de una determinada capacidad de salida y la determinación de las condiciones de acceso de la Contratante -GNC- al sistema de transporte y distribución, así como de la prestación, por parte del Transportista -ENAGÁS- a la Contratante, de los servicios consistentes en la entrega del **gas natural** en el Punto de salida* ".

Entre las condiciones de prestación de los servicios, la cláusula 5.3 de los Contratos, bajo la rúbrica " *reducción de la capacidad contratada en un punto de salida* ", establecía: " *el Transportista estará obligado a atender peticiones de reducción de capacidad siempre que se soliciten con tres meses de antelación y se produzcan un año después de haber efectuado la reserva de capacidad inicial y de haber hecho uso efectivo de la misma, o, en su caso, de haber procedido a efectuar cualquier modificación sobre la misma. Bastará con que se realice la comunicación con un mes de antelación, cuando la causa de reducción de capacidad sea la pérdida de clientes a favor de otros comercializadores ...* ".

Al amparo de esta cláusula, el 14 de octubre de 2013 GNC solicitó la reducción de la capacidad contratada a partir del 1 de abril de 2014.

ENAGÁS denegó tal solicitud el 28 de octubre de 2013, reputando inaplicable la antedicha cláusula 5.3, por estimar prevalente la aplicación del punto 2.2.4 del Anexo I del **REGLAMENTO (CE) nº 715/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO** , de 13 de julio de 2009, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de **gas natural** (*en adelante, el Reglamento*), cuyo tenor literal, en la redacción dada por **Decisión de la Comisión de 24 de agosto de 2012** - vigente para todos los países de la Unión, en lo que ahora importa, desde el 1 de octubre de 2013-, es el siguiente:

2.2.4. Entrega de capacidad contratada

Los gestores de redes de transporte deberán aceptar cualquier entrega de capacidad firme que contrate el usuario de la red en un punto de interconexión, excepto los productos de capacidad cuya duración sea de un día o menos. El usuario de la red mantendrá sus derechos y obligaciones en virtud del contrato de capacidad hasta la reasignación de la capacidad por el gestor de la red de transporte y en la medida en que éste no haya reasignado dicha capacidad. La capacidad entregada se considerará reasignada únicamente después de que se haya asignado toda la capacidad disponible. El gestor de la red de transporte informará sin demora al usuario de la red de cualquier reasignación de su capacidad entregada. Las condiciones específicas de la entrega de capacidad, especialmente en los casos en que varios usuarios de la red entreguen su capacidad, deberán ser aprobadas por la autoridad reguladora nacional (28.8.2012 Diario Oficial de la Unión Europea L 231/19).

Manifestada por GNC -burofax remitido el 15.11.2013- su disconformidad con la respuesta de viabilidad negativa de ENAGÁS a las solicitudes de reducción de capacidad en relación con los contratos referenciados, ENAGÁS, mediante escrito presentado el 13 de diciembre de 2013 en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), interpuso, al amparo del art. 12.1.b) Ley 3/2013, de 4 de julio , de creación de la CNMC, y en su condición de *Gestor de la Red de Transporte* , "conflicto de acceso de terceros a la red de transporte de **gas**" (conflicto de acceso), que fue decidido por la CNMC mediante *Resolución de 1 de abril de 2014* (Expte. ENER/103/2013) -doc. nº 10 de la demanda-, por la que " *declara conforme a Derecho la respuesta de viabilidad negativa realizada por ENAGAS TRANSPORTE SAU comunicada el 29 de octubre de 2013 respecto de la solicitud de GNC, SA, de reducción de capacidad contratada recibida con fecha 14 de octubre de 2013* ". GNC ha recurrido dicha Resolución ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dando lugar al procedimiento ordinario 242/2014, en el momento presente pendiente de resolución.

Por su parte, GNC, al amparo del convenio arbitral incluido en los Contratos -cláusula 22, de idéntico tenor en los tres-, formuló solicitud de arbitraje el 4 de febrero de 2014, que, sin perjuicio de ulterior concreción, enunciaba sus pretensiones en los siguientes términos:

Que se declare que la denegación de ENAGÁS de la solicitud de reducción de la capacidad inicialmente contratada por GNC en virtud de los Contratos es contraria a Derecho;

Que se condene a ENAGÁS a reducir la capacidad inicialmente contratada de acuerdo con lo solicitado por GNC el 14 de octubre de 2013.

El 11 de julio de 2014 GNC evacuó escrito de ampliación de la solicitud de arbitraje " *para que, junto a los puntos ya incluidos en la Solicitud de arbitraje, el Tribunal Arbitral declare que, como consecuencia de la*



reducción de capacidad, no procede que ENAGÁS emita factura alguna en relación con los Contratos y declare en consecuencia improcedentes las facturas emitidas hasta la fecha y aquellas otras que ENAGÁS eventualmente emita en el futuro en relación con los Contratos, referidas a periodo posterior a 1 de abril de 2014".

Primero ante la Corte de Arbitraje y después, por remisión de ésta -escrito de 28 de febrero de 2014-, con más detalle ante el propio Colegio Arbitral, las partes sostuvieron, en los términos reseñados supra FJ 1 -y que aún habremos de detallar- sus respectivas posiciones: en el caso de ENAGÁS, que la controversia, así identificada, no es susceptible de arbitraje, mientras que GNC postula lo contrario. Desde el primer momento, y en toda ocasión posible, ha sido sometido a debate en el procedimiento arbitral la cuestión básica o radical que ahora se plantea ante esta Sala: la consistente en determinar si la controversia objeto del arbitraje versa o no sobre una materia de libre disposición.

El Laudo parcial, de 9 de octubre de 2014, asume la tesis de **Gas Natural** por los siguientes motivos -en lo sustancial, coincidentes con los que expresa GNC: de un lado, porque "no puede identificarse cuestión sometida a normas imperativas con cuestión no arbitrable: la sujeción a normas imperativas no impide la 'arbitrabilidad' de la disputa, sino que simplemente obligará al Tribunal a resolver con arreglo a esas normas imperativas..."; y es que, en definitiva, "la arbitrabilidad es la posibilidad de someter a arbitraje una controversia...; de otro lado, asume el Laudo parcial aquel criterio doctrinal que propugna "que el hecho de que una determinada materia, o parte de ella, esté regida por normas imperativas *en nada obsta* a que un conflicto dentro de ellas pueda someterse a arbitraje", para, acto seguido, propugnar que "el carácter irrenunciable del derecho no afecta a su arbitrabilidad..., y que "la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia; por tanto, las materias patrimoniales podrán ser objeto de arbitraje".

Sobre esta base dogmática asienta el Laudo parcial su conclusión: " cabe señalar que este conflicto en concreto es arbitrable porque se trata de dirimir una cuestión patrimonial (si en última instancia se deben unas determinadas sumas de dinero) y porque la resolución afecta única y exclusivamente a **GAS NATURAL** y a ENAGÁS. *Que esto es así se desprende de lo solicitado por GAS NATURAL, que es que en suma declaremos que deben quedar sin efecto ciertas facturas que ENAGÁS le ha facturado o pueda facturarle en lo sucesivo* ".

La controversia surgida y la disponibilidad de la materia: criterios de enjuiciamiento.

Así delimitado el presente motivo de anulación, la Sala tiene que dejar constancia, ante todo, de los parámetros de enjuiciamiento que juzga conformes a Derecho para analizar si se ha sometido a arbitraje una controversia sobre materia de libre disposición, o no.

Sabido es que el Legislador español ha establecido el principio general de que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, no adoptando, por tanto, el llamado "*criterio patrimonial*", que, en expresión máxima del *favor arbitrandum*, considera arbitrables las pretensiones que tienen un valor pecuniario para las partes o, en otra formulación, los derechos que representen, al menos para una de ellas, un interés que pueda ser traducido en dinero. El criterio que acepta el Laudo en este punto podrá ser un desiderátum, pero no se adecua, desde luego, a la previsión que a todas luces adopta el art. 2.1 LA.

Esto significa que, aunque a diferencia del art. 2.1 de la Ley de Arbitraje de 1988, la Ley vigente no identifique materias excluidas del arbitraje, sí obliga a tener en cuenta aquellas normas del ordenamiento que definan qué es o qué no es disponible, o que establezcan los límites de la disponibilidad como pautas que se hayan de utilizar para discernir, en una materia concreta, si es, por disponible, susceptible de arbitraje. Tales normas son, a título de ejemplo, el art. 6.2 CC, el art. 19.1 LEC o, por analogía, el régimen de la transacción. Sin pretensión alguna de exhaustividad resultan comúnmente aceptados, como límites a la *libre disposición* - *de la que son expresión señera las posibilidades de renuncia, modificación y transmisión de derechos* -, el interés y el orden públicos, así como el perjuicio de terceros; las limitaciones o prohibiciones legales por razón de interés general o en evitación del perjuicio de terceros evidenciarían la indisponibilidad de la materia sobre la que recaigan.

En este punto, resulta de la mayor trascendencia para el caso reparar en que el legislador no habla solo de materia de libre disposición como susceptible de arbitraje; el art. 2.1 LA pone el acento en "*la controversia sobre materias de libre disposición* ...". Como ha puesto de relieve la doctrina, y la Sala comparte, la materia concierne especialmente al ámbito del Derecho en el que se integra la relación jurídica causal a que el arbitraje se refiere...; la controversia es algo más: afecta al conflicto y a la posición de las partes respecto del conflicto, en términos dinámicos...; la controversia es lo que es cuando el conflicto aflora. De ahí que se pueda sostener, con pleno fundamento, que, cuando el legislador refiere la "*arbitrabilidad*" a la controversia, está situando el momento decisivo para definir la disponibilidad de las partes en el tiempo del conflicto y de la determinación de las pretensiones, más que en el momento en que se inicia la relación causal y, en su caso, se formaliza, al tiempo de ella, el convenio arbitral.



Importa también traer a colación, en la línea de lo que preveía el art. 2.1.b) LA de 1988 -" *no podrán ser objeto de arbitraje las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición* "- que no cabe considerar disponible una materia, cuando, sometida a arbitraje la decisión acerca de la misma, las consecuencias de éste se hayan de proyectar necesariamente sobre otra materia, relación jurídica o derechos y obligaciones no disponibles.

Es necesario, asimismo, tener presente que cuando una materia identificable, en tanto que susceptible de ser considerada unitaria y autónomamente, afecta al interés general y/o su ordenación está informada por principios de orden público, por estar implicados intereses que trascienden la autonomía de la voluntad de las partes -v.gr., sectores o parcelas de sectores intervenidos por su carácter estratégico; v.gr., ordenación de las *condiciones mínimas imprescindibles para la efectividad* de libertades básicas de la Unión Europea-, se puede sostener que el efecto relativo de los contratos no puede condicionar o modificar la *competencia para ni el proceso de control* o garantía de cumplimiento de las normas imperativas que regulan el sector, desplazando el desempeño de funciones públicas de supervisión de la observancia del Estado de Derecho en favor de quienes la voluntad contractual tenga a bien pactar.

Esta consideración pone de relieve que la indisponibilidad de la materia puede ser cuestión indisociable de la competencia para preservar lo que el Derecho establezca acerca de la misma. Dicho de otro modo: la atribución de competencia para resolver una controversia puede, en según qué circunstancias, resultar claramente indiciaria de la disponibilidad o no de la materia controvertida.

En el bien entendido -hoy comúnmente admitido- de que no cabe identificar, *sin distingos ni matices*, materia indisponible con presencia de normas imperativas en su ordenación: no pocas materias son disponibles, perfectamente susceptibles de arbitraje, pese a que aspectos de su ordenación estén regulados por normas imperativas, lo que no excusa el deber de los árbitros de aplicar dichas normas, so pena de infringir el orden público -v.gr., por todas, la reciente Sentencia de esta Sala nº 23/2015, de 24 de marzo (ROJ STSJ M 3275/2015).

Y al contrario, tampoco cabe postular, con la generalidad con que a veces se hace, que una materia sustancialmente regida por normas imperativas -y se suele citar el Derecho de la Competencia, tras la tan conocida Sentencia Eco Swiss del TJUE (S. 1.6.1999, asunto C-126/1997)- es arbitrable, siendo la única obligación del Tribunal arbitral aplicar el referido ordenamiento imperativo para no incurrir en la causa de anulación del art. 41.1.f) LA: que el sometimiento a arbitraje signifique disponer del cauce procesal para la elucidación del Derecho no puede servir de excusa, insistimos, con la generalidad con que a veces se pretende -y como de hecho pretende el Laudo impugnado-, para desechar de un modo total y absoluto que la imperatividad de la normativa reguladora de una materia pueda ser indiciaria de su carácter indisponible, *y mucho menos para excluir la necesidad de esa ponderación por el propio Tribunal arbitral o por esta Sala*, justificando tal exclusión en el deber del árbitro de aplicar dicha normativa... Ni la presencia de normas imperativas puede conducir al absurdo de reducir el arbitraje al enjuiciamiento de controversias sobre materias reguladas solo por normas dispositivas; ni cabe desvirtuar la previsión legal del art. 2.1 LA sobre la base de la aplicación por los árbitros de las reglas imperativas, como si con tal subterfugio cupiera convertir en disponible lo que no lo es.

Sobre la naturaleza disponible o no de la materia controvertida: la reducción de la capacidad contratada en el Punto de salida de la conexión internacional de Larrau, sentido España-Francia.

Sobre la base de estos parámetros de enjuiciamiento y en el cumplimiento de la obligación que le asiste, este Tribunal verificará a continuación la naturaleza disponible, o no, de la materia controvertida; en el bien entendido, lo anticipamos ya, que, a diferencia de lo que concluye el Laudo parcial, es evidente de toda evidencia que no se dilucida una cuestión meramente patrimonial -en sus palabras, "*si se deben o no unas determinadas sumas de dinero* "-: como revelan los escritos de solicitud y de ampliación de la solicitud de arbitraje formulados por GCN, es inconcuso que la primera y radical cuestión controvertida es la que tiene que ver con *la solicitud de reducción de capacidad contratada: si esa solicitud ha de ser resuelta de acuerdo con el libre poder de disposición de las partes, según lo pactado en ejercicio lícito de la autonomía de la voluntad, o si, por el contrario, esa decisión no es disponible para las partes, hasta el punto de que, por esa indisponibilidad, ha de prevalecer una regulación posterior a los Contratos y radicalmente opuesta a lo que en ellos se establece, por restrictiva de las posibilidades de actuación de GNC.*

En otras palabras: la decisión sobre la procedencia o no de las facturas emitidas por ENAGÁS por los derechos de peaje frente GNC -" *peaje de exportación en conexión internacional* "- es consecuencia inexorable de lo que se resuelva con carácter previo sobre la prevalencia, o no, de los Contratos - de su cláusula 5.3- sobre el Reglamento y su Anexo I, y demás normas concordantes. El *petitum* principal -en términos lógicos y jurídicos- de GNC en el arbitraje es la adecuación a Derecho de la reducción de capacidad solicitada, esto es, una disputa



sobre las condiciones de uso de infraestructuras gasistas, sin que a ello obste la evidencia de que la decisión sobre esa cuestión principal tiene claras consecuencias patrimoniales.

En congruencia con lo que decimos, la Sala no puede compartir la tesis de la demandada de que debe limitar su pronunciamiento a verificar la competencia del Tribunal arbitral para decidir si es aplicable a los Contratos el Reglamento 715/2009. Este alegato entraña una petición de principio y es inconciliable con los postulados previamente expuestos: decidir si una materia es disponible, o no, exige, sin lugar a dudas, analizar su régimen jurídico, la naturaleza de las normas reguladoras, los intereses públicos o privados en juego -trascendiendo incluso las circunstancias del caso concreto; no se puede decir, con el debido fundamento, que, en el análisis del motivo de anulación e), del art. 41 LA, el Tribunal que ha de resolver sobre la disponibilidad o no de la materia controvertida ha de limitarse a constatar la competencia de los árbitros para decidir sobre la normativa aplicable: este argumento aboca a una petición de principio: si el Tribunal arbitral resuelve que la normativa aplicable es la convencionalmente pactada, la materia regulada por el Contrato sería asimismo disponible... A lo que hemos de añadir que determinar la normativa que rige una controversia es, conceptual y jurídicamente, diferenciable de su aplicación al caso concreto.

También cumple dejar claramente establecido que, como ya hemos indicado y se sigue del propio Laudo impugnado, uno de los criterios para dilucidar el carácter disponible o no de la materia controvertida es el alcance subjetivo del fallo que se haya de adoptar sobre la *res in iudicio deducta* : si afecta solo a las partes contendientes, o si tiene implicaciones o consecuencias sobre terceros o incluso *erga omnes* .

Sobre el régimen jurídico del mercado interior del **gas** en el seno de la Unión: el Reglamento 715/2009 y a la Decisión de la Comisión de 24 de agosto de 2012; atribuciones de la CNMC; los "peajes de exportación con conexión internacional".

El transporte y la distribución del **gas** tienen el carácter de actividades reguladas [art. 60 L. 34/1998, del Sector de Hidrocarburos (LSH)], que inequívocamente responde al carácter estratégico de los recursos energéticos, con clara incidencia en la vida de los ciudadanos y en la economía nacional.

El art. 1 del Reglamento (CE) 715/2009, aplicable a partir del 3 de marzo de 2011 (art. 32, tras la corrección de errores publicada el 3.3.2011) dice que tiene por objeto:

- a) Establecer normas no discriminatorias sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de **gas natural**, teniendo en cuenta las características especiales de los mercados nacionales y regionales, con el fin de **garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior del gas** ;
- b) Establecer normas no discriminatorias sobre las condiciones de acceso a las instalaciones de GNL y a las instalaciones de almacenamiento, teniendo en cuenta las características especiales de los mercados nacionales y regionales, y
- c) Facilitar la creación de un mercado mayorista eficaz en su funcionamiento y transparente, con un elevado nivel de seguridad en el suministro de **gas** y **establecer mecanismos de armonización de las normas de acceso a la red para el comercio transfronterizo de gas** .

El Reglamento enmarca estos objetivos en un determinado contexto:

De entrada, señala que *el mercado interior del gas natural* , que se ha ido implantando gradualmente desde 1999, responde a unas determinadas finalidades: "**dar una posibilidad real de elección a todos los consumidores de la Comunidad, sean ciudadanos o empresas, de crear nuevas oportunidades comerciales y de fomentar el comercio transfronterizo, a fin de conseguir mejoras de la eficiencia, precios competitivos, un aumento de la calidad del servicio y de contribuir a la seguridad del suministro y a la sostenibilidad** " (considerando o § 1 del Reglamento). Como se ve, se trata de finalidades que responden a evidentes intereses públicos.

Acto seguido, constata la necesidad de conferir obligatoriedad jurídica a las Directrices que menciona "con el fin de ofrecer en la práctica **una garantía mínima de igualdad de condiciones de acceso al mercado** ", congruente con el expresado propósito de "establecer, con arreglo a dichas directrices, los principios y las normas básicas sobre el acceso a las redes y los servicios de acceso de terceros, la gestión de la congestión, la transparencia, el balance y el comercio de derechos de capacidad" (§§ 3 y 4).

Advierte, en particular, que "**no existe todavía un acceso a la red no discriminatorio ni tampoco un nivel igualmente efectivo de supervisión reguladora en cada Estado miembro** , y siguen existiendo mercados aislados" (§ 11). Reitera, en este sentido, la necesidad de modificar un marco normativo -el existente hasta la entrada en vigor del Reglamento-, que "**no ofrece las condiciones necesarias para la creación de capacidades de interconexión y para lograr el objetivo de un mercado interior eficiente y abierto que funcione adecuadamente** " (§ 14).



Es de la mayor trascendencia para el caso que el § 21 del Reglamento señale que " **existe una congestión contractual considerable en las redes de gas** ". Por ello, los **principios que rigen la asignación de capacidad y la gestión de la congestión** para los contratos nuevos o renegociados se basan en la liberación de la capacidad no utilizada permitiendo a los usuarios de la red subarrendar o revender la capacidad contratada, y en la obligación de los gestores de redes de transporte de ofrecer la capacidad no utilizada al mercado, al menos con un día de antelación y con carácter interrumpible. **Dada la elevada proporción de contratos ya en vigor y la necesidad de crear auténticas condiciones de igualdad entre los usuarios de las instalaciones nuevas y de las ya existentes, estos principios deben aplicarse a toda la capacidad contratada, incluidos los contratos ya en vigor** .

Y añade el Reglamento (§ 22) que, "aunque actualmente la **congestión física** de las redes no suele ser un problema en la Comunidad, **puede llegar a serlo en el futuro** ". Por ello es importante establecer el principio fundamental de la asignación de la capacidad congestionada en tales circunstancias".

Los principios que rigen la asignación de capacidad y la gestión de la congestión aplicables a los gestores de redes de transporte aparecen enunciados en el art. 16 del Reglamento, de los que destacamos, por su relación con el caso, los expresados en sus apartados 3 y 4:

3. Los gestores de redes de transporte aplicarán y publicarán procedimientos no discriminatorios y transparentes de gestión de la congestión que faciliten los intercambios transfronterizos de **gas natural** sobre una base no discriminatoria, partiendo de los siguientes principios:

a) en caso de congestión contractual, el gestor de la red de transporte ofrecerá la capacidad no utilizada en el mercado primario, al menos con un día de antelación y con carácter interrumpible, y

b) los usuarios de la red que deseen revender o subarrendar su capacidad contractual no utilizada en el mercado secundario tendrán derecho a hacerlo.

Por lo que respecta al párrafo primero, letra b), los Estados miembros podrán exigir a los usuarios de la red que notifiquen o informen de lo anterior al gestor de la red de transporte.

4. En caso de congestión física, el gestor de la red de transporte o, cuando proceda, las autoridades reguladoras aplicarán mecanismos de asignación de la capacidad transparentes y no discriminatorios.

A su vez, el art. 23.1 del Reglamento establece que "en caso necesario, **las directrices sobre el grado mínimo de armonización necesario para alcanzar el objetivo del presente Reglamento** especificarán lo siguiente: ...

3) los principios detallados que rigen los mecanismos de asignación de capacidad y la aplicación de los procedimientos de gestión de la congestión en caso de congestión contractual, con arreglo a los artículos 16 y 17".

Esas Directrices, con plena obligatoriedad jurídica, se establecieron en el Anexo I del Reglamento (art. 23.2, primer inciso).

Y repara esta Sala, desde el primer momento, en que las aludidas Directrices son normas de armonización tan básicas que expresan lo absolutamente irrenunciable, a juicio del Parlamento Europeo y del Consejo, para alcanzar el objetivo del Reglamento: **el grado mínimo de armonización necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior del gas** , que , de carácter estratégico para las economías nacionales y para los ciudadanos, **debe desarrollarse con eficiencia, con precios competitivos y garantizando la calidad, la seguridad y la sostenibilidad del suministro** .

No se trata solo de garantizar una de las libertades básicas de la Unión, la libre competencia, en el mercado del **gas**, esto es, la concurrencia de " *los requisitos mínimos que haya que satisfacer para cumplir con las condiciones no discriminatorias y transparentes para el acceso a la red* ", en palabras del art. 23.3 Reglamento, lo que ya de por sí evidenciaría un interés público insoslayable; se trata también de preservar, en los términos expuestos (§ 1 Reglamento), un suministro seguro, sostenible y de calidad de un recurso escaso e imprescindible para la vida de los ciudadanos y de las empresas. De ahí que el § 34 del Reglamento prevea que "el presente Reglamento y las directrices adoptadas con arreglo al mismo se entenderán sin perjuicio de la aplicación de las normas comunitarias de competencia".

En este contexto, el Reglamento confiere competencias a la Comisión (art. 23.2, segundo inciso, y § 36) para que establezca o adopte las directrices necesarias para obtener el grado mínimo de armonización requerido con objeto de alcanzar el fin que persigue el presente Reglamento. Directrices de alcance general que, sin modificar el contenido esencial del Reglamento, pueden completarlo.

En el ejercicio de esas competencias tiene lugar la **Decisión de la Comisión de 24 de agosto de 2012** , que modifica el Anexo I del Reglamento (CE) 715/2009, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte



de **gas natural**, y, en concreto, regula con mucho más detalle que en la versión precedente los " *Procedimientos de gestión de la congestión en caso de congestión contractual* ", dando la redacción controvertida en esta causa al apartado 2.2.4, relativo a " *la entrega de la capacidad contratada* " .

Explica la Comisión (§ 2 de la Decisión) que la práctica ha puesto de manifiesto que, pese a aplicarse determinados principios de gestión de la congestión, tales como la oferta de capacidades interrumpibles conforme a lo dispuesto en el Reglamento (CE) 1775/2005, de 28 de septiembre de 2005, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de **gas natural**, y el Reglamento (CE) 715/2009 , **la congestión contractual sigue siendo un obstáculo en las redes de transporte de gas de la Unión, lo que dificulta el fomento de un mercado interior del gas que funcione correctamente. Es necesario, por lo tanto, modificar las directrices sobre la aplicación de los procedimientos de gestión de la congestión en caso de congestión contractual** .

Y esa necesidad de modificación trae causa de un hecho que también pone de relieve la Comisión (§ 1): " **la frecuencia de la congestión contractual cuando los usuarios de la red no pueden acceder a las redes de transporte de gas a pesar de la disponibilidad física de capacidad** ", (lo que constituye) " *un obstáculo a la realización del mercado interior de la energía* " .

Esta aseveración, justificativa de la reforma de las Directrices -y entre ellas de la que da pie a esta causa-, pone en evidencia algo que ya se sigue del propio Reglamento: que, a diferencia de lo que postula GNC, **la congestión contractual no es incompatible con la disponibilidad física** .

A la luz de lo expuesto, adquiere especial significación que tanto en su Exposición de Motivos (§ 30) como en su art. 24 el Reglamento estipule paladinamente que " **las autoridades reguladoras nacionales deben garantizar el cumplimiento de las normas del presente Reglamento y de las directrices adoptadas con arreglo al mismo** " .

No se discute en autos que lo controvertido es la solicitud de GNC a ENAGÁS de reducción de la capacidad contratada en un punto de salida internacional y la frontal colisión, al respecto, entre lo dispuesto en la cláusula 5.3 de *los Contratos* y lo establecido en la Directriz 2.2.4 del Anexo I del Reglamento (CE) 715/2009, en la redacción que le dio la Decisión de 24.8.2012.

En estas circunstancias, y al margen de cuál sea la conclusión de prevalencia a que haya de llegar la autoridad competente para resolver, parece de todo punto incuestionable que la CNMC tiene conferida, como función pública insoslayable, " *garantizar el cumplimiento* " de dicha Directriz. Según veremos acto seguido, esta conclusión sobre la atribución de competencia a la CNMC se ve corroborada por su propia Ley constitutiva, amén de por sus antecedentes legislativos.

De entrada, la *Exposición de Motivos de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC* , señala que la filosofía que subyace en la existencia de todos estos organismos es fundamentalmente velar por unos mercados competitivos y unos servicios de calidad, en beneficio de los ciudadanos.

Ahora bien; ello no empece para que la Ley discrimine, entre las funciones de la CNMC, dos grandes grupos. En palabras de la aludida *Exposición de Motivos* :

"Por un lado, la Comisión ejercerá funciones, con carácter general, en el conjunto de mercados para la defensa y promoción de la competencia en los mismos. Estas funciones **son tanto de supervisión como de arbitraje y consultivas** ...".

"Por otro lado, la Comisión ejercerá funciones, con carácter singular, en determinados sectores y mercados regulados, **donde la aplicación de la normativa de defensa de la competencia resulta insuficiente para garantizar la existencia de una competencia efectiva** . Estos sectores o ámbitos son los siguientes: las comunicaciones electrónicas y la comunicación audiovisual, los mercados de la electricidad y de **gas natural**, el sector postal, las tarifas aeroportuarias y determinados aspectos del sector ferroviario. Las funciones que la Comisión ejercerá sobre los citados sectores han sido tradicionalmente desempeñadas por los organismos reguladores sectoriales, por requerirse la independencia respecto de los intereses públicos que pudiesen confluir. En particular, abarcan funciones de supervisión y control, así como **funciones de resolución de conflictos, más amplias y flexibles que las de mero arbitraje** .

En lógica congruencia, el art. 5 L. 3/2013, bajo la rúbrica *Funciones de la CNMC de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, dice en su apartado 1.b)*:

1. Para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones:

...



b) **Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos .**

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público . El procedimiento arbitral se regulará mediante Real Decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad.

Por el contrario, ya en referencia a funciones singulares de la CNMC **en determinados sectores y mercados regulados , donde la aplicación de la normativa de defensa de la competencia resulta insuficiente para garantizar la existencia de una competencia efectiva ,** bajo el título " **Supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural** ", dice el art. 7 de LCNMC :

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia **supervisará y controlará el correcto funcionamiento del sector eléctrico y del sector del gas natural** . En particular, ejercerá las siguientes funciones:

Establecer mediante circulares, dictadas de conformidad con el artículo 30 de esta Ley, previo trámite de audiencia y con criterios de eficiencia económica, transparencia, objetividad y no discriminación:

(...)

d) **La metodología para el cálculo de los peajes y cánones de los servicios básicos de acceso a las instalaciones gasistas** : transporte y distribución, regasificación, almacenamiento y carga de cisternas, dentro del marco tarifario y retributivo definido en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, y en su normativa de desarrollo.

(...)

f) **La metodología relativa al acceso a las infraestructuras transfronterizas, incluidos los procedimientos para asignar capacidad y gestionar la congestión, dentro del marco normativo de acceso y funcionamiento del sistema definido en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y en su normativa de desarrollo .**

10. **Velar por el cumplimiento, por los transportistas y distribuidores y, en su caso, por los propietarios de las redes y por los gestores de redes de transporte y distribución, de las obligaciones impuestas en la normativa aplicable, incluyendo las cuestiones transfronterizas. Asimismo, velará por la correcta aplicación por parte de los sujetos que actúen en los mercados de gas y electricidad de lo dispuesto en las disposiciones normativas de la Unión Europea .**

11. **Supervisar la adecuación de los precios y condiciones de suministro a los consumidores finales a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, y sus normativas de desarrollo y publicar recomendaciones, al menos anualmente, para la adecuación de los precios de los suministros a las obligaciones de servicio público y a la protección de los consumidores .**

A su vez el art. 12 LCNMC señala:

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que le sean planteados por los operadores económicos en los siguientes casos:

a)....

b) En los mercados de la electricidad y del **gas**, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los siguientes conflictos:

1º. Conflictos que le sean planteados respecto a los contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y, en su caso, distribución, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

2º. Conflictos que le sean planteados en relación con la gestión económica y técnica del sistema y el transporte, incluyendo las conexiones entre instalaciones.

2. En la resolución de los conflictos a que hace referencia el apartado anterior, la Comisión resolverá acerca de cualquier denuncia y adoptará, a petición de cualquiera de las partes, una resolución para resolver el litigio lo antes posible y, en todo caso, en un plazo de tres meses desde la recepción de toda la información.

La resolución que dicte la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en los casos previstos en el apartado anterior será vinculante para las partes sin perjuicio de los recursos que procedan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 de esta Ley.

El art. 36.2 LCNMC estipula que "los actos y resoluciones del Presidente y del Consejo, en pleno y en salas, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia *dictados en el ejercicio de sus funciones públicas*



pondrán fin a la vía administrativa y no serán susceptibles de recurso de reposición, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Toda la normativa expuesta revela, a juicio de la Sala, que las competencias atribuidas a la CNMC en resolución de conflictos son distintas e inconciliables, por su naturaleza, con las funciones arbitrales que le confiere el art. 5 LCNMC, mediando sometimiento voluntario de las partes... Y son distintas e inconciliables porque, en la resolución de conflictos entre los operadores (por falta de acuerdo sobre problemas de compartición de redes, de interconexión o similares), " *se ejercen funciones públicas que atienden a la necesidad de preservar los intereses generales subyacentes en la regulación de cada sector, cuyo ejercicio se traduce en una decisión estrictamente administrativa, con fuerza de obligar, impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa* " [FJ 6, SSTs, 3ª, Sec. 3ª, ambas de 16 de enero de 2008, recaídas en los recursos de casación núms. 2942/2006 y 5743/2006 (Roj: STS 13/2008 y 12/2008 , respectivamente)].

Parece incontestable, a la vista del Reglamento 715/2009 y de la LCNMC, que velar por el cumplimiento de la Directriz 2.2.4 del Anexo I del Reglamento (CE) 715/2009, en la redacción que le da la Decisión de 24.8.2012, es concebida como una atribución insoslayable para la CNMC, que, en tal desempeño, ejerce funciones públicas, *distintas de e inconciliables con* las que eventualmente pudiera llevar a cabo, por acuerdo voluntario de las partes, ex art. 5 LCNMC.

Finalmente, como revela de manera inequívoca la normativa que se cita en el propio expositivo II de los Contratos, tampoco cabe ignorar que los ingresos que derivan de las facturas correspondientes al "peaje de exportación con conexión internacional" no son libremente fijados por las partes (art. 69 LSH; RD 949/2001 ; Orden ECO/301/2002; ORDEN ITC/4100/2005), efectuándose su liquidación mediante un procedimiento reglado (Orden ECO/2692/2002) y bajo la supervisión de la CNMC; a lo que se ha de añadir que a las cantidades ingresadas se les ha de dar el destino legalmente previsto (art. 96 LSH): sin ánimo de exhaustividad, además de la retribución que corresponda al titular de las instalaciones, existe una tasa destinada a la CNE -hoy CNMC- y una cuota correspondiente al *Gestor Técnico del Sistema* ...

Más allá de la repercusión que, en general, pueda tener sobre la factura que se libre al consumidor final la intensidad con que se utilicen las instalaciones del sistema gasista, es evidente, *ope legis* , que las consecuencias patrimoniales de la reducción de la capacidad contratada afecta a terceros.

Conclusión: la controversia sometida a arbitraje versa sobre una materia que no es de libre disposición conforme a Derecho, por lo que los Laudos impugnados deben ser anulados ex art. 41.1.e) LA.

Como queda dicho, se ha sometido a arbitraje una controversia que recae, con carácter principal, sobre la adecuación a Derecho de la solicitud de GNC a ENAGÁS de reducción de la capacidad contratada en un punto de salida internacional: las partes reconocen que existe una frontal colisión, al respecto, entre lo dispuesto en la cláusula 5.3 de los Contratos y lo establecido en la Directriz 2.2.4 del Anexo I del Reglamento (CE) 715/2009, en la redacción que le dio la Decisión de 24.8.2012, pues esta última reduce sustancialmente las posibilidades de actuación reconocidas a GNC por la cláusula 5.3 de los Contratos. Es asimismo evidente que la petición de GNC sobre la improcedencia de emitir las facturas correspondientes al peaje por la capacidad contratada cuya reducción solicita tiene como presupuesto el pronunciamiento sobre la adecuación a Derecho de la reducción impetrada.

Pues bien, teniendo en cuenta los parámetros de enjuiciamiento expuestos en el FJ 2 y lo que evidencia la normativa reseñada en el apartado 1 de este Fundamento, hay que sostener la indisponibilidad, conforme a Derecho, de la materia sometida a arbitraje, lo que aboca inexorablemente a la anulación de los laudos impugnados.

Evidencian esa indisponibilidad, en primer lugar, los clarísimos intereses públicos que están en juego, según el Reglamento y la Decisión reseñados, precisamente en relación con las solicitudes de reducción de capacidad contratada en puntos transfronterizos. Con remisión a lo expuesto más ampliamente, recordamos ahora que no se trata solo de garantizar una de las libertades básicas de la Unión, la libre competencia, en el mercado del **gas**, esto es, la concurrencia de " *los requisitos mínimos que haya que satisfacer para cumplir con las condiciones no discriminatorias y transparentes para el acceso a la red* ", en palabras del art. 23.3 Reglamento, lo que ya de por sí evidenciaría un interés público insoslayable; se trata también de preservar, en los términos expuestos (§ 1 Reglamento), un suministro seguro, sostenible y de calidad de un recurso escaso e imprescindible para la vida de los ciudadanos y de las empresas.

Estos intereses públicos son tan evidentes, ante la existencia de una congestión considerable en las redes de **gas** y el deficiente funcionamiento del mercado interior del **gas**, que el Reglamento 715/2009 prevé, como hemos reseñado, que, a partir de su vigencia, los **principios que rigen la asignación de capacidad y la gestión de la congestión** -art. 16 del R. desarrollado por las Directrices de su Anexo I, entre las que se halla la recogida



en su punto 2.2.4, aquí controvertida- **deban aplicarse a toda la capacidad contratada, incluidos los contratos ya en vigor** . Adquiere aquí especial significación uno de los criterios de enjuiciamiento supra reseñados: la disponibilidad o no de la materia ha de ser analizada en el momento de surgir la controversia, pues lo que en un momento dado pudo ser disponible y, por ello, arbitrable, puede dejar de serlo ulteriormente. De ahí que la Sala no confiera trascendencia mayor a aquellos argumentos de la demandada que invocan la naturaleza mercantil de los *Contratos* , la disponibilidad que manifestarían algunas de sus cláusulas -v.gr., la 13.2.a), aquí no controvertida-, o el hecho -que se califica de "*prueba definitiva*"- de que el convenio arbitral traiga causa de la cláusula 23 del Contrato Modelo aprobado por la DGPEM, a propuesta de la CNE -predecesora de la CNMC-, de acuerdo con el art. 7.4 RD 949/2001 . Y es que, como recuerda el § 1 del Reglamento, el mercado interior del **gas** comenzó a implantarse, gradualmente, en 1999, y es perfectamente explicable que, en la evolución de esa implantación, el Legislador de la Unión, atendiendo a las circunstancias concurrentes en un determinado periodo, restrinja el ámbito de lo disponible, esto es, de lo renunciabile, transmisible o modificable en el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

La Sala no identifica carácter imperativo de la normativa implicada con indisponibilidad de los intereses en juego: lo que sucede es que esa normativa proclama su exigencia inexcusable por referencia explícita a la necesidad de preservar intereses públicos en un sector regulado y estratégico, que, a todas luces, trascienden el ámbito particular de decisión; y máxime cuando el alcance de esos intereses públicos informa el conjunto de la materia que es objeto de controversia: no se trata de una situación atinente a una materia disponible que, en alguno de sus aspectos, deba ser limitada por lo dispuesto en normas imperativas: aquí la disparidad de regulación derivada del efecto relativo de los contratos no garantizaría la libre competencia en el sector ni, lo que no es menos importante, la sostenibilidad, seguridad y calidad en la prestación de un servicio que afecta a un recurso escaso y esencial para los ciudadanos y para las empresas de la Unión.

Esto tiene su correlato, como apuntábamos en el Fundamento 2, en que la indisponibilidad de la materia puede ser cuestión indisociable de la competencia para preservar lo que el Derecho establezca acerca de la misma... Las funciones atribuidas a la CNMC en esta materia por la propia normativa de la Unión y por la Ley 3/2013, claramente diferenciadas de sus funciones arbitrales, son indicio claro de la indisponibilidad de que hablamos. Es congruente con los intereses públicos implicados en la materia aquí controvertida que no se permita que el efecto relativo de los contratos condicione o modifique el procedimiento y la competencia para supervisar la observancia de las normas que garantizan esos intereses generales, desplazando el desempeño de inequívocas funciones públicas de control a favor de quienes la voluntad contractual tenga a bien pactar.

En virtud de lo expuesto, el motivo es estimado, con la consiguiente anulación de los Laudos impugnados ex art. 41.1.e) LA.

CUARTO .- Estimada la pretensión anulatoria de la demanda, procede, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , imponer a la demandada las costas causadas en este procedimiento.

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAMOS la demanda de anulación formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Pilar Iribarren Cavalle, en nombre y representación de **ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U.** , anulando el Laudo parcial sobre arbitrabilidad de la disputa y competencia del Tribunal arbitral de 9 de octubre de 2014 y el Laudo de 17 de noviembre de 2014, sobre solicitud de corrección, aclaración, complemento y rectificación de extralimitación del Laudo parcial, dictados por D. Gonzalo Jiménez-Blanco (Presidente), D. Jesús Almoguera (co-árbitro) y D. Mariano Bacigalupo (co-árbitro), en el procedimiento nº 2532, administrado por la Corte de Arbitraje de Madrid; con expresa imposición a la demandada de las costas causadas en este procedimiento.

Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 42.2 Ley de Arbitraje).

Lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados que figuran al margen.