



VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL CONSEJERO D. JORGE FABRA UTRAY EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN EN EL CONFLICTO DE GESTIÓN TÉCNICA INSTADO POR CEP SA 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)

El Consejero que suscribe el presente voto particular considera que la Resolución por el Consejo de Administración de la CNE del conflicto de gestión técnica interpuesto por CEP SA GAS COMERCIALIZADORA contra ENAGAS S.A., estimando infrutilización de la **capacidad de transporte** reservada, con la consiguiente penalización de pérdida de la fianza establecida por CEP SA, incurre en un exceso de formalismo que no se justifica ni en los hechos ni en la finalidad perseguida por la norma aplicada.

ANTECEDENTES

Apartado 4 del artículo 6 del Real Decreto 949/2001:

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 en 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.

....

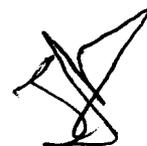
Si transcurridos seis meses desde la fecha prevista en el contrato para el inicio del suministro, o, en su caso, desde que hubiese efectuado cualquier modificación de la capacidad contratada, la capacidad realmente utilizada es inferior al 80 por 100 de la establecida en el contrato, las capacidades 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.”

Conclusiones de la CNE en su informe de 2 de febrero de 2006:

“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.

....

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”.





Comisión

Nacional

de Energía

Resolución del Conflicto de Gestión Técnica interpuesto por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A. frente a ENAGAS, S.A. aprobada por el Consejo de Administración de la CNE en su sesión de 10 de abril de 2008.

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

Dicho contrato...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 aquella capacidad en ... 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 ... euros, del Aval depositado en su día por CEPSA.

...

En su virtud, el Consejo de Administración de la CNE...

ACUERDA

...

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



VALORACIÓN

Varias son las razones y circunstancias que llevan a este Consejero a emitir un voto particular que discrepa de la citada Resolución:

En primer lugar la norma establecida en el Real Decreto 949/2001 estaba justificada en un contexto de reducida capacidad de transporte. Su finalidad, de acuerdo con el informe de la CNE de fecha 8 de julio de 2004, emitido en contestación a una primera consulta de ENAGAS, se expresó en los siguientes términos: *"...(la finalidad) no es otra que la de evitar el acaparamiento de capacidad para obstaculizar la entrada a nuevos competidores. Esto es, mediante procedimientos del tipo "uso o pérdida" de la capacidad se pretende evitar la competencia desleal e ilegítima de los comercializadores instalados frente a nuevos comercializadores entrantes."*

Sin embargo, debido al desarrollo actual de las infraestructuras de transporte de gas, los problemas de congestión en el acceso a las instalaciones han quedado mitigados. Ello configura un marco físico diferente en el que las prácticas de competencia desleal e ilegítima sólo en casos muy extremos pueden encontrar soporte en el acaparamiento de capacidad.

En el caso concreto de los hechos objeto de esta Resolución, la contratación de capacidad realizada por CEPSA no ha impedido el acceso a terceros a las instalaciones de transporte. El informe de la Comisión se expresa en los siguientes términos: *"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."*

En segundo lugar, este Consejero entiende que la utilización realizada por CEPSA, de acuerdo con la información contenida en el informe que sustenta la Resolución de la CNE, es superior al mínimo establecido por la propia



Comisión en su interpretación del mencionado Apartado 4 del artículo 6 del Real Decreto 949/2001: *“...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.”*

Esta interpretación de la norma debe a su vez ser interpretada según su finalidad. Ningún sentido tiene establecer una interpretación finalista de la norma para después atenerse a la literalidad formal de la propia interpretación ignorando las características y la realidad de los hechos analizados.

En la comprensión de este Consejero, la CNE estableció un mínimo en términos de capacidad (diaria) y otro en términos de energía por debajo de los cuales debería producirse declaración de infrautilización. Es el único medio de entender la posición de la CNE: la capacidad utilizada debe ser superior o igual al 80% de la capacidad contratada al menos un día durante el período de seis meses considerado en la norma, y la energía transportada no debe ser inferior al 80% de la energía que puede ser transportada en un mes natural cualquiera del primer periodo de seis meses del contrato.

Establecidos estos límites, la utilización de la reserva de capacidad de transporte realizada por CEPSA es superior a la utilización mínima por debajo de la cual la CNE estimaría su infrautilización: CEPSA supera el valor del 80% de utilización diaria de la capacidad contratada en 34 días, cuestión que cumple con los límites establecidos sobradamente, aunque los cumpla con una cadencia diferente a la prevista por la CNE.

Si la Resolución de la CNE sentara un principio de interpretación práctica de la norma como la que se desprende de su Resolución, podrían ser penalizadas



situaciones con utilizaciones mucho más intensivas de la capacidad de transporte contratada que las consideradas mínimas por la CNE.

Para ilustrar lo anteriormente afirmado, supongamos que un agente tiene una utilización media del 78% de las infraestructuras de transporte durante los primeros seis meses del contrato y en más de 2 días alcanza el 100% de la capacidad contratada. Sin embargo, este agente en ningún mes natural del periodo alcanza el 80% de la utilización de la capacidad contratada. Según la interpretación realizada por esta Comisión de su propia interpretación de la norma, este agente estaría incumpliendo el artículo 6.4 del RD 949/2001.

En cambio, un agente que realiza en un mes natural cualquiera de los primeros seis meses del contrato (por ejemplo febrero) una utilización media del 80% (27 días al 79,5% y un día al 100%) y durante el resto de los meses una utilización del 0%, si superaría los mínimos establecidos por la norma.

Si comparamos ambos casos llegamos a la conclusión de que en el período contemplado por la ley (6 meses) el primer agente con una utilización media del 78% y más de 2 días al 100% está por debajo del mínimo mientras que el segundo agente con una utilización del 12,5% y un solo un día al 100%, está por encima. Es decir, el primer agente con un transporte de energía 6 veces mayor que el segundo agente y una utilización de la capacidad máxima (100% de la reserva) en un número de días también superior es penalizado por infrautilización.

Naturalmente, no es necesario recurrir a ejemplos tan extremos para poner de manifiesto la posición contradictoria en la que ha incurrido la CNE con su Resolución. El caso que nos ocupa es semejante y no es extremo: CEPSA ha transportado más energía y ocupado la capacidad diaria contratada en un porcentaje superior al mínimo establecido por la CNE, sin que el hecho de que la utilización de las capacidades reservadas se haya producido de manera



seguida o alterna o de cualquier otro modo, aporte nada relevante en relación con el objetivo perseguido por la norma.

Esta “contradicción” pone de manifiesto la necesidad de revisar el criterio adoptado en el sentido de aceptar utilizaciones medias de las infraestructuras en el período de interés que superen el mínimo establecido, aunque esas utilizaciones se verifiquen de modo diferente al de “*un mes natural*”. Se trata de que se acepten utilizaciones por ejemplo de 30 días seguidos (de 15 a 15) aunque no constituyan un “*mes natural*” ó no seguidos, siempre que al menos un día sea utilizada la capacidad contratada en más del 80% y en el periodo de interés se haya transportado más de un 12,5% de la energía contratada correspondiente, en un número de días no superior a 30. Naturalmente, otras utilizaciones superiores de la capacidad contratada tampoco darían lugar a declaraciones de infrautilización.

En tercer lugar, parece conveniente cumplir lo establecido en el informe de julio de 2004 aprobado por el Consejo de Administración de la CNE: “...*la redacción propuesta parece ir más allá de lo que puede suponer una mera interpretación de la norma y tendría que ser necesariamente considerada como una propuesta de modificación normativa.*”

Finalmente, si la norma debe ser cambiada, este Consejero no puede por menos que considerar inoportuna la penalización aprobada por la Comisión teniendo en cuenta además la inexistencia de antecedentes similares a los hechos analizados.

Madrid, 14 de abril de 2008