



**RESOLUCION EN EXPEDIENTE DE CONFLICTO NUMERO CGTS 3/2007
INSTADO POR LA SOCIEDAD GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A.
FRENTE A ENAGAS-GESTOR TECNICO DEL SISTEMA EN
DISCONFORMIDAD CON LA MEDIDA DE REDUCCIÓN DE CAPACIDAD DE
CARGA DE CISTERNAS EN PLANTA DE CARTAGENA. (CGTS 3/2007)**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de diciembre de 2007 tuvo entrada en el registro general de la Comisión Nacional de Energía (número 200700020173) escrito de **GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A.** (en adelante GN), en su condición de sociedad comercializadora de gas natural mediante el que insta conflicto ante la CNE, en disconformidad con la decisión adoptada por **ENAGAS S.A** en su condición de **Gestor Técnico del Sistema Gasista** (en adelante el Gestor), de reducción en 108.028 kWh/día de la capacidad contratada por aquélla en la planta de Cartagena para la carga de cisternas, a partir de 1 de marzo de 2008.

Conforme a la relación de hechos expuesta por GN en su escrito, esta sociedad comercializadora tiene suscritos diversos contratos de prestación de servicios de regasificación, carga de cisternas y acceso al sistema de transporte y distribución para la contratación de puntos de entrada desde varias Plantas de regasificación, Conexiones internacionales y Almacенamientos subterráneos.

Con fecha 15 de octubre de 2007, le fue comunicada por el Gestor Técnico del Sistema Gasista la decisión adoptada por el mismo en aplicación de lo dispuesto por el artículo 6.5 del Real Decreto 940/2001, consistente en *“la reducción de capacidad de 108.028 kWh/día del contrato número 0300000457, firmado entre Gas Natural Comercializadora S.A. y ENAGAS S.A. (Planta de*



Comisión
Nacional
de Energía

Cartagena), manteniendo dicho contrato a partir de 1 de marzo de 2008 una capacidad contratada por valor de 8.471.384 kWh/día.”

Del texto de dicha comunicación del Gestor Técnico del Sistema Gasista de 15 de octubre de 2007, se adjunta copia por GN a su escrito de iniciación de conflicto como documento número 4, indicándose en la misma que el Gestor recibió en el mes de julio de 2007 comunicación de ENAGAS, sociedad transportista, relativa a la imposibilidad de atender en sus instalaciones una solicitud de capacidad para carga de cisternas de 400.000 kWh/día con fecha de inicio 1 de marzo de 2008 y duración de 24 meses, para que, en cumplimiento de la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 1434/2002, procediese a consultar al resto de operadores del Sistema Gasista sobre la posibilidad de acceso a través de otra instalación alternativa. El resultado de dichas consultas confirmó, según dicha comunicación del Gestor, que no existía capacidad disponible en las condiciones y plazos solicitados en ninguna otra planta del Sistema Gasista, por lo que, en uso de la habilitación concedida al Gestor por el artículo 6, apartado 5 del Real Decreto 949/20001, éste procede a acordar la reducción de capacidad en los términos que figuran entrecomillados arriba, remitiendo, además, copia de dicha comunicación a ENAGAS para que proceda a la reducción establecida, así como a la Dirección General de Política Energética y Minas y a la Dirección de Gas de la CNE.

Con fecha 19 de octubre de 2007, GN se dirigió al Gestor, estimando que no ha existido infrautilización de capacidad en el periodo considerado y solicitando una rectificación de la medida adoptada. De dicha comunicación al Gestor remite, a su vez, copia a ENAGAS, a la DGPEM y a la Dirección de Gas de la CNE.

Con fecha 14 de noviembre de 2007, y en expresa respuesta a la solicitud mencionada de GN, de 19 de octubre, El Gestor del Sistema remite nueva



Comisión
Nacional
de Energía

comunicación a esta sociedad en la que se reitera en las conclusiones de su comunicación de 15 de octubre, y reproduce alguno de los extremos contenidos en aquella.

La sociedad GN expone en su escrito a la CNE las razones de su disconformidad con el acuerdo del Gestor, consistiendo las mismas en que, a su criterio, no ha existido la infrautilización continuada de capacidad que exige el artículo 6.5 del Real Decreto 949/2001 como condición para la aplicación de las medidas de reducción de capacidad que el mismo prevé. Alega en relación con ello que el único informe de la CNE que hace referencia al concepto de infrautilización continuada de capacidad es el informe de 2 de febrero de 2006, a los efectos de interpretar el apartado 4 del artículo 6 del Real Decreto 949/2001, pero no respecto del apartado 5 del mismo artículo que es el que aquí está en discusión. Prosigue que, a efectos de dicho apartado 5, además de las tres alternativas que se contemplaron en el informe de la CNE de 2 de febrero de 2006, ha de barajarse una cuarta alternativa consistente en *“Considerar cumplido el requisito del 80% de utilización de la capacidad contratada cuando en un período considerado, la suma de la capacidad diaria existente en el mes alcance al menos durante un mes natural cualquiera el 80% de la capacidad establecida en el contrato”*. Con dicho criterio, afirma, no se produciría infrautilización de la capacidad, ya que la capacidad contratada a largo plazo en la planta de Cartagena para carga de cisternas es de 8.579.412 kWh/día y de acuerdo con los balances de ENAGAS, la utilización diaria máxima en el período julio 06 a julio 07 ha estado en la mayoría de los meses por encima del 80% de la capacidad contratada, e incluso en los meses de enero y diciembre supera el 100% de lo contratado. Añade que la decisión del Gestor no ha tenido en cuenta que la reducción de capacidad diaria que se impone pone en riesgo el suministro a los clientes e imposibilita a GN cumplir con la obligación de garantía y seguridad de suministro en las puntas de invierno, recordando que la demanda de GN, de carácter residencial en gran



Comisión
Nacional
de Energía

medida, presenta una gran estacionalidad ya que existen consumos punta que se producen en los meses de invierno y en días concretos de ola de frío., y que GN debe reservar capacidad suficiente para dichas puntas. Solicita finalmente, se declare la improcedencia de la reducción acordada en la planta de Cartagena, y el mantenimiento a partir del 1 de marzo de 2008 de la capacidad de carga de cisternas de 8.579.412 kWh/día.

SEGUNDO.-Con fecha 31 de enero de 2008, el Consejo de Administración de la CNE acordó la aplicación del procedimiento de tramitación de urgencia al expediente, en los términos establecidos en el artículo 50 de la Ley 30/1992, teniendo en cuenta la inmediatez de la fecha 1 de marzo de 2008 para la que había sido solicitada la capacidad al transportista ENAGAS que está en el origen de la medida de reducción aplicada por el Gestor. Este acuerdo, en virtud del cual los plazos se reducen a la mitad, fue notificado tanto a GN como al Gestor y a ENAGAS, sociedad transportista.

TERCERO.-Con fecha 4 de febrero de 2008 se procedió por el Instructor a remitir la comunicación preceptiva establecida por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tanto a GN en su condición de interesado que insta la actuación de la CNE y promueve el procedimiento, como al Gestor Técnico del Sistema y a ENAGAS, sociedad transportista, en su condición ambos dos, de interesados del artículo 31.1. b) de la misma Ley, a quienes se remitió copia del escrito de GN de iniciación del conflicto, y de la documentación que se acompañaba al mismo, a efectos de que pudieran formular Alegaciones, en el improrrogable plazo de 5 días, dado el acuerdo de tramitación de urgencia reflejado en el precedente hecho segundo.



Mediante la misma comunicación se requirió además a ENAGAS, a fin de que pusiera en conocimiento del instructor, si le constara y a la mayor brevedad posible, la existencia y, en su caso, identidad de terceros sujetos cuyos derechos o intereses legítimos pudieran resultar afectados en el procedimiento.

CUARTO.-Con fecha 7 de febrero de 2008 tuvo entrada en el registro general de la CNE escrito de **ENAGAS-GTS** de la misma fecha mediante el que se formulan las siguientes Alegaciones:

Se alega, en primer lugar, previa cita y transcripción del artículo 6.5 del Real Decreto 949/2001, que la presentación del conflicto por parte de GN debió haber sido presentado en plazo de un mes a contar desde el día 16 de octubre de 2007, venciendo dicho plazo el día 16 de noviembre de 2007. Se alega que, con independencia de que en fecha 19 de octubre GN enviara a ENAGAS escrito, y ésta contestara al mismo por deferencia, lo cierto es que GN debería haber mostrado su disconformidad a la CNE y no a ENAGAS, por lo que la presentación del conflicto con fecha 14 de diciembre de 2007 es extemporánea y no debe admitirse a trámite.

En segundo lugar, y en respuesta al requerimiento del instructor, identifica a la sociedad BP Gas España como sujeto que podría resultar beneficiado de la capacidad reducida a GN.

Finalmente, y con carácter subsidiario para el caso de que la CNE no admitiera la primera de sus pretensiones declarando la caducidad del plazo, ENAGAS alega que la decisión adoptada en su condición de Gestor Técnico del Sistema, de reducir capacidad a GN por infrautilización responde a la aplicación del mercado regulatorio vigente, por haberse cumplido lo previsto en el artículo 6.5 del Real Decreto 949/2001. Añade que, para la determinación de la utilización de la capacidad contratada ha aplicado rigurosamente el criterio establecido



Comisión
Nacional
de Energía

por la CNE como el más razonable y ajustado a la finalidad de la normativa, en la contestación de 2 de febrero de 2006 a la consulta formulada por ENAGAS sobre esta cuestión, y de la que transcribe el párrafo: *"El requisito del 80% de utilización de la capacidad contratada se cumple cuando en el período inicial de seis meses del contrato se alcance, al menos durante un mes natural cualquiera el 80% de la capacidad establecida en el contrato, contabilizada en términos de energía para el conjunto del mes."* Prosigue ENAGAS señalando los porcentajes de utilización de la sociedad comercializadora GN en todos y cada uno de los meses comprendidos entre junio de 2006 y junio de 2007, y contraponiendo dichas cifras a las que figuran en el escrito de GN para los mismos meses, y que, según se indica, han sido determinados por dicha comercializadora a partir de determinados días punta de algunos meses. Continúa afirmando que el criterio establecido por la CNE en su escrito de 2 de febrero de 2006 es el que ENAGAS aplica en todos los casos, y que no entra a valorar otras posibles fórmulas de cálculo o interpretación. Concluye solicitando se declare ajustada a derecho la reducción de capacidad aplicada a GN y para poder atender la petición de la comercializadora señalada anteriormente.

QUINTO.- Con fecha 11 de febrero de 2008 se ha dirigido comunicación del instructor a la sociedad **BP Gas España**, una vez identificada la misma como tercero posiblemente afectado por la resolución del expediente, comunicando a la misma la tramitación del expediente, dándole traslado del escrito de disconformidad presentado por GN, y requiriendo a aquella sociedad a fin de que en plazo de cinco días formulara cuantas alegaciones y presentara cuantos documentos convinieran a su derecho, caso de que optara por personarse en el expediente.

SEXTO.- Con fecha 19 de febrero de 2008 ha tenido entrada en el registro general de la CNE escrito de **BP Gas España**, por el que, personándose en el procedimiento, alega que, sin entrar a cuestionar las cifras aportadas por GN



Comisión
Nacional
de Energía

en cuanto a la utilización efectiva de su capacidad, por su parte considera que, en interpretación de la Disposición adicional segunda del Real Decreto 1434/2002, para la determinación de la existencia o no de infrautilización deben deducirse los volúmenes correspondientes al cliente o clientes a cuya capacidad están optando otras comercializadoras y la cual ha sido denegada. A criterio de esta sociedad, existen dos situaciones que, ante la imposibilidad de atender una solicitud de contratación, darían origen a una eventual reducción de capacidad. La primera es la infrautilización continuada de capacidad en el pasado, respecto a la que se pronunció la CNE en su informe de 2 de febrero de 2006. La segunda, sería la previsión de una infrautilización futura provocada por la disminución en los consumos venideros., debiendo, a criterio de BP estudiarse ambas situaciones de forma conjunta, y a la hora determinar la capacidad efectivamente utilizada por un comercializador debe deducirse la capacidad que ha sido solicitada e inicialmente denegada a otro comercializador, siendo ésta la única interpretación que, según la sociedad BP, permite entender la expresión “...que pueda existir...” contenida en la disposición adicional segunda del Real Decreto 1434/2002. A título de ejemplo, expone el supuesto teórico de una comercializadora A con un solo cliente en una planta, y que ésta estuviera contratada al máximo de su capacidad, en tanto que otra comercializadora B, sin contrato de acceso por el momento, llegara a un acuerdo con el mismo cliente y solicitara la capacidad de acceso; si, tras la inicial denegación e acceso, el estudio de la efectiva infrautilización incluyera los suministros del cliente que desea cambiar, nunca podría considerarse infrautilización por el comercializador A, el cual mantendría prisionero al cliente indefinidamente. Por ello estima BP que para determinar la infrautilización deben ser deducidos los consumos que han dado lugar al análisis previo a la denegación de acceso.

SEPTIMO.- Con fecha 21 de febrero de 2008, se procedió por el Instructor a dar trámite de audiencia y vista a las partes interesadas, incluida la sociedad



Comisión
Nacional
de Energía

BP personada en el expediente mediante su escrito de 19 de febrero, por plazo común de cinco días hábiles, de conformidad con el artículo 84 de la Ley 30/1992, y a tenor del acuerdo del Consejo a que se ha hecho referencia en el antecedente de hecho segundo de esta propuesta.

OCTAVO.-Con fecha 27 de febrero de 2008 tuvo entrada en la CNE escrito de GN por el que, tras tomar vista del expediente, formula Alegaciones sobre dos cuestiones: En relación con la alegación de caducidad formulada de contrario, se afirma que, si bien es cierto que el plazo de caducidad no es susceptible de interrupción, como sí ocurre en la prescripción, la duda viene determinada en este caso por el momento en que se inicia el cómputo del plazo del mes o "*dies a quo*", y, alega que el hecho de GN haya presentado escrito en el corto plazo de cuatro días desde que se le hubiese comunicado la intención del Gestor de reducir capacidad, no se puede entender como una maniobra dilatoria, sino aclaratoria. Dicha aclaración, prosigue, fue efectuada por el Gestor en fecha 14 de noviembre, ratificándose en su posición y aportando nueva argumentación sobre la base del informe emitido por la CNE con fecha 29 de noviembre de 2006. Por ello considera que, tanto por la actuación del Gestor, como por la doctrina "*pro actione*" se debe entender que el cómputo del plazo se realice desde la fecha del último escrito del Gestor. En relación con la cuestión sustantiva, reitera los argumentos ya expuestos en su escrito de iniciación del conflicto, y concluye solicitando la no consideración de la supuesta caducidad y la declaración de improcedencia de la reducción de capacidad de GN en la planta de Cartagena.

NOVENO.- El Consejo de Administración de la CNE, una vez analizados y las alegaciones y argumentos de ambas partes, así como la normativa aplicable, en su reunión ordinaria de 13 de marzo de 2008, ha procedido a adoptar Resolución en el presente procedimiento, con base en los siguientes



Comisión
Nacional
de Energía

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Competencia de la CNE

La presente Resolución se dicta en ejercicio de la función de resolución de conflictos en relación con la gestión técnica del sistema de gas natural, atribuida a la CNE por la Disposición Adicional Undécima, Tercero, 3, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Dentro de la CNE, corresponde 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 la CNE.

II. Procedimiento aplicable y carácter de la decisión

El procedimiento aplicable es el establecido en el artículo 14 del Real Decreto 1339/1999, y en lo no previsto expresamente en dicho precepto, es de aplicación la Ley 30/1992, a cuyos principios remite expresamente el artículo 14.1 del citado Reglamento de la CNE, y que es de aplicación directa a la CNE, a tenor del artículo 2.2 de la propia Ley 30/1992, y de la Disposición Adicional Undécima, Primero, de la Ley 34/1998.

El plazo para resolver es de tres meses, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Quinta del Real Decreto 1339/1999, introducida por la Disposición Adicional Octava del Real Decreto 1434/2002, a cuyo tenor *“El plazo para instar todo tipo de conflictos a la Comisión Nacional de Energía será de un mes. El plazo para resolver y notificar será de tres meses, transcurrido el cual se entenderán desestimadas las pretensiones del solicitante.”*

Finalmente, cabe señalar que la decisión del Consejo de Administración de la CNE emitida en este procedimiento no pone fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurrida en Alzada ante el Ministro de Industria, Turismo y



Comisión
Nacional
de Energía

Comercio, según lo establecido en la Disposición Adicional Undécima, Tercero.5, de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos.

III La reducción de la capacidad contratada por infrautilización de la misma, en la normativa vigente.

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos introdujo en su artículo 70, como una de las medidas normativas claves para la liberalización del sector de gas natural, el derecho de acceso de terceros a las instalaciones gasistas sobre la base de principios de no discriminación, transparencia y objetividad, estableciendo que el precio por el uso de las redes de transporte vendrá determinado por los peajes reglamentariamente establecidos, y remitiendo a ulterior normativa reglamentaria la regulación de las condiciones de acceso de terceros a las instalaciones, y las obligaciones y derechos de los titulares de las instalaciones, y de los sujetos con derecho de acceso.

En ejercicio de dicha habilitación normativa, el Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, vino a regular el acceso de terceros a instalaciones gasistas, al tiempo que establecía un sistema económico integrado de gas natural.

Entre sus prescripciones, y por su relación con el apartado 5 del artículo 6 sobre reducciones de capacidad contratada cuyo análisis exige la resolución del presente conflicto, resulta preciso reseñar, siquiera a modo de síntesis, las notas fundamentales de la regulación del derecho de acceso en el Real Decreto 949/2001¹. Entre dichas notas, se destaca que la asignación de capacidad en el sistema gasista, regulada en el artículos 5 del Real Decreto 949/2001, se basa en solicitudes formales de reserva de capacidad que han de ser dirigidas a los titulares de las instalaciones, y respecto a las cuales la prioridad en el tiempo determina un derecho preferente a la contratación,

¹ R D. 949/2001 de 3 de agosto, por el que se regula el derecho de acceso a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural.



conforme a la norma establecida en uno de los párrafos de dicho precepto “*Las solicitudes de acceso para el mercado liberalizado se resolverán atendiendo al orden cronológico de recepción de la petición formal.*”

Los criterios adoptados por el legislador reglamentario en materia de gas natural (reserva de capacidad y preferencia de la solicitud anterior respecto a las posteriores) resultan claramente diferentes de los adoptados en la regulación del acceso a redes en el sector eléctrico. Tales diferencias no derivan solamente de las distintas características técnicas de ambos productos y de las correspondientes instalaciones, sino de la circunstancia específica de la escasez relativa de las instalaciones que integraban el sistema gasista español en el momento preciso en que, coincidiendo con la liberalización del sector y la entrada de nuevos comercializadores, se pusieron en marcha numerosos proyectos de centrales térmicas de ciclo combinado, dando lugar a una demanda de acceso a las instalaciones gasistas muy superior a la capacidad que el sistema gasista en su conjunto podía ofrecer en aquel momento.

En dicho contexto, y ante el riesgo de que pudieran ser contratadas por algunos usuarios capacidades superiores a sus exigencias de consumo actuales, dándose lugar a situaciones de acaparamiento y bloqueándose con ello el acceso de terceros usuarios, el Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, ya desde su inicial redacción, contempló en su artículo 6.4 un mecanismo de reducción de la capacidad contratada, a requerimiento del Gestor Técnico del Sistema, por infrautilización continuada de dicha capacidad, y siempre que el mantenimiento de la reserva no utilizada pudiera ser causa de denegación de acceso a otros sujetos por falta de capacidad disponible.

El sistema de cautelas normativas frente a situaciones de no uso de la capacidad contratada fue completado mediante la nueva redacción de varios



de los apartados del artículo 6 del Real Decreto 949/2001 que se llevó a cabo por la Disposición adicional segunda 2 del Real Decreto 1434/2002,² de 27 de diciembre.

El sistema así diseñado y cuya vigencia se mantiene hasta la actualidad, se soporta, de una parte, sobre la obligación que se impone al sujeto que ejerce el derecho de acceso de constituir una fianza a favor del titular de la instalación cuando se formaliza el contrato de acceso, y de otra, sobre los mecanismos de pérdida o reducción de la capacidad contratada por infrautilización de la misma, mecanismos que quedan reforzados al asociarse a la reducción de capacidad por infrautilización la responsabilidad económica consistente en la pérdida de la parte correspondiente de la fianza.

Los mecanismos de reducción de la capacidad contratada por infrautilización de la misma, son los que se describen en los actuales apartados 4 y 5 del artículo 6 del Real Decreto 949/2001, cuyo texto respectivo es el siguiente:

Apartado 4. *Con objeto de garantizar la utilización de la capacidad reservada y con independencia del pago de los peajes que correspondan, los solicitantes de acceso deberán constituir, a favor del titular de la instalación, una fianza cuya cuantía será la correspondiente a doce meses del término fijo del peaje correspondiente (Tfr en caso de regasificación, Tfe en caso de transporte y distribución y Tf n caso de almacenamiento aplicados sobre el 85 por 100 de las capacidades contratadas. Dicha fianza será restituida al solicitante transcurrido un año a partir del inicio del suministro, salvo lo dispuesto en el párrafo cuarto del presente apartado.*

La fianza se constituirá en el momento de la firma del correspondiente contrato de acceso.

La fianza podrá constituirse por alguno de los siguientes medios:

² R. D. 1434/2002, de 27 de diciembre por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural.



- a) *Aval prestado por alguno de los Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito, Establecimiento de Crédito, Sociedad de Garantía Recíproca, autorizados para operar en España.*
- b) *Por contrato de seguro de caución celebrado con entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de caución.*

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 100 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.”

Apartado 5. *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 infrutilización 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 infrutilizada, 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.”

La lectura de ambos apartados pone de manifiesto que existen dos mecanismos de reducción de capacidad por infrutilización, cuya aplicación corresponde a distintos sujetos del sistema gasista. El primero de ellos, regulado actualmente en el apartado 6.4 del Real Decreto es aplicable directamente por el titular de la instalación, en tanto que el contemplado en el actual apartado 6.5 únicamente puede ser aplicado por decisión del Gestor



Comisión
Nacional
de Energía

Técnico del Sistema, siendo este segundo mecanismo directamente heredero del único que en principio contemplaba el Real Decreto 949/2001 antes de su modificación por el Real Decreto 1434/2002.

La lectura de ambos apartados 4 y 5 en su redacción actual pone también de manifiesto algunas otras diferencias entre ambos mecanismos y, entre ellas, que el apartado 4, que regula las reducciones de capacidad aplicables directamente por los titulares de las instalaciones, incluye expresamente en su redacción la indicación del parámetro de infrautilización (80% de la capacidad establecida en el contrato), en tanto que el apartado 5, relativo a las reducciones que puede acordar el Gestor Técnico del Sistema, no contempla un parámetro numérico para definir la *infrautilización continuada de la capacidad reservada* que puede dar lugar a la medida de reducción de capacidad.

El apartado 5, el cual habría de ser objeto de análisis específico en este caso, puesto que la decisión impugnada ante la CNE ha sido adoptada por el Gestor Técnico del Sistema, sí contempla, en contrapartida, la definición del supuesto de hecho que puede dar lugar a dicha reducción de capacidad.

Dicho supuesto viene definido por la concurrencia de las situaciones respectivas de *Infrautilización continuada de la capacidad reservada* por parte de un sujeto, y de expectativa de capacidad disponible por parte de otro sujeto que la haya solicitado, exigiéndose además que exista una relación de causa-efecto entre el mantenimiento de la capacidad reservada por parte del sujeto que la infrautiliza y la eventual denegación de acceso al sujeto expectante.

Todo ello ha de ser valorado por el Gestor Técnico del Sistema, a quien corresponde adoptar la decisión en cuanto tenga conocimiento de las situaciones mencionadas, bien en el ejercicio de sus propias funciones como



Comisión
Nacional
de Energía

Gestor, bien porque se pongan en su conocimiento por los sujetos o titulares afectados. Lo relevante no es en este caso el porcentaje de infrautilización ya que, como se ha dicho, para este supuesto el precepto no preestablece un porcentaje concreto de infrautilización. Lo relevante en este caso es que el tercer sujeto solicitante pueda ver defraudada su expectativa de acceso con causa en una reserva de capacidad parcialmente no utilizada.

Tales elementos parecen concurrir en la decisión del Gestor que aquí se analiza: El titular de la instalación (en este caso ENAGAS), puso en conocimiento del Gestor la existencia de un peticionario de acceso (en este caso BP) así como la inexistencia de capacidad disponible en sus instalaciones para satisfacer tal demanda. Constatada a su vez por el Gestor la inexistencia de capacidad disponible en el resto de instalaciones del sistema gasista, procedió a adoptar las medidas de reducción de capacidad descritas en los antecedentes de hecho de esta propuesta.

Importa poner de manifiesto que la discrepancia manifestada por la sociedad GN respecto a la decisión del Gestor no es relativa a los hechos, sino a un concreto aspecto del derecho aplicable. No han sido cuestionados por GN los volúmenes de utilización de su capacidad contratada tomados en cuenta por el Gestor, sino la calificación de los mismos como infrautilización continuada.

En efecto, los volúmenes de capacidad utilizada que el Gestor refleja en su comunicación de 15 de octubre (y que figuran al folio 32 de las actuaciones) son cantidades computadas mensualmente, de las que se obtienen los porcentajes de utilización en cada mes que figuran en el cuadro correspondiente, y según los cuales, en el mes de enero de 2007, que es el que presenta un mayor porcentaje de utilización, éste alcanza un 54,4%.



Los volúmenes de capacidad utilizada que GN refleja en su escrito de iniciación de conflicto ante la CNE (y que figuran al folio 6 de las actuaciones) son cantidades de utilización en un solo día, habiéndose tomado como día de referencia la jornada en que más capacidad fue utilizada, en coherencia con el criterio que dicha sociedad defiende de que el umbral del 80% mediante el que se define la infrautilización a la que se refiere el artículo 6. 4. del Real Decreto, se alcanza por la utilización en un solo día.

No hay, por tanto, discrepancia en relación los hechos tal y como pone de manifiesto el Gestor en su escrito de Alegaciones de 7 de febrero, sino en relación con el criterio de cálculo.

Respecto a ello, el Gestor manifiesta haberse atendido al criterio establecido por la CNE en su informe de 2 de febrero de 2006 en contestación a la consulta de ENAGAS, de la que se cita una de sus conclusiones. *“El requisito del 80% de utilización de la capacidad contratada se cumple cuando en el periodo inicial de seis meses del contrato se alcance al menos durante un mes natural cualquiera el 80% de la capacidad establecida en el contrato, contabilizada en términos de energía para el conjunto del mes.”*

En relación con dicho Informe de la CNE, cabría recordar que tanto la consulta formulada por ENAGAS, como el Informe mediante el que fue evacuada la misma, no estaban referidos al supuesto de reducción de capacidad por el Gestor, regulado en el artículo 6.5 del Real Decreto 949/2001, sino al supuesto de reducción por el titular de la instalación regulado en el artículo 6.4 del mismo. Que esto es así, resulta manifiesto en el propio extracto arriba transcrito de contestación a dicha consulta, en el que consta la referencia a *los seis primeros meses del contrato*, referencia que la norma sólo contempla en las reducciones del apartado 4, al igual que el umbral del 80%, como se ha dicho arriba.



Comisión
Nacional
de Energía

Cabría concluir, pues, que la mencionada discrepancia jurídica sobre el cálculo del 80% no habría de tener relevancia en cuanto a las reducciones acordadas por el Gestor en el marco del repetido artículo 6.5, ya que, mediante el mismo, el legislador reglamentario habría configurado una habilitación para reducir capacidades contratadas sin sujeción al parámetro de infrautilización del 80%, ni al límite de los seis primeros meses del contrato, y sometidas en cambio, como se ha dicho, a la relación concreta entre las situaciones de infrautilización por un sujeto y las expectativas defraudadas de acceso de otro sujeto. Cabría añadir, por último, que el control de cualquier posible discrecionalidad en el uso de dicha habilitación por el Gestor, resulta garantizado por la intervención del Organismo Regulador, a quien cualquiera de los sujetos afectados por la decisión podría acudir.

No obstante, en este supuesto, y con carácter previo a un eventual pronunciamiento sobre el fondo, es preciso abordar la alegación formulada por el Gestor sobre extemporaneidad de la acción de disconformidad interpuesta por GN contra la decisión del Gestor, por cuanto, de prosperar la misma, habría de ser declarada la caducidad, sin pronunciamiento sobre el fondo. A ello se refiere el siguiente Fundamento Jurídico.

IV. El plazo para la acción de disconformidad.

El Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE, en su **Disposición Adicional Quinta**, incorporada al texto de aquél por efecto de la disposición adicional octava del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, establece bajo el epígrafe *“Procedimientos de conflicto”*, y con carácter general para todos ellos, el plazo de un mes para la interposición, en los siguientes términos: *“El plazo para instar todo tipo de conflictos a la Comisión Nacional de Energía será de un mes. El plazo para*



Comisión
Nacional
de Energía

resolver y notificar será de tres meses, transcurrido el cual se entenderán desestimadas las pretensiones del solicitante.”

Cabe señalar que la norma especial reguladora de las discrepancias sobre decisiones de reducción de capacidad, contenida en el artículo 6.5 del Real Decreto 949/2001, citada y transcrita en el precedente fundamento jurídico es, en cuanto al plazo para la interposición del conflicto, de contenido idéntico a la mencionada Disposición Adicional Quinta del Real Decreto 1339/1999, estableciendo ambas de forma inequívoca que el plazo para el ejercicio de la acción ante la CNE es de un mes.

La aplicación de dichas normas al supuesto concreto que aquí se analiza exige no obstante, un análisis más detallado y alguna consideración adicional, por existir dos comunicaciones del Gestor del Sistema Gasista, la primera de ellas de fecha 15 de octubre, y la segunda, cursada en respuesta a solicitud de Gas Natural de 19 de octubre, de fecha 14 de noviembre, y por haberse formulado alegaciones en relación con este tema, tanto por el Gestor como por GN, y ser ambas de signo contrario.

Por GN se ha alegado que el *dies a quo* para computar el plazo de un mes establecido para el ejercicio de su acción de disconformidad ha de ser el 14 de noviembre. Señala al respecto que el hecho de que en plazo de cuatro días desde la comunicación del Gestor de 15 de octubre, GN se haya dirigido nuevamente al Gestor, no pueden entenderse como maniobra dilatoria, sino de solicitud de aclaraciones, aclaraciones que tuvieron lugar en la comunicación del Gestor de 14 de noviembre la cual aporta nueva argumentación sobre la base del informe de la CNE de 29 de noviembre de 2006. Tanto la actuación del Gestor como el principio *pro actione* llevarían a computar el plazo desde la fecha 14 de noviembre.



Comisión
Nacional
de Energía

Por su parte, el Gestor, que en su escrito de 7 de febrero plantea esta alegación de caducidad con carácter previo, afirmando que la comunicación de su decisión de reducción fue notificada a GN el 15 de octubre, por lo que el 16 del mismo mes empezaría a contar el plazo para interponer ante la CNE el consiguiente conflicto, venciendo el mismo el 16 de noviembre de 2007. Añade que no obsta a ello el escrito de 19 de noviembre de GN que además de mostrar su disconformidad, solicitaba aclaraciones señalando por su parte que la contestación de ENAGAS de 14 de noviembre se hizo por deferencia con la comercializadora y con carácter puramente explicativo, y no a modo de ratificación de la decisión que ya había sido adoptada y notificada, y respecto a la cual GN hubiera debido mostrar su disconformidad ante la CNE antes del 16 de noviembre, por lo que la presentación del conflicto con fecha 14 de diciembre es extemporánea y no debe admitirse a trámite.

El planteamiento de la cuestión en tales términos por los sujetos de referencia, así como la personación en el expediente del sujeto BP, como tercero interesado y en su condición de sujeto expectante de acceso por la capacidad reducida a GN, obliga a la CNE al análisis de la misma, análisis que ha de llevarse a cabo en la perspectiva del principio de seguridad jurídica al que sirven las normas que establecen plazos de caducidad de las acciones y recursos.

El derecho a la efectiva tutela judicial de derechos e intereses legítimos exige que todo sujeto afectado disponga de la posibilidad de impugnación de decisiones que son lesivas de sus intereses. La seguridad jurídica exige, a su vez, que aquella posibilidad resulte limitada en el tiempo, al objeto de que las situaciones jurídicas definidas en los actos administrativos y/o judiciales adquieran la certeza definitiva que resulta de la consideración como *firmes* de tales decisiones cuando las mismas no han sido impugnadas dentro del plazo predeterminado por la norma.



Comisión
Nacional
de Energía

El establecimiento de plazos de caducidad para el ejercicio de las acciones procesales equilibra ambas exigencias, las cuales, en el caso presente se concretarían en los siguientes términos: GN ha de disponer del plazo de un mes para impugnar una decisión que reputa lesiva de sus intereses, y dicho plazo ha de contarse desde el momento en que le sea notificada dicha decisión de forma clara y otorgándole plenas posibilidades de defensa ante el Organismo competente (en este caso la CNE). A su vez, otros sujetos jurídicos, tanto el Gestor que ha adoptado la decisión impugnada, como terceros sujetos expectantes de capacidad (en este caso aparece identificado y personado posteriormente en el expediente el sujeto BP) han de tener la certeza de la inmutabilidad de la situación definida por aquélla decisión si la misma no hubiera resultado impugnada en el plazo establecido para ello.

Analizada la comunicación del Gestor de 15 de octubre, se constata que la misma cumple las exigencias que, desde el punto de vista de las garantías de defensa de su destinatario son exigibles. Efectivamente, dicha comunicación presenta un contenido detallado y explícito de los antecedentes de hecho de la decisión adoptada y del contenido de la misma, una fundamentación en derecho con cita textual de los preceptos aplicables. Incluso (en cierto paralelismo con el contenido exigible a las resoluciones administrativas según el artículo 89.3 de la Ley 30/1992) contiene la advertencia expresa de la posibilidad de reaccionar contra la misma ejercitando en plazo de un mes la acción de disconformidad ante la CNE.

La reacción de GN ante dicha comunicación, al dirigirse en fecha 19 de octubre al Gestor en solicitud de aclaraciones, no era excluyente de la posibilidad de que, al mismo tiempo o, en todo caso dentro del plazo señalado por la norma, hubiera instado la actuación de la CNE como Organismo competente para dirimir el conflicto.



Si bien cabe hacer un cierto reproche al Gestor en cuanto que la respuesta a la solicitud de aclaraciones por parte de GN no fue inmediata en el tiempo, sino que se demoró hasta el 14 de noviembre, fecha en la que solo faltaban dos días para el cumplimiento del plazo de un mes a contar desde la notificación del 15 de octubre, no puede dejar de constatarse, de igual modo, que la acción de GN de acudir a la CNE, (la cual habría podido ejercitarse desde el mismo día 15 de noviembre tomando como *dies a quo* la fecha de la segunda comunicación), tampoco fue inmediata sino que se demoró hasta el 14 de diciembre.

No cabe, en cualquier caso, llevar a cabo un juicio de intenciones sobre las actuaciones de ambos sujetos sino, como se ha dicho, un análisis desde el punto de vista garantista del contenido de la comunicación del Gestor de fecha 15 de octubre de 2007 para determinar si la misma contiene los elementos informativos suficientes para garantizar la posibilidad de defensa de su destinatario, y por ello ha de ser tenida en cuenta como *dies a quo*, para el *ejercicio* de la acción. Del mismo modo, habría de determinarse a la vista del contenido de la comunicación de 14 de noviembre, si la misma aporta, por su parte, algún elemento nuevo que pudiera ser determinante para la adecuada defensa de GN.

Cabe afirmar que la comunicación de 14 de noviembre, mucho más breve que la de 15 de octubre, y reiterativa de aquélla, no añade ningún elemento nuevo ni en lo relativo al contenido de la decisión en sí, ni en lo relativo a la información adicional al receptor de la comunicación de cara al ejercicio de posibles acciones, siendo por otra parte evidente que dicha segunda comunicación vino únicamente reclamada por la solicitud de rectificación expresada por Gas Natural en su comunicación de 19 de octubre a la que aquélla responde.



Comisión
Nacional
de Energía

Cabe concluir, pues, que es la comunicación de fecha 15 de octubre de 2007, la que determina la fecha de inicio del cómputo del plazo de un mes establecido para el ejercicio de la acción de disconformidad ante la CNE por lo que, a la fecha de presentación del conflicto por parte de GN, el 14 de diciembre de 2007, habría transcurrido con creces dicho plazo, lo que ha de conducir a la inadmisión por extemporáneo del conflicto planteado.

Tal conclusión, lejos de cualquier interpretación formalista, vendría a satisfacer cabalmente las exigencias de seguridad jurídica, teniendo en cuenta que, además del sujeto a quien se ha reducido la capacidad reservada, ha de ser contemplada la existencia de terceros sujetos expectantes de capacidad.

A la vista de todo ello, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión del día 13 de marzo de 2008,

ACUERDA

UNICO.- Inadmitir, por ejercicio extemporáneo de la acción, el procedimiento de conflicto instado por la sociedad Gas Natural Comercializadora S.A. contra la decisión del Gestor Técnico del Sistema Gasista de 15 de octubre de 2007 de reducción de capacidad contratada en la Planta de Cartagena.

Contra la presente Resolución, que no agota la vía administrativa, podrá interponerse Recurso de Alzada ante el Ministro de Industria, Turismo y Comercio, según lo establecido en la Disposición Adicional Undécima, 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.