

RESOLUCIÓN DE LA CNE EN EXPEDIENTE DE CONFLICTO INSTADO POR LA SOCIEDAD CEPESA GAS COMERCIALIZADORA S.A. FRENTE A ENAGAS S.A. SOCIEDAD TRANSPORTISTA DE GAS, EN DISCONFORMIDAD CON LAS MEDIDAS DE REDUCCIÓN DE CAPACIDADES DE REGASIFICACIÓN Y TRANSPORTE EN PLANTA DE HUELVA, Y DE EJECUCIÓN PARCIAL DE LOS AVALES BANCARIOS. (CGTS 2/2007)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de diciembre de 2007 tuvo entrada en el registro general de la Comisión Nacional de Energía (número 20070002084) escrito de CEPESA GAS COMERCIALIZADORA S.A. (en adelante CEPESA), en su condición de sociedad comercializadora de gas natural mediante el que insta conflicto ante la CNE, en disconformidad con las medidas adoptadas por la sociedad transportista ENAGAS S.A, de reducción de las capacidades de regasificación y transporte contratadas en la Planta de Huelva por dicha comercializadora y de ejecución parcial de los correspondientes avales.

Dichas medidas fueron notificadas a CEPESA el 29 de noviembre de 2007, y aplicadas, respectivamente, los días 1 de diciembre de 2007 (reducciones de 7.943.600 kWh/día en capacidad de regasificación y 4.486.300 kWh/día en capacidad de transporte) y 21 de diciembre de 2007 (ejecución parcial de avales por importes de 1.187.984 euros y 303.162 euros respectivamente).

Expone CEPESA en su escrito que, con fecha 26 de noviembre de 2006, firmó contrato de acceso a las instalaciones de regasificación de ENAGAS en Huelva cuyo día de inicio de prestación de servicios era el 1 de enero de 2007, y que, con fecha 12 de marzo de 2007 ambos firmaron contrato de acceso al sistema de transporte y distribución, con punto de entrada desde la planta de Huelva

para la prestación de servicios desde el día 1 de mayo de 2007. Acompaña copia de ambos contratos como Anexos II y III, así como copia de los correspondientes Avales (anexos IV y V) de los que, según manifiesta, hizo entrega simultáneamente a la firma de los contratos en cumplimiento de la normativa vigente.

Añade en su relato de hechos que, en marzo de 2007, y ante la advertencia de la sociedad transportista de que la descarga de buques grandes de CEPSA en Huelva sufriría importantes demoras, esta sociedad no tuvo más remedio que desviar los barcos metaneros hacia la planta de Barcelona en la que se aseguraba la descarga sin demora de los buques.

Prosigue que, a pesar de ello, dentro de los seis primeros meses de duración de los contratos, ha rebasado en numerosas ocasiones el umbral del 80% de la capacidad reservada, y, en concreto, la capacidad utilizada de regasificación ha rebasado dicho umbral en 14 ocasiones, y la capacidad utilizada de transporte en 35 ocasiones, adjuntando como Anexo VI listado con fechas y porcentajes de utilización.

Continúa CEPSA que, con fecha 29 de noviembre de 2007, y mediante correo electrónico que adjunta como Anexo VII, ENAGAS le comunicó la reducción por infrautilización de las capacidades contratadas en sus contratos números 0300001071 y 0300001153, en 7.943.600 kWh/día y 4.486.300 kWh/día respectivamente, con fecha de efectos 1-12-07, así como la ejecución parcial de los avales por importes respectivos de 1.187.984 euros y 303.162 euros.¹

Prosigue CEPSA que, con fecha 7 de diciembre de 2007, dicha sociedad, mediante comunicación a ENAGAS cuya copia también adjunta como Anexo

¹ Datos que figuran en el correo electrónico de 29 de noviembre de 2007, aportado por CEPSA con su escrito inicial (folio 107 del expediente)

VIII a su escrito, expuso los motivos de disconformidad con las medidas anteriores, a pesar de lo cual, ENAGAS procedió a su aplicación en fechas respectivamente, 1 de diciembre (reducción de capacidades) y 21 de diciembre (ejecución de avales).

La sociedad CEPSA concluye su escrito solicitando de la CNE que emita resolución por la que se declare no haber lugar a las medidas aplicadas por la empresa transportista ENAGAS S.A., acordando la restitución a CEPSA de las reservas de capacidad contratadas en la planta de Huelva, así como del importe de la penalización económica impuesta mediante la ejecución de los avales bancarios.

Como fundamentos jurídicos de las peticiones que formula, CEPSA desarrolla en su escrito los motivos de su disconformidad con la decisión que le ha sido impuesta, y que, resumidamente, son los siguientes:

Alega CEPSA que el artículo 6.4 del Real Decreto 949/2001 no contempla, como criterio para el cómputo de la utilización de capacidad por encima del 80% de la capacidad contratada, el aplicado por ENAGAS y que consiste en la exigencia de utilización de dicho porcentaje durante un mes natural como mínimo. Considera CEPSA que se le ha exigido el cumplimiento de un requisito que de ningún modo exige la normativa aplicable, por lo que, con base en los principios de legalidad y seguridad jurídica, y siendo rechazable la interpretación *lato sensu* o extensiva de normas que pueden suponer graves restricciones de derechos y elevadas penalizaciones, estima que debe procederse a la remoción inmediata de las graves medidas notificadas.

CEPSA afirma ha cumplido rigurosamente la normativa vigente, y en concreto, en 14 ocasiones utilizó una capacidad de regasificación superior al 80% de la capacidad de regasificación de que disponía, llegando hasta un 89,3% durante

algunas jornadas. Y por lo que al contrato de transporte se refiere, en 35 ocasiones la capacidad utilizada fue superior al 80% de la capacidad disponible para ella, llegando a utilizar en determinados días hasta un 96,3% de la misma. Añade que la capacidad contratada por la comercializadora tiene que ser la necesaria para que *todos los días* pueda regasificar y transportar el gas necesario para suministrar a sus clientes. Los compromisos de suministro han de ser cumplidos cada día y no en períodos mensuales. Por ello, prosigue CEPSA, la capacidad que se contrata en las plantas no es mensual sino diaria, para asegurar que *en todo momento, y cualquier día* puede recibir los servicios de regasificación y transporte hasta el máximo equivalente a la cantidad contratada. La actitud prudente y responsable de una comercializadora es contratar hasta el límite que necesita *todos los días*, insistiendo nuevamente en que esta comercializadora superó de forma efectiva y real el umbral del 80% en 14 y 35 días respectivamente. Señala que, además de que la norma no hace referencia al cumplimiento del 80% durante un mes natural, la aplicación que ha hecho ENAGAS en este caso es contradictoria ya que la utilización durante 35 días es más que un mes natural.

Se afirma que ningún perjuicio ha causado CEPSA, porque ningún tercero ha podido ver perjudicado su acceso a la planta de Huelva ya que según la publicación de capacidades en la página web de ENAGAS, a lo largo de 2007 siempre ha existido capacidad disponible en la planta de Huelva. Tampoco ha sido perjudicado, obviamente, ENAGAS, que ha cobrado íntegra y puntualmente los peajes abonados por CEPSA, tanto durante los seis primeros meses del contrato como durante cinco meses más en el caso del contrato de regasificación.

Se alega extemporaneidad de la medida en lo que afecta al contrato de regasificación (respecto al que la penalización económica es mucho más importante), ya que, teniendo inicio dicho contrato el día 1 de enero de 2007, el

plazo de seis meses establecido por el artículo 6.4 del Real Decreto 949/2001 resultó cumplido el 30 de junio de 2007. Si ENAGAS hubiera considerado que efectivamente CEPSA estaba incumpliendo la normativa, debería haber procedido de forma automática, e inmediatamente, a reducir la capacidad de regasificación, adoptando en aquel momento las medidas ahora anunciadas y no, sorprendentemente, 5 meses después. Se afirma que, si durante esos 5 meses ENAGAS estimó prudente mantener la reserva de CEPSA intacta, no podría *ahora* cambiar de criterio y reducirla unilateralmente basándose en los promedios de utilización del primer semestre de 2007, *152 días después*, y anulando de alguna forma, *la aceptación diaria* durante 152 días de la capacidad de CEPSA. Señala igualmente que la ejecución de los avales se produce *cuando falta tan solo un mes para que se cumpla el año de contrato*, lo que hace la medida aún más inadecuada, ya que si en el futuro CEPSA hubiera de reducir sus capacidades contratadas, hubiera tenido derecho a hacerlo sin penalización ninguna, según el artículo 6.3 del Real Decreto 949/2001.

Prosigue CEPSA señalando la doble penalización que ENAGAS le hace padecer, ya que entre los meses de julio y noviembre le ha facturado los peajes considerando la capacidad establecida en el contrato, y no la menor cantidad que, según la tesis de ENAGAS, habría correspondido. A su criterio, resulta incompatible la percepción por ENAGAS desde el 30 de junio de 2007 del importe de los peajes correspondiente a la capacidad contratada, y además el importe que resulta de la ejecución de la garantía bancaria, dándose lugar a una doble penalización injusta y jurídicamente improcedente.

CEPSA manifiesta, a efectos de poner de manifiesto su actitud de colaboración para la solución de problemas en la planta de Huelva, que entre los meses de abril y junio de 2007, renunció a su derecho a descargar en Huelva los metaneros de mayor tamaño (cuya descarga estaba prevista en dicha planta y cubierta por sus contratos la capacidad correspondiente) y procedió, a

sugerencia de ENAGAS, a descargar dichos barcos en Barcelona, siendo dicha medida muy beneficiosa para el sistema pues ayudaba a descongestionar la planta de Huelva. El desvío de estos barcos a Barcelona conllevó, obviamente, que la regasificación en Huelva se redujese muy considerablemente, como no podía ser de otro modo, resultando en definitiva *muy poco equitativo* que en dichas circunstancias se apliquen ahora estas gravosas penalizaciones a CEPSA.

Finalmente, y haciendo mención de los criterios interpretativos establecidos en el artículo 3 del Código Civil, la sociedad CEPSA argumenta las razones por las que, a su criterio, ENAGAS ha hecho una aplicación incorrecta de la norma al caso concreto, señalando en particular:

Conforme al *sentido propio de las palabras*, reitera CEPSA que el artículo 6.4 del Real Decreto 949/2001 no contempla las expresiones “*según meses naturales*”, “*según promedios mensuales*” ni ninguna otra semejante. En cambio, la expresión “*automáticamente*” que sí se contiene en el precepto, determina que las medidas adoptadas por ENAGAS sean claramente extemporáneas.

Por lo que se refiere al *contexto*, reitera que las reservas de capacidad son diarias y no mensuales.

Respecto a *antecedentes históricos y legislativos*, recuerda CEPSA que el precepto legal de referencia fue introducido por la disposición adicional segunda del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, en un momento en el que resultaba acuciante resolver el problema de falta de capacidad en las plantas, con innumerables conflictos de acceso por falta de capacidad, situación que afortunadamente hoy no concurre.

Por último, a efectos de la interpretación de la norma *según el espíritu y finalidad* de la misma, CEPSA se remite al informe de la CNE de 2 de febrero de 2006 en contestación a la consulta de ENAGAS sobre el artículo 6.4 del Real Decreto 949/2001, así como a las manifestaciones vertidas por las empresas del sector a quienes la CNE solicitó opinión en el curso de aquel expediente, señalando que todos los agentes coincidieron en que el objetivo de la norma es impedir reservas de capacidad ociosa, para dificultar el acceso a competidores y que cualquier aplicación de la norma habría de realizarse en el sentido que resultase menos lesivo para los usuarios de las plantas (los comercializadores) pues, al fin y al cabo las capacidades reservadas no son gratuitas sino cobradas rigurosamente por las empresas transportistas. En aquél momento, prosigue CEPSA, esta sociedad, a la vista del contexto, se alineó con la mayoría de las comercializadoras que entendió como la menos gravosa de las dos alternativas propuestas la de considerar cumplida la exigencia del 80% si se alcanzaba dicho porcentaje de utilización durante un mes continuado en los seis primeros meses de prestación del servicio. No obstante, recuerda CEPSA, algunas sociedades insistieron en que, teniendo en cuenta que las capacidades reservadas son diarias, así como la estacionalidad y puntas de demanda, lo relevante era que en cualquier jornada dentro del período de los seis primeros meses del contrato realmente se hubiera utilizado la reserva en un porcentaje del 80%. En cualquier caso, recuerda CEPSA, tanto el informe de la CNE de referencia, como el anterior del mismo Organismo de fecha 8 de julio de 2004, insisten en que la finalidad de la norma de referencia no es de carácter recaudatorio para el sistema gasista, sino que pretende evitar el acaparamiento de capacidad ociosa por parte de los sujetos con derecho de acceso que suponga una barrera de entrada a agentes competidores. Conforme a dichos criterios, añade CEPSA, de ninguna manera proceden las penalizaciones que le han sido impuestas a esta sociedad, ya que sus reservas de capacidad no han supuesto ningún obstáculo para el acceso de otras comercializadoras. Finaliza señalando que, habiendo utilizado su

reserva no un día, sino en muchas ocasiones, y dado que las normas se deben aplicar a cada caso concreto y con equidad, con el criterio expuesto por la CNE en los mencionados informes, tampoco procede penalizar a CEPSA por lo que solicita de la CNE la revocación de tales medidas en los términos que más arriba han sido reflejados.

SEGUNDO.- Con fecha 17 de enero 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 CEPSA, en su condición de interesado que insta la actuación de la CNE y promueve el procedimiento, como a ENAGAS S.A. empresa transportista, en su condición de interesado del artículo 31.1. b) de la misma Ley, a quien se remitió copia del escrito de CEPSA y de la documentación que se acompañaba al mismo, a efectos de que pudiera formular Alegaciones en plazo de 10 días hábiles.

TERCERO.- Con fecha 25 de enero de 2008 tuvo entrada en el Registro de la CNE escrito de ENAGAS de 24 de enero, mediante el que se solicitaba la ampliación hasta el día 4 de febrero del plazo conferido para Alegaciones, lo que fue acordado y notificado por el Instructor el 28 de enero de 2008 en los términos establecidos por el artículo 49 de la citada Ley 30/1992.

CUARTO.- Con fecha 4 de febrero de 2008 tuvo entrada en el registro general de la CNE escrito de ENAGAS mediante el que se formulan las siguientes Alegaciones:

Con carácter previo, ENAGAS hace referencia a que el conflicto planteado por CEPSA versa sobre cuestiones de derecho, rechazándose la afirmación de dicha sociedad de que ENAGAS aplicó las medidas cuestionadas sin base jurídica para ello, afirmándose que las mismas son consecuencia de la estricta

aplicación del apartado 4 del artículo 6 del Real Decreto 949/2001, cuyo texto transcribe y que el criterio aplicado por ENAGAS para la determinación de la utilización de la capacidad contratada por CEPSA se corresponde con el considerado por la CNE como el más razonable y ajustado a la finalidad de la normativa. Se hace mención de la consulta formulada por ENAGAS, el 21 de febrero de 2005, a la CNE respecto a la sistemática de cálculo de la infrautilización de la capacidad contratada en el acceso a instalaciones gasistas, así como de la circunstancia de que la CNE recabó la opinión al respecto de los sujetos afectados, siendo en aquel momento la opinión de CEPSA coincidente con el criterio ahora aplicado por ENAGAS, y con el que la CNE fijó en las conclusiones del escrito de 2 de febrero de 2006, de contestación a aquella consulta, del que se acompaña copia como documento número 1. Finalmente, entre estas consideraciones previas, ENAGAS hace mención a las disposiciones contenidas en las Normas de Gestión Técnica del Sistema Gasista relativas a las distintas programaciones que han de realizar los usuarios de las plantas de regasificación.

En relación con las pretensiones de CEPSA, ENAGAS las rechaza a tenor de los siguientes argumentos:

En primer lugar se afirma que la fecha de inicio de la prestación de los servicios es posterior a la de fecha de suscripción de los contratos los contratos, y que el cálculo para la verificación de la utilización de la capacidad reservada se hizo tomando como base la fecha de inicio de la prestación.

En segundo lugar se afirma que la razón por la que buques inicialmente nominados en la programación anual no vinculante para ser descargados en Huelva fueron finalmente descargados en Barcelona, fue la imposibilidad de cumplir los tiempos de descarga en Huelva por falta de hueco suficiente para incorporar gas al sistema, consecuencia del comportamiento del mercado y no

imputable al titular de las instalaciones. Prosigue que fue CEPSA la que, en su programación mensual vinculante, decidió cambiar el destino de los buques a Barcelona, ya que de otro modo hubiera debido asumir la responsabilidad por demora, y que los mismos fueron descargados conforme a su nominación en la programación mensual vinculante. Añade que este hecho resulta irrelevante en el presente conflicto, ya que CEPSA disponía de existencias suficientes en Huelva para cumplir la capacidad contratada.

En tercer lugar, reitera que el umbral del 80% no ha sido cumplido por CEPSA en ninguno de los meses del período inicial del contrato. Acompaña, como documento 2, relación de la utilización de capacidad en Huelva durante 12 meses.

En cuarto lugar, afirma que no pueden calificarse de modificación unilateral de contratos las medidas adoptadas, ya que ENAGAS está obligada a ellas por mandato legal. Se añade que la capacidad de regasificación y de transporte se reduce al máximo de utilización registrado en las mediciones, no siendo decisión unilateral de ENAGAS, como se puede constatar en el Documento 2 de los aportados. Se rechaza que la reducción aplicada a CEPSA haya impedido a ésta el cumplimiento de sus obligaciones, puesto que en los meses siguientes al período inicial del contrato continuó la infrautilización.

En quinto lugar, se afirma que ENAGAS aplicó las medidas cuestionadas, tras haberse constatado que la comercializadora no había alcanzado a cumplir con el 80 por ciento de utilización en el semestre inicial del contrato, añadiendo que dicho porcentaje no es materia de derecho privado, ni ha sido establecido por pacto entre partes, sino que pertenece al orden público, y resulta de la aplicación del artículo 6.4 del Real Decreto 949/2001 cuyo texto transcribe, así como el de la Disposición adicional segunda del Real Decreto 1434/2002. Añade que las referidas normas tienen un carácter sancionador por lo que han

de ser interpretadas y aplicadas con carácter restrictivo, y su aplicación por ENAGAS, cumplidos los presupuestos de hecho para su aplicación, es una obligación impuesta por la ley. Aun cuando el fundamento jurídico expuesto se considera suficiente, ENAGAS prosigue que ha aplicado el mecanismo establecido por la CNE en la contestación dada en fecha 2 de febrero de 2006 a la consulta formulada por ENAGAS, y recuerda de nuevo que CEPSA, de forma expresa, manifestó que la alternativa considerada por la CNE y aplicada por ENAGAS es la interpretación más razonable y ajustada a la finalidad de la norma.

En sexto lugar, niega que las medidas hayan sido adoptadas de forma extemporánea, a cuyo efecto transcribe el párrafo del artículo 6 del Real Decreto 949/2001, en el que se establece que la fianza será restituida al solicitante transcurrido un año a partir del inicio del suministro, salvo lo dispuesto en párrafo 4 del mismo artículo, que también transcribe, y continúa afirmando que ENAGAS efectuó el análisis en el momento en que disponía de los balances definitivos, es decir, cuando se contaba con la información cierta y fehaciente sobre mediciones. Concluye este punto señalando que el automatismo de la disminución en el porcentaje señalado no se refiere a la fecha, sino al hecho de que la decisión no requiera de ninguna condición ni aviso previo.

Concluye ENAGAS resumiendo que sus actuaciones fueron conformes al Real Decreto 949/2001, que se aplicó el criterio de la CNE para determinar la infrautilización, que CEPSA no respetó el artículo 6.4 del Real Decreto, que la reducción de capacidad y la ejecución de avales no es potestativa para el transportista, sino obligación legal, y que de la ejecución no deriva un beneficio económico para ENAGAS ya que los importes han de ser liquidados, por todo lo cual solicita de la CNE que desestime las pretensiones de CEPSA y declare ajustadas a derecho la reducción de capacidad y la ejecución de aval.

QUINTO.- Mediante comunicaciones del Instructor de fecha 18 de febrero de 2008, se puso de manifiesto el expediente a ambas partes interesadas por plazo común de diez días hábiles, para trámite de audiencia y alegaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 30/1992.

SEXTO.- Con fecha 21 de febrero de 2008 compareció Don Antonio Melcón Alvarez en representación de CEPSA para tomar vista del expediente.

SEPTIMO.- Con fecha 27 de febrero de 2008 compareció Doña Armily Díaz González en representación de ENAGAS para tomar, a su vez, vista del expediente.

OCTAVO.- Con fecha 28 de febrero de 2008 tuvo entrada en el registro general de la CNE escrito de ENAGAS, por el que, dentro del plazo conferido para ello, formula Alegaciones, ratificándose en los fundamentos de hecho y de derecho invocados en su anterior escrito de 4 de febrero de 2008, insistiendo en particular en que las medidas adoptadas por ENAGAS fueron conformes a derecho, en que el criterio aplicado por ENAGAS para determinar el umbral del 80 % de utilización de la capacidad contratada es el establecido por la CNE y el considerado por CEPSA como el más razonable y ajustado a la finalidad de la norma y, por último, en que CEPSA no cumplió en ninguno de los meses del período inicial del contrato el umbral de utilización del 80%, por lo que concluye solicitando de la CNE la desestimación de las pretensiones de CEPSA y declare ajustadas a derecho las medidas aplicada por ENAGAS.

NOVENO.- También con fecha 28 de febrero de 2008, ha tenido entrada en el registro de la CNE escrito de CEPSA mediante el que, señalando los extremos de hecho en que, a su criterio, el escrito de ENAGAS de fecha 4 de febrero de 2008 confirma las afirmaciones de CEPSA en su escrito inicial, reitera y completa los argumentos jurídicos ya expuestos en aquél.

Respecto a los extremos de hecho, CEPSA alega que ENAGAS reconoce que la utilización de capacidad por CEPSA en la Planta de Huelva se redujo por la imposibilidad de cumplir los tiempos de descarga en Huelva, y que el desvío de buques a Barcelona fue sugerido por la propia sociedad transportista, habiendo contribuido finalmente dicho desvío a aliviar la situación de congestión en la planta de Huelva. Se alega que igualmente ENAGAS reconoce que CEPSA alcanzó el umbral del 80%, si bien *de forma ocasional y en días aislados*, según los términos de la propia sociedad transportista y que, aunque de forma implícita, también se reconoce que ningún sujeto ha visto impedido ni obstaculizado su acceso por la reserva de capacidad de CEPSA.

En cuanto al derecho aplicable, CEPSA insiste en los argumentos ya expuestos en su escrito inicial y, en concreto, que la norma no establece el criterio de *“80% como promedio durante un mes natural”*, que la contestación de la CNE a la consulta de ENAGAS fue emitida a efectos puramente informativos y tomando en cuenta los datos aportados por la sociedad consultante, sin que se contemplaran todas las alternativas posibles, y ha de interpretarse en su contexto y en su integridad, insistiendo, por su parte, en la finalidad no recaudatoria de la norma. Contrapone, por último la actitud de ENAGAS de aceptar mes a mes la capacidad reservada por CEPSA sin notificación alguna a la misma sobre posible infrautilización, con la adoptada por dicha transportista 5 meses después, y que a su criterio, es notoriamente extemporánea, y finaliza solicitando la declaración de no haber lugar a las medidas adoptadas, así como la restitución a CEPSA de sus reservas y del importe de la penalización impuesta mediante la ejecución de los avales bancarios.

DECIMO.- El Consejo de Administración de la CNE, una vez analizados los hechos, las alegaciones y argumentos de ambas partes, así como la normativa

aplicable, en su reunión ordinaria de 10 de abril de 2008 ha procedido a adoptar Resolución en el presente procedimiento, con base en los siguientes

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 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 4 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 949/2001². Entre dichas notas, se destaca que la asignación de capacidad en el sistema gasista, regulada en el artículo 5 del Real Decreto

² 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.*

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, 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.*”

La circunstancia específica de la escasez relativa de las instalaciones que integraban el sistema gasista español, debido a una demanda con incrementos anuales muy importantes coincidiendo con la liberalización del sector y la entrada de nuevos comercializadores, llevó al legislador, ante el riesgo de que pudieran ser contratadas por algunos usuarios capacidades superiores a sus exigencias de consumo, dándose lugar a situaciones de acaparamiento y bloqueándose con ello el acceso de terceros usuarios, a la adopción de medidas en el Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, el cual, ya desde su inicial redacción, contempló en su artículo 6.4 un mecanismo de reducción de la capacidad contratada, a requerimiento del Gestor Técnico el 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 1434/2002,³ de 27 de diciembre.

³ 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.*

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 por la capacidad reservada y para el primer año del contrato, a favor del titular de la instalación cuando se formaliza el contrato de acceso, y de otra parte, 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 que, a fecha de hoy, están vigentes 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:

- 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 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.”

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

La lectura de ambos pone también de manifiesto algunas otras diferencias entre ambos mecanismos y, entre ellas, que el apartado 6.4 que regula las reducciones de capacidad aplicables directamente por los titulares de las

instalaciones incluye expresamente en su redacción la indicación de un parámetro de infrautilización (80% de la capacidad establecida en el contrato), en tanto que el apartado 6.5 relativo a las reducciones que puede acordar el Gestor Técnico del Sistema no contempla un parámetro numérico para definir la infrautilización que puede dar lugar a la medida de reducción de capacidad aunque sí contempla, como no podía ser de otro modo, la causa y criterios para dicha reducción.

Con independencia de que, a lo largo de la presente resolución haya de acudirse ocasionalmente de nuevo a la comparación de ambos mecanismos y de los preceptos en que se regulan, importa ahora centrar la atención en el apartado 6.4, relativo a las reducciones acordadas directamente por el titular de la instalación de regasificación, ya que la discrepancia que en este procedimiento ha de resolverse está referida a las medidas de reducción de capacidad y ejecución de avales adoptadas por ENAGAS en su condición de sociedad transportista y al amparo formal de dicho apartado 6.4 del Real Decreto 949/2001.

La finalidad del artículo 6.4 del Real Decreto 949/2001, tal y como puso de manifiesto la CNE, en el informe de fecha 8 de julio de 2004, emitido en contestación a una primera consulta de ENAGAS, *“...no es otra que la de evitar el acaparamiento de capacidad para obstaculizar la entrada a nuevos competidores. Esto es, mediante procedimientos del tipo de “uso o pérdida” de la capacidad se pretende evitar la competencia desleal e ilegítima de los comercializadores instalados frente a nuevos comercializadores entrantes.”*

En la misma línea, en el informe de la CNE de fecha 2 de febrero de 2006 al que repetidamente se hace referencia en los escritos de ambas partes, se reitera que *“... el objetivo de la obligación impuesta por el artículo 6.4 del Real Decreto 949/2001, modificado por el Real Decreto 1434/2002, de constitución*

de aval en la contratación de acceso y la condición impuesta para evitar la pérdida del mismo por infrautilización de la capacidad contratada, no es de carácter recaudatorio para el sistema gasista, sino que pretende evitar el acaparamiento de capacidad ociosa por parte de los sujetos con derecho de acceso que suponga una barrera de entrada a agentes competidores.”

Dicha finalidad, afirmada una y otra vez por la CNE, y respecto a la que todos los agentes han mostrado unanimidad en algún momento, es común a los dos mecanismos de reducción de capacidad contemplados en los apartados 4 y 5 del artículo 6 del Real Decreto. Dicha finalidad ha sido también el criterio que ha servido de guía en la interpretación de aquellos aspectos del artículo 6.4 del Real Decreto 949/2001 que, por ofrecer menos claridad, han sido sometidos a consulta ante el Regulador en algún momento, y singularmente, el relativo a los criterios para cuantificar el *80% de utilización*, cuestión que constituye la discrepancia central en el presente expediente.

Las Conclusiones de la CNE en su informe de 2 de febrero de 2006 fueron las siguientes:

“Primera.- *Esta Comisión considera que la interpretación más razonable y ajustada a la finalidad de la normativa es considerar cumplido el requisito del 80% de utilización de la capacidad contratada 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.*

En el caso de los almacenamientos subterráneos, se considerará utilizada la capacidad si se supera el 80% de llenado medio durante un mes natural del periodo inicial del contrato.

Segunda.- *Los ciclos combinados como grandes instalaciones consumidoras de gas, por su elevada complejidad técnica, precisan de períodos de pruebas en los que sus consumos son necesariamente variables y sin un patrón determinado.*

Por consiguiente, la reserva de capacidad durante el período de pruebas de una central de ciclo combinado para su puesta en servicio, no puede ser computado en el principio que nos ocupa, establecido en la norma como de “uso o pérdida”.

Tercera.- *En caso de que un sujeto no alcance el 80% de utilización de un contrato, el titular de las instalaciones deberá proceder a disminuir la capacidad contratada y a ejecutar la parte correspondiente del aval, de acuerdo con lo establecido por el artículo 6.4 del Real Decreto 949/2001, modificado a su vez por la disposición adicional segunda del Real decreto 1434/2002.*

Por lo tanto, corresponde a los titulares de las instalaciones el cálculo de la utilización real de los contratos de acceso a sus instalaciones, y cuando proceda, la aplicación de la disminución de la capacidad y ejecución del aval.

En caso de disconformidad, el sujeto cuya capacidad reservada pueda verse reducida, podrá plantear conflicto a 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 reducción de capacidad.

La presente consulta ha sido evacuada a efectos puramente informativos y en base exclusivamente a los datos y documentos aportados por la propia sociedad solicitante, los agentes consultados, y la normativa vigente.”

La opción de cumplimiento del 80% en un mes natural se ajusta a la estacionalidad de la demanda de gas, y a las condiciones concretas del mercado que en dicho informe de la CNE se analizaron. Efectivamente, estos aspectos puestos de manifiesto por los agentes con ocasión de aquella consulta, fueron considerados especialmente relevantes por la CNE y reflejados, por ello, en el informe final de 2 de febrero de 2006.

Concretamente CEPSA, con ocasión de aquella consulta, y refiriéndose a la utilización del 80% de la capacidad contratada al menos en un mes de los seis primeros meses del contrato, señalaba que “el criterio interpretativo en el que en su día coincidieron tanto las comercializadoras como ENAGAS, es razonable, prudente y desde luego permite asegurar que no se realizarán en nuestro sistema reservas de capacidad meramente especulativas, por lo que, a nuestro juicio, no existe ninguna razón para que dicho criterio no deba ser

ahora mantenido. Además un cambio de criterio respecto a lo pactado entre todas las partes podría aparecer como sometido a un criterio de oportunidad creando inseguridad jurídica.”

Por otra parte, sí debe reseñarse que la utilización por parte de CEPSA de los contratos tanto de regasificación como de transporte que en este expediente se contemplan, aunque inferior al 80% establecido, fue alta y cercana a dicho valor.

No obstante, debe procederse al análisis de las concretas circunstancias y medidas adoptadas en los supuestos sometidos a decisión de la CNE en el presente expediente.

IV. Valoración de la reducción de capacidad aplicada en el contrato de regasificación.

El contrato suscrito en fecha 26-11-06 para la prestación de servicios de regasificación en la Planta de Huelva, con inicio de los servicios en fecha 1 de enero de 2007, contempla una capacidad de regasificación de 28.000.000 kWh/día.

Dicho contrato, según comunicación de ENAGAS mediante correo electrónico de fecha 29 de noviembre de 2007, habría tenido una utilización máxima del 71,63 % en uno de los seis primeros meses del servicio. En consecuencia, ENAGAS procede a reducir la capacidad contratada en 7.943.600 kWh/día, lo que representa un porcentaje de 28,37% sobre la capacidad inicialmente contratada, con fecha de efectos 1 de diciembre de 2007. Dicha medida se acompaña de la relativa a la ejecución, por importe de 1.184.984 euros, del Aval depositado en su día por CEPSA.

Las cantidades real y efectivamente utilizadas por CEPESA con cargo a la cantidad contratada no son objeto de discusión entre las partes, sino la cuestión jurídica de si ha de ser tenido en cuenta el consumo de un mes natural completo, como sostiene ENAGAS, o si, por el contrario, no ha de ser tenido en cuenta el consumo en un mes natural completo, como sostiene CEPESA. Se trata pues, de una discrepancia sobre cuestiones de derecho, tal y como expresamente pone de manifiesto ENAGAS al inicio de su escrito de Alegaciones de 4 de febrero de 2007.

Para calificar la conformidad o disconformidad a derecho de la reducción de capacidad de regasificación acordada por ENAGAS, ha de prestarse atención a las circunstancias que a continuación se analizan:

La reducción en la capacidad de regasificación de CEPESA se ha operado sin que concurriera la solicitud de un tercer sujeto demandante de capacidad cuya expectativa pudiera ser cubierta total o parcialmente por la capacidad de la que se ha privado a CEPESA. La sociedad transportista no ha hecho mención de la existencia de un tercer sujeto expectante de capacidad, ni en el primer momento y con ocasión de su comunicación de 29 de noviembre de 2007, ni tras las alegaciones formuladas por CEPESA en el curso del presente expediente. La evitación de situaciones de capacidad ociosa en perjuicio de terceros es el objetivo de la norma que se analiza, por lo que no se puede realizar su aplicación al margen de aquella circunstancia.

Una segunda circunstancia especialmente relevante es el momento de adopción de las medidas de reducción, sobre el que la sociedad CEPESA ha llamado la atención de forma reiterada en el curso del expediente. Efectivamente, iniciado el servicio de regasificación el 1 de enero de 2007, y concluyendo el periodo inicial de seis meses de servicios el 30 de junio del mismo año, no consta que la sociedad transportista hiciera advertencia alguna

sobre porcentajes de utilización durante el periodo de los cinco meses siguientes, y únicamente adoptó las medidas de referencia el 29 de noviembre de 2007, un año después de la firma del contrato y once meses después de iniciarse la prestación del servicio.

El momento de adopción de las medidas de referencia, (si bien no puede hablarse aquí de “*extemporaneidad*” en el sentido procesal del término), sí tiene, en cambio, implicaciones jurídicas importantes desde varios puntos de vista:

En primer lugar, desde el punto de vista de la finalidad de la norma, cabe señalar que, si hubiera existido una expectativa de capacidad por parte de un tercer sujeto en los meses de junio o julio de 2007, la atención de dicha demanda con la capacidad supuestamente infrautilizada por CEPSA en los meses de de enero a junio, hubiera exigido la reducción en dicho momento, y su puesta a disposición del tercero expectante en ese momento y no cinco meses después. Aun en el caso de que no hubiese existido un tercer sujeto que requiriese dicha capacidad, la actuación del transportista de disminuir automáticamente y en aquel momento las capacidades contratadas en la parte no utilizada, de haberse producido, tal y como posibilita el Real Decreto en su artículo 6.4, hubiera permitido anticiparse a los posibles perjuicios a terceros. Lo que sí cabe afirmar es que de ningún modo la reducción cinco meses después hubiera permitido alcanzar la finalidad normativa de dicho precepto.

Sin embargo, sobre la reducción de la capacidad y ejecución de la fianza a la fecha de finales de noviembre, habría de tenerse presente, que, como también recuerda CEPSA, el propio Real Decreto 949/2001 en el apartado 3 del mismo artículo 6 posibilita las reducciones de capacidad voluntariamente solicitadas *un año después de haberse efectuado la reserva de capacidad inicial y haber hecho uso efectivo de la misma*. Esta opción, mucho menos gravosa para el

comercializador e igualmente eficaz para el objetivo pretendido por la norma, y que la sociedad CEPSA hubiera podido ejercitar sin coste económico ni pérdida parcial de avales, si hubiera decidido reajustar a la baja su capacidad contratada, habría sido hurtada a dicha sociedad por la decisión de la transportista adoptada en la fecha indicada. Fecha que, como se ha dicho, resulta sin embargo tardía en el marco de la finalidad perseguida por el artículo 6.4 del Real Decreto.

Asimismo, es de resaltar que, como señala CEPSA, la reducción de capacidad con cinco meses de retraso comporta una doble penalización para la comercializadora afectada, ya que ésta ha pagado durante los meses de julio a noviembre los peajes por toda la capacidad contratada. De haberse acordado prontamente por el transportista las medidas de reducción de capacidad y ejecución de avales, la comercializadora solo habría tenido que pagar los peajes correspondientes a la capacidad utilizada.

La decisión de transportista resulta contraria al principio de proporcionalidad, por cuanto que impone una reducción de derechos y una penalización económica que se concreta en la ejecución parcial del aval, a un comercializador concreto, sin que la misma represente beneficio alguno para un tercer comercializador ni para el sistema gasista.

Por todo ello, procede calificar como disconforme a derecho la concreta medida de reducción de capacidad del contrato de regasificación de CEPSA aplicada por la sociedad transportista ENAGAS, así como la ejecución parcial de la fianza.

V. Valoración de la reducción de capacidad aplicada en el contrato de transporte .

El contrato suscrito en fecha 12 de marzo de 2007 para la prestación de servicios de transporte en la Planta de Huelva con inicio de los servicios en fecha 1 de mayo de 2007, contempla una capacidad de regasificación de 17.000.000 kWh/día.

Dicho contrato, según comunicación de ENAGAS mediante correo electrónico de fecha 29 de noviembre de 2007, habría tenido una utilización máxima del 73,61 % en uno de los seis primeros meses del servicio. ENAGAS procede, con fecha de efectos 1 de diciembre de 2007 a reducir aquélla capacidad en 4.486.300 kWh/día, lo que representa un porcentaje de 26,39% sobre la capacidad inicialmente contratada. Dicha medida se acompaña de la relativa a la ejecución, por importe de 303.162 euros, del Aval depositado en su día por CEPSA.

Cabe señalar que tampoco respecto a la capacidad de transporte concurre la petición de un tercero expectante que justifique la reducción a CEPSA para dar acceso a otro, ni se ha alegado por ENAGAS en ningún momento esta circunstancia.

No obstante, no concurre aquí, a diferencia de lo que se ha indicado sobre el contrato de regasificación, el lapso de tiempo entre el final de los seis meses iniciales de servicio y la fecha de adopción de las medidas que permitiera aplicar a este supuesto los argumentos aplicados al contrato de regasificación en el precedente argumento jurídico.

En relación con este contrato (cuyos servicios se inician el 1 de mayo) las medidas de reducción han sido aplicadas por el transportista en el mes de noviembre, es decir, en el séptimo mes desde el inicio de la prestación de los servicios. Se han adoptado, por tanto, de forma inmediata a la comprobación de la utilización durante los primeros seis meses. Como consecuencia de la

aplicación de dichas medidas se ha liberado, a disposición de terceros sujetos que pudieran solicitarla, la capacidad de transporte reducida a CEPSA, sin generar a esta sociedad unos perjuicios adicionales que permitieran calificar de carentes de proporcionalidad y por ello contrarias a derecho, las medidas adoptadas.

En su virtud, el Consejo de Administración de la CNE, en su reunión de 10 de abril de 2008, estimando parcialmente las pretensiones de CEPSA,

ACUERDA

PRIMERO.- Declarar que no ha lugar a las medidas de reducción de capacidad y ejecución parcial de la fianza aplicadas por la sociedad transportista ENAGAS en el contrato de servicios de REGASIFICACIÓN en la Planta de Huelva suscrito con CEPSA en fecha 26 de noviembre de 2006.

SEGUNDO.- Declarar conformes a derecho las medidas de reducción de capacidad y ejecución parcial de la fianza aplicadas por la sociedad transportista ENAGAS en el contrato de servicios de TRANSPORTE en la Planta de Huelva suscrito con CEPSA en fecha 12 de marzo de 2007.

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.