

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO INSTADO POR UNA EMPRESA COMERCIALIZADORA FRENTE A UNA PLANTA REGASIFICADORA CON RELACIÓN A LA LIMITACIÓN EN LA DESCARGA DE BUQUES PREVISTA PARA EL ACCESO A LA PLANTA DE REGASIFICACIÓN UBICADA EN “...” (C.A.T.R. 94/2008).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Planteamiento del conflicto.*

El 17 de octubre de 2008 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión Nacional de Energía (CNE) escrito de UNA EMPRESA COMERCIALIZADORA, por el que *“se insta ante la Comisión Nacional de Energía un conflicto de acceso de conformidad con lo establecido en el apartado primero del artículo 6 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural”*. Dicho conflicto *“se plantea en relación con las condiciones de ejercicio del derecho de acceso a las instalaciones de regasificación de LA PLANTA REGASIFICADORA”*.

Con relación al conflicto que plantea, LA COMERCIALIZADORA alude, básicamente, a los siguientes hechos:

- *“Con fecha 18 de agosto de 2008 LA COMERCIALIZADORA procede a remitir, de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 949/2001, una petición de reserva de capacidad de regasificación a LA PLANTA REGASIFICADORA, con indicación del calendario y programa de utilización, a saber, 1 GWh/día, con fecha de inicio 23 de agosto de 2008 y una duración de 1 año.”*
- *“Una vez obtenida la declaración de viabilidad de regasificación por parte del Gestor Técnico del Sistema, LA PLANTA REGASIFICADORA da respuesta por carta de 22 de agosto de 2008... a la petición de LA COMERCIALIZADORA aceptando la solicitud formulada”*. Añade LA COMERCIALIZADORA que *“En*

la mencionada misiva se invita asimismo a LA COMERCIALIZADORA a proceder a la firma de un Contrato de Acceso a los Servicios de Regasificación a Corto Plazo”, y destaca que, en ese contrato sobre servicios de regasificación, figuraba, en el punto 3 del Anexo 2, la siguiente previsión: “Dado el volumen de capacidad contratada, para evitar la utilización por periodos prolongados del almacenamiento disponible en tanques, imposibilitando otras descargas de buques, el contrato de acceso para los servicios de carga de cisterna únicamente dará derecho a la descarga de buques, cuando la viabilidad de la descarga de otros buques de usuarios con contrato de regasificación lo permita, y siempre y cuando la cantidad descargada sea inferior a 50 días de la capacidad contratada.”

- “Tanto el propio 22 de agosto de 2008 como en fechas sucesivas, LA COMERCIALIZADORA manifiesta a LA PLANTA REGASIFICADORA su disconformidad ante la inclusión de tal limitación de descarga de buques,...”
- “Asimismo, y en paralelo, de conformidad con la información proporcionada por LA PLANTA REGASIFICADORA, con fecha 22 de agosto de 2008 se activa el sistema de alta del Contrato de referencia en el SL-ATR, programándose la descarga de 50 GWh por parte de LA COMERCIALIZADORA para el día 23 de agosto de 2008.”
- “El 23 de agosto se procede a la descarga del buque programado, asignando LA PLANTA REGASIFICADORA la cantidad de 50 GWh a LA COMERCIALIZADORA”
- “..., con fecha 3 de septiembre de 2008, LA COMERCIALIZADORA remite a LA PLANTA REGASIFICADORA un escrito en el que, y dado que éstas trascienden a lo dispuesto en el Modelo de Contrato y a lo dispuesto en la legislación vigente, insta a LA PLANTA REGASIFICADORA a proceder sin más demora a la firma y formalización del Modelo de Contrato,...”
- “ LA COMERCIALIZADORA recibe una carta de PLANTA REGASIFICADORA, de fecha 12 de septiembre de 2008, en la que ésta realiza una serie de valoraciones relativas a las discrepancias arriba mencionadas.” En concreto, señala LA COMERCIALIZADORA que, por parte de LA PLANTA REGASIFICADORA se alude “a otros contratos suscritos por LA PLANTA REGASIFICADORA con diversos usuarios en los que se prevén limitaciones de capacidad de descarga similares”.

- *“Con fecha 19 de septiembre de 2008, COMERCIALIZADORA envía un nuevo escrito a PLANTA REGASIFICADORA en el que se incide en los aspectos tratados por ésta en su anterior misiva,…”*
- *“Con fecha 22 de septiembre de 2008, LA COMERCIALIZADORA atiende, dentro del plazo habilitado al efecto, al pago de la correspondiente factura de LA PLANTA REGASIFICADORA relativa a los servicios de regasificación proporcionados por LA PLANTA REGASIFICADORA en el marco del presente relación contractual.”*
- *“Con fecha 13 de octubre de 2008, LA COMERCIALIZADORA recibe una nueva comunicación de LA PLANTA REGASIFICADORA, fechada el 8 de octubre de 2008, en virtud de la cual los responsables de la planta de regasificación persisten en la defensa de los argumentos presentados con anterioridad.”*

Como fundamento del conflicto que interpone, y en justificación de la concreta solicitud de resolución del conflicto que interesa, LA COMERCIALIZADORA, esencialmente, las siguientes alegaciones:

- Que *“la cláusula 15 del Modelo de Contrato determina, entre otras consideraciones, que “cualquier condición no estándar debe tener la adecuada difusión entre todos los usuarios”.*
- Que *“eventuales precedentes, aludidos por LA PLANTA REGASIFICADORA en su misiva de 12 de septiembre de 2008, en los que se prevén limitaciones de capacidad de descarga de buques similares, consideramos que los mismos no justifican en ningún caso la introducción de la condición no estándar en el Contrato de Regasificación que nos ocupa, dado que no nos consta se haya realizado, con carácter previo a la solicitud de regasificación por parte de LA COMERCIALIZADORA, la correspondiente difusión entre todos los usuarios tal y como resultaría preceptivo de conformidad con el Modelo de Contrato”.*
- Que *“la intención del regulador en las condiciones no estándar no puede ser otra que, independientemente del aspecto de la relación contractual al que puedan afectar, su difusión a los usuarios se realice de una forma transparente, objetiva y no discriminatoria, pero sobre todo, efectiva, de forma que los usuarios, en función de la existencia de dichas condiciones, puedan decidir dónde les es más conveniente contratar capacidad de regasificación”.*

- Que aceptar las justificaciones dadas por LA PLANTA REGASIFICADORA acerca de la cláusula discutida *“supondría la aceptación de que los nuevos entrantes o los “operadores no experimentados” en este sector puedan verse discriminados con respecto a otros operadores”*.
- Que *“Una restricción de la capacidad de descarga, establecida “a priori” y completamente desvinculada de las limitaciones puntuales que puedan plantearse en el trascurso normal de las actividades de una planta de regasificación, excede de lo consentido por el mencionado Real Decreto 949/2001 así como por la Orden ITC/3126/2005, de 5 de octubre por el que se aprueban las normas de gestión técnica del sistema gasista y particularmente, en la medida en que tales limitaciones no han sido objeto de la adecuada difusión y publicidad entre los usuarios que desean contratar capacidad de regasificación”*.
- Que *“las propias Normas Técnicas de Gestión del Sistema expresamente prevén el procedimiento de limitación de descargas en dicho apartado 3.6.3, por lo que no cabría tampoco defender la existencia de un vacío legal al respecto que justifique la limitación de descarga de buques objeto del presente conflicto de acceso”*.
- Que *“de haberse difundido y publicado debidamente la posible introducción de condiciones no estándar de estas características a los Contratos de Regasificación por parte de LA PLANTA REGASIFICADORA, y habiendo sido aquella conocida por parte de LA COMERCIALIZADORA, ésta se hubiera podido plantear en su momento otras opciones a la hora de llevar a cabo el objeto del contrato que nos ocupa, considerando incluso la posibilidad de contratar con otras plantas de regasificación del territorio español”*.
- Que *“la inclusión de la condición de limitación de la capacidad de descarga de buques no respeta el ordenamiento jurídico ni en el fondo (contraviniendo lo establecido por el artículo 7.2 del Real Decreto 949/2001) ni en la forma (en la ausencia de difusión a los usuarios de la necesidad de, en determinadas circunstancias, introducir tales limitaciones, de conformidad con el Modelo de Contrato), la estricta aplicación de dicho principio por LA PLANTA REGASIFICADORA no es en absoluto justificación suficiente para que LA COMERCIALIZADORA esté obligada a aceptar dichas condiciones especiales aduciendo que otros usuarios las han aceptado”*.

- Que *“la existencia de aceptaciones precedentes de esta limitación de descarga de buques por parte de otros operadores (sea cual fuere la razón por la cual dichos operadores han acordado con LA PLANTA REGASIFICADORA dichas limitaciones) no puede ser considerada como norma o justificación válida y suficiente para exigir a LA COMERCIALIZADORA la misma aceptación”.*

Efectuadas estas alegaciones, LA COMERCIALIZADORA solicita a la CNE lo siguiente:

“Primero.- Que la Comisión Nacional de Energía tenga por presentado este escrito junto con los documentos que se acompañan y se sirva admitirlo.

Segundo.- Que la Comisión Nacional de Energía atienda a las objeciones presentadas por LA COMERCIALIZADORA a la incorporación de la cláusula objeto de litigio y que, por lo tanto, inste a LA PLANTA REGASIFICADORA a que desista de sus pretensiones en este sentido.

Tercero.- Que la Comisión Nacional de Energía, habiéndose superado ampliamente el plazo de veinticuatro días hábiles desde la aceptación de la solicitud de acceso para la formalización del contrato de regasificación previsto por el Real Decreto 949/2001, inste a LA PLANTA REGASIFICADORA sin más demora a la firma y formalización del Modelo de Contrato.”

Adjunto a su escrito de planteamiento de conflicto, LA COMERCIALIZADORA presenta la siguiente información:

- Carta de 22 de agosto de 2008 remitida por LA PLANTA REGASIFICADORA a LA COMERCIALIZADORA.
- Contrato de Regasificación propuesto por LA PLANTA REGASIFICADORA.
- Carta de 3 de septiembre de 2008 remitida por LA COMERCIALIZADORA a LA PLANTA REGASIFICADORA.
- Carta de 12 de septiembre de 2008 remitida por LA PLANTA REGASIFICADORA a LA COMERCIALIZADORA.
- Carta de 19 de septiembre de 2008 remitida por LA COMERCIALIZADORA a LA PLANTA REGASIFICADORA.
- Carta de 8 de octubre de 2008 remitida por LA PLANTA REGASIFICADORA a LA COMERCIALIZADORA .

SEGUNDO.- Comunicaciones de inicio del procedimiento.

Mediante sendos escritos de fecha 4 de noviembre de 2008 se comunicó a LA COMERCIALIZADORA y a LA PLANTA REGASIFICADORA el inicio del correspondiente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimientos Administrativo Común.

A LA PLANTA REGASIFICADORA se le dio traslado del escrito presentado por LA COMERCIALIZADORA y de su documentación adjunta, confiriéndole un plazo de diez días hábiles –previsto en el artículo 76.1 de la Ley 30/1992- para formular alegaciones y aportar los documentos que estimara convenientes en relación con el objeto del conflicto.

TERCERO.- Alegaciones de LA PLANTA REGASIFICADORA.

El 24 de noviembre de 2008 se ha recibido en el Registro de la CNE escrito de alegaciones de LA PLANTA REGASIFICADORA, en el que esta empresa alega, básicamente, lo siguiente:

- Que *“Con fecha 18 de agosto de 2008 LA COMERCIALIZADORA solicitó acceso y reserva de capacidad de regasificación en relación con las instalaciones de LA PLANTA REGASIFICADORA con fecha de inicio el 23 de agosto de 2008 y duración de un año”, y que esta solicitud fue atendida por LA PLANTA REGASIFICADORA lo que “pone de manifiesto el esfuerzo desarrollado por esta sociedad para acceder a las peticiones de LA COMERCIALIZADORA “.*
- Que *“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2 del RD 949/2001 BBG solicitó la emisión de informe de viabilidad por parte del Gestor Técnico del Sistema”, en el que –según expone LA PLANTA REGASIFICADORA - “el GTS considera viable la solicitud de regasificación pero NO el transporte, tal y como ha sido planteado, al estimar que el almacenamiento para la operación comercial en la red de gasoductos (AOC) no es un punto de salida”, y, asimismo, “considera que la viabilidad a la nominación estará condicionada a la nominación de entrada al transporte y demanda asociada”.*

- Que *“En la misma fecha en la que LA PLANTA REGASIFICADORA recibe la viabilidad por el GTS (el 22 de agosto de 2008), esta sociedad remite su aceptación a la solicitud de acceso y reserva de capacidad de regasificación, mediante carta certificada, si bien se adelanta por fax en esa misma fecha la citada carta y se comunica el resultado del informe de viabilidad realizado por el GTS dada la urgencia del inicio de la prestación de los servicios, esto es, al día siguiente”.*
- Que *previamente a la comunicación escrita “LA PLANTA REGASIFICADORA comunica por teléfono a LA COMERCIALIZADORA la particularidad del Contrato de Acceso en relación con la limitación de descarga, dada la cuantía de regasificación solicitada”.*
- Que *“el 22 de agosto de 2008, LA COMERCIALIZADORA solicita la capacidad en el sistema SL-ATR y programa la descarga de 50,08GWh en el buque HISPANIA Spirit, cuya descarga estaba prevista para el día 23 de agosto, asignando LA PLANTA REGASIFICADORA la cantidad de 50 GWh”.*
- Que *“una vez que habían transcurrido tres días desde que el barco había sido descargado, se reciben comentarios de LA COMERCIALIZADORA al Contrato de Acceso vía correo electrónico”.*
- Que *“Con esta relación de hechos quiere ponerse de manifiesto que LA PLANTA REGASIFICADORA ha actuado en todo el proceso de forma diligente y en la confianza de que, a la vista, del actuar LA COMERCIALIZADORA, el Contrato de Acceso ya había entrado en vigor el mismo día en el que el buque iba a descargar en la Planta de Regasificación, el 23 de agosto de 2008”.*
- Que la cláusula objeto de discusión *“responde a la necesidad de garantizar la operativa de la Planta de Regasificación y la seguridad del sistema” y “pretende evitar situaciones de bloqueo por parte de un usuario que no tiene capacidad contratada suficiente para permitir la salida de este GNL en la red de transporte y/o cisternas en un plazo razonable”.* Añade LA PLANTA REGASIFICADORA que *“este usuario pretende poder descargar buques de gran tamaño que tiene una capacidad para unos 900 GWh”, que “Teniendo en cuenta que su capacidad contratada es de 1 GWh, esta situación implicaría que el plazo para liberar la*

capacidad de los tanques al ritmo de su capacidad contratada sería de 900 días, esto es, 2 años y medio, (cuando su contrato es de un año), impidiendo la descarga de buques de otros usuarios”, y que “Incluso si la descarga se limitara al tamaño mínimo que puede ser descargado en LA PLANTA REGASIFICADORA, esto es, buques de 65.000m³, con una energía aproximada de 500GWh, LA COMERCIALIZADORA necesitaría un plazo de 500 días, para poder regasificar su GNL con su capacidad contratada”.

- Que “de no procederse de esta forma, se produciría una situación de congestión en la Planta de Regasificación impidiendo la descarga de buques de otros usuarios que habrían obtenido la previa viabilidad en la descarga o programación por parte del titular de la Planta de Regasificación y el propio GTS y que, sin embargo, no podrían proceder a la descarga de sus buques por la imposibilidad física de la Planta de Regasificación de almacenar el GNL descargado para posteriormente proceder a su regasificación”.
- Que “Esta situación de congestión en la Planta de Regasificación puede ser más grave si cabe si, como en el presente supuesto, el usuario de la Planta de Regasificación (LA COMERCIALIZADORA) no tiene contratada capacidad de transporte en el sistema por lo que no puede proceder a vehicular el gas natural en el sistema de transporte”. “De hecho –añade LA PLANTA REGASIFICADORA Gas- no es hasta el 1 de septiembre de 2008, esto es, 9 días después de la descarga realizada, cuando empieza a nominar la salida de GNL de los tanques de LA PLANTA REGASIFICADORA ”.
- Que “LA PLANTA REGASIFICADORA ha considerado necesario, al igual que han establecido otros sujetos del sistema titulares de plantas de regasificación, como la CNE puede fácilmente comprobar de los contratos de acceso que le son remitidos por éstos conforme a la normativa vigente, establecer limitaciones dado el volumen de capacidad contratada en la descarga de nuevos buques asociada al contrato de carga de cisternas, a que la viabilidad de descarga de buques del resto de usuarios lo permita, y siempre y cuando esta cantidad sea inferior a 20 días de la capacidad contratada”.
- Que “la normativa vigente prevé la posibilidad de incluir cláusulas distintas de la contenidas en el Modelo de Contrato de Acceso, siempre que sean compatibles, como no podía ser de otra forma., con lo establecido en la normativa gasista”.

- Que la obligación de difusión de condiciones no estándar *“no puede confundirse con una obligación de publicación sino con una obligación de “propagar” o “divulgar”, entre los usuarios de la Planta de Regasificación que pudieran verse afectados por este tipo de cláusula por estar en las mismas condiciones que LA COMERCIALIZADORA”*.
- Que *“los titulares de instalaciones no tiene publicadas en su página web las condiciones no estándar que se aplican en el acceso a sus instalaciones y que se incorporan en los distintos contratos de acceso”*.
- Que, *“En el presente supuesto, todos los usuarios que se encuentran en la misma situación que LA COMERCIALIZADORA y la propia LA COMERCIALIZADORA conocen, pues así les ha sido comunicado expresamente por LA PLANTA REGASIFICADORA la existencia de esas limitaciones”*.
- Que LA COMERCIALIZADORA *“no planteó objeción alguna a las limitaciones comunicadas por LA PLANTA REGASIFICADORA y procedió a la descarga del buque en la fecha solicitada”*.
- Que no se ha producido discriminación, *“como acepta la propia LA COMERCIALIZADORA , y conoce la CNE en atención a los Contratos de Acceso que le son remitidos por esta sociedad”*.
- Que *“no pueden admitirse por esta sociedad las alegaciones de LA COMERCIALIZADORA en relación con una supuesta inclusión “sorpresiva” de la Cláusula que le ha supuesto indefensión, en la medida en que LA PLANTA REGASIFICADORA le comunicó con la antelación que le permitieron las circunstancias marcadas por la propia LA COMERCIALIZADORA ”*.

Efectuadas estas alegaciones, LA PLANTA REGASIFICADORA solicita a la CNE que *“acuerde la desestimación del escrito de disconformidad presentado por LA COMERCIALIZADORA , declarando la validez de la cláusula incorporada por LA PLANTA REGASIFICADORA en el Contrato de Acceso e incorporada en el anexo 2, punto tercero del citado contrato de acceso, conminando a LA COMERCIALIZADORA a la firma formal del Contrato de Acceso tal y como éste le fue remitido por LA PLANTA REGASIFICADORA ”*.

LA PLANTA REGASIFICADORA adjunta a su escrito de alegaciones copia de las comunicaciones habidas entre las partes en conflicto.

CUARTO.- Trámite de audiencia.

Mediante sendos escritos de fecha 10 de diciembre de 2008 se puso el procedimiento de manifiesto a los interesados, confiriéndoles plazo de diez días hábiles para formular alegaciones.

En el marco de este trámite, con fecha 22 de diciembre de 2008, LA COMERCIALIZADORA hizo uso del derecho de consulta y obtención de copia de documentación del expediente.

QUINTO.- Alegaciones en el trámite de audiencia.

El 30 de diciembre de 2008 se ha recibido en el Registro de la CNE escrito de LA COMERCIALIZADORA, presentado en las oficinas de Correos y Telégrafos el 23 de diciembre, en el que, en el marco del trámite de audiencia acordado, esencialmente efectúa las siguientes alegaciones:

- Que *“el desacuerdo de LA COMERCIALIZADORA Energía con la cláusula limitativa de capacidad de descarga de buques fue manifestado en primera instancia por vía telefónica por la sencilla razón de que fue por dicho medio por el que, tal y como admite LA PLANTA REGASIFICADORA en su carta de 12 de septiembre de 2008, se anticipó el contenido de aquellas cláusulas consideradas como condiciones especiales y ajenas al Modelo de Contrato aprobado por Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 24 de junio de 2002”.*
- Que *“el establecimiento a priori de limitaciones a la descarga de buques desvinculadas de las limitaciones puntuales que puedan plantearse en el trascurso normal de las actividades de una planta de regasificación, valiéndose para ello de la NGTS 3.6, excede a juicio de mi representada de lo consentido por la mencionada Orden así como por el Real Decreto 949/2001”.*
- Que, *“la eventual aceptación de la introducción unilateral de la limitación a la descarga establecida por LA PLANTA REGASIFICADORA implicaría otorgar a una*

de las partes implicadas en el negocio gasista, unas prerrogativas que en ningún caso le han sido atribuidas por la legislación en vigor”.

- *Que “parece lógico considerar que las eventuales modificaciones que se pretendan efectuar en las Normas de Gestión Técnica del Sistema, deban ser de aplicación general a todas las instalaciones del sistema gasista español, procurando evitarse por tanto aplicaciones particulares en cada una de las plantas de regasificación que no resultarían sino en un fraccionamiento del mercado español de transporte y regasificación”.*
- *Que “por Resolución de 28 de julio de 2006, de la Secretaría General de Energía, por la que se modifica el apartado 3.6.3 Viabilidad de las programaciones de descarga de buques de la Norma de Gestión Técnica del Sistema Gasista NGTS-3, el legislador ya estableció una limitación objetiva a las existencias medias de GNL de los usuarios en función de su capacidad de regasificación contratada, precisamente con objeto de evitar el bloqueo de la operación de las plantas de regasificación”, y que “De lo anterior se deriva que el legislador ya ha planteado de forma específica mecanismos que eviten posibles escenarios de congestión de de las plantas de regasificación, pero que, sin embargo, de todas las alternativas de actuación barajadas por la normativa de aplicación en la materia, ninguna de ellas prevé la posibilidad de introducir restricciones de la capacidad de descarga “a priori””.*
- *Que “las limitaciones a los niveles de almacenamiento que en su día se aprobaron por el legislador, así como sus consecuencias, fueron estudiadas de forma detallada, tratando en todo momento que las mismas no implicaran efectos indeseables en mercado de comercialización de gas en España, tratando así de evitar, entre otros, la creación de barreras de entrada a los nuevos agentes”, y que “Por lo tanto, a juicio de mi representada, la introducción de limitaciones que excedan de lo admitido por la Orden ITC/3126/2005 en su apartado 3.6 contraviene claramente tanto el espíritu como la literalidad de lo establecido por el legislador y, de tal manera, no puede sino ser considerado como contrario, asimismo, a lo recogido en el artículo 7.2 del Real Decreto 949/2001”.*
- *Que “la aplicación de cláusulas no estándar como las pretendidas por LA PLANTA REGASIFICADORA , redundaría negativamente en el ejercicio de las actividades desarrolladas por los Comercializadores en España, imponiéndose asimismo por la*

vía de los hechos un modelo de comercialización que no es necesariamente el que el propio legislador ha tratado de consolidar”.

- Que *“la existencia de aceptaciones precedentes de esta limitación de descarga de buques por parte de otros operadores (sea cual fuere la razón por la cual dichos operadores han acordado con LA PLANTA REGASIFICADORA dichas limitaciones) no puede nunca ser considerada como norma o justificación válida y suficiente para exigir a LA COMERCIALIZADORA la misma aceptación”.*

No se han recibido alegaciones de LA PLANTA REGASIFICADORA en el trámite de audiencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCESALES.

PRIMERO.- Existencia de conflicto de acceso a las instalaciones de regasificación de gas natural licuado.

LA COMERCIALIZADORA , ha solicitado acceso a la planta de regasificación de LA PLANTA REGASIFICADORA ubicada en el “...”, al objeto de contratar una capacidad de regasificación de 1 GWh/día.

La empresa comercializadora y la regasificadora discrepan acerca de cierta condición relativa al acceso por parte de LA COMERCIALIZADORA a los servicios de regasificación de LA PLANTA REGASIFICADORA , consistente en la siguiente limitación: *“el contrato de acceso para los servicios de carga de cisternas únicamente dará derecho a la descarga de buques... cuando la cantidad descargada sea inferior a 50 días de la capacidad contratada”.*

En definitiva, se trata de un conflicto que versa sobre las condiciones del acceso de LA COMERCIALIZADORA , como compañía comercializadora de gas natural, a la instalación de regasificación de gas natural licuado de LA PLANTA REGASIFICADORA .

SEGUNDO.- Competencia de la CNE para resolver el presente procedimiento.

Al tratarse de un conflicto que versa sobre las condiciones de acceso de terceros a las instalaciones gasistas, la competencia para resolver el mismo corresponde a la CNE, de acuerdo con lo previsto en el artículo 70 y disposición adicional undécima, tercero, 1, decimotercera de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, así como de acuerdo con lo previsto en los artículos 5, 6 y 7 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, que regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas, y en el artículo 16 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE, precepto -éste último- que alude expresamente a los conflictos sobre contratos de acceso que tengan por objeto *“las condiciones de ejercicio del derecho de acceso”*.

Dentro de la CNE, compete a su Consejo de Administración aprobar esta Resolución, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 19 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de este Organismo.

TERCERO.- Procedimiento aplicable.

El procedimiento aplicable es el establecido en el artículo 14, relativo a la función de “Resolución de Conflictos”, del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE, y en lo no previsto expresamente en dicho precepto es de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que es de aplicación directa a esta Comisión Nacional de Energía, a tenor del artículo 2.2 de la propia Ley 30/1992, y de la disposición adicional undécima, primero, de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos.

Resultan, asimismo, de aplicación las previsiones contenidas en las disposiciones adicionales octava y vigésimo octava de la Ley del Sector de Hidrocarburos sobre plazo de resolución de los procedimientos y sentido del

silencio, así como la disposición adicional quinta del Real Decreto 1339/1999, sobre plazo para instar todo tipo de conflictos a la CNE.

FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES.

PRIMERO.- SOBRE LA CUESTIÓN OBJETO DEL CONFLICTO.

El conflicto que mantienen LA COMERCIALIZADORA y LA PLANTA REGASIFICADORA versa sobre la inclusión de la siguiente cláusula, recogida en el apartado 3 del Anexo 2 del borrador del contrato remitido por LA PLANTA REGASIFICADORA a LA COMERCIALIZADORA a los efectos de regular la prestación del servicio de regasificación:

“LIMITACIÓN EN LA DESCARGA DE BUQUES.

Dado el volumen de la capacidad contratada, para evitar la utilización por periodos prolongados del almacenamiento disponible en tanques, imposibilitando otras descargas de buques, el contrato de acceso para los servicios de carga de cisternas únicamente dará derecho a la descarga de buques, cuando la viabilidad de descarga de otros buques de usuarios con contratos de regasificación lo permita, y siempre y cuando la capacidad descargada sea inferior a 50 días de la capacidad contratada.

En caso de no ser viable la descarga, la Contratante renunciando expresamente a la descarga de buques, suscribirá, bajo su responsabilidad, los acuerdos convenientes para proveerse del gas necesario para hacer efectivo su contrato de regasificación.

En caso de que las NGTS o una Resolución administrativa determinase la nulidad de esta cláusula, el contrato será modificado en los términos que en el correspondiente documento se establezca, renunciando expresamente las partes a reclamar cualquier tipo de indemnización por los perjuicios derivados de la aplicación de la misma hasta la fecha en que sea efectiva la norma.”

Específicamente, la discrepancia existente entre LA COMERCIALIZADORA y LA PLANTA REGASIFICADORA se concreta en el inciso “y siempre y cuando la capacidad descargada sea inferior a 50 días de la capacidad contratada”, tal y como destaca LA COMERCIALIZADORA en la página 3 de sus solicitud presentada

el 17 de octubre de 2008 (folio 3 del expediente administrativo correspondiente al CATR 94/2008).

Ha de señalarse que, no obstante la discrepancia existente, el contrato entre las partes viene desplegando sus efectos en los términos propuestos por LA PLANTA REGASIFICADORA –operando la limitación resultante de la citada cláusula-, tal y como reconoce LA COMERCIALIZADORA, ya que desde el 23 de agosto de 2008, y en respuesta a la solicitud de acceso formulada por LA COMERCIALIZADORA el 18 de agosto de 2008, se ha procedido a la descarga de buques, asignando LA PLANTA REGASIFICADORA a LA COMERCIALIZADORA la cantidad de 50 GWh, correspondiente a 50 días de la capacidad de regasificación de 1GWh/día, contratada por LA COMERCIALIZADORA en la Planta de regasificación.

SEGUNDO.- SOBRE EL RÉGIMEN DE ACCESO A INSTALACIONES DE REGASIFICACIÓN.

El artículo 70 de la **Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos** acoge la obligación de los titulares de instalaciones de regasificación –entre otros transportistas- de permitir el acceso a sus instalaciones a favor de los comercializadores –así como a favor de los consumidores directos en mercado. Su apartado 1 exige que el acceso a estas instalaciones se produzca con respeto a los principios de transparencia, objetividad y no discriminación. El apartado 2 de este precepto prevé que reglamentariamente se regularán las condiciones del acceso, los derechos y obligaciones de los sujetos involucrados en el mismo (esto es, el titular del derecho de acceso y el titular de la instalación objeto del acceso) y el contenido mínimo de los contratos de acceso:

“Artículo 70. Acceso a las instalaciones de transporte

1. Los titulares de las instalaciones deberán permitir la utilización de las mismas a los Consumidores Directos en Mercado y a los comercializadores que cumplan las condiciones exigidas, mediante la contratación separada o conjunta de los servicios de transporte, regasificación y almacenamiento, sobre la base de principios de no discriminación, transparencia y objetividad. El precio por el uso de las redes de transporte vendrá determinado por los peajes reglamentariamente aprobados.

2. Reglamentariamente se regularán las condiciones de acceso de terceros a las instalaciones, las obligaciones y derechos de los titulares de las instalaciones relacionadas con el acceso de terceros, así como las de los Consumidores Directos en Mercado y comercializadores. Asimismo, se definirá el contenido mínimo de los contratos y, en su caso, se regularán las condiciones de funcionamiento del mercado secundario de capacidad.

(...)"

El desarrollo reglamentario de estas previsiones a que se refiere el artículo 70.2 de la Ley del Sector de Hidrocarburos se realiza por medio del **Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto**, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas.

El artículo 7 de este Real Decreto reglamenta las “*Condiciones mínimas de los contratos de acceso a las instalaciones*”. Este precepto prevé, en su apartado 3, la existencia de un modelo normalizado de contrato (“*La Comisión Nacional de Energía elaborará modelos normalizados de contratos de acceso a las instalaciones del sistema gasista que propondrá a la Dirección General de Política Energética y Minas para su aprobación o modificación*”), y acoge, en su apartado 2, la exigencia de que “*Los contratos no podrán, en ningún caso, contener cláusulas que supongan derechos u obligaciones que excedan, en perjuicio del solicitante, de las recogidas en el presente Real Decreto sin perjuicio de las causas y condiciones de extinción y resolución de los contratos que puedan pactarse*”.

Los artículos 10 y 11 del Real Decreto 949/2001 especifican estos derechos y obligaciones de los sujetos titulares de las instalaciones objeto de acceso y de los sujetos titulares del derecho de acceso. Entre las obligaciones de los sujetos titulares de las instalaciones objeto de acceso, el apartado 2 del artículo 10 recoge las siguientes:

“a) Gestionar y operar sus instalaciones, en coordinación con otros titulares de instalaciones cuando la misma sea necesaria para garantizar los servicios de acceso contratados y en cualquier caso con el gestor técnico del sistema, y cuando la fiabilidad y seguridad del sistema interconectado lo requiera.

b) Suscribir, en condiciones transparentes, homogéneas y no discriminatorias, los contratos de acceso con los sujetos con derecho de acceso a que se refiere el artículo 4 en los términos que se recogen en el presente Real Decreto y disposiciones que lo desarrollen.

(...)"

Es necesario añadir que dentro del Capítulo II del Real Decreto 949/2001, en el que se regula el "Acceso de terceros a las instalaciones gasistas", se ubica también el artículo 13, sobre "Normas de Gestión Técnica del Sistema", que es también fuente de obligaciones para los sujetos involucrados en el acceso. Según este artículo 13, la finalidad de estas Normas, objeto de aprobación por Orden Ministerial, es "garantizar el correcto funcionamiento técnico del sistema gasista y la continuidad, calidad y seguridad del suministro de gas natural"; asimismo, según este artículo 13, las Normas de Gestión Técnica "serán de aplicación a todos los sujetos que accedan al sistema".

Respecto al modelo de contrato de acceso, una Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 24 de junio de 2002 aprobó el **modelo de Contrato de Acceso a las Instalaciones de Regasificación**, regulando los servicios de descarga de buques metaneros, transporte a tanques de GNL y regasificación o carga de cisternas de GNL.

La cláusula 7 del modelo de contrato aprobado regula las condiciones de "Explotación del sistema":

"7.1.El Transportista será el responsable de la gestión y operación de sus instalaciones, así como del mantenimiento de las mismas en las adecuadas condiciones de conservación, seguridad e idoneidad técnica, en coordinación con otros titulares de instalaciones gasistas y el Gestor Técnico del Sistema, todo ello de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente.

7.2.La Contratante comunicará sus programas de consumo y aprovisionamiento y cualquier incidencia sobre los mismos al Transportista, en el tiempo y forma establecido por la normativa vigente.

7.3.El Transportista facilitará a la Contratante toda la información sobre el sistema que sea precisa y en particular, con la debida antelación, los planes de mantenimiento de sus instalaciones que puedan afectar a la Contratante."

La cláusula 15 del modelo de contrato aprobado acoge el "Principio de no discriminación":

"El Transportista, en relación con el presente Contrato, se compromete a no aplicar a la parte Contratante condiciones discriminatorias y/o menos favorables que aquellas que se apliquen a otros contratantes que hayan

celebrado con el Transportista contratos de la misma naturaleza, en condiciones equivalentes de tipo de peaje y duración.”

En nota a pie de página, relativa a esta cláusula 15, el modelo de contrato indica que *“Cualquier condición no estándar debe tener la adecuada difusión entre los usuarios”*.

Así pues, **en conclusión**, respecto al acceso de los comercializadores a las instalaciones de regasificación, la Ley del Sector de Hidrocarburos dispone una obligación de respetar los principios de objetividad, transparencia y no discriminación, y prevé la regulación reglamentaria de los derechos y obligaciones entre las partes, así como la aprobación administrativa de un modelo de contrato que regule el contenido mínimo de la relación entre los sujetos involucrados en el derecho de acceso.

El Real Decreto 949/2001, especifica esos derechos y obligaciones entre las partes, en desarrollo de la previsión de la Ley, y dispone, efectivamente, que *“Los contratos no podrán, en ningún caso, contener cláusulas que supongan derechos u obligaciones que excedan, en perjuicio del solicitante”*. Ahora bien, entre las obligaciones que prevé el Real Decreto 949/2001 está la de gestionar y operar las instalaciones -en su caso, en coordinación con otros sujetos-, lo que ha de hacerse garantizando la fiabilidad y seguridad del sistema, y, cumpliendo, en cualquier caso, las Normas de Gestión Técnica.

Por su parte, el modelo de contrato aprobado hace al titular de la planta de regasificación responsable de la gestión y la operación de la misma, actuando en coordinación con el Gestor Técnico del Sistema, y le impone una obligación de difundir entre los usuarios las condiciones no estándar que pueda establecer, en consonancia con el principio de no discriminación.

Al respecto de todas estas previsiones normativas, LA COMERCIALIZADORA considera que la limitación de la descarga a 50 días de la capacidad contratada es una cláusula que excede, en su perjuicio, de las obligaciones contempladas en el Real Decreto 949/2001, que nada establece acerca de esta limitación, y

que, por tanto, tal cláusula es contraria a Derecho¹. Sin embargo, LA PLANTA REGASIFICADORA considera que la mencionada cláusula tiene su fundamento en la exigencia, contenida en el Real Decreto 949/2001, de operar sus instalaciones garantizando la fiabilidad y seguridad del sistema; en concreto, LA PLANTA REGASIFICADORA, considerando el informe aportado por el Gestor Técnico del Sistema sobre la falta de viabilidad *a priori* de las nominaciones, justifica esta cláusula en la necesidad de evitar situaciones de bloqueo de la Planta de regasificación (en perjuicio de usuarios con previa declaración de viabilidad del acceso), dado –en otro caso- el extremadamente largo proceso de salida a la red de transporte que tendría el GNL descargado por LA COMERCIALIZADORA –y conducido a los tanques de la planta de LA PLANTA REGASIFICADORA -, a la vista de la capacidad de regasificación que el sujeto comercializador ha optado por contratar².

Pues bien, en estas circunstancias, se hace necesario analizar si la citada cláusula cuenta con un fundamento objetivo (principio de objetividad) en la exigencia de operación de las plantas de regasificación en unas condiciones de seguridad y fiabilidad del sistema, o carece de tal fundamento. Asimismo, al margen de la cuestión de la objetividad de la cláusula, y al cuestionar LA COMERCIALIZADORA el cumplimiento del requisito de la difusión (que se contempla en la cláusula sobre no discriminación del modelo de contrato), habrá de examinarse también este aspecto para resolver el presente conflicto.

Se procede, en consecuencia, a analizar la cláusula citada desde la perspectiva de los principios de objetividad, transparencia y no discriminación.

¹ “...el establecimiento *a priori* de limitaciones a la descarga de buques desvinculadas de las limitaciones puntuales que puedan plantearse en el transcurso normal de las actividades de una planta de regasificación, valiéndose para ello de la NGTS 3.6, excede a juicio de mi representada de lo consentido por la mencionada Orden así como por el Real Decreto 949/2001” (folio 122 del expediente administrativo).

² “...la Cláusula relativa a las limitaciones de descarga de buques responde a la necesidad de garantizar la operativa de la Planta de Regasificación y la seguridad del sistema” (folio 79 del expediente administrativo); “pretende evitar situaciones de bloqueo por parte de un usuario que no tiene capacidad contratada suficiente para permitir la salida de este GNL en la red de transporte y/o cisternas en un plazo razonable” (folio 80); “...de no procederse de esta forma, se produciría una situación de congestión en la Planta de Regasificación impidiendo la descarga de buques de otros usuarios que habrían obtenido la previa viabilidad en la descarga o programación por parte del titular de la Planta de Regasificación y el propio GTS” (folio 81).

TERCERO.- ACERCA DEL FUNDAMENTO OBJETIVO DE LA LIMITACIÓN PREVISTA EN LA DESCARGA DE BUQUES.

LA COMERCIALIZADORA solicitó a LA PLANTA REGASIFICADORA la firma de un contrato de regasificación, en su planta de "...", por un plazo de un año y para una capacidad de regasificación de 1GWh/día.

La Planta de Regasificación de "..." admite buques por encima de 65.000 m³ de GNL³, cantidad que viene a suponer algo más de 400 GWh de gas natural. Según expresa LA PLANTA REGASIFICADORA, LA COMERCIALIZADORA *"pretende poder descargar buques de gran tamaño que tienen unos 900 GWh"*, aspecto que no ha sido desmentido por parte de LA COMERCIALIZADORA.

El contrato de acceso a las instalaciones de regasificación incluye el servicio de descarga del GNL del buque y el servicio de transporte de ese GNL descargado hasta los tanques de GNL, y su regasificación⁴.

Ahora bien, dado que el GNL descargado (como mínimo, se trata de más de 400 GWh, dado el tamaño mínimo de los buques que admite LA PLANTA REGASIFICADORA), y conducido a los tanques, tendrá salida de los mismos al ritmo de 1 GWh/día, que es la capacidad contratada por LA COMERCIALIZADORA, se puede producir una situación de bloqueo en dichos tanques: En todo caso, LA COMERCIALIZADORA necesitaría más de un año (más de 400 días) para poder vaciar los tanques del GNL que ha descargado, por razón del volumen mínimo de descarga de la Planta y de la capacidad de regasificación que se ha contratado. De hecho, como expresa LA PLANTA REGASIFICADORA, la descarga de buques de 900 GWh pretendida por LA COMERCIALIZADORA implicaría que *"el plazo para liberar la capacidad de los tanques al ritmo de su capacidad contratada sería 900 días, esto es, 2 años y medio"*.

Es claro que esta circunstancia justifica la introducción de una limitación en la descarga de buques. Además, ha de señalarse que esta circunstancia sería

³ Así lo pone de relieve LA PLANTA REGASIFICADORA en sus alegaciones, y es, además, una circunstancia que publicita a través de su página web: *"La planta admite Metaneros de entre 70.000 y 145.000 m³ y superiores"* (www.bahiasdebizkaia.com).

⁴ Cláusula 2 del modelo de contrato.

contraria a la propia naturaleza del contrato de acceso solicitado por LA COMERCIALIZADORA, **como contrato de acceso de un año de duración.**

Es necesario recalcar la obligación que tiene el titular de la planta de regasificación de preservar los derechos de todos y cada uno de los usuarios de su planta de forma no discriminatoria y objetiva⁵. El derecho que puede tener un usuario a descargar un buque debe estar limitado por el derecho equivalente del resto de usuarios a descargar los suyos, debiendo el transportista velar para que la logística de descarga de los buques de todos los usuarios sea compatible, permitiendo y facilitando la correcta operación de la planta.

Permitir a LA COMERCIALIZADORA descargar un buque de 900 GWh, cuando plantea regasificar 1 GWh/día en la planta de "...", que cuenta con una capacidad de almacenamiento de GNL en tanques de poco más de 2.000 GWh, iría en detrimento de los derechos del resto de usuarios, pues significaría ocupar en torno al 44% de la capacidad de almacenamiento de la planta. Esta ocupación de tanques iría disminuyendo a un ritmo ligeramente superior al un 1% al mes, pudiendo llegar a tener el gas en tanques casi dos años y medio. Esto supondría que, para que cualquier otro usuario descargase otro buque de 900 GWh, el resto de los usuarios sólo podría tener almacenado 200 GWh (cuentan con mayor capacidad de regasificación contratada) con riesgo de soportar retrasos en las descargas o no tener derecho a un servicio equivalente, y en último término incurrir en desbalances o incumplir sus contratos de compra de gas con sus suministradores.

Cabe tener en cuenta, además, las previsiones contenidas en las **Normas de Gestión Técnica del Sistema:**

La **norma 2.6.2** de las Normas de Gestión Técnica del Sistema Gasista (aprobadas por Orden ITC/3126/2005, de 5 de octubre) prevé que "*Los usuarios*

⁵ El artículo 10.2 del Real Decreto 949/2001 impone a los titulares de las instalaciones objeto del derecho de acceso la obligación de "*Realizar los servicios contratados en las cantidades y condiciones convenidas*", debiendo actuarse, por lo demás, a este respecto conforme a las prescripciones de la Ley del Sector Eléctrico, antes mencionadas, de forma objetiva y no discriminatoria.

podrán utilizar el almacenamiento incluido en el peaje de regasificación para cubrir sus necesidades de operación comercial en tanques de plantas hasta los cinco días incluidos en el peaje”⁶ (en el caso de OMERCIALIZADORA, y dado el peaje de regasificación contratado, se trataría de 5 GWh)⁷. La **norma 2.6.3** permite “contratar el servicio de almacenamiento de GNL en planta, adicional al incluido en el peaje de regasificación, por la capacidad necesaria para la descarga de buques empleados para el transporte de GNL, con el límite de la capacidad máxima de atraque”, pero matiza que “No obstante, en caso de no tener capacidad suficiente o haber razones técnicas que lo impidan podrá denegarse una solicitud en este sentido”.

La **norma 3.6.1** de las Normas de Gestión Técnica del Sistema Gasista, regula la “Viabilidad de las programaciones de descarga de buques”.

Dada la problemática de operación de las plantas de regasificación asociada al acaparamiento de la capacidad de almacenamiento de GNL en los tanques de estas plantas, la norma 3.6.1 ha sido objeto de varias modificaciones. La modificación operada por Resolución de 28 de julio de 2006, de la Secretaría General de Energía⁸, justificaba así su objeto:

“El Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural, establece en su artículo 29 el derecho de los usuarios de las plantas de regasificación a la contratación del servicio de almacenamiento de Gas Natural Licuado (GNL) en las plantas necesario para la descarga de buques.

Sin embargo, este derecho se ha visto limitado en la práctica por la falta de capacidad libre disponible en los tanques de las plantas, como consecuencia de situaciones de acaparamiento del almacenamiento por parte de algunos usuarios de estas instalaciones. Este hecho podría bloquear la operación normal de las plantas, impidiendo la descarga de buques y conduciendo a algunos agentes a incumplir sus contratos de compra con sus suministradores o a incurrir en situaciones de «desbalance».

En la Norma de Gestión Técnica del Sistema núm. 3 «Programaciones», aprobada por la Orden ITC/3126/2005, de 5 de octubre, del Ministro de

⁶ En el mismo sentido, el artículo 29.2 a) del Real Decreto 949/2001 establece que “El peaje del servicio de regasificación incluirá el derecho al uso de las instalaciones necesarias para la descarga de buques, transporte a tanques de gas natural licuado (GNL), regasificación o carga de cisternas de GNL y un almacenamiento operativo de GNL en planta, equivalente a cinco días de la capacidad contratada diaria”.

⁷ No obstante, el artículo 4.3 de la Orden ITC/3802/2008, de 26 diciembre, prevé que “El canon de almacenamiento de GNL que se especifica en el anexo I se facturará por todo el volumen del gas efectivamente almacenado”, previsión que entrará en vigor el 1 de marzo de 2009.

⁸ La disposición final segunda de la Orden ITC/3126/2005, que aprueba las Normas de Gestión Técnica, autoriza a la Dirección General de Política Energética y Minas para modificar estas Normas.

Industria, Turismo y Comercio, se estableció ya un límite máximo para la capacidad de almacenamiento admisible para proceder a la descarga de un buque en una planta de regasificación, límite que en la práctica se ha demostrado insuficiente.

Por todo ello, con objeto de garantizar el derecho anterior a todos los usuarios y vista la gravedad de la situación, la presente Resolución fija una limitación objetiva a las existencias medias de GNL de los usuarios en función de su capacidad de regasificación contratada, y establece unos valores mínimos, de forma que los usuarios con menor cuota de mercado puedan adaptarse a esta nueva situación.”

Según la redacción vigente al tiempo de la solicitud de LA COMERCIALIZADORA, efectuada por Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas, de 20 de abril de 2007,⁹ la norma 3.6.1 da derecho a mantener unas existencias medias de GNL de 8 días de la capacidad de regasificación contratada (en el caso de LA COMERCIALIZADORA, sería 8 GWh), pero, si esta cantidad fuera inferior a 300 GWh (lo que sucedería en el presente caso), la norma 3.6.1 da derecho a 300 GWh –que no 900 ó 400-, medidos además -ha de matizarse- “en el conjunto de las plantas de regasificación del sistema”, esto es, considerando la oportunidad que dan las seis plantas de regasificación del sistema.

Pues bien, por lo que respecta a su Planta de “...”, y al objeto de garantizar, en cumplimiento de la normativa, los derechos de los demás usuarios de la misma, LA PLANTA REGASIFICADORA habría venido a acogerse a un sexto de esa cantidad (50 GWh), lo que en términos generales está en línea con la capacidad de almacenamiento en tanques que supone su planta respecto al conjunto de plantas de regasificación del sistema, y, en cualquier caso, supone 50 días de la capacidad que LA COMERCIALIZADORA ha optado por contratar.

Por lo demás, la norma 3.6.1 prevé determinadas penalizaciones para el almacenamiento en tanques de GNL cuando se superen en ocho días estos máximos:

“Cada usuario de las plantas de regasificación tendrá derecho a mantener en el conjunto del sistema unas existencias medias de GNL por un valor inferior o

⁹ Con posterioridad, la disposición final quinta de la Orden ITC/3802/2008, de 26 diciembre, ha dado una nueva redacción al citado apartado 3.6.1 de las Normas de Gestión Técnica, la cual entrará en vigor el 1 de julio de 2009.

igual a 8 días de su capacidad total de regasificación contratada en el conjunto de las plantas del sistema. Si la cifra así calculada fuese inferior a 300 GWh, los usuarios que descarguen gas en las plantas de regasificación tendrán derecho, en el conjunto de las plantas de regasificación del sistema, a 300 GWh de existencias medias.

(...)

Cuando las existencias medias de GNL de un usuario superen el máximo permitido, el Gestor Técnico del Sistema procederá a aplicar al exceso de GNL que se encuentre por encima de dicho valor, el canon de almacenamiento correspondiente incrementado de acuerdo con lo siguiente:

	Tres veces el canon de almacenamiento	Quince veces el canon de almacenamiento
Trimestre 1º	Por encima de 8 días.	Por encima de 8,5 días.
Trimestre 2º	Por encima de 9 días.	Por encima de 9,5 días.
Trimestre 3º	Por encima de 9 días.	Por encima de 9,5 días.
Trimestre 4º	Por encima de 8 días.	Por encima de 8,5 días.

(...)"

Por otra parte, en la norma 3.6.1 se fija un límite objetivo de 5 días de la capacidad contratada, por encima del cual se permitiría al Gestor Técnico del Sistema denegar las descargas de buques:

“En cualquier caso, el Gestor Técnico del Sistema, en colaboración con los titulares de las plantas de regasificación, podrá denegar las descargas de buques cuando el usuario disponga en el conjunto de las plantas de regasificación de un nivel de existencias de GNL superior a cinco días de su capacidad de regasificación contratada. Igualmente, el Gestor Técnico del Sistema podrá denegar las programaciones mensuales de descarga de buques cuando se ponga en peligro la seguridad del sistema o cuando el usuario exceda el nivel de existencias medias de GNL al que tiene derecho.”

En este contexto, la mayoría de los usuarios intentan mantener sus existencias en tanques entre cinco y ocho días, ya que la regulación vigente incluye los incentivos económicos apropiados para ello. Ahora bien, en el presente caso, la precaución del transportista de introducir una limitación adicional se constituye como una salvaguarda última que –en atención a la obligación que tiene de preservar los derechos de todos y cada uno de los usuarios de su Planta de

forma no discriminatoria y objetiva- evitaría, si los incentivos económicos no funcionan, el riesgo de perjudicar al resto de los usuarios en la Planta.

Todo ello, son argumentos que permiten considerar que el límite puesto por LA PLANTA REGASIFICADORA a LA COMERCIALIZADORA cuenta con una fundamentación técnica objetiva en la necesidad de asegurar el funcionamiento de la Planta de Regasificación de “...” en condiciones de fiabilidad y seguridad del sistema, a la vista de las circunstancias de la mencionada Planta y de la capacidad de regasificación solicitada por LA COMERCIALIZADORA, teniendo en cuenta que se está admitiendo una capacidad de descarga de buques y almacenamiento en tanques equivalente de 50 días de la capacidad de regasificación contratada.

Éste es el sentido que tiene la cláusula recogida en el Anexo 2 del Contrato, que expresamente se refiere, como justificación de la limitación que impone, a *“el volumen de la capacidad contratada”* y –en atención a la misma- a la necesidad de *“evitar la utilización por periodos prolongados del almacenamiento disponible en tanques, imposibilitando otras descargas de buques”*.

CUARTO.- ACERCA DE LA TRANSPARENCIA Y NO DISCRIMINACIÓN DE LA LIMITACIÓN PREVISTA EN LA DESCARGA DE BUQUES.

Aparte del requisito de la objetividad, el artículo 70 de la Ley del Sector de Hidrocarburos exige que las condiciones de contratación del acceso a las instalaciones gasistas respete los principios de no discriminación y de transparencia.

En realidad, LA COMERCIALIZADORA no cuestiona el respeto a estos principios en relación con la cláusula objeto de discrepancia.

En general, todas las plantas de regasificación introducen cláusulas limitativas del derecho a descarga de buques para contratos de carga de cisternas, al ser estos contratos, generalmente, aquellos en los que –como en el caso presente- se contrata una cantidad pequeña de salida de la planta.

Lo que, en realidad, LA COMERCIALIZADORA cuestiona es el cumplimiento, con respecto a la cláusula objeto de discrepancia, de la exigencia específica de difusión (*“la estricta aplicación de dicho principio [no discriminación] por LA PLANTA REGASIFICADORA no es en absoluto justificación suficiente para que LA COMERCIALIZADORA esté obligada a aceptar dichas condiciones especiales aduciendo que otros usuarios las han aceptado”*, folio 11 del expediente administrativo), aparte de cuestionar el cumplimiento de la exigencia de objetividad (*“la existencia de aceptaciones precedentes de esta limitación de descarga de buques por parte de otros operadores (sea cual fuere la razón por la cual dichos operadores han acordado con LA PLANTA REGASIFICADORA dichas limitaciones) no puede nunca ser considerada como norma o justificación válida y suficiente para exigir a LA COMERCIALIZADORA la misma aceptación”*, folio 129 del expediente administrativo).

Pues bien, la cuestión de la objetividad de la limitación establecida ya ha sido analizada en el Fundamento de Derecho anterior de esta Resolución. En cuanto a la exigencia de difusión, hay que aclarar que éste es un requisito que se incluye en la cláusula sobre no discriminación del modelo de contrato, y con relación, por lo tanto, a dicho principio. Se trata, en consecuencia, de que el titular de las instalaciones de regasificación dé noticia de la cláusula no estándar a los usuarios de estas instalaciones, a fin de que éstos puedan saber de su existencia, para que, en su caso (si así les interesa), puedan acogerse a ella a los efectos del principio de no discriminación: *“Cualquier condición no estándar debe tener la adecuada difusión entre los usuarios”*.

LA COMERCIALIZADORA no pone en duda el hecho de que la cláusula esté siendo de aplicación a los usuarios de la Planta, con base en el principio de no discriminación; pero entiende que debería haber sido objeto de una publicidad general, por parte de LA PLANTA REGASIFICADORA . Sin embargo, eso no es algo que imponga la previsión contenida en el modelo de contrato, que contempla una obligación de difusión entre los usuarios de cláusulas no estándar para asegurar que quien quiera acogerse a las mismas pueda hacerlo sobre la base del principio de no discriminación.

En cuanto al conocimiento específico de la limitación de que se trata por parte de LA COMERCIALIZADORA es claro que éste tiene lugar antes de contratar el acceso, pues LA PLANTA REGASIFICADORA traslada la existencia de este requisito A LA COMERCIALIZADORA. Por lo demás, el escaso tiempo existente entre la comunicación del mismo por parte de LA PLANTA REGASIFICADORA (22 de agosto de 2008) y el atraque del primer barco (23 de agosto de 2008) ha de contextualizarse en las circunstancias en las que la propia LA COMERCIALIZADORA solicita su acceso (la solicitud se efectúa el 18 agosto de 2008 con fecha de inicio para el 23 de agosto de 2008).

Hay que señalar, a mayor abundamiento, que la concreción de una limitación, en congruencia con el principio de transparencia, reduce discrecionalidad en la aplicación, y facilita la comprobación de eventuales comportamientos discriminatorios.

En efecto, la cláusula expresa que *“Dado el volumen de la capacidad contratada, para evitar la utilización por periodos prolongados del almacenamiento disponible en tanques, imposibilitando otras descargas de buques”*, únicamente habrá derecho a la descarga *“cuando la viabilidad de descarga de otros buques de usuarios con contratos de regasificación lo permita, y siempre y cuando la capacidad descargada sea inferior a 50 días de la capacidad contratada”*. A juicio de esta Comisión, esta cláusula debe interpretarse en el sentido de que, precisamente, este límite de los 50 días -que se establece *“Dado el volumen de la capacidad contratada”* y *“para evitar la utilización por periodos prolongados del almacenamiento disponible en tanques”*- permite evitar la lesión a las descargas de otros usuarios con derecho de acceso previo (principio que, en abstracto, el solicitante de acceso no cuestiona).

Así, la concreción de la limitación permite a LA COMERCIALIZADORA a saber a qué atenerse por anticipado (en vez de quedar a la expectativa de cómo se concreten las medidas que vayan a permitir salvaguardar los derechos de los otros usuarios de la planta), y, por añadidura, permite comprobar si, en su caso, hay una aplicación discriminatoria de la citada prohibición de lesionar los derechos de otros usuarios.

En definitiva, y dadas las circunstancias concurrentes, no se aprecia disconformidad con los principios de transparencia y no discriminación al respecto de la cláusula objeto del presente conflicto.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión del día 5 de marzo de 2009,

ACUERDA

ÚNICO.- Desestimar la solicitud de LA COMERCIALIZADORA sobre la resolución del conflicto mantenido con LA PLANTA REGASIFICADORA con respecto al acceso a los servicios de regasificación de la Planta de “...”

Contra la presente Resolución, que no agota la vía administrativa, podrá interponerse Recurso de Alzada ante el Sr. Ministro de Industria, Turismo y Comercio, según lo establecido en la Disposición Adicional, Tercero.5, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en plazo de un mes a contar desde la notificación de la presente Resolución.