

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO INSTADO POR COMERCIALIZADOR 1 FRENTE A TRANSPORTISTA POR MOTIVO DE LA DESESTIMACIÓN PARCIAL DE SU SOLICITUD DE ACCESO AL GASODUCTO BERGARA-IRÚN (“EUSKADOUR”) (C.A.T.R. 9/2009).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Planteamiento del conflicto.*

El 26 de febrero de 2009 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión Nacional de Energía (CNE) escrito de COMERCIALIZADOR 1, por el que plantea conflicto de acceso frente a TRANSPORTISTA en relación con la desestimación parcial de su solicitud de acceso al gasoducto Bergara-Irún (“Euskadour”) para una capacidad de 1 GWh/día con inicio el 1 de julio de 2009 y por período de un año, desestimación parcial remitida por TRANSPORTISTA el 26 de enero de 2009 en los términos especificados en el informe de viabilidad emitido por el Gestor Técnico del Sistema.

Con relación al conflicto que plantea, COMERCIALIZADOR 1 alude, básicamente, a los siguientes hechos:

- *“El 19 de diciembre de 2008, COMERCIALIZADOR 1 remitió una solicitud de capacidad de acceso a corto plazo a TRANSPORTISTA en tanto que Titular del Punto de Salida para la exportación de gas natural por el gasoducto Euskadour, a partir del 1 de julio de 2009, ..., indicándose expresamente la necesidad de que el GTS [Gestor Técnico del Sistema] tuviera en consideración, a la hora de analizar la viabilidad, el punto 5 del artículo 6 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto [sobre reducción de la capacidad de un tercero por infrautilización continuada].”*
- *“El 19 de enero de 2009 TRANSPORTISTA remite informe de viabilidad provisional del GTS de 13 de enero de 2009, sobre el que declara adherirse, el cual viabiliza parcialmente la solicitud de acceso de COMERCIALIZADOR 1.”*

- *“...el mismo 19 de enero de 2009, el Gestor Técnico del Sistema requiere a COMERCIALIZADOR 1, mediante correo electrónico, a que este último envíe “la nueva programación para la Conexión Internacional de Euskadour para poder realizar el estudio para la obtención de toda la capacidad solicitada”..., requerimiento que es satisfecho por COMERCIALIZADOR 1 mediante comunicación de 22 de enero en la que además de expresar la decisión firme de proceder a contratar el servicio solicitado en todos sus términos, se le vuelve a indicar al Gestor Técnico del Sistema... la necesidad de que éste tenga en consideración el punto 5 del apartado 6 del RD 949/2001...”*
- *“El 26 de enero de 2009 TRANSPORTISTA remite mediante correo electrónico a COMERCIALIZADOR 1 informe de viabilidad del GTS que viabiliza parcialmente la solicitud de acceso de COMERCIALIZADOR 1 al que TRANSPORTISTA indica expresamente que se adhiere al indicar que “Informamos que la solicitud es viable para TRANSPORTISTA en las mismas condiciones que para el GTS”...”*

Como fundamento del conflicto que interpone, y en justificación de la concreta solicitud de resolución del conflicto que interesa, COMERCIALIZADOR 1 efectúa, esencialmente, las siguientes alegaciones:

- Que *“TRANSPORTISTA, antes de denegar parcialmente la petición de acceso, debería haber comunicado a todos los sujetos con los que tenga un contrato de acceso en vigor la posibilidad de modificación a la baja de la capacidad contratada en los contratos vigentes hasta cubrir la capacidad solicitada tal y como se indica en el apartado 2ª de la letra a) del artículo 8 [del Real Decreto 949/2001], extremo que a COMERCIALIZADOR 1 no le consta”.*
- Que *“Entendiendo que la respuesta del GTS y por tanto la de TRANSPORTISTA, a la hora de indicar un supuesto análisis del punto 4 del artículo 6 del RD 949/2001 debería hacer realmente mención al punto 5 del mismo artículo, en tanto que sólo este punto da competencia al GTS para valorar la infrautilización continuada, esta mercantil considera necesario que la CNE entre a valorar los criterios que ha utilizado el GTS para juzgar que, al menos en el momento en que el informe de viabilidad fue evacuado provisionalmente o al menos en el momento en que, previa petición de información a COMERCIALIZADOR 1, se emitió el informe del 26 de enero de 2009, no existía o no era posible que pudiera existir una infrautilización continuada de la capacidad reservada por parte de otros agentes del sistema lo*

cual dio lugar a la denegación parcial del acceso solicitado por COMERCIALIZADOR 1”.

- *Que “esta mercantil anuncia que entiende que sí pudiera existir esa infrautilización continuada y lo hace con base en los pocos datos públicos que existen en la página web del GTS sobre los flujos físicos que existen en el sistema y en particular en el gasoducto Euskadour”.*
- *Que “COMERCIALIZADOR 1 pretende que se dé un máximo aprovechamiento de la capacidad del gasoducto Euskadour”.*
- *Que “COMERCIALIZADOR 1 se ve imposibilitada para poder apreciar si se ha infringido o no la obligación de permitir la utilización de las instalaciones de TRANSPORTISTA sobre la base de los principios de no discriminación, transparencia y objetividad”.*
- *Que “COMERCIALIZADOR 1 necesita conocer realmente las fechas de firma de los contratos de capacidad que se encuentran en vigor hasta la fecha si las solicitudes de acceso se han resuelto atendiendo al estricto orden cronológico de recepción de la petición establecido en el artículo 5.2 del RD 949/2001, la cantidad de capacidad que se encontraba libre y por tanto a disposición de los usuarios en el momento en el que COMERCIALIZADOR 1 hizo su solicitud y sobre todo el régimen de utilización de la capacidad en el Euskadour con anterioridad al 26 de enero de 2009, es decir con anterioridad a que el GTS emitiese su informe de viabilidad al que se ha adherido íntegramente TRANSPORTISTA, de los sujetos que tienen derecho de acceso, todo ello a los efectos de que esa Comisión pueda realmente juzgar si el transportista incumplió la obligación establecida en el apartado 4 del artículo 6 del RD 949/2001 o si el GTS incumplió su obligación, conforme indica el artículo 6.5 del mismo Real Decreto de reducir la capacidad reservada siempre que exista o pueda existir, en relación con los contratos o situaciones de reserva de capacidad, una infrautilización continuada de la capacidad reservada, siendo el mantenimiento de esa capacidad causa de denegación parcial del acceso, por falta de capacidad disponible, a COMERCIALIZADOR 1”.*

Efectuadas estas alegaciones, COMERCIALIZADOR 1 solicita a la CNE lo siguiente:

“...dicte resolución por la que:

1. Declare no ajustadas a Derecho la denegación parcial de capacidad de transporte y distribución en el gasoducto Euskadour que TRANSPORTISTA ha acordado careciendo de fundamento legal para ello, habiendo actuado discrecionalmente y sin sujetarse a los principios de transparencia, objetividad, y no discriminación, y provocando a COMERCIALIZADOR 1 daños y perjuicios que ésta no tiene el deber jurídico de soportar.

2. Declare el derecho de acceso de COMERCIALIZADOR 1 a las instalaciones de transporte del gasoducto Euskadour y a obtener totalmente la reserva de capacidad solicitada el 19 de enero de 2009 y subsidiariamente de lo anterior a obtener una satisfacción parcial de la capacidad aquí reclamada.”

Adjunto a su escrito de planteamiento de conflicto, COMERCIALIZADOR 1 presenta la siguiente información:

- La solicitud de acceso y reserva de capacidad de transporte-distribución respecto al punto de entrada, y la solicitud de acceso y reserva de capacidad de transporte-distribución respecto al punto de salida.
- La impresión de las diversas comunicaciones mantenidas por correo electrónico con TRANSPORTISTA en lo relativo al acceso solicitado.
- Los informes de viabilidad remitidos por el Gestor Técnico del Sistema el 13 de enero de 2009 y el 23 de enero de 2009, recibidos a través de los correos electrónicos enviados por TRANSPORTISTA.

SEGUNDO.- Comunicaciones de inicio del procedimiento.

Mediante escritos de fecha 3 de marzo de 2009 se comunicó a COMERCIALIZADOR 1, a TRANSPORTISTA y al Gestor Técnico del Sistema 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 TRANSPORTISTA y al Gestor Técnico del Sistema se les dio traslado del escrito presentado por COMERCIALIZADOR 1 y de su documentación adjunta, confiriéndoles 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.

El Gestor Técnico del Sistema solicitó –mediante escrito presentado el 6 de marzo de 2009- una ampliación del plazo para realizar alegaciones, que le fue conferida por escrito de 9 e marzo de 2009.

TERCERO.- Alegaciones del Gestor Técnico del Sistema.

El 23 de marzo de 2009 se ha recibido en el Registro de la CNE escrito de alegaciones de Enagás, S.A., en su condición de Gestor Técnico del Sistema. En dicho escrito, esta empresa alega, básicamente, lo siguiente:

- Que concurre extemporaneidad en el conflicto presentado por COMERCIALIZADOR 1, ya que *“TRANSPORTISTA disponía hasta el 20 de enero de 2009 para dar contestación a COMERCIALIZADOR 1 sobre la solicitud de acceso presentada”,* y que *“el plazo de un mes, establecido en la Disposición adicional quinta del RD 1339/1999, de 31 de julio, ha de computarse a partir de la fecha en que se ha de entender denegado el acceso”.* Con ello, el Gestor Técnico del Sistema concluye que *“el plazo que nos ocupa vencía el 21 de febrero de 2009, por lo que resulta evidentemente extemporáneo el conflicto planteado por COMERCIALIZADOR 1, ya que lo presentó con posterioridad a la fecha indicada, el 26 de febrero de 2009”.*
- Que *“ENAGÁS GTS, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6.5 del RD 949/2001, en su redacción modificada por la Disposición Adicional Cuarta del RD 1434/2002, tras efectuar un riguroso análisis de la infrautilización de la capacidad contratada solicita información a los agentes responsables de la infrautilización, entre ellos COMERCIALIZADOR 1”.* Con respecto a la respuesta recibida de COMERCIALIZADOR 1, el Gestor Técnico del Sistema manifiesta que *“Advertimos a la Comisión Nacional de Energía acerca de la actuación de COMERCIALIZADOR 1 al no contestar a la solicitud de ENAGÁS GTS de la confirmación de la viabilidad del operador francés y no enviar programaciones de uso de la capacidad solicitada, lo que evidencia falta de colaboración de COMERCIALIZADOR 1”.*

- Que *“ENAGÁS GTS, una vez recibida la respuesta de las comercializadoras y al no tener la confirmación por parte de COMERCIALIZADOR 1, como se le había solicitado, de la viabilidad por parte del operador francés y del uso de la capacidad que solicita que se le reduzca a “COMERCIALIZADOR 2”, y ante la programación que nos remite “COMERCIALIZADOR 2”, cargada en la aplicación SL-ATR, le confirma la respuesta ya dada a COMERCIALIZADOR 1 a su solicitud de viabilidad, respuesta que se envía por parte de ENAGÁS GTS el día 23 de enero de 2009”.*
- Que *“ENAGÁS GTS, al emitir el informe de viabilidad de 13 de enero de 2009 y la confirmación de esa viabilidad el 23 de enero de 2009, actúa en todo momento de buena fe y en cumplimiento de la normativa vigente, tratando con equidad, objetividad y transparencia a todos los comercializadores: ENAGÁS GTS no hace uso de la reducción de contratación a “COMERCIALIZADOR 2”, necesaria para cubrir el 100% de la capacidad adicional solicitada por COMERCIALIZADOR 1 por considerar que tanto “COMERCIALIZADOR 2” como COMERCIALIZADOR 1 han infrutilizado sus contrataciones y, por tanto, si se hace uso de la reducción a “COMERCIALIZADOR 2” también habría de reducir la contratación a la propia COMERCIALIZADOR 1”.*
- Que, *“ante la consulta del GTS a futuras exportaciones por Irún, “COMERCIALIZADOR 2” programa en el SL-ATR salidas en abril-09 e COMERCIALIZADOR 1 declara su decisión “FIRME” de exportar pero no presenta ningún documento que acredite la viabilidad positiva por parte del operador francés que sirva al GTS de soporte para considerar que las intenciones de exportar gas de COMERCIALIZADOR 1 tienen mayor credibilidad que las de “COMERCIALIZADOR 2””.*
- Que *“en el mes de diciembre-2008 “COMERCIALIZADOR 2” utilizó su contratación un 41% y en febrero un 85%”.*
- Que *“COMERCIALIZADOR 1 siempre programa la utilización de la contratación de salidas por Irún en el segundo y tercer mes de programación al 100%, después cuando se va aproximando el mes reduce sus utilizations”.*
- Que *“En la PROGRAMACIÓN DEL SL-ATR de enero, “COMERCIALIZADOR 2” programó la utilización al 100% de sus contratos en abril y el 0% de utilización en*

febrero y marzo, sin embargo, en febrero ha utilizado el 85% y en la última programación, 20-feb, no contempla utilización para abril”.

- Que, en conclusión, “ENAGÁS GTS analiza la infrautilización de los últimos seis meses anteriores a la fecha de la solicitud de capacidad de COMERCIALIZADOR 1 (de julio a dic de 2008), comprobando que efectivamente los dos usuarios, “COMERCIALIZADOR 2” e COMERCIALIZADOR 1, han infrautilizado sus contrataciones respectivas en este periodo”, “ENAGÁS GTS advierte a los usuarios de esta infrautilización pasada y utiliza las PROGRAMACIONES del SL-ATR para cerciorarse de si la infrautilización se va a seguir produciendo o no”, y “Tanto “COMERCIALIZADOR 2” como COMERCIALIZADOR 1 programan el 20 de enero de 2009 la utilización del 100% de la capacidad contratada en alguno de los meses comprendidos entre enero y abril de 2009”.
- Que “Un hecho que apoya el modo de proceder del GTS es la utilización de “COMERCIALIZADOR 2” correspondiente a feb-2009, que alcanza el 85%” y que “Si le hubiéramos reducido la contratación a partir de julio-2009, tal y como pedía COMERCIALIZADOR 1, “COMERCIALIZADOR 2” apelaría al uso realizado en febrero-2009 (85%) junto con la infrautilización de contratación de COMERCIALIZADOR 1 (ene y feb de 2009: 37% y 44% respectivamente)”.
- Que “Al no contenerse expresamente en la normativa vigente los criterios de análisis de la infrautilización conforme a los cuales ENAGÁS GTS debe interpretar el artículo 6.5 del RD 949/2001, los principios que deben inspirar la actuación del Gestor Técnico del Sistema en el análisis de la viabilidad son los que se contienen en el ordenamiento jurídico y que son los de transparencia, objetividad y no discriminación contenidos en el artículo 64.1 de la Ley 34/1998”.
- Que “debe tenerse en cuenta el criterio de la prioridad cronológica establecido en el artículo 5.2 del RD 949/2001 a la hora de atender la solicitud de capacidad de CI “Euskadour” y analizar la infrautilización a la vista de lo recogido en el artículo 6.5 del RD 949/2001”.

Efectuadas estas alegaciones, el Gestor Técnico del Sistema solicita a la CNE que “dicte Resolución por la que: / I.- Declare la extemporaneidad del conflicto planteado por COMERCIALIZADOR 1, al tratarse de un conflicto evidentemente contrario a derecho que no debió ser admitido a trámite ni sustanciado por no haber

sido planteado dentro del plazo establecido en el marco regulatorio. II.- Subsidiariamente, desestime el conflicto interpuesto por COMERCIALIZADOR 1 por carecer de fundamento legal alguno, siendo la actuación de ENAGÁS GTS, al emitir su informe de viabilidad plenamente acorde con la normativa vigente y respetuosa con los principios de transparencia, objetividad y no discriminación”.

El Gestor Técnico del Sistema adjunta a su escrito de alegaciones copia de las comunicaciones habidas con COMERCIALIZADOR 1 y con “COMERCIALIZADOR 2”, así como un documento en el que se contienen los datos sobre las capacidades contratadas en el gasoducto de referencia por esos dos comercializadores, y sobre su utilización, con los criterios de análisis de los mismos por parte del Gestor Técnico del Sistema.

CUARTO.- Alegaciones de TRANSPORTISTA.

El 24 de marzo de 2009 se ha recibido en el Registro de la CNE escrito de TRANSPORTISTA, en el que alega, básicamente, lo siguiente:

- Que *“TRANSPORTISTA advirtió expresamente al G.T.S. para que en el análisis de viabilidad se tuviera en cuenta lo previsto en el artículo 6.5 del RD 949/2001 sobre infrautilización continuada de la capacidad reservada”, y que, asimismo, “informó telefónicamente a “COMERCIALIZADOR 2”, a través de su interlocutora habitual..., de la existencia de una solicitud presentada por una comercializadora, y le planteó la posibilidad de modificar a la baja la capacidad contratada”.*
- Que *“TRANSPORTISTA ha observado rigurosamente el procedimiento aplicable a la petición formal de acceso de COMERCIALIZADOR 1 establecido en el Real Decreto 949/2001”.*
- Que *“TRANSPORTISTA se ha limitado a aplicar el criterio fijado por el G.T.S. que es a quien compete, conforme a los artículos 5.2 y 6.5 del RD 949/2001, analizar y decidir a la vista de las posibilidades del conjunto del sistema gasista, si hay o no una infrautilización de la capacidad contratada”.*
- Que *“TRANSPORTISTA debe limitarse a verificar si la capacidad de la instalación está o no agotada por los contratos de reserva de capacidad suscritos previamente y si los titulares de estos contratos están dispuestos a reducir voluntariamente su*

capacidad, pero una vez constatado este dato y confirmado que los demás sujetos no quieren reducir voluntariamente su capacidad, es al G.T.S. a quien compete valorar y decidir si hay o no una infrautilización”.

- Que la actuación de TRANSPORTISTA *“ha sido pues objetiva, transparente y no discriminatoria”,* y que *“no sólo cumplió el trámite sino que veló por los intereses de COMERCIALIZADOR 1 suscitando un pronunciamiento expreso sobre la posible infrautilización de sus instalaciones”.*

- Que *“la adhesión pura y simple de TRANSPORTISTA al criterio fijado por el G.T.S. en sus informes está justificado en cuanto que (i) es el G.T.S. quien valora si había o no una infrautilización de la reserva de capacidad de “COMERCIALIZADOR 2”, no pudiendo TRANSPORTISTA reducir unilateralmente la misma so pena de incurrir en un incumplimiento del contrato de acceso que tenía suscrito con “COMERCIALIZADOR 2” –con las penalidades e infracciones que ello conllevaría-, y que (ii) es precisamente el G.T.S. quien tiene una visión completa del Sistema frente a la visión parcial de los operadores de red de transporte, por lo que su análisis de viabilidad es cualitativamente más conforme con la realidad al disponer de una mejor información y de una información más completa ”.*

Expuesta estas alegaciones, TRANSPORTISTA solicita a la CNE *“desestimar el conflicto de acceso planteado por COMERCIALIZADOR 1”.*

TRANSPORTISTA adjunta a su escrito de alegaciones copia de las comunicaciones mantenidas con COMERCIALIZADOR 1 y con el Gestor Técnico del Sistema acerca del acceso solicitado.

QUINTO.- Comunicación remitida a “Comercializador 2”.

A la vista del escrito remitido por el Gestor Técnico del Sistema, en el que se alude a “Comercializador 2”, como uno de los agentes involucrados en la infrautilización de la capacidad contratada en el gasoducto objeto del conflicto presentado, y dada su consecuente condición de interesado en el procedimiento, por escrito de 13 de abril de 2009 se dio traslado a la citada empresa del escrito presentado por COMERCIALIZADOR 1 y del escrito del Gestor Técnico del Sistema a fin de que, en el plazo de diez días hábiles

(previsto en el artículo 76.1 de la Ley 30/1992), a contar desde el día siguiente a la recepción de esa notificación, pudiera formular las alegaciones y aportar los documentos que estimara convenientes en relación con el objeto del conflicto.

De los documentos mencionados, se eliminó, no obstante, la identificación del COMERCIALIZADOR 1, la identificación del punto de entrada correspondiente al acceso solicitado por COMERCIALIZADOR 1 y la relación de contratos de acceso al gasoducto Bergara-Irún aportada por el Gestor Técnico del Sistema, al tratarse de materias que pudieran afectar al secreto comercial y guardar una relación indirecta con la cuestión objeto del conflicto.

SEXTO.- Alegaciones de “Comercializador 2”.

El 23 de abril de 2009 se ha recibido en el Registro de la CNE escrito de “Comercializador 2”, completado por otro posterior de 24 de abril, en el que esencialmente efectúa las siguientes alegaciones:

- *Que “esta parte no puede por menos que ratificar íntegramente lo manifestado por ENAGÁS GTS en su escrito de alegaciones en cuanto a la extemporaneidad del conflicto planteado, solicitando así sea declarado por la Comisión Nacional de Energía”.*
- *Que “entendemos que la actuación de ENAGÁS GTS a la hora de emitir informe de viabilidad ha sido correcta, siguiendo lo establecido en el art. 6.5 del RD 949/2001 efectuando un riguroso análisis de la utilización de la capacidad contratada solicitando información tanto a mi representada como al propio COMERCIALIZADOR 1”.*
- *Que “Es importante destacar la contestación remitida por mi representada en la que pone de manifiesto la intención que la misma había tenido de hacer uso de la capacidad contratada, habiendo sido imposible por la actuación de un comercializador del lado francés”, y que, “Asimismo, se manifiesta la intención de mi representada de hacer uso futuro de la capacidad contratada y se ponen de manifiesto las negociaciones de transporte de capacidad que se están llevando a cabo y que tendrán lugar a partir de julio de 2009”.*

- Que *“mi representada programa en el SL-ATR salidas en abril 09, mientras que el COMERCIALIZADOR 1 meramente hace una declaración de su intención firme de exportar, pero no presenta ningún documento que acredite la viabilidad por parte del operador francés”.*
- Que, *“En cuanto a los criterios aplicados por ENAGÁS GTS para el análisis de la posible infrutilización, esta parte entiende que en el apartado 2.2 del escrito de alegaciones presentado por ENAGÁS GTS, se da cumplida explicación de los criterios seguidos al respecto”.*
- Que *“es muy importante destacar que mi representada, en el mes de Febrero de 2009 ha tenido una utilización del 85%, en el mes de Marzo del 32% y en el mes de Abril del 94%”.*
- Que *“es importante tener en consideración dos aspectos: uno, la situación de desequilibrio entre las capacidades contratadas por mi representada a uno y otro lado de la frontera consecuencia del bloqueo por parte de un comercializador de una parte de la capacidad de transporte en el lado Francés sin que exista por parte de éste posibilidad –ni, por tanto, intención- de utilizarla,..., y el otro el que durante el periodo analizado el que el sistema gasista español era deficitario, con lo que no existían excedentes que pudieran ser exportados”.*
- Que *“Durante el periodo de análisis, la utilización de la infraestructura ha sido la que el sistema ha requerido, y que debemos directamente identificar como “no utilizada”. “Comercializador 2” añade que “Si el sistema español hubiese sido excedentario, como está ocurriendo en la actualidad, a buen seguro que no hubiese quedado ninguna capacidad sin contratar del lado español”.*
- Que han de tenerse *“en consideración las consecuencias económicas que tendría para mi representada la imposibilidad del cumplimiento de los distintos acuerdos suscritos para la venta del gas en el período para el cual el cual el COMERCIALIZADOR 1 solicita la capacidad de acceso”.*

“COMERCIALIZADOR 2” Gas solicita a la CNE que “declare la extemporaneidad del conflicto planteado así como la desestimación del mismo”.

SÉPTIMO.- Trámite de audiencia.

Mediante escritos de 5 de mayo de 2009 se puso el procedimiento de manifiesto a COMERCIALIZADOR 1, TRANSPORTISTA, el Gestor Técnico del Sistema y “Comercializador 2”, confiriéndoles plazo de diez días hábiles para formular alegaciones.

Para COMERCIALIZADOR 1 se excluyó la identificación de “Comercializador 2” (COMERCIALIZADOR 2), la identificación del punto de entrada correspondiente al acceso de “Comercializador 2” y la relación de contratos de acceso al gasoducto Bergara-Irún aportada por el Gestor Técnico del Sistema, al tratarse de materias que pudieran afectar al secreto comercial y guardar una relación indirecta con la cuestión objeto del conflicto.

QUINTO.- Alegaciones en el trámite de audiencia.

El 14 de mayo de 2009 se ha recibido en el Registro de la CNE escrito del **Gestor Técnico del Sistema**, en el que, en el marco del trámite de audiencia acordado, reitera las consideraciones recogidas en su anterior escrito de alegaciones y, asimismo, pone de relieve lo siguiente:

- Que *“con fecha de 17 de abril de 2009 TRANSPORTISTA le notificó a ENAGÁS GTS la solicitud de “Comercializador 2”, S.A. de acceso al Gasoducto “Bergara-Irún” (“Euskadour”), para una capacidad de 1GWh/día con inicio el 1 de julio de 2009 y por un período de un año, indicando que la solicitud es inviable por falta de capacidad disponible y solicitando a ENAGÁS GTS que emitiera informe de viabilidad”.*
- Que *“ENAGÁS GTS, ..., tras efectuar un riguroso análisis de la utilización de la capacidad contratada, solicita información a COMERCIALIZADOR 1 y “COMERCIALIZADOR 2”, agentes comercializadores que durante este periodo y en ese mismo punto de salida tienen contratada capacidad”.*
- Que *“COMERCIALIZADOR 1 notifica a ENAGÁS GTS que no tienen interés en reducir la capacidad contratada en la conexión internacional de “Euskadour””.*
- Que *““COMERCIALIZADOR 2”... manifiesta su decisión firme de proceder a la contratación del servicio”.*

- Que *“con fecha de 30 de abril de 2009 ENAGÁS GTS envió su informe de viabilidad a TRANSPORTISTA... teniendo en cuenta los criterios establecidos en el art. 6.5 del R.D. 949/2001 y confirmando así el informe de viabilidad emitido por TRANSPORTISTA”*.
- Que *“Los criterios aplicados por ENAGÁS GTS en la emisión del informe de viabilidad de 30 de abril de 2009, ..., son idénticos a los utilizados con anterioridad en el informe de viabilidad objeto de conflicto”, con lo que “ENAGÁS GTS aplica lo previsto en el art. 6.5 del R.D. 949/2001, actúa de buena fe, de un modo objetivo, transparente e igualitario”*.

El Gestor Técnico del Sistema adjunta a su escrito las comunicaciones mantenidas con TRANSPORTISTA, COMERCIALIZADOR 1 y “Comercializador 2”, en relación con el nuevo acceso solicitado por “Comercializador 2”.

“Comercializador 2” presentó escrito de alegaciones en el Registro de la CNE, en ejercicio del derecho de audiencia, el 18 de mayo de 2009. Se ratifica en lo señalado en su anterior escrito de alegaciones, y, adicionalmente, manifiesta que *“Por lo que se refiere al procedimiento seguido por TRANSPORTISTA, en concreto en relación a la información que TRANSPORTISTA recabó de mi representada en relación a la posibilidad de modificación a la baja de la capacidad contratada para el período solicitado por el COMERCIALIZADOR 1, es decir de julio de 2009 a junio de 2010, mediante la realización de una llamada telefónica, ..., debemos mantener que la misma se efectuó y que la respuesta dada fue la misma que se manifestó en el correo electrónico de contestación a ENAGÁS GTS, de fecha 14 de enero de 2009, en el que se ponía de manifiesto nuestra intención de hacer uso de la capacidad contratada así como la contratación de capacidad de transporte adicional en el lado francés a partir de julio de 2009”*.

El 25 de mayo de 2009 se ha recibido en el Registro de la CNE escrito de **Comercializador 1**, presentado en las oficinas de Correos y Telégrafos el 20 de mayo, en el que, en el marco del trámite de audiencia acordado, esencialmente efectúa las siguientes alegaciones:

- Que *“el modo de actuación del GTS al enviar un informe de viabilidad “provisional” sujeto a otro “definitivo” no está contemplado en el Real Decreto 949/2001 y si a*

eso se añade que además fue evacuado fuera de plazo por el propio GTS llevando por tanto a que el titular de la instalación incumpliese su plazo para la contestación a la solicitud de capacidad, lleva a considerarlo como irregular”, pero que “No obstante, admitiendo cierta tolerancia en la evacuación de un informe de viabilidad provisional seguido de otro definitivo y de cierta flexibilidad en los plazos de evacuación de los mismos..., lo que esta mercantil no puede callar ni esta Comisión debería admitir es que el GTS aproveche la tolerancia y la flexibilidad dada tanto por COMERCIALIZADOR 1 como por TRANSPORTISTA para alegar en este procedimiento que el conflicto es extemporáneo cuando los hechos que provocaron ese retraso han sido provocados exclusivamente por el retraso del GTS a la hora de evacuar su informe de viabilidad”. COMERCIALIZADOR 1 concluye que “resulta contrario a los propios actos del GTS alegar la extemporaneidad de un conflicto que viene provocado única y exclusivamente por la omisión del propio GTS a la hora de evacuar el informe de viabilidad”.

- Que “creemos criticable que este requisito fundamental para dar un uso eficiente de la capacidad en infraestructuras tan importantes como las plantas de regasificación y los gasoductos internacionales, como es la comunicación de la posibilidad de reducir la capacidad contratada, se produzca de manera telefónica”.
- Que, según COMERCIALIZADOR 1, el sistema de valoración de la infrautilización seguido por el Gestor Técnico del Sistema ha sido “manifiestamente erróneo conforme a los principios generales del derecho”, y que, asimismo, esa “valoración ha sido discrecional y discriminatoria”.
- Que “podría ya considerarse como elemento de hecho pacífico que existía una infrautilización de capacidad por parte de C2 [Comercializador 2] a lo largo del 2008 y así lo admite el propio GTS en repetidas ocasiones a lo largo del expediente, también lo admite C2 en su alegación Quinta”.
- Que “es fácilmente demostrable que la utilización global de la contratación de C2 durante el 2008 fue del 6%”.
- Que “debemos rechazar rotundamente que C1, esto es COMERCIALIZADOR 1, haya infrautilizado su capacidad”.

- Que *“en septiembre de 2008 el mantenimiento programado en el almacén subterráneo (AASS) de Lussagnet por TIGF impedía la exportación entre los días 1-15 de septiembre 2008 (incluidos)... así como que en octubre de 2008 el mantenimiento programado en el punto de interconexión (PITTE) en Biriadou por TIGF impedía la exportación entre los días 6-20 de octubre 2008 (incluidos)”*.
- Que *“la utilización que esta parte hizo durante los seis primeros meses de su contrato de tránsito internacional (entrada por y salida por Euskadour) cumple el requisito establecido en el apartado 4 del artículo 6 del RD 949/2001, es decir, hubo al menos un mes en el que la utilización fue mayor del 80%, y en consecuencia el titular del punto de entrada ni ejecutó el aval ni realizó reducción de capacidad alguna”*.
- Que, *“teniendo en cuenta que la contratación de COMERCIALIZADOR 1 en julio y agosto 2008 era nula, precisamente debido a que no había capacidad disponible esos meses..., entendemos que si el criterio del GTS para analizar la infrautilización es el estudio de los 6 meses anteriores debería haber incluido en el caso de COMERCIALIZADOR 1 los meses de: mayo-junio-septiembre-octubre-noviembre-diciembre”*.
- Que *“El GTS no comunicó en ningún momento a COMERCIALIZADOR 1 la infrautilización del contrato en 2008”*.
- Que *“esta parte desconoce los argumentos legales que tiene el GTS para sostener que la reducción se ha de decidir en base a la previsión de utilización futura”, y que “es evidente que es imposible analizar a futuro la efectividad de una utilización”*.
- Que *“la capacidad contratada por COMERCIALIZADOR 1 en febrero de 2009 ha sido del 83% y no del 44% como afirma el GTS”*.
- Que *“en ningún caso es procedente analizar la potencial infrautilización de COMERCIALIZADOR 1 que es el solicitante de acceso sino que lo que procede conforme al artículo 6.5 es analizar la de C2 que es el sujeto sobre el que se afirma que infrautiliza y sobre el que se debe dudar que vaya a utilizar la capacidad en el futuro”*.

- Que *“el primer día que C2 o cualquier otro comercializador puede realizar la solicitud de capacidad de julio ´09 a TIGF y que TIGF puede aceptar dicha solicitud es el 1 de junio de 2009, por lo que no es posible que ningún comercializador esté negociando en modo alguno la contratación de dicha capacidad disponible”*.
- Que *“El GTS en la página 8 de sus alegaciones acusa a COMERCIALIZADOR 1 de falta de colaboración al no contestar a su solicitud de confirmación de viabilidad del operador francés y de programación de uso de la capacidad en Euskadour cuando esa Comisión sabe perfectamente que, en este caso concreto, la programación no es vinculante por lo que de nada hubiera servido una hipotética respuesta de COMERCIALIZADOR 1 anexando una programación estimativa”*.
- Que *“la contratación de capacidad en Francia no debe ser considerada como justificación válida para la infrautilización de los contratos de salida por Euskadour, dado que no sólo no se trata de puntos del Sistema Gasista Español sino que, como antes se afirmó, las ventas de gas pueden realizarse en la misma frontera y además en Francia existe un mercado secundario de capacidad totalmente operativo”*.
- Que *“interesa mencionar a esa Comisión que COMERCIALIZADOR 1 ha reservado capacidad de entrada en Francia por la CI Biriadou en varias ocasiones desde febrero 2008 y para periodos distintos, lo que muestra que sí había capacidad disponible de entrada a Francia”*.
- Que *“como comercializadora que opera activamente en Francia y es cliente de TIGF podemos confirmar que ningún comercializador se ha puesto en contacto con nosotros para hacer una oferta por nuestra capacidad de entrada en Francia por la CI Biriadou”, y que “Ello demuestra que C2 no ha cumplido los requisitos para que se aplique el procedimiento, esto es para que TIGF proceda a la reducción de capacidad del comercializador que según C2 está “bloqueando” la entrada en Francia sin utilizarla”*.
- Que *“El Sistema Español durante el 2008 no fue deficitario en absoluto, de hecho según el GTS la cantidad de gas total que entró en España en 2008 fue de 459 TWh y la demanda nacional fue de 450 TWh, es decir, el sistema fue excedentario en 2008 ya que hubo más oferta que demanda y la diferencia bien se exportó, bien se almacenó en forma de GNL o en los AASS”*.

- Que *“En este sentido debemos destacar la solicitud de capacidad de salida por la CI de Euskadour que esta parte remitió a TRANSPORTISTA el 23 de mayo 2008 para el periodo julio-agosto del 2008, meses en los que no había capacidad disponible por lo que COMERCIALIZADOR 1 no pudo contratar 1GWh/d”, y que “Esto demuestra que en junio del 2008, C2 se negó a reducir 1 GWh/d de su contrato durante los dos meses siguientes del total de los 3 GWh/d que tenía contratados, capacidad que no utilizó en absoluto durante esos meses”. A este respecto, COMERCIALIZADOR 1 señala que “la Comisión debe saber que esta parte necesitaba dicha capacidad para atender compromisos de entrega de gas en Francia, mayoristas y a clientes finales, durante el verano 2008, dados los periodos de mantenimiento programados de forma sobrevenida en la CI de Larrau que impedían la exportación por ese punto, y ante la imposibilidad de acceder de forma alternativa a Euskadour se vio obligada a incurrir en coste de recompra de las cantidades con entrega obligada a Francia”.*

COMERCIALIZADOR 1 adjunta a su escrito copia de comunicaciones cursadas con el transportista francés TIGF acerca de una reserva de capacidad en 2008, y con TRANSPORTISTA y el Gestor Técnico del Sistema acerca de una solicitud de acceso al gasoducto Euskadour efectuada en 2008.

El 26 de mayo de 2009 se ha recibido en el Registro de la CNE escrito de **TRANSPORTISTA**, presentado en las oficinas de Correos y Telégrafos el 22 de mayo, por el que señala que *“en las manifestaciones de “ENAGÁS GTS” incluidas en la alegación primera de su escrito (folios 60 y 61 del expediente), se da a entender que el plazo para dar respuesta a la solicitud de COMERCIALIZADOR 1 llegó a su vencimiento sin respuesta expresa de TRANSPORTISTA Energía”, pero que “TRANSPORTISTA Energía remitió el 19 de enero de 2009 un correo electrónico a COMERCIALIZADOR 1 adjuntando informe de viabilidad e informando que “la Solicitud es viable para TRANSPORTISTA en las mismas condiciones que para el GTS””.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCESALES.

PRIMERO.- Existencia de conflicto de acceso a las instalaciones de conexión internacional.

COMERCIALIZADOR 1, compañía comercializadora, ha solicitado acceso a la conexión internacional "Euskadour" (gasoducto Bergara-Irún), titularidad de TRANSPORTISTA, al objeto de reservar una capacidad de transporte de 1 GWh/día para el período de un año contado desde el 1 de julio de 2009.

La empresa transportista, siguiendo el informe de viabilidad emitido por el Gestor Técnico del Sistema, desestima parcialmente esta solicitud, por falta de capacidad disponible. COMERCIALIZADOR 1 discrepa a este respecto con la actuación seguida por el Gestor Técnico del Sistema (y con la consiguiente desestimación parcial de la solicitud de acceso que le comunica TRANSPORTISTA), ya que, a su juicio, el Gestor Técnico del Sistema debería haber viabilizado –de forma completa- la solicitud de acceso de COMERCIALIZADOR 1 reduciendo para ello la capacidad reservada por otro comercializador en la conexión internacional citada, puesto que considera que dicha capacidad está siendo infrautilizada.

En definitiva, se trata de un conflicto que versa sobre el acceso de COMERCIALIZADOR 1, como compañía comercializadora de gas natural, a una instalación de conexión internacional del sistema gasista español, de titularidad de TRANSPORTISTA. Ahora bien, en la medida en que la razón por la que se discute la decisión tomada por TRANSPORTISTA respecto al acceso solicitado se encuentra en la actuación seguida por el Gestor Técnico del Sistema respecto a la valoración de la infrautilización de la instalación objeto del acceso, el presente conflicto se extiende, asimismo, a la revisión de dicha actuación seguida por el Gestor Técnico del Sistema, en ejercicio de una función que le corresponde como tal Gestor Técnico del Sistema.

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.

Asimismo, y por lo que respecta a la vertiente del presente conflicto que se refiere a la revisión de la actuación seguida por el Gestor Técnico del Sistema – en el ejercicio de sus funciones propias- en lo relativo a la valoración de una reducción de capacidad por infrautilización, cabe señalar que la CNE es también el organismo competente, conforme a la disposición adicional undécima, tercero, 3, párrafo final, de la Ley del Sector de Hidrocarburos, para la resolución de los conflictos que le sean planteados en relación con la gestión técnica del sistema de gas natural.

Específicamente, en lo relativo a la concreta materia objeto del conflicto, el párrafo tercero del apartado 5 del artículo 6 del Real Decreto 949/2001 prevé la posibilidad de plantear conflicto a la CNE en caso de disconformidad con la decisión tomada por el Gestor Técnico del Sistema ante un supuesto planteado de reducción por infrautilización.

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.

CUARTO.- Plazo para la interposición del conflicto.

El artículo 15.2 y la disposición adicional quinta del Real Decreto 1339/1999, así como el artículo 6.5 del Real Decreto 949/2001, establecen el plazo de un mes para interponer conflicto ante la CNE. El artículo 15.2 del Real Decreto 1339/1999 señala que este plazo es *“a contar desde el día siguiente a aquél en que deba entenderse denegado el acceso”*; la disposición adicional quinta de este Real Decreto (añadida por el Real Decreto 1434/2002) señala, simplemente, que el plazo *“será de un mes”*, y el artículo 6.5 del Real Decreto 949/2001 dice *“...en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a aquel en que se le notifique la decisión del Gestor Técnico del Sistema de reducir capacidad”*.

El Gestor Técnico del Sistema considera que el conflicto interpuesto por COMERCIALIZADOR 1 es extemporáneo ya que *“TRANSPORTISTA disponía hasta el 20 de enero de 2009 para dar contestación a COMERCIALIZADOR 1 sobre la solicitud de acceso presentada”*, y que *“el plazo de un mes, establecido en la Disposición adicional quinta del RD 1339/1999, de 31 de julio, ha de computarse a partir de la fecha en que se ha de entender denegado el acceso”*. A este razonamiento se adhiere *“Comercializador 2”*.

Pues bien, es claro que, transcurrido el plazo en que se debe contestar a una solicitud de acceso, comienza a contar el plazo de un mes de que se dispone para poder interponer conflicto ante la CNE (conflicto frente a lo que podría calificarse de una *“desestimación presunta de la solicitud de acceso”*). Ahora bien, diferente de esto es pretender que, si transcurrido el plazo para contestar

una solicitud de acceso, resulta que se recibe una respuesta (una “respuesta expresa”), y se está disconforme con ella, no se disponga entonces del plazo del mes que recoge la normativa para poder interponer el correspondiente conflicto contra esa respuesta expresa (conflicto frente a una “desestimación expresa de la solicitud de acceso”).

Así se concluye también si se hace una analogía con el proceder administrativo: Cuando un interesado recibe la notificación de la resolución de un conflicto de acceso que resulta que se ha dictado después del transcurso del plazo de dos meses que hay para resolver y notificar, ese interesado no se encuentra con que el plazo para interponer recurso contra la misma esté ya vencido (o esté parcialmente consumido); el plazo –íntegro- para poder interponer el recurso se contará desde la fecha en que recibió la notificación.

En el presente caso, es de valorar, a mayor abundamiento, que, si TRANSPORTISTA no remitió a COMERCIALIZADOR 1 su contestación a la solicitud de acceso el 20 de enero de 2009 (esto es, no había en ese plazo, resolución expresa), tal y como pone de relieve el Gestor Técnico del Sistema, es porque el informe del propio Gestor Técnico del Sistema en que se contiene su decisión sobre reducir, o no, la capacidad reservada por los posibles comercializadores que incurren en infrautilización (decisión que, conforme al artículo 6.5 del Real Decreto 949/2001, es de la competencia exclusiva del Gestor Técnico del Sistema) no se produce hasta la fecha del 23 de enero de 2009 (ver folio 44 del expediente administrativo).

Sucede, además, que, en el presente caso, era de esperar esa próxima respuesta expresa de parte del Gestor Técnico del Sistema, aunque el plazo para la emisión de la misma estuviera ya transcurrido, ya que el Gestor Técnico del Sistema había manifestado, en su escrito de 13 de enero de 2009, que cuando terminara sus consultas con los agentes responsables de la infrautilización, procedería a dar una contestación a la solicitud de aplicación del artículo 6.5 del Real Decreto 949/2001 (ver folio 32 del expediente administrativo).

En conclusión, habiendo recibido COMERCIALIZADOR 1 el 26 de enero de 2009 la comunicación de TRANSPORTISTA por la que se le remite la contestación dada por el Gestor Técnico del Sistema (ver folio 43 del expediente), y habiéndose presentado el conflicto el 26 de febrero de 2009 en el Registro de la CNE (folio 1 del expediente), ha de concluirse la **temporaneidad** del mismo.

FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES.

PRIMERO.- SOBRE LA CUESTIÓN OBJETO DEL CONFLICTO.

COMERCIALIZADOR 1 ha solicitado acceso al gasoducto Bergara-Irún para una capacidad de salida del sistema de 1GWh/día para el período 1 de julio de 2009 a 30 de junio de 2010. Se le concede acceso para esa cantidad de 1GWh/día para el período 1 de noviembre de 2009 a 31 de diciembre de 2009, y también para la cantidad de 0,5 GWh para el período 1 de enero de 2010 a 31 de marzo de 2010. En lo demás, se desestima su solicitud de acceso por falta de capacidad disponible.

Hay que aclarar que, respecto del período al que se refiere su solicitud, COMERCIALIZADOR 1 ya dispone, adicionalmente al acceso concedido, de unos accesos contratados, y que, además, con base en la utilización previa de un contrato de acceso, COMERCIALIZADOR 1 ha venido siendo usuario del gasoducto en cuestión.

Además del propio COMERCIALIZADOR 1, sólo “Comercializador 2” ha contratado capacidad en el gasoducto Bergara-Irún en el último semestre de 2008, y sólo “Comercializador 2”, además de COMERCIALIZADOR 1, tiene contratada capacidad para el año 2009 y 2010.

No se ha discutido por los diferentes interesados en conflicto el hecho de que no hay capacidad para atender la parte de la solicitud de acceso de COMERCIALIZADOR 1 que ha sido desestimada. El conflicto versa, en realidad, exclusivamente, sobre si, para permitir atender –en su integridad- la

solicitud de acceso efectuada por COMERCIALIZADOR 1, debería reducirse, o no, a “COMERCIALIZADOR 2” parte de la capacidad que tiene contratada, con base en lo dispuesto en el artículo 6.5 del Real Decreto 949/2001, relativo a la reducción de capacidad por infrautilización.

SEGUNDO.- SOBRE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 6.5 DEL REAL DECRETO 949/2001 Y LOS CRITERIOS PARA VALORAR UNA INFRAUTILIZACIÓN.

➤ Previsiones normativas relativas a la infrautilización de la capacidad reservada:

Como se ha señalado, el motivo de fondo que ha dado lugar a la interposición de este conflicto reside en la disconformidad con los criterios utilizados en la verificación de la existencia, o no, de infrautilización de la capacidad reservada en la conexión internacional Euskadour, para su utilización en sentido de salida.

La legislación vigente contempla varias medidas para gestionar la utilización eficiente del sistema, con la intención de evitar la existencia de capacidades ociosas que repercutirían en un perjuicio para el sistema. En particular, se contemplan dos casos diferentes en los que la infrautilización de la capacidad puede dar lugar a una pérdida de la misma.

Éstos quedan recogidos en los apartados 4 y 5 del artículo 6 del Real Decreto 949/2001.

El apartado 4 se refiere a la infrautilización de la capacidad reservada en un contrato durante los seis primeros meses del mismo:

“4. [...] Si transcurridos seis meses desde la fecha prevista en el contrato para el inicio del suministro o, en su caso, desde que se hubiese efectuado cualquier modificación de la capacidad contratada, la capacidad realmente utilizada es inferior al 80 por ciento de la establecida en el contrato, las capacidades contratadas se disminuirán automáticamente en el porcentaje no utilizado, perdiendo el solicitante la parte correspondiente de la fianza constituida de acuerdo con los párrafos anteriores.

La cantidad que el titular de la instalación ingrese como consecuencia de la ejecución de dicha fianza tendrá la consideración de ingreso liquidable.”

El apartado 5 se refiere a la infrautilización continuada:

“Siempre que el Gestor Técnico del Sistema observe que existe o pueda existir, en relación con los contratos o situaciones de reserva de capacidad, una infrautilización continuada de la capacidad reservada, y el mantenimiento de la misma pudiera ser causa de denegación de acceso, por falta de capacidad disponible, a otros sujetos que lo hubieran solicitado, reducirá la capacidad reservada en la parte infrautilizada, con la pérdida, en su caso, de la fianza en la parte proporcional.

Todo ello se entiende sin perjuicio, en su caso, del análisis de dicha situación de acuerdo con la legislación de defensa de la competencia.

En caso de disconformidad, el sujeto cuya capacidad reservada pueda verse reducida, podrá plantear conflicto ante la Comisión Nacional de Energía en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a aquel en que se le notifique la decisión del Gestor Técnico del Sistema de reducir capacidad. El plazo para resolver y notificar la resolución será de tres meses, transcurrido el cual se entenderá desestimada la pretensión.”

Las circunstancias del presente conflicto se enmarcan en el caso de infrautilización contemplado en este apartado 5 del artículo 6 del Real Decreto 949/2001. El mantenimiento de la reserva de capacidad de un sujeto habría sido causa de la denegación, por falta de capacidad disponible, de la solicitud de acceso formulada por otro sujeto.

➤ **La reducción de la capacidad reservada por infrautilización continuada de la misma. Criterios para valorar la infrautilización.**

El apartado 5 del artículo 6 del Real Decreto 949/2001 dispone que el Gestor Técnico del Sistema ha de proceder a la reducción de capacidades reservadas, si existe, o puede existir, infrautilización de la misma, y ello pudiera ser causa de la denegación de una solicitud de acceso. El precepto impone al Gestor Técnico del Sistema el deber de actuar cuando observe que se producen esas circunstancias; en esas circunstancias, el Gestor Técnico del Sistema ha de reducir la capacidad reservada en la parte infrautilizada.

El precepto no contiene mayor detalle que el señalado acerca de los criterios para valorar una supuesta infrautilización y realizar, en su caso, la oportuna reducción. A este respecto, en el marco del presente conflicto, el Gestor Técnico del Sistema –que es el sujeto que tiene atribuida la función de realizar las reducciones por infrautilización- ha manifestado que *“Al no contenerse expresamente en la normativa vigente los criterios de análisis de la infrautilización*

conforme a los cuales ENAGÁS GTS debe interpretar el artículo 6.5 del RD 949/2001, los principios que deben inspirar la actuación del Gestor Técnico del Sistema en el análisis de la viabilidad son los que se contienen en el ordenamiento jurídico y que son los de transparencia, objetividad y no discriminación”.

Ahora bien, en lo relativo a los criterios para valorar una infrautilización, y, en su caso, llevar a cabo una reducción de capacidad, cabe hacer alusión, a modo de precedente, al conflicto de acceso que interpuso Cepsa Gas Comercializadora contra Bahía de Bizkaia Gas (**CATR 7/2006**), que puede consultarse a través de la web de esta Comisión¹. En la Resolución del mismo (acordada por el Consejo de Administración de la CNE el 26 de julio de 2006) se concluyó que existía una infrautilización continuada de la capacidad reservada de carga de cisternas y que el mantenimiento de esa reserva de capacidad era la causa de la denegación del acceso solicitado por Cepsa Gas Comercializadora; por ello, se dispuso que el Gestor Técnico del Sistema había de reducir la capacidad reservada en la cantidad necesaria para atender la solicitud de Cepsa Gas Comercializadora.

Pues bien, a raíz de la notificación de esta Resolución del CATR 7/2006, el Gestor Técnico del Sistema planteó consulta a la CNE para que ésta determinara los usuarios, contratos, cuantías y períodos que pueden verse afectados por la reducción de capacidad. Por Acuerdo de 29 de noviembre de 2006 (el cual puede consultarse, asimismo, a través de la página web de esta Comisión), el Consejo de Administración resolvió la citada consulta, concluyendo lo siguiente:

“En relación a la consulta del Gestor Técnico del Sistema sobre cuáles son los criterios a utilizar, que le permitan determinar qué usuarios y contratos (a corto o largo plazo), en qué cuantías y durante qué periodos deben verse afectados por la reducción de capacidad, se tienen las siguientes conclusiones:

- Sólo se puede producir la pérdida de capacidad por infrautilización si el mantenimiento de la reserva sin utilizar es causa de denegación, por falta de capacidad disponible, a otros sujetos que la hayan solicitado.

- Se considera que un usuario está infrautilizando su capacidad contratada en alguno de sus contratos, si durante los últimos doce meses, contados a partir de la fecha de la solicitud denegada, el usuario no ha alcanzado en ningún mes natural un grado de utilización mensual superior al 80 % de la capacidad

¹ www.cne.es; conflicto interpuesto por Cepsa Gas comercializadora a raíz de la denegación de su solicitud de acceso a las instalaciones de carga de cisternas de gas natural licuado de la planta de regasificación de Bahía de Bizkaia Gas.

contratada. Se excluirán de dicho cálculo los contratos que aún no alcancen 6 meses de vigencia. Se tomará como grado de utilización de un contrato el valor máximo de capacidad mensual utilizada de los últimos doce meses, contabilizada en términos de energía para el conjunto del mes.

Se han expuesto dos posibles criterios para reducir capacidad cuando existan varios contratos con infrautilización:

- *Reducción de la capacidad comenzando por los usuarios con mayor infrautilización*
- *Prorrata entre todos los que infrautilizan en proporción al porcentaje de infrautilización*

De los dos criterios, se considera más adecuado la aplicación del primero de ellos, es decir, la reducción de la capacidad comenzando por los usuarios con mayor infrautilización.”

Así pues, el Gestor Técnico del Sistema contaba con unos criterios sobre la aplicación del artículo 6.5 del Real Decreto 949/2001, criterios expuestos, precisamente, por la Administración competente para supervisar –a través de su competencia de resolución de conflictos, planteados a instancia del interesado- una actuación suya realizada en aplicación del citado precepto.

TERCERO.- SOBRE EL GRADO DE UTILIZACIÓN DE LA CAPACIDAD RESERVADA.

➤ Consideraciones generales:

En sus alegaciones², el Gestor Técnico del Sistema expresa el criterio que ha seguido para el análisis de la capacidad: Cuando le llegó la solicitud de acceso, consideró un período de seis meses (de julio de 2008 a diciembre de 2008), y, asimismo, consideró las previsiones futuras (de enero de 2009 a abril de 2009). Con base en esta información, el Gestor Técnico del Sistema concluyó que había infrautilización de “Comercializador 2”, pero también de COMERCIALIZADOR 1, por lo que no procedía aplicar ninguna reducción.

² “ENAGÁS GTS analiza la infrautilización de los últimos seis meses anteriores a la fecha de la solicitud de capacidad de COMERCIALIZADOR 1 (de julio a dic de 2008), comprobando que efectivamente los dos usuarios, “COMERCIALIZADOR 2” e COMERCIALIZADOR 1, han infrautilizado sus contrataciones respectivas en este periodo”; “ENAGÁS GTS advierte a los usuarios de esta infrautilización pasada y utiliza las PROGRAMACIONES del SL-ATR para cerciorarse de si la infrautilización se va a seguir produciendo o no”; “Tanto “COMERCIALIZADOR 2” como COMERCIALIZADOR 1 programan el 20 de enero de 2009 la utilización del 100% de la capacidad contratada en alguno de los meses comprendidos entre enero y abril de 2009”

Sin embargo, el criterio expuesto por esta Comisión –y que antes se ha señalado- implicaba la consideración de un período mayor (1 año entero)³, a los efectos de comprobar si en alguna mensualidad de dicho año se había o no, hecho uso del 80% de la capacidad contratada⁴.

De este modo, los datos manejados por el Gestor Técnico del Sistema han de ampliarse con los del primer semestre de 2008, extraídos del SL-ATR (Sistema Logístico de Acceso de Terceros a la Red, accesible, respecto de los datos propios y respecto de los datos generales agregados, para los sujetos del sistema). Cabe, en realidad, aclarar que, de una forma material o sustantiva, el Gestor Técnico del Sistema ni siquiera consideró un período de seis meses, pues, aparte de los problemas de mantenimiento en Biriadou sucedidos en septiembre y octubre, expuestos por COMERCIALIZADOR 1 en sus alegaciones, resulta que COMERCIALIZADOR 1 no tenía capacidad reservada alguna para julio y para agosto de 2008, tal y como el Gestor Técnico del Sistema reconoce en la información que aporta, con lo que esos meses no son válidos a los efectos de la valoración (y, si no hay capacidad contratada, no puede pretender que el porcentaje de utilización de este comercializador en esos meses sea del 0%).

En cuanto a los problemas de mantenimiento en Biriadou, según COMERCIALIZADOR 1, *“el mantenimiento programado en el almacén subterráneo (AASS) de Lussagnet por TIGF impedía la exportación entre los días 1-15 de septiembre 2008 (incluidos) (Ver Documento1), así como que en octubre de 2008, el mantenimiento programado en el punto de interconexión (PITTE) en Biriadou por TIGF impedía la exportación entre los días 6-20 de octubre 2008 (incluidos) (Ver Documento 2)”*. A este respecto, COMERCIALIZADOR 1 presenta comunicaciones recibidas en este sentido del transportista francés TIGF. Así, por circunstancias

³ La fecha en la que COMERCIALIZADOR 1 realizó la solicitud formal de acceso, dirigida a la empresa TRANSPORTISTA Energía Transporte, fue el 19 de diciembre de 2008, recibiendo la notificación de la denegación parcial de la misma un mes después, en fecha 26 de enero de 2009. Por lo tanto, se considera que el periodo de análisis de infrautilización de la capacidad contratada será el comprendido entre los meses de enero y diciembre de 2008, que son los últimos doce meses contados a partir de la fecha de la solicitud denegada.

⁴ El porcentaje del 80% que es coincidente con el que se recoge en el apartado 4 del artículo 6 del Real Decreto 949/2001, relativo al inicio del suministro o a la modificación de la capacidad contratada, a los efectos de valorar el uso realizado para decidir la reducción del porcentaje contratado y pérdida de la correspondiente fianza.

diversas que tuvieron su origen en el sistema gasista francés, ocasionadas por la compañía transportista francesa TIGF, resultó imposible exportar gas a través de la interconexión de Euskadour durante gran parte de los meses de septiembre y octubre de 2008. En consecuencia, teniendo en cuenta que los motivos que provocaron esta incidencia fueron ajenos al sistema español, cabría también excluir dichos meses del análisis sobre el grado de utilización.

Señalado esto, se procede al análisis de la utilización seguida por cada una de los dos comercializadoras implicadas. Ha de recordarse que, conforme al criterio seguido por el Gestor Técnico del Sistema, “COMERCIALIZADOR 2” incurría en infrautilización continuada, pero no procedía aplicar una reducción a la capacidad reservada por esta empresa, ya que el posible beneficiario de la misma incurría –a su vez- en una infrautilización continuada. Se examina el grado de utilización de ambas empresas a fin de comprobar el supuesto de hecho del que parten la decisión que tomó el Gestor Técnico del Sistema:

➤ **Utilización por parte de “Comercializador 2”:**

Durante el periodo comprendido entre los meses de enero y diciembre de 2008, “Comercializador 2” contaba con dos contratos, uno a corto plazo y otro a largo plazo:

- Contrato nº --- (largo plazo).
- Contrato nº --- (corto plazo).

De acuerdo con la documentación aportada por el Gestor Técnico del Sistema, una vez contrastada con la información extraída de su sistema logístico sobre el acceso a la red de transporte, SL-ATR, relativa a los balances contables de cada agente, así como con la información extraída del sistema de liquidaciones de la CNE (SIFCO), la utilización de la capacidad reservada por “COMERCIALIZADOR 2” durante el periodo comprendido entre los meses de enero y diciembre de 2008 ha sido la que se muestra en la figura 1:

[.....]

En la figura 1 se aprecia cómo, a lo largo del año 2008, “Comercializador 2” hizo uso de la capacidad contratada en la interconexión Euskadour únicamente en el mes de diciembre, por un valor del 41% de la capacidad total contratada en dicho mes. A través de la información extraída del SIFCO, se aprecia que dicha capacidad fue nominada y utilizada exclusivamente en virtud del contrato a corto plazo.

En el mismo sentido, cabe apuntar que el contrato a corto plazo de “Comercializador 2” entró en vigor en julio de 2008 y que una eventual utilización del mismo en una proporción inferior al 80% de la capacidad contratada durante los seis primeros meses (periodo comprendido entre julio y diciembre de 2008) habría significado la disminución automática de la capacidad no utilizada y la pérdida de la parte correspondiente de la fianza constituida (por aplicación del artículo 6.4 del Real Decreto 949/2001), circunstancia que no se habría producido.

Por lo tanto, se concluye que a lo largo de 2008, periodo de análisis a efectos del cálculo de infrautilización, “Comercializador 2” hizo uso de su contrato a corto plazo únicamente en el mes de diciembre, por un valor del 80% de la capacidad consignada en el mismo, mientras que la utilización del contrato a largo plazo fue nula durante todo el año.

En consecuencia, tal y como concluía el Gestor Técnico del Sistema, se considera que “Comercializador 2” infrautilizó –en concreto, su contrato a largo plazo- en los términos que supone la aplicación del artículo 6.5 del RD 949/2001, dado que durante los últimos doce meses, contados a partir de la fecha de la solicitud denegada, “Comercializador 2” no ha alcanzado en ningún mes un grado de utilización mensual superior al 80% de la capacidad contratada. De hecho, la utilización del contrato a largo plazo ha sido del 0% durante todos los meses.

➤ **Utilización por parte de COMERCIALIZADOR 1:**

En el caso de COMERCIALIZADOR 1, ésta contaba –durante el período de análisis- con un contrato a largo plazo, establecido por escalones:

- Contrato nº --- (largo plazo). Cantidad contratada:
-
- [.....]

De acuerdo con la documentación aportada por el Gestor Técnico del Sistema, una vez contrastada con la información extraída del sistema logístico SL-ATR, relativa a los balances contables de cada agente, la utilización de la capacidad reservada por COMERCIALIZADOR 1 durante el periodo comprendido entre los meses de enero y diciembre de 2008 ha sido la que se muestra en la figura 2:

[.....]

En la figura 2 se aprecia cómo, a lo largo del año 2008, COMERCIALIZADOR 1 tenía contratada capacidad en la interconexión de Euskadour durante tan solo siete meses, los comprendidos entre abril y junio, y los comprendidos entre septiembre y diciembre. Este agente hizo uso de su capacidad durante todos los meses en los que disponía de contrato (salvo en los meses de septiembre y octubre, que no se consideran en este análisis por los problemas acontecidos en la interconexión del lado francés, como se ha apuntado previamente). Según se observa, la utilización del contrato de capacidad por COMERCIALIZADOR 1 oscila entre un valor mínimo del 20%, registrado en el mes de noviembre, y un valor máximo del 100%, registrado en el mes de junio de 2008.

Por lo tanto, se concluye, a diferencia de lo que valoró el Gestor Técnico del Sistema (que no consideró en su análisis la utilización del mes de junio) que, a lo largo de 2008, período de análisis a efectos del cálculo de infrautilización, COMERCIALIZADOR 1 hizo uso de su contrato por un valor del 100% de la capacidad consignada en el mismo durante uno de los meses. En consecuencia, se considera que COMERCIALIZADOR 1 no infrautilizó su contrato a largo plazo en los términos que supone la aplicación del artículo 6.5 del RD 949/2001, dado que durante los últimos doce meses, contados a partir de la fecha de la solicitud denegada, ha alcanzado en algún mes un grado de utilización mensual superior al 80% de la capacidad contratada.

En estas condiciones, procede, en consecuencia, la reducción de la capacidad reservada por “Comercializador 2”, a fin de posibilitar el acceso solicitado por COMERCIALIZADOR 1, en los términos contemplados en el artículo 6.5 del Real Decreto 949/2001.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión del día 25 de junio de 2009,

ACUERDA

PRIMERO.- Declarar la infrautilización continuada durante el año 2008 de la capacidad reservada por parte de “Comercializador 2”, en su contrato de acceso de larga duración a la conexión internacional de Euskadour, y que el mantenimiento de dicha capacidad reservada ha sido la causa de la denegación parcial de la solicitud de acceso efectuada por COMERCIALIZADOR 1 en diciembre de ese año.

SEGUNDO.- Establecer que el Gestor Técnico del Sistema deberá reducir la capacidad reservada en el citado contrato de larga duración en la cantidad necesaria para atender –en la parte en que la misma fue denegada parcialmente- la solicitud de acceso formulada por COMERCIALIZADOR 1. Dicha reducción no se hará efectiva si COMERCIALIZADOR 1 no llega a formalizar el correspondiente acceso con TRANSPORTISTA.

TERCERO.- Reconocer a COMERCIALIZADOR 1 el derecho a acceder a la conexión internacional de Euskadour hasta toda la capacidad solicitada en diciembre de 2008 (1 GWh/día con inicio el 1 de julio de 2009 y por período de un año). El plazo para formalizar este acceso será de veinticuatro días hábiles a contar desde la fecha de notificación de la presente Resolución.

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.