



Comisión

Nacional

de Energía

**RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL
DE ENERGÍA EN EL PROCEDIMIENTO
SOBRE CONFLICTO DE ACCESO A
INSTALACIONES GASISTAS C.A.T.R.
20/2002, INSTADO POR CEPSA GAS
COMERCIALIZADORA, S.A. CONTRA
ENAGAS, S.A.**

**RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA EN EL
PROCEDIMIENTO SOBRE CONFLICTO DE ACCESO A
INSTALACIONES GASISTAS C.A.T.R. 20/2002, INSTADO POR
CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A. CONTRA ENAGAS, S.A.**

ANTECEDENTES DE HECHO

- I. Con fecha de 22 de noviembre de 2002 tiene entrada en esta Comisión escrito remitido por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A. por el que insta conflicto de acceso frente a ENAGAS, S.A. en relación con la denegación de las peticiones de acceso y reserva de capacidad de regasificación a corto plazo solicitadas por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA.

En este escrito CEPSA GAS COMERCIALIZADORA manifiesta que con fecha de 9 de octubre de 2002 presentó ante ENAGAS dos solicitudes de reserva de capacidad de regasificación. La primera solicitud de acceso era para una capacidad de kWh/día y la segunda para una capacidad de kWh/día. En ambos casos se indicaba que la fecha de inicio del contrato sería el día y el plazo de duración de 23 meses. La infraestructura para la que se efectuaban las dos solicitudes era la planta de regasificación de Barcelona o cualquiera de las otras dos plantas: Cartagena o Huelva. Según expone CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, la capacidad requerida en ambas solicitudes se corresponde con volúmenes de suministro de gas natural contratados por

CEPSA GAS COMERCIALIZADORA con clientes que consumían anteriormente gas del mercado regulado.

Tal y como señala CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, ENAGAS deniega las dos solicitudes mediante escrito de fecha 23 de octubre de 2002, argumentando que no existe capacidad disponible para la contratación a corto plazo, y sin ofrecer ninguna alternativa viable.

En su escrito CEPSA GAS COMERCIALIZADORA sostiene, en primer lugar, que procede la acumulación de la denegación de ambas solicitudes en tanto que las partes y las causas de pedir son las mismas, las solicitudes se refieren a las mismas plantas de regasificación y los motivos de denegación son idénticos. Además, ENAGAS resume en un solo escrito la denegación de las dos solicitudes. En segundo lugar, CEPSA GAS COMERCIALIZADORA manifiesta que los clientes a los que se refieren las solicitudes proceden del mercado regulado y, por lo tanto, no puede haber un problema de capacidad ya que dichos clientes estaban consumiendo gas con anterioridad, siendo atendidos precisamente por ENAGAS.

Según CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, la única razón por la que ENAGAS podría alegar una supuesta falta de capacidad está motivada por la aplicación del denominado “contrato de deslizamiento” suscrito entre ENAGAS y GAS NATURAL COMERCIALIZADORA. Continúa señalando que por medio de este contrato, la capacidad correspondiente a los clientes que pasan del mercado regulado al mercado libre se transfiere de manera automática a favor de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, aun en el supuesto de que los clientes los haya captado otra empresa comercializadora distinta. En consecuencia, la capacidad de regasificación correspondiente a estos clientes no puede ser utilizada por la empresa comercializadora que haya captado a dichos clientes, sino que queda automáticamente transferida a un tercero (GAS NATURAL

COMERCIALIZADORA) que no ha realizado el esfuerzo comercial de captar a esos clientes, ni les va a suministrar.

En cuanto al “contrato de deslizamiento”, CEPESA GAS COMERCIALIZADORA hace referencia a las consideraciones que la CNE ha efectuado sobre el mismo con ocasión del conflicto de acceso CATR 4/2002, en el cual la Comisión manifestaba que este mecanismo de reserva de capacidad confería a GAS NATURAL COMERCIALIZADORA la prioridad para reservar de antemano una capacidad, que debería quedar liberada y puesta a disposición de la comercializadora que hubiera captado al cliente del mercado regulado. Insiste CEPESA GAS COMERCIALIZADORA en que a pesar del pronunciamiento de la CNE al respecto, ENAGAS sigue poniendo a disposición de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA la capacidad de todo cliente que pasa del mercado regulado al mercado libre, con independencia de que la empresa comercializadora con la que haya contratado el suministro ese cliente sea una empresa distinta de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA.

En síntesis, CEPESA GAS COMERCIALIZADORA reitera que la capacidad de regasificación que está solicitando no es una capacidad adicional en las infraestructuras de ENAGAS sino la asignación de la capacidad ya existente, que resulta necesaria para que la comercializadora pueda suministrar a los clientes que ha captado y que venían del mercado regulado. Por lo tanto considera que, siempre y cuando las capacidades existentes no se asignen automáticamente a favor de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, existe capacidad para atender las solicitudes efectuadas, no pudiendo ENAGAS desestimarlas ya que en tal caso contraviene frontalmente el artículo 8 del Real Decreto 949/2001, el principio “use it or lose it” y la Resolución CATR 4/2002 de la CNE.

- II. El Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión celebrada el 27 de noviembre de 2002, acuerda la iniciación del procedimiento administrativo para la tramitación del citado conflicto y, en la misma sesión, acuerda, igualmente, designar al Subdirector del Régimen de Competencia de la Dirección de Regulación y Competencia de la CNE como instructor del procedimiento.

- III. Con fecha de 5 de diciembre de 2002, fue remitida por el órgano instructor a CEPSA GAS COMERCIALIZADORA y a ENAGAS la comunicación referida en 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, haciendo constar el procedimiento aplicable, el plazo para resolver y los efectos del silencio administrativo, adjuntando copia del escrito remitido por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA para alegaciones de ENAGAS, asignando al expediente la referencia CATR 20/2002.

Asimismo, como acto de instrucción necesario para la tramitación del procedimiento, y de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el órgano instructor requiere a ENAGAS para que remita a esta Comisión, en el plazo de diez días hábiles, el informe de viabilidad y posibles alternativas respecto de las peticiones de acceso de CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, y otra información relativa a los datos de capacidad de regasificación.

- IV. Con fecha 18 de diciembre de 2002, tiene entrada en la CNE escrito de ENAGAS, en respuesta al escrito del órgano instructor de fecha 5 de diciembre de 2002.

En su escrito ENAGAS manifiesta que los datos relativos a la capacidad de sus instalaciones actualmente publicados, son los mismos que fueron remitidos a la

CNE en el marco de los CATR 7, 10 y 12/2002, sin que se hayan producido modificaciones o circunstancias relevantes que deban ser señaladas.

En referencia al informe de viabilidad, ENAGAS expone que, al no existir capacidad para otorgar el acceso ni en la planta de Barcelona ni en las de Cartagena y Huelva, el Gestor no emite informe de viabilidad ya que no hay incidencia alguna de la solicitud en el sistema gasista, además, señala que al tratarse de un acceso a corto plazo, tampoco hay posibilidad de ofrecer alternativas que requieran la construcción de nuevas infraestructuras.

Por último, solicita a la CNE que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, antes de la redacción de la propuesta de resolución, se ponga de manifiesto el expediente a ENAGAS con el fin de formular las alegaciones que estime pertinentes.

- V. Con fecha de 23 de diciembre de 2002, el órgano instructor del procedimiento remite escritos a CEPSA GAS COMERCIALIZADORA y a ENAGAS por los que, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se pone de manifiesto el expediente a las partes como interesados en el procedimiento, por un periodo de diez días a contar desde el siguiente al de la recepción de la notificación, a fin de que puedan examinar el mismo, presentar los documentos y justificaciones que estimen oportunos y formular las alegaciones que convengan a su derecho.
- VI. Con fecha 7 de enero de 2003 se han recibido en la CNE las alegaciones realizadas por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A. en trámite de audiencia, señalando que ENAGAS no ha aportado documentación alguna que desvirtúe las alegaciones planteadas por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A. en la medida en que todos los clientes a los que se refieren las solicitudes

en conflicto proceden del mercado regulado, y por lo tanto, al haber consumido gas en el citado mercado *“resulta imposible que exista un problema de falta de capacidad en las plantas de ENAGAS,S.A. para poder aceptar nuestras solicitudes, debiendo necesariamente disponer las mencionadas plantas de la capacidad ahora denegada a esta parte.”* Continúa especificando que *“si la capacidad necesaria de las plantas de ENAGAS, S.A. existía- y evidentemente dicha capacidad no desaparece por el hecho de que una empresa comercializadora capte a dichos clientes para el mercado liberalizado- no puede ser cierto que hubiese un problema de falta de capacidad en las instalaciones de ENAGAS, S.A., por lo que, no siendo cierto el único motivo alegado por ENAGAS, S.A. para desestimar nuestra solicitud, corresponde en Derecho la estimación de la misma.”*

Considera que en el caso de que la supuesta falta de capacidad alegada por ENAGAS, S.A. obedezca a la aplicación del contrato de “deslizamiento”, suscrito con GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., la conclusión sería la misma: *“sí existe capacidad en las instalaciones de ENAGAS,S.A. para poder atender las solicitudes de CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A., siempre y cuando, claro está, las capacidades correspondientes se distribuyan de acuerdo con los principios de objetividad, transparencia y no discriminación, y no aplicando un mecanismo del que siempre se beneficia exclusivamente un tercer comercializador (GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A.) que produce disfunciones y anomalías en el mercado (ya que favorece la existencia de capacidades ociosas), que supone un obstáculo para la liberalización y la competencia efectivas en el sector del gas natural (dado que se impide que las comercializadoras puedan seguir ejerciendo su actividad por falta de capacidad), que favorece el hecho de que los clientes que pasan del mercado regulado al libre se vean forzados a tener que contratar con GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A. (al no tener actualmente las demás empresas*

comercializadoras capacidad adicional para poder atenderles) y que contraviene formalmente la resolución CATR 4/2002 de la CNE.”

Considera que el mecanismo del contrato de deslizamiento supone que ENAGAS, gestor técnico del sistema, *“no sería la titular real de las capacidades que ella misma necesita en sus propias plantas para poder atender el mercado regulado, sino que la verdadera titular de esas capacidades- a nuestro juicio de modo claramente contrario a la legalidad- una empresa comercializadora concreta y determinada”*.

Por último, insiste en que ENAGAS no ofreció alternativa viable de ningún tipo, hecho que ha sido reconocido por ENAGAS en su escrito de fecha 18 de diciembre de 2002, aunque los informes de viabilidad y la evaluación de la prestación del servicio en las propias instalaciones son informes de carácter preceptivo según el artículo 5 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto.

- VII. Con fecha 9 de enero de 2003 tiene entrada en la CNE escrito de alegaciones de ENAGAS. La primera de ellas se refiere a la capacidad disponible. Ante las solicitudes de CEPASA GAS COMERCIALIZADORA, ENAGAS justificó su denegación en el supuesto previsto en el artículo 8 del Real Decreto 949/2001, por falta de capacidad disponible durante el periodo contractual propuesto por CEPASA GAS COMERCIALIZADORA. Esta denegación se considera totalmente justificada por ENAGAS a la vista de la información publicada en la página web de ENAGAS, sustentada por los contratos de ATR firmados hasta la fecha, disponiendo la CNE de copia de todos ellos. Considera ENAGAS que, con independencia de la consideración de CEPASA GAS COMERCIALIZADORA en relación con dichos contratos, éstos son compromisos firmes que ha de respetar. Así, la justificación de la denegación está totalmente justificada, tanto en el momento en que se realizó como en la actualidad.

En segundo lugar, ENAGAS se refiere a las alusiones que realiza CEPSA GAS COMERCIALIZADORA en relación con la Resolución de la CNE sobre los CATR 4/2002 y CATR 7,10 Y 12/2002. Argumenta ENAGAS que CEPSA GAS COMERCIALIZADORA fundamenta sus solicitudes en la Resolución de la CNE relativa al CATR 4/2002, en la que la CNE plantea una posible liberación de la capacidad que en la actualidad está siendo utilizada por ENAGAS para el mercado regulado y que podría ir destinada, sucesivamente, a las comercializadoras que fueran captando a los clientes del mercado regulado.

Manifiesta ENAGAS que los clientes aludidos por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA en su solicitud son en la actualidad clientes del mercado liberalizado, que están siendo suministrados por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, con independencia de que anteriormente pertenecieran al mercado regulado. La reserva de capacidad en las instalaciones de ENAGAS para el suministro a estos clientes es la que ya está siendo utilizada por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA en virtud de los contratos de ATR que tiene en vigor con ENAGAS en la actualidad.

Considera ENAGAS que CEPSA GAS COMERCIALIZADORA lleva a cabo una interpretación equivocada de la citada Resolución, ampliando injustificadamente su ámbito de aplicación, que se confirma en la Resolución del CATR 7,10 y 12/2002 acumulados. ENAGAS entiende que la consideración de la CNE supone que la liberación de capacidad, se hace a favor de aquellas comercializadoras que capten clientes del mercado regulado, lo que no aplica en este caso, por tratarse de una capacidad solicitada por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA para sus clientes actuales, a los que está suministrando en virtud de dos contratos firmados con ENAGAS de fecha 23 de octubre de 2001, en vigor actualmente, y que finalizan en septiembre y diciembre de 2003.

Como primera conclusión, manifiesta ENAGAS que CEPSA GAS COMERCIALIZADORA hace una invocación equivocada de la Resolución CATR 4/2002, en la medida en que el supuesto planteado por CEPSA en este recurso no se ajusta a lo establecido en la misma, *“y por tanto debe considerarse como una duplicidad de capacidad respecto de la ya contratada y en vigor, con ENAGAS en octubre de 2001”*.

Además, manifiesta que la Resolución de 31 de octubre no es firme ya que ha sido recurrida por ENAGAS, ante el Ministro de Economía, estando pendiente la resolución del recurso.

En tercer lugar se refiere ENAGAS al contrato de 27 de julio de 2001 entre ENAGAS y GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A. Considera ENAGAS que este recurso no es el marco apropiado en el que haya de discutirse la conformidad del citado contrato, haciendo, no obstante, las siguientes consideraciones: CEPSA GAS COMERCIALIZADORA parece considerar que tras dictarse la Resolución del CATR 4/2002 el contrato de “deslizamiento” se anula automáticamente y en consecuencia, surge de forma automática una capacidad que puede asignarse a otros operadores, presupuesto que ENAGAS considera equivocado, puesto que ninguna de las Resoluciones aludidas ha producido la anulación del citado contrato. Por otro lado, hace constar que en el procedimiento del CATR 7,10 y 12 acumulados, la CNE analizó en profundidad dicho contrato, determinando que “ la problemática que presenta este contrato no es objeto del presente conflicto en la medida que las reservas de capacidad solicitadas se refieren a clientes existentes”, sin perjuicio de la remisión del contrato al Servicio de Defensa de la Competencia por parte de la CNE.

Así, como segunda conclusión, considera ENAGAS que no se ha producido liberación de capacidad de manera automática como consecuencia de las Resoluciones anteriores. Manifiesta que la liberación aludida por CEPSA GAS

COMERCIALIZADORA requeriría, como mínimo, y en su caso, resolución expresa del Servicio de Defensa de la Competencia o la adopción, según la CNE, de otras medidas regulatorias que considere oportunas.

La última de las alegaciones de ENAGAS pone de manifiesto la situación actual del sistema gasista, manifestando que existe falta de capacidad no sólo en la planta solicitada por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, sino también en el resto, como refleja ENAGAS en la información remitida. Según las perspectivas de ENAGAS, la capacidad de contratación a corto plazo de nuevas capacidades no comienza a aparecer de forma significativa hasta principios del 2004, por lo que *“ el sistema gasista español, a corto plazo, se encuentra, si no totalmente utilizado, si al menos, totalmente contratado”*.

Finalmente, manifiesta el Real Decreto 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, en su Disposición Transitoria 10ª prevé medidas excepcionales para evitar capacidades ociosas en el sistema, por lo que en los próximos meses podría producirse la reducción de la capacidad actualmente contratada, liberándose capacidades destinadas preferentemente a cubrir solicitudes de acceso que se realicen para garantizar la continuidad de los contratos de acceso en la actualidad vigentes. Como consecuencia de lo anterior, la última conclusión de ENAGAS supone que la resolución del presente conflicto debe quedar enmarcada dentro del ámbito de las medidas generales establecidas por el citado Real Decreto 1434/2002 para dotar de capacidad al sistema gasista.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCESALES

I. Competencia de la Comisión Nacional de Energía para resolver el presente procedimiento

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos atribuye a la Comisión Nacional de Energía, en su Disposición Adicional Undécima. Tercero.1 Decimotercera la función de *“resolver los conflictos que le sean planteados respecto de los contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y, en su caso, distribución, en los términos que reglamentariamente se establezcan”*.

Esta función se desarrolla reglamentariamente en los artículos 14 a 16 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, estableciendo estos preceptos, las características y trámites inexcusables del procedimiento que han de seguirse, así como los plazos en que ha de sustanciarse.

Dentro de la Comisión Nacional de Energía 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 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, y en lo no previsto en dichos preceptos, es de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a cuyos principios remite expresamente el artículo 14.1, y a tenor del artículo 2.2 de la propia Ley 30/1992, y de la Disposición Adicional Undécima. Primero, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

La presente Resolución no agota la vía administrativa, pudiendo interponerse contra la misma recurso de alzada ante el Ministro de Economía, según lo establecido en la Disposición Adicional Undécima.Tercero.5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en el plazo de un mes a contar desde su notificación.

FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

III. Sobre el derecho de acceso de terceros a la red de transporte y distribución

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, establece el marco normativo de este derecho. La configuración jurídica del derecho de acceso en la propia Ley se desprende de las prescripciones contenidas en los artículos 60.4 y, tratándose en este caso de acceso a redes de transporte, 70 de la Ley de Hidrocarburos:

- a) Conforme al texto del artículo 60.4, *“Se garantiza el acceso de terceros a las instalaciones de la red básica y a las instalaciones de transporte y distribución en las condiciones técnicas y económicas establecidas en la presente Ley”*.
- b) En coherencia con dicha configuración legal, el artículo 70 define en su apartado 1, en los términos más amplios los sujetos que son titulares del derecho de acceso, en su apartado 2 establece que reglamentariamente se regularán las condiciones, y define en su apartado 3 y 4 los límites materiales del mismo:

“1. Los titulares de las instalaciones deberán permitir la utilización de las mismas a los consumidores cualificados, a los comercializadores y a los transportistas que cumplan las condiciones exigidas, mediante la contratación separada o conjunta de los servicios de transporte, regasificación y almacenamiento, sobre la base de principios de no discriminación, transparencia y objetividad. El precio por el uso de las redes de transporte vendrá determinado por los peajes reglamentariamente aprobados.

2. Reglamentariamente se regularán las condiciones de acceso de terceros a las instalaciones, las obligaciones y derechos de los titulares de las instalaciones relacionadas con el acceso de terceros, así como las de los consumidores cualificados, comercializadores y transportistas. Asimismo, se definirá el contenido mínimo de los contratos.

3. Podrá denegarse el acceso a la red en caso de insuficiente capacidad o cuando el acceso a la red impidiera cumplir las obligaciones de suministro que se hubieran impuesto o debido a dificultades económicas y financieras graves que pudieran derivarse de la ejecución de los contratos de compra obligatoria, en las condiciones y con el procedimiento que

reglamentariamente se establezca siguiendo los criterios de la legislación uniforme comunitaria que se dispongan.

- 4. Podrá, asimismo, previa conformidad de la Comisión Nacional de Energía, denegarse el acceso a la red, cuando la empresa suministradora de gas, directamente o por medio de acuerdos con otras empresas suministradoras, o aquéllas a las que cualquiera de ellas esté vinculada, radique en un país en el que no estén reconocidos derechos análogos y se considere que puede resultar una alteración del principio de reciprocidad para las empresas a las que se requiere el acceso, ello sin perjuicio de los criterios a seguir respecto de empresas de Estados miembros de la Unión Europea conforme a la legislación uniforme en la materia que ésta establezca.”*

Tal y como se recoge en este precepto normativo, el derecho de acceso a redes legalmente reconocido puede verse limitado en su ejercicio cuando concurra alguna de las causas tipificadas de denegación previstas en la Ley, habiendo sido alegada por ENAGAS en el presente conflicto interpuesto por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, la causa de denegación referida en el apartado 3 del artículo 70 arriba citado.

En la redacción anterior a su modificación a través del Real Decreto 1434/2002, el artículo 8 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, establecía las causas de denegación del acceso de terceros a las instalaciones gasistas en los siguientes términos:

“Podrá denegarse el acceso de terceros a las instalaciones únicamente cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

- a. La falta de capacidad disponible durante el período contractual propuesto por el contratante. La denegación del acceso deberá justificarse dando*

prioridad de acceso a las reservas de capacidad relativas a los suministros de gas natural con destino a consumidores que se suministren en régimen de tarifas en firme.

No podrá denegarse el acceso al sistema de transporte y distribución, bajo este supuesto, para el suministro a un consumidor que se encuentre, en el momento de la solicitud, consumiendo gas natural en las cantidades solicitadas. Este derecho de acceso no estará vinculado a la capacidad de entrada de gas al sistema.

- b. Previa conformidad de la Comisión Nacional de Energía, cuando la empresa suministradora de gas, directamente o por medio de acuerdos con otras empresas suministradoras, o aquellas a las que cualquiera de ellas esté vinculada, radiquen en un país en el que no estén reconocidos derechos análogos y se considere que pueda resultar una alteración del principio de reciprocidad para las empresas a las que se requiere el acceso, ello sin perjuicio de los criterios a seguir respecto de empresas de Estados miembros de la Unión Europea conforme a la legislación uniforme en la materia que ésta establezca.*
- c. Cuando existan dificultades económicas y financieras graves que pudieran derivarse de la ejecución de los contratos de compra garantizada, en las condiciones establecidas en el artículo siguiente.”*

No obstante, como ya se ha señalado, la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 1434/2002 ha modificado la redacción del apartado a) del artículo 8, que queda de la siguiente forma:

“a) La falta de capacidad disponible durante el periodo contractual propuesto por el contratante.

Para la aplicación de este supuesto deberán tenerse en cuenta los siguientes criterios:

1.º Siempre que el solicitante disponga de capacidad de entrada al sistema suficiente para atender el nuevo suministro, no se podrá denegar el acceso al sistema de transporte y distribución por falta de capacidad cuando se refiera a un suministro existente que se encuentre consumiendo gas natural en las cantidades solicitadas.

2.º En el caso de instalaciones de acceso al sistema: plantas de regasificación y gasoductos internacionales, el propietario de la instalación correspondiente, antes de denegar la petición de acceso, deberá comunicar a todos los sujetos con los que tenga contrato de acceso en vigor la posibilidad de modificación a la baja de la capacidad contratada en los contratos vigentes hasta cubrir la capacidad solicitada. Dicha modificación no supondrá en ningún caso posibles costes o penalizaciones que pudieran contener los contratos para la reducción de capacidad de acceso de entrada al sistema.

En cualquier caso, antes de denegar la capacidad de acceso, el propietario de la instalación solicitará informe al Gestor Técnico del Sistema sobre la posibilidad de acceso al sistema a través de otra instalación de entrada, que en caso de existir será comunicada al solicitante.

3.º La denegación del acceso deberá justificarse dando prioridad de acceso a las reservas de capacidad relativas a los suministros de gas natural con destino a consumidores que se suministren en régimen de tarifas en firme.”

IV. Sobre la justificación de la denegación de acceso en base a la ausencia de capacidad disponible: aplicabilidad del artículo 8 a) del Real Decreto 949/2001

Las peticiones de acceso sobre las que versa el presente conflicto así como el inicio del procedimiento se producen con anterioridad a la entrada en vigor de la

nueva redacción del artículo 8 a) del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, si bien la resolución del procedimiento tiene lugar una vez la misma ya ha entrado en vigor, por lo que procede plantearse cuál ha de ser el derecho aplicable a este caso.

No obstante, y según se desprende del expediente, en el presente conflicto se da la peculiaridad de que los clientes para los que solicita CEPSA GAS COMERCIALIZADORA la capacidad de acceso ya son clientes que están recibiendo el suministro de dicha sociedad, pues en la propia petición de acceso se señala que la capacidad solicitada corresponde a los volúmenes de suministro de gas natural contratados por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A. durante el periodo febrero 2002-octubre 2002, con clientes que previamente consumían gas del mercado regulado, debiendo por ello entenderse que cuando dice previamente se refiere al momento anterior a febrero de 2002.

En consecuencia, solicita una capacidad para el suministro a esos clientes, adicional a la que ya dispone a través de los contratos que tiene firmados con ENAGAS con fecha de 23 de octubre de 2001, y que ha utilizado para suministrar precisamente a esos clientes ya desde febrero de 2002, argumentando que debería asignarse ahora a CEPSA GAS COMERCIALIZADORA la capacidad asociada al suministro a esos clientes provenientes en febrero de 2002 del mercado regulado, con arreglo a las consideraciones de la CNE en el CATR 4/2002 en relación con la prioridad concedida al contrato deslizante, el principio de “use it or lose it” y el artículo 8 a) del Real Decreto 949/2001. En suma, CEPSA GAS COMERCIALIZADORA solicita que de manera retroactiva se le concedan ahora capacidades asociadas a los clientes que hace unos meses captó del mercado regulado, cuando ya dispone de capacidad para suministrarles en la actualidad.

Se trata por tanto de un caso peculiar, al que no sería de aplicación el artículo 8 a) en la antigua redacción e interpretación realizada por la CNE en los conflictos de acceso acumulados CATR 7,10 y 12/2002, pues los clientes ya están siendo suministrados por CEPASA GAS COMERCIALIZADORA utilizando capacidad de acceso que tiene contratada con ENAGAS. Caso distinto sería que hubiese realizado la solicitud de acceso para el suministro a otros clientes distintos de aquellos a los que ahora suministra, ya fuera provenientes en este momento del mercado regulado o captados a otra comercializadora, o que la solicitud de acceso se hubiese realizado para el momento en que hubiese perdido la capacidad de acceso que estaba utilizando hasta ahora para atender a dichos clientes, algo que no ocurre hasta finales de agosto de 2004.

Si se concediera la petición que se examina en este asunto se produciría una duplicación de las capacidades, abriendo la vía para que todas las comercializadoras que ya disponen de capacidad y la están empleando para el suministro a clientes que captaron del mercado regulado, la soliciten nuevamente, sin disponer necesariamente de clientes adicionales a los que ofrecer el suministro con la capacidad sobrante, y sin que llegue a acreditarse ni alegarse riesgo de interrupción del suministro a dichos clientes si no se atiende la capacidad de acceso solicitada.

Por ello, la solución al presente asunto debería ser la misma tanto si consideramos de aplicación el artículo 8 a) en su antigua redacción y con arreglo a la interpretación de la CNE o el artículo 8 a) en su nueva redacción, pues estamos ante peticiones de acceso relativas a clientes que ya están siendo suministrados por CEPASA GAS COMERCIALIZADORA, usando la capacidad de entrada al sistema que tiene contratada con ENAGAS y cuyo suministro para el periodo solicitado no depende de nuevas capacidades de acceso diferentes a las ya contratadas.

Por último, y en relación con el otro motivo alegado por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA en su escrito de conflicto, en relación con el contrato de 27 de julio entre ENAGAS y GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, y las consideraciones realizadas por la CNE en su resolución en el conflicto CATR 4/2002, cabe señalar que la CNE ha ejercido respecto a ese contrato la función atribuida en la Duodécima de la Adicional Undécima.Tercero.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, remitiéndolo al Servicio de Defensa de la Competencia acompañado de un dictamen no vinculante sobre el mismo y la calificación que le merece.

Una vez descartada la posibilidad de adjudicar, atendiendo a la aplicación del artículo 8 a), capacidad de acceso a CEPSA GAS COMERCIALIZADORA que se obtenga de la capacidad contratada por otras comercializadoras a las que se capte el cliente, por tratarse de peticiones realizadas para el suministro a clientes que ya están siendo suministrados por la propia CEPSA GAS COMERCIALIZADORA empleando capacidad de entrada que tiene contratada con ENAGAS y no haberse alegado siquiera el riesgo de interrupción de dichos suministros, debe considerarse la solicitud de capacidad atendiendo a la existencia o no de capacidad de regasificación en el sistema, cualquiera que fuere el destino o uso de dicha capacidad. Por ello, procede examinar los datos remitidos por la sociedad ENAGAS en el sentido de inexistencia de capacidad para concluir si las peticiones realizadas pueden ser o no adjudicadas atendiendo a la existencia de capacidad de regasificación que no haya sido contratada, examen que se realiza en el apartado siguiente.

V. Sobre el examen de la existencia o no de capacidad disponible en las instalaciones de regasificación de ENAGAS

Para estudiar la concurrencia del motivo de ausencia de capacidad disponible esgrimido por ENAGAS para denegar las peticiones de acceso realizadas, es necesario analizar los datos de capacidad de las instalaciones a las que se solicita el acceso y ponerlos en correlación con los periodos y las cantidades solicitadas por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA.

En cuanto a las peticiones de acceso realizadas, CEPSA GAS COMERCIALIZADORA remitió a ENAGAS el 9 de octubre de 2002 dos solicitudes de reserva de capacidad de regasificación a corto plazo. La primera solicitud de acceso era para una capacidad de kWh/día, y la segunda para una capacidad de kWh/día. En ambos casos la fecha de inicio del contrato se fijaba para el día y el plazo de duración de 23 meses. La infraestructura para la que se efectuaban las dos solicitudes era la planta de regasificación de Barcelona o cualquiera de las otras dos plantas: Cartagena o Huelva.

Con fecha 18 de diciembre de 2002 tiene entrada en la CNE escrito de ENAGAS en respuesta a la solicitud de la Comisión de fecha 5 de diciembre de 2002, y manifiesta que los datos de capacidad son los mismos que fueron remitidos a la CNE en el marco de los CATR 7,10 y 12/2002, sin que se hayan producido modificaciones de dichos datos o circunstancias relevantes a señalar.

La CNE ha tomado en consideración igualmente los datos de capacidad que figuran en la actualidad en la página web de ENAGAS, actualizados con posterioridad a aquella petición, que presentan algunas ligeras diferencias respecto a aquellos.

En los cuadros siguientes se reproduce la referida información relativa a los datos de capacidad que figura en la citada página web, correspondiente a 2003 y 2004:

Tabla 1: Contratación de la capacidad de regasificación en la planta de Barcelona

Mm ³ (n)/día	PLANTA DE BARCELONA							
	AÑO 2003				AÑO 2004			
	1T	2T	3T	4T	1T	2T	3T	4T
Capacidad total nominal	31,80	31,80	31,80	31,80	31,80	31,80	31,80	31,80
Capacidad máxima de descarga	20,00	20,00	25,00	25,00	25,00	25,00	25,00	25,00
Capacidad contratada total	28,74	28,74	28,74	26,96	28,43	22,68	22,62	20,50
Contratos a largo (>= a 2 años)	21,75	21,75	21,75	23,25	26,25	20,50	20,50	20,50
Contratos a corto (< de 2 años)	6,99	6,99	6,99	3,71	2,18	2,18	2,12	0,00
Disponible para contratar(1)	-8,74	-8,74	-3,74	-1,96	-3,43	2,32	2,38	4,50
Contratos a corto actuales ya vencidos (2)	0,00	0,00	0,00	0,10	2,63	2,63	2,69	3,81

- (1) En los casos en los que este valor es negativo, ENAGAS dispone de posibilidades de restricción del servicio, previstas en diferentes contratos, en cuantía suficiente para compensar dicho valor negativo.
- (2) Capacidad reservada en virtud de contratos a corto plazo, actualmente vigentes, que habrán vencido en el trimestre de referencia y que, en consecuencia, está computada en la capacidad disponible para contratar.

Tabla 2: Contratación de la capacidad de regasificación en la planta de Huelva

Mm ³ (n)/día	PLANTA DE HUELVA							
	AÑO 2003				AÑO 2004			
	1T	2T	3T	4T	1T	2T	3T	4T
Capacidad total nominal	10,80	10,80	10,80	10,80	10,80	21,60	21,60	21,60
Capacidad máxima de emisión	10,20	10,20	10,20	10,20	10,20	21,60	21,60	21,60
Capacidad contratada total	10,72	10,72	10,72	10,72	9,05	18,10	19,59	19,59
Contratos a largo (>= a 2 años)	7,20	7,20	7,20	7,20	7,76	18,10	19,59	19,59
Contratos a corto (< de 2 años)	3,52	3,52	3,52	3,52	1,29	0,00	0,00	0,00
Disponible para contratar(1)	-0,52	-0,52	-0,52	-0,52	1,15	3,50	2,01	2,01
Contratos a corto actuales ya vencidos (2)	0,00	0,00	0,00	0,00	2,13	2,13	2,13	2,13

- (1) En los casos en los que este valor es negativo, ENAGAS dispone de posibilidades de restricción del servicio, previstas en diferentes contratos, en cuantía suficiente para compensar dicho valor negativo.
- (2) Capacidad reservada en virtud de contratos a corto plazo, actualmente vigentes, que habrán vencido en el trimestre de referencia y que, en consecuencia, está computada en la capacidad disponible para contratar.

Tabla 3: Contratación de la capacidad de regasificación en la planta de Cartagena

Mm ³ (n)/día	PLANTA DE CARTAGENA							
	AÑO 2003				AÑO 2004			
	1T	2T	3T	4T	1T	2T	3T	4T
Capacidad total nominal	14,40	14,40	14,40	14,40	14,40	14,40	18,00	18,00
Capacidad contratada total	14,77	14,77	14,77	14,80	12,74	12,74	15,99	15,99
Contratos a largo (>= a 2 años)	12,70	12,70	12,70	12,73	12,74	12,74	15,99	15,99
Contratos a corto (< de 2 años)	2,07	2,07	2,07	2,07	0,00	0,00	0,00	0,00
Disponible para contratar(1)	-0,37	-0,37	0,37	-0,40	1,66	1,66	2,01	2,01
Contratos a corto actuales ya vencidos (2)	0,00	0,00	0,00	0,00	2,07	2,07	2,07	2,07

- (1) En los casos en los que este valor es negativo, ENAGAS dispone de posibilidades de restricción del servicio, previstas en diferentes contratos, en cuantía suficiente para compensar dicho valor negativo.
- (2) Capacidad reservada en virtud de contratos a corto plazo, actualmente vigentes, que habrán vencido en el trimestre de referencia y que, en consecuencia, está computada en la capacidad disponible para contratar.

A la vista de la información remitida por ENAGAS a la CNE, y en virtud de los datos actualizados a partir de la información que esa sociedad publica en su página web (señala ENAGAS que la situación descrita en tal página web se puede ver afectada por el derecho de acceso reconocido por la CNE en sus resoluciones de 31 de octubre y 12 de diciembre de 2002, mientras no se firmen los contratos y se determinen los puntos de entrada) pueden obtenerse las siguientes conclusiones:

1. CEPSA GAS COMERCIALIZADORA solicita en sus dos peticiones el inicio de los servicios de regasificación el con una duración de 23 meses, finalizando ambas, por lo tanto, el . Así, según la información ofrecida por ENAGAS no existe capacidad de contratación disponible en el cuarto trimestre de 2002 en ninguna de las plantas de regasificación de su propiedad, lo que supone que no podría atenderse la petición de CEPSA GAS COMERCIALIZADORA en la fecha por aquella solicitada.

2. En ninguna de las tres plantas de regasificación existe capacidad de contratación disponible en 2003, siendo la capacidad disponible para contratar negativa en todas las plantas y para todos los trimestres.

3. Existe capacidad de regasificación desde el segundo trimestre de 2004 (1 de abril de 2004), en la planta de regasificación de Barcelona, y desde el 1 de enero de 2004 desde la planta de Cartagena o la de Huelva, pero ello no se adecua al periodo solicitado por CEPESA GAS COMERCIALIZADORA, en cuanto que no se podría prestar el servicio de regasificación durante los 13 primeros meses desde el hasta el .

4. No obstante, la situación descrita en la página web de ENAGAS, de la que se desprendería la existencia de capacidad a partir del 1 de enero de 2004, no tiene en cuenta, como señala la propia ENAGAS, los derechos de acceso reconocidos por la CNE en sus resoluciones de 31 de octubre y 12 de diciembre de 2002, porque todavía no se han firmado los contratos ni se han determinado los puntos de entrada. En su caso, si las capacidades asignadas a los solicitantes a los que se reconocieron derechos de acceso en las resoluciones de la CNE de 31 de octubre de 2002 y 12 de diciembre de 2002 fueran cubiertas, en la parte que fuera posible, con capacidades no contratadas y disponibles en los datos publicados por ENAGAS, no quedaría entonces capacidad de regasificación disponible suficiente para CEPESA GAS COMERCIALIZADORA tampoco a partir del 1 de enero de 2004. En todo caso, los derechos concedidos a IBERDROLA GAS, S.A.U., a ENI ESPAÑA COMERCIALIZADORA DE GAS y a BP GAS ESPAÑA, S.A. tienen preferencia en el orden cronológico de asignación sobre la petición de CEPESA GAS COMERCIALIZADORA, S.A., que es el que resulta de lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, todo ello sin perjuicio de la aplicación en su caso de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Décima del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre.

En conclusión, el examen de los datos de capacidad publicados por ENAGAS pone de manifiesto que no es posible atender las peticiones de acceso realizadas por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA en el periodo solicitado, pues sólo existiría capacidad disponible a partir del 1 de enero de 2004, si bien hay que tomar en consideración que la situación descrita en la página web de ENAGAS, y sobre la que se realizan los presentes cálculos no tiene en cuenta los derechos de acceso reconocidos por la CNE en sus resoluciones de 31 de octubre y 12 de diciembre de 2002.

Por ello, en la presente Resolución sólo se podría reconocer a CEPSA GAS COMERCIALIZADORA el derecho de acceso a partir del 1 de enero de 2004 y hasta el 31 de octubre de 2004 supeditado a la necesidad de que sean atendidos primero los derechos reconocidos a IBERDROLA GAS, S.A.U., a ENI ESPAÑA COMERCIALIZADORA DE GAS y a BP GAS ESPAÑA, S.A., en las resoluciones de la CNE de 31 de octubre y 12 de diciembre de 2002, correspondientes a peticiones anteriores en el tiempo, o cualesquiera otras solicitudes de mejor derecho, y para el caso que quedara capacidad disponible tras atender esos derechos.

En cualquier caso, las solicitudes de acceso formuladas por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA con fecha de 9 de octubre de 2002 habrán de ser consideradas a los efectos de la aplicación de los mecanismos de liberación de capacidad establecidos reglamentariamente.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía en su sesión celebrada el día 20 de enero de 2003

ACUERDA

Primero. Que a la vista del expediente instruido, queda justificada la denegación de las dos peticiones de acceso a corto plazo realizadas por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A., a la planta de regasificación de ENAGAS en Barcelona o a cualquiera de las otras dos plantas (Cartagena o Huelva), para una capacidad de kWh/día, y de kWh/día, respectivamente, para el periodo comprendido entre el hasta el día , atendiendo a la inexistencia de capacidad en dicho periodo.

Segundo. Se reconoce a CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A. el derecho de acceso a partir del 1 de enero de 2004 y hasta el 31 de octubre de 2004, supeditado a la existencia de capacidad disponible tras haberse atendido previamente los derechos reconocidos a IBERDROLA GAS, S.A.U., a ENI ESPAÑA COMERCIALIZADORA DE GAS y a BP GAS ESPAÑA, S.A., en las resoluciones de la CNE de 31 de octubre y 12 de diciembre de 2002, o cualesquiera otros derechos correspondientes a peticiones anteriores en el tiempo, y a la manifestación expresa de CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A. de su conformidad con el referido periodo de tiempo. Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de la aplicación en su caso de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Décima del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre.

Este Acuerdo se entiende además sin perjuicio de la existencia de terceros con mejor derecho.

Tercero.- En último término, las solicitudes de acceso formuladas por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA con fecha de 9 de octubre de 2002 habrán de ser consideradas a los efectos de la aplicación de los nuevos mecanismos de liberación de capacidad establecidos reglamentariamente.

Contra la presente Resolución, que no agota la vía administrativa, podrá interponerse recurso de alzada ante el Ministro de Economía, según lo establecido en la Disposición Adicional Undécima.Tercero.5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la presente Resolución.