



Comisión

Nacional

de Energía

**ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA  
CONSULTA REMITIDA POR BAHÍA  
DE BIZKAIA GAS, S.L. RELATIVA A  
LA CONSTITUCIÓN DE AVALES  
PARA CONTRATOS DE DURACIÓN  
INFERIOR A UN AÑO**

26 de julio de 2006

## **ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA CONSULTA REMITIDA POR BAHÍA DE BIZKAIA GAS, S.L. RELATIVA A LA CONSTITUCIÓN DE AVALES PARA CONTRATOS DE DURACIÓN INFERIOR A UN AÑO**

### **1 ANTECEDENTES.**

Con fecha 16 de mayo de 2005 tiene entrada en la CNE consulta de Bahía de Bizkaia Gas (en adelante BBG), mediante la cual expone que:

*“De la experiencia de BBG hasta la fecha [12/5/2005] se desprende que las solicitudes de acceso de muy corta duración (días) no tienen en ningún caso por objeto el copar capacidad sino muy al contrario la de utilizar al máximo la capacidad solicitada. En consecuencia entendemos que la constitución de fianza en estos contratos, no aporta ninguna ventaja real al sistema, y sin embargo encarece y complica innecesariamente la utilización de las infraestructuras.”*

Partiendo de esta premisa, BBG distingue dos posibles soluciones, en función de que la duración del correspondiente contrato sea inferior o superior a seis meses, de modo que, en los contratos de duración inferior a seis meses, no sería necesaria la constitución de fianza y, en los contratos de duración superior a seis meses e inferior a un año, el importe de la fianza sería proporcional a la duración del contrato, partiendo del valor de referencia de doce meses al que se refiere el artículo 6.4 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural.

Por ello, entendiendo que estas consideraciones son acordes con el espíritu de la ley, BBG solicita a la CNE que manifieste su conformidad con los puntos expuestos anteriormente o, en su caso, realice las matizaciones que considere oportunas, a efectos de proceder a la aplicación de los criterios citados.

### **2 NORMATIVA EN APLICACIÓN**

El artículo 6.4 del Real Decreto 949/2001, modificado por la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1434/2002, establece que:

*“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 el caso de almacenamiento) aplicados sobre el 85 por ciento 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 4 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, Cooperativa 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 ciento de la establecida en el contrato, las capacidades contratadas se disminuirán automáticamente en el porcentaje no utilizado, perdiendo el solicitante la parte correspondiente de la fianza constituida de acuerdo con los párrafos anteriores.*

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

### **3 CONSIDERACIONES**

En relación con la interpretación de la norma de constitución de fianza en los contratos de acceso a instalaciones gasistas basados en solicitudes de reserva de capacidad y con el fin de ofrecer una adecuada respuesta a la consulta planteada por BBG, se considera necesario llevar a cabo un análisis del apartado 4 del artículo 6 del Real Decreto 949/2001 en su contexto temporal y normativo.

#### **3.1 Alcance temporal de los contratos de acceso de terceros a las instalaciones gasistas basados en solicitudes de reserva de capacidad.**

Tal y como establece el apartado 4 del artículo 6 del Real Decreto 949/2001, modificado por la disposición adicional segunda del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, la fianza tiene como objeto garantizar la utilización de la capacidad reservada en las instalaciones gasistas incluidas en el régimen de acceso de terceros, de modo que, si

transcurridos seis meses desde la fecha prevista en el contrato para el inicio del suministro, la capacidad realmente utilizada es inferior al 80% 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.

Debe tomarse asimismo en consideración lo dispuesto por el apartado 6 del artículo 6 del Real Decreto 949/2001, respecto de que la contratación de capacidad de acceso a las instalaciones de regasificación, almacenamiento y entrada al sistema de transporte y distribución podrá realizarse a corto o largo plazo, entendiendo como contratos a corto plazo aquellos cuya duración sea inferior a dos años y a largo plazo los de duración igual o superior a dos años.

Adicionalmente, deben traerse a colación otras reglas contenidas en el Real Decreto 949/2001 y disposiciones de desarrollo sobre el alcance temporal de los contratos de acceso a las instalaciones del sistema gasista basados en solicitudes de reserva de capacidad.

En primer lugar, el artículo 6.3 del Real Decreto establece que los titulares de instalaciones están obligados a atender peticiones de reducción de capacidad reservada siempre que se solicite con tres meses de antelación y se produzcan un año después de haber efectuado la reserva de capacidad inicial y haber hecho uso efectivo de la misma.

En segundo lugar, el propio importe de la fianza prevista en el artículo 6.4 del Real Decreto es el correspondiente a doce meses del término fijo del peaje correspondiente, aplicados sobre el 85% de las capacidades contratadas, debiendo ser restituida al solicitante de reserva de capacidad transcurrido un año a partir del inicio del suministro, salvo en los casos de pérdida de fianza por utilización inferior en las cuantías antes señaladas.

En tercer lugar, los modelos normalizados de solicitud formal de acceso a los que se refiere el artículo 5.1 del Real Decreto 949/2001 –aprobados por Resolución de la

DGPEM de 24 de junio de 2002<sup>1</sup>-, recogen un apartado bajo el epígrafe de calendario o programa de utilización prevista, alusivo a su carácter anual<sup>2</sup>.

Finalmente y sin ánimo de exhaustividad, el artículo 11 de la Orden ITC/4100/2005, de 27 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas regula, como novedad, los peajes aplicables a contratos de duración inferior a un año. Tal y como consta en su preámbulo, es en esta Orden donde se introducen por primera vez peajes aplicables a los servicios de acceso de duración inferior a un año, según se deriva de lo establecido por el Reglamento (CE) nº 1775/2005, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de septiembre de 2005, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural.

Como consecuencia de todo lo anterior y llevando a cabo una interpretación de las normas citadas en el sentido propio de sus palabras, en relación con su contexto y atendiendo fundamentalmente a su finalidad – conforme a los criterios de aplicación de las normas jurídicas contenidos en el artículo 3 del Código Civil –, se concluye que la configuración normativa de los contratos de acceso a instalaciones gasistas basados en una solicitud formal de reserva de capacidad determina su duración prolongada en el tiempo, debiéndose tomar en principio como referencia de duración congruente con la normativa expuesta al menos la anual.

Ello, dicho a los exclusivos efectos del presente informe – cuyo objeto es dar adecuada contestación a la consulta de BBG que trae causa - y sin perjuicio alguno de la posibilidad de existencia de servicios de reserva de capacidad de acceso contratados con una duración inferior a un año.

---

<sup>1</sup> Se hace la observación de que la Resolución de la DGPEM de 24 de junio de 2002 aprobó los modelos normalizados de solicitud de reserva de capacidad y de contratación para el acceso por terceros a las instalaciones gasistas. Teniendo en cuenta que la previsión de constitución de una fianza como garantía de utilización de la capacidad reservada no fue incorporada al texto del Real Decreto 949/2001 –apartado 4 del artículo 6- hasta la modificación introducida por el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, resulta que los modelos normalizados de contratos de acceso basados en solicitudes de reserva de capacidad no incluyen ninguna cláusula específica relacionada con la fianza en cuestión.

<sup>2</sup> Así, en la solicitud de acceso y reserva de capacidad de regasificación y de transporte-distribución – anexos 1 y 3 de la Resolución de la DGPEM de 24 de junio de 2002- figura un epígrafe denominado “*utilización anual prevista*”; en la solicitud de acceso y reserva de capacidad de almacenamiento subterráneo –anexo 2 de la misma Resolución- consta una llamada al programa de utilización, en referencia a la identificación de los períodos anuales de inyección y extracción.

### **3.2 Encaje normativo de las solicitudes de acceso planteadas en la consulta de BBG.**

Sentada la conclusión anterior en el sentido de que los contratos de acceso a instalaciones gasistas derivados de una solicitud formal de reserva de capacidad tienen, por naturaleza, una duración prolongada en el tiempo, es preciso señalar que las solicitudes de acceso a las que se refiere principalmente BBG en su consulta son *“de muy corta duración (días)”*, no teniendo *“en ningún caso por objeto el copar capacidad sino muy al contrario la de utilizar al máximo la capacidad solicitada.”*

No obstante lo anterior y a juicio de esta Comisión, se considera que las solicitudes de acceso aludidas por BBG en su consulta son directamente encuadrables en las solicitudes de reserva de capacidad y consiguientes contratos de acceso, según se regulan específicamente en el Real Decreto 949/2001.

Por tanto y en relación con la consulta principal de BBG, a juicio de esta Comisión cumple concluir que la contestación respecto de los contratos de acceso *“de muy corta duración (días)”* debe ser coincidente con la ofrecida para los contratos de duración superior a seis meses e inferior al año, sin que, atendiendo a la normativa actualmente en vigor, quepa distinción alguna en función de la concreta duración del contrato, como pretende BBG.

Ello, sin perjuicio de reiterar que la vigente configuración normativa de los contratos de acceso a instalaciones gasistas basados en una solicitud formal de reserva de capacidad determina su duración prolongada en el tiempo, con las consecuencias que más adelante se expresan.

### **3.3 Constitución de fianza en contratos de duración inferior al año.**

Con independencia de las conclusiones anteriormente sentadas con respecto al régimen jurídico de aplicación a las solicitudes de reserva de capacidad de muy corta duración – días –, BBG plantea en su consulta que, *“para aquellos contratos de duración superior a seis meses e inferior a un año, no parece procedente que la cuantía de la fianza*

*corresponda a doce meses del término fijo”, considerando BBG que “el importe del aval sea proporcional a la duración del contrato”.*

Al respecto, se considera necesario hacer alguna matización a la valoración de que la cuantía de la fianza prevista en el artículo 6.4 del Real Decreto 949/2001 resultaría aplicable a contratos de acceso basados en solicitudes de reserva de capacidad de duración igual o superior a doce meses, de modo que, en el caso de contratos de acceso de duración inferior al año, la cuantía de la fianza debería cubrir la correspondiente al periodo contractual.

A juicio de esta Comisión, la interpretación derivada de la consulta de BBG ha de llevarse a cabo en el marco de las previsiones del artículo 3 del Código Civil, en cuanto dispone que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, si bien en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

El fundamento jurídico segundo de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 15 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4709) viene a ilustrar el proceso de interpretación de las normas, en los siguientes términos:

*“**Segundo.** [...] conviene recordar, con carácter general pero básico, que en orden al conocimiento de las normas no actúan de modo separado y diferenciado la lectura y la interpretación, de modo que no hay interpretación posible sin lectura, pero tampoco es válida y jurídicamente eficiente la lectura que no implique una interpretación, porque ésta es el único medio de conocer las normas y el conjunto del Ordenamiento Jurídico. La posible diferencia entre lectura e interpretación, que nunca ha tenido una justificación plena, resultaba explicable cuando regía el principio de que las leyes o normas «literalmente» claras no necesitaban interpretación en virtud de la preferencia excluyente de la «interpretación» literal que seguía y se confundía con la simple lectura de la norma sin interpretación. Pero ese planteamiento referido a interpretación de las normas jurídicas está excluido hoy día por el artículo tres, párrafo primero del Código Civil, a cuyo tenor:*

*a) La interpretación es siempre el medio para conocer el sentido y alcance de las normas y para llevar a cabo la subsiguiente aplicación de las mismas, b) La interpretación constituye un proceso discursivo integrado por la utilización de los siguientes criterios: el sentido propio de las palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo a que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad y c) El proceso es unitario por cuanto los citados criterios han de utilizarse de un modo concurrente sin que haya una escala de prioridades, si bien se coloca el énfasis en el espíritu y finalidad de las normas como modo de determinar su sentido.”*

Asimismo, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9102), en su fundamento jurídico cuarto, delimita el alcance de la interpretación de las normas en función de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, en los siguientes términos:

*“CUARTO.- [...] esta regla contiene sólo una llamada a la profundización en el conocimiento de la realidad social para descubrir mejor el espíritu y finalidad de aquéllas, en relación con los demás elementos hermenéuticos. La misma sentencia advierte que no supone la justificación del arbitrio judicial, ni una interpretación laxa de las normas y, desde luego, excluye que se orille la aplicación de la norma vigente, al caso concreto. Es, pues, la realidad social un elemento de la interpretación de la ley que significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad. Como tal elemento de interpretación, no puede tergiversar la ley, cambiarle su sentido o darle una aplicación arbitraria.”*

En consecuencia, se considera que tratar de interpretar la norma jurídica contenida en el artículo 6.4 del Real Decreto 949/2001 como únicamente aplicable a los contratos de acceso basados en solicitudes de reserva de capacidad de duración igual o superior a doce meses, sosteniendo a continuación que, en el caso de contratos de duración inferior al año, la cuantía de la fianza deberá cubrir la correspondiente al periodo contractual, podría ir más allá del mero instituto de la interpretación de las normas, constituyendo en realidad una innovación normativa incompatible con el artículo 3 del Código Civil y su delimitación jurisprudencial.

Es decir, que por esta vía de reducción teleológica del ámbito de aplicación de la norma – en una valoración conjunta de todos los elementos hermenéuticos según lo planteado por la citada Sentencia de 18 de diciembre de 1997 – esta Comisión considera que resulta aceptable la interpretación de que las reglas contenidas en el apartado 4 del artículo 6 sólo serían de aplicación a los contratos de acceso basados en solicitudes de reserva de capacidad de duración igual o superior a doce meses, pero no extraer la regla “ex novo” de que, en los contratos de duración inferior al año, la cuantía de la fianza debería cubrir el correspondiente periodo contractual.

Así las cosas, es preciso acudir a una institución jurídica distinta a la interpretación de las normas como es la analogía, con el fin de comprobar si resulta posible la aplicación analógica de la norma de constitución de fianza contenida en el artículo 6.4 del Real Decreto 949/2001 a un supuesto específico no contemplado en dicha norma – contratos de acceso de duración inferior a doce meses, aceptando la reducción teleológica del ámbito de aplicación de la norma conforme se ha expuesto –.

Para poder proceder a la aplicación analógica de una norma, el artículo 4.1 del Código Civil exige que la norma en cuestión no contemple el supuesto específico, pero regule otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón, excluyendo de tal aplicación a las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal más allá de los supuestos comprendidos expresamente en ellas.

Al respecto, el fundamento jurídico segundo de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 10 de mayo de 1996 (RJ 1996/3871) expresa lo siguiente:

*“Resulta evidente que nos encontramos ante una laguna legal que necesariamente debe cubrirse, [...]. Se trata del claro supuesto contemplado en el art. 4.1 del CC, en donde se determina que, «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». La Jurisprudencia ha interpretado esta norma exigiendo para la aplicación de la analogía, que exista semejanza entre el supuesto de hecho no regulado y el regulado, entendiéndose que se produce esta semejanza, cuando en el primero están los elementos sobre los que descansa la regulación del*

segundo; debiendo traducirse este principio en las siguientes circunstancias: a) que la norma no contemple un supuesto específico, pero sí otro semejante; b) que entre ambos se aprecie la identidad de razón; y c) que no se trate de Leyes Penales o de leyes de ámbito excepcional.”

Junto a los elementos necesarios para poder llevar a cabo una aplicación analógica de una determinada norma, los Tribunales han delimitado la necesidad de su uso cuidadoso y excepcional, tal y como ilustra el fundamento jurídico segundo de la Sentencia 351/1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 10 de marzo de 1997:

*“Teniendo en cuenta que el transcrito art. 30 es una regla de carácter especial, resulta evidente que el ámbito de su «ratio» está limitado por su especialidad, no pudiendo exceder de él mediante el artificio de la analogía. Por otra parte, la analogía consiste en una operación jurídica muy delicada que exige medida, ponderación, meditado y cuidado uso, como afirma el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 14 julio 1988, estando totalmente proscrita la analogía «in malam partem».”*

En el presente caso, esta Comisión considera que una aplicación analógica del artículo 6.4 a los contratos de acceso basados en solicitudes de reserva de capacidad cuya duración es inferior a doce meses – en el sentido interesado por BBG en su consulta de que a los solicitantes de acceso se les exija la constitución de una fianza cuya cuantía cubra el correspondiente periodo contractual y con independencia de que la duración sea superior o inferior a seis meses, como ya queda dicho –, incluiría además la necesidad de entender modificada la regla de restitución de la fianza y la regla relativa a la comprobación de la capacidad realmente utilizada.

Por un lado, el artículo 6.4 dispone que la fianza será restituida al solicitante transcurrido un año a partir del inicio del suministro, regla que carecería de sentido si el contrato es de duración inferior, de modo que habría de entenderse analógicamente que la fianza debería restituirse a lo más tardar a la finalización del contrato.

Por otro lado, el artículo 6.4 establece que si transcurridos seis meses desde la fecha prevista en el contrato para el inicio del suministro la capacidad realmente utilizada es inferior al 80% de la establecida en el contrato, las cantidades contratadas se disminuirán automáticamente en el porcentaje no utilizado, perdiendo el solicitante la parte correspondiente de la fianza constituida. Si se hiciese una aplicación analógica de esta previsión a los contratos de duración inferior a doce meses, habría de reducirse proporcionalmente el plazo previsto de comprobación, con el fin de dotar de congruencia a la misma.

Junto a las anteriores complicaciones derivadas de la aplicación analógica de la norma, debe además considerarse en el presente análisis que la disposición en cuestión no deja de incorporar un evidente gravamen al solicitante de reserva de capacidad para aquellos contratos de duración igual o superior a doce meses, como es la necesidad de constituir una fianza a favor del titular de la instalación, de tal modo que la extensión por analogía a aquellos contratos de duración inferior a doce meses podría incurrir en la prohibición de aplicación analógica establecida en el artículo 4.2 del Código Civil con respecto a las leyes penales. Esta posibilidad debe sopesarse jurídicamente con claro carácter restrictivo, a la luz de las resoluciones judiciales que se han citado con carácter meramente ilustrativo y en virtud de la doctrina de proscripción de la analogía “*in malam partem*”.

En conclusión, se estima que también aparecen inconvenientes jurídicos para considerar por vía de aplicación analógica del artículo 6.4 en cuestión que, en los contratos de acceso a instalaciones gasistas basados en solicitudes de reserva de capacidad de duración inferior a doce meses, debe constituirse una fianza correspondiente al periodo contractual concreto.

En virtud de ello, y de forma coincidente con la conclusión expresada en el presente informe con respecto a la posibilidad de interpretación de la norma, se considera que la vía procedente para llegar a una solución aplicable a la fianza de contratos de acceso basados en solicitudes de reserva de capacidad con duración inferior a doce meses – incluyendo también unas reglas específicas sobre restitución de la fianza y disminución

automática de la capacidad reservada en función de la realmente utilizada con pérdida de la parte correspondiente de la fianza constituida – sería una modificación normativa.

Al respecto, se señala que ya en el escrito aprobado por el Consejo de la CNE en su sesión de 8 de julio de 2004, en contestación a la consulta de ENAGAS relativa a la firmeza de los contratos de acceso de terceros a las instalaciones gasistas, se afirmaba que la redacción propuesta respecto a la contabilización de la capacidad utilizada *“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”*.

Por otra parte, se debe indicar que actualmente la CNE se encuentra desarrollando una propuesta de mejora normativa en la regulación de las fianzas relativas a la contratación del acceso de terceros a las instalaciones del sistema gasista.

Hasta que se produzca esta modificación normativa, resulta jurídicamente posible sostener que, por vía de reducción teleológica del ámbito de aplicación de la norma, las reglas contenidas en el apartado 4 del artículo 6 del Real Decreto 949/2001 sólo serían de aplicación a los contratos de acceso basados en solicitudes de reserva de capacidad de duración igual o superior a doce meses.

#### **4 CONCLUSIONES**

De lo desarrollado en los apartados anteriores, se concluye que los contratos de duración inferior a un año no requieren la constitución de fianza a favor del titular de la instalación.