



Comisión
Nacional
de Energía

**RESOLUCIÓN DE LA COMISION
NACIONAL DE ENERGIA, EN EL
PROCEDIMIENTO DE CONFLICTO DE
ACCESO CATR 3/2002, INSTADO POR
AES ENERGIA CARTAGENA, S.R.L.
FRENTE A ENAGAS, S.A.**

21-3-2002

RESOLUCIÓN DE LA COMISION NACIONAL DE ENERGIA EN EL PROCEDIMIENTO DE CONFLICTO DE ACCESO CATR 3/2002, INSTADO POR AES ENERGIA CARTAGENA, S.R.L. FRENTE A ENAGAS

ANTECEDENTES DE HECHO

- I. Con fecha de 24 de enero de 2002 tiene entrada en esta Comisión escrito remitido por AES ENERGIA CARTAGENA, S.R.L. (en adelante AES) por el que insta conflicto de acceso frente a ENAGAS, S.A. (en adelante ENAGAS) respecto al contrato de acceso a los servicios de regasificación y transporte de gas natural firmados el 18 de enero de 2002 entre ambas sociedades, y en particular respecto a la exigencia de una garantía como condición para el acceso a su infraestructura.

En este escrito AES manifiesta que con fecha de 16 de noviembre de 2001 realizó una petición formal de acceso a ENAGAS, respecto a las instalaciones de regasificación y almacenamiento y reserva de capacidad en la terminal de regasificación de Escombreras (Cartagena), respondiéndose por parte de ENAGAS mediante carta de 18 de diciembre de 2001, como una de las condiciones para la aceptación de la reserva de capacidad la necesidad de que AES prestara una *“garantía de ejecución del contrato: con el fin de salvaguardar los intereses de ENAGAS se exigirá a AES una garantía a determinar, en tipo y cuantía, en el periodo de negociación del contrato”*, haciéndose entrega, en reunión posterior mantenida el día 9 de enero de 2002, por ENAGAS a AES de un borrador de aval bancario a primer requerimiento, formulando según manifiesta AES *“por primera vez, a menos de diez días para que finalizara el plazo de*

veinticuatro (24) días hábiles para la firma de los contratos establecido en el RD 949/2001, la exigencia de que su importe fuera de 46.787.000 euros”.

AES señala asimismo que, mediante carta de ENAGAS de 17 de enero de 2002, esta sociedad manifiesta que la *“carga que asume de modo voluntario y más allá de la exigencia legal”* consistente en ampliar las instalaciones para dar acceso a AES, requiere *“que la empresa que suscriba los contratos presente un nivel de solvencia patrimonial suficiente para hacer frente al contrato y a las consecuencias económicas que pudieran desprenderse de cualquier incidencia relacionada con su cumplimiento o incumplimiento”*, y que el importe de la garantía ha sido calculado para coincidir con el coste de las inversiones a realizar por ENAGAS.

Con posterioridad, se modifican las condiciones de la garantía exigida por ENAGAS, no siendo necesario que se trate de un aval solidario de pago a primer requerimiento, sino que bastaría con *“la vinculación patrimonial en lugares donde las condiciones de ejecución de las resoluciones arbitrales o judiciales sean asimilables al territorio español, lo cual entendemos que se consigue con que el fiador que presenten tenga activos suficientes para cubrir las citadas responsabilidades que pudieran alcanzarse”*.

Según se desprende de los contratos de acceso firmados por las partes (contrato de prestación de servicios de transporte de gas natural a largo plazo y contrato de prestación de servicios de regasificación de gas natural a largo plazo), copia de los cuales se adjuntan en Anexo al escrito de presentación del conflicto, en ambos se contempla como **causa de extinción** del mismo, en su cláusula 12 (iv) *“a opción de ENAGAS, en caso de que la Contratante no le entregue una fianza o aval patrimonial,*

conjunta para este Contrato y el Contrato de Regasificación, en la fecha, forma y cuantía establecida en el Anexo 5”.

El Anexo 5 sobre **Fianza o aval patrimonial**, señala que AES se obliga a prestar una fianza o aval patrimonial por importe de 46.787.000 de euros a favor de ENAGAS que se considerará conjunta a los contratos de Regasificación y Transporte de gas natural a largo plazo para la Central de Ciclo Combinado de AES en Cartagena.

La citada fianza se ajustará a la ley española debiendo el fiador someterse expresamente a dicha legislación y hacer renuncia expresa al beneficio de división, debiendo ser presentada en el plazo de treinta días desde la comunicación por ENAGAS de la obtención de las autorizaciones del Ministerio de Economía relativas a un nuevo Tanque de 128.000 m3 de GNL en Cartagena y a la ampliación de la capacidad de regasificación hasta 1.050.000 m3 (n) h Cartagena.

Además, “La fianza o aval se mantendrá en vigor en tanto que AES ENERGIA CARTAGENA SRL no disponga en España de activos suficientes para atender y cubrir las eventuales responsabilidades derivadas de los Contratos de Regasificación y Transporte. ENAGAS S.A., por tanto, liberará la fianza o aval en el momento en el que AES ENERGIA CARTAGENA SRL disponga de bienes propios en España o en un país de la Unión Europea. A esos efectos, se entenderá que se ha cumplido este requisito cuando AES tenga dos de las turbinas de gas de la Central puestas en bancada y las mismas sean de propiedad de AES ENERGIA CARTAGENA SRL”

Otra condición se refiere a que *“El fiador o avalista deberá disponer de bienes propios suficientes, para responder, al menos, del importe de esta*

fianza o aval, situados en España o en algún país de la Unión Europea”, si bien “Alternativamente, también será admisible como fiador la compañía ASE Corp., cabeza del Grupo a que pertenece la Contratante, siempre que se cumplan simultáneamente y en todo momento, los siguientes requisitos:

- *Que la contratante se mantenga como sociedad perteneciente al grupo del fiador.*
- *Que el fiador se mantenga como una sociedad admitida a cotización oficial en la Bolsa de Nueva York.*
- *Que el fiador disponga de activos suficientes en EEUU.*
- *Que, en todo momento, permanezcan en vigor y plenamente aplicables, en España y en EEUU, instrumentos o convenios de colaboración judicial internacional que aseguren la completa ejecución de cualesquiera laudos arbitrales o resoluciones judiciales que pudieran dictarse en España, en idénticas o similares condiciones que las que resultarían en caso de que los activos estuvieran situados en España y las sociedad fiadora estuviera plenamente sujeta a la legislación española”.*

La fianza o aval deberá otorgarse con arreglo a un modelo adjunto al citado Anexo 5, según el cual el avalista “se compromete a pagar a ENAGAS, S.A. cualquier cantidad derivada de los Contratos a cuyo pago AES Energía Cartagena, S.R.L. venga obligado por laudo arbitral o resolución judicial firmes o reconocimiento expreso por escrito de la Contratante, sin que sea admisible excusa alguna, incluida la oposición del avalado, a la ejecución de este aval”.

En conclusión, AES presenta ante la CNE conflicto de acceso “contra los términos impuestos por Enagas a AES en la contratación del acceso a los servicios de regasificación y transporte de gas natural firmados el 18 de

enero de 2002, y, en particular, la exigencia de una garantía como condición para el acceso a su infraestructura gasista” y solicita igualmente que esta Comisión “declare contraria a lo dispuesto en la Ley de Hidrocarburos y en el RD 949/2001 la exigencia por Enagas de la referida garantía a AES y que inste en consecuencia a Enagas el modificar expresamente los contratos celebrados el 18 de enero de 2002 para eliminar toda referencia a dicha garantía”.

- II. El Consejo de Administración de la CNE acuerda en su sesión ordinaria del 31 de enero de 2002, la iniciación del procedimiento administrativo para la tramitación del citado conflicto, y en la misma sesión acuerda igualmente designar al Subdirector de Régimen de Competencia de la Dirección de Regulación y Competencia de la CNE como instructor del procedimiento.
- III. Con fecha de 6 de febrero de 2002 el órgano instructor remite a AES 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, asignando al expediente la referencia CATR 3/2002.
- IV. En la misma fecha se remite a ENAGAS, S.A. 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, y se remite copia del escrito de conflicto presentado por AES para alegaciones de ENAGAS.
- V. Con fecha de 12 de febrero de 2002, 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 manifieste, en plazo que finaliza el día 18 de febrero, si en otros contratos de acceso a redes, para la prestación de los servicios de regasificación y almacenamiento, o transporte, firmados por ENAGAS con otros solicitantes, se ha exigido por parte de esta última la prestación de una garantía en condiciones similares a las exigidas a AES para la contratación del acceso, adjuntando en su caso copia de los contratos en que así conste. En todo caso, y para permitir verificar esas circunstancias, se requiere a ENAGAS para que en el mismo plazo remita copia de todos los contratos de acceso, tanto de prestación del servicio de regasificación como de transporte) en relación con la planta regasificadora de Cartagena, que haya firmado ENAGAS con otros solicitantes.

- VI.** Con fecha de 18 de febrero de 2002 tiene entrada en la CNE escrito de ENAGAS por el que responde a los escritos del órgano instructor de fecha 6 y 12 de febrero de 2002, manifestando lo siguiente:

Respecto a la exigencia de garantías en situaciones similares por parte de ENAGAS, manifiesta esa sociedad que “los contratos a largo plazo para el suministro a Centrales de Ciclo Combinado firmados hasta la fecha por ENAGAS se han suscrito con sociedades en las que concurría uno de estos dos requisitos: bien ser sociedades que por si mismas presentan un alto grado de solvencia patrimonial y que cuentan en su patrimonio con activos propios, dentro del territorio de la Unión Europea, suficientes para hacer frente a las responsabilidades derivadas del contrato, o bien tratarse de sociedades filiales de otras en las que concurre esa misma condición (tenencia de activos suficientes en territorio comunitario)”.

Manifiesta igualmente ENAGAS como excepción a lo anterior la exigencia, en el marco de la negociación de los contratos con ENRON ESPAÑA

GENERACIÓN, S.L. de una garantía para respaldar la solvencia de esa sociedad, que fue rechazada por ésta, y que finalmente *“ante la expiración del plazo que la propia Comisión Nacional de Energía había establecido para firmar el contrato (26 de julio), ENAGAS prefirió no continuar adelante con dicha exigencia”*, señalando a continuación ENAGAS cuestionable esa decisión, teniendo en cuenta la situación patrimonial de ENRON, *“viéndose (ENAGAS) obligada a acometer inversiones para cumplir unos contratos sobre cuyo cumplimiento por parte de ENRON existen razonables dudas”*, por lo que considera que *“hubiera sido necesario no solamente una garantía de la matriz, sino incluso, dadas las dificultades que para cualquier empresa española plantea la ejecución de resoluciones y persecución de activos en situaciones concursales, la obtención de garantía patrimonial que se mantuviera al margen de posibles operaciones de ingeniería societaria”*.

Respecto a AES, manifiesta ENAGAS que *“presenta unos puntos en común, aparentemente con ENRON”* referidos al hecho de carecer de activos en territorio comunitario, y a que su capital pertenece íntegramente a AES PRACHINBURI HOLDINGS BV, y a la aparición de *“noticias en la prensa cuestionando la solvencia financiera de AES”* (adjuntando copia de noticias de prensa relativas tanto a ENRON como a AES).

ENAGAS remite copia de los contratos firmados con otros solicitantes en relación con la planta de Cartagena, requeridos por el órgano instructor, formando éste con dichos contratos, mediante la correspondiente diligencia, pieza separada en el expediente (folios 220 a 998) atendiendo a su carácter confidencial, según se recoge en cláusula específica de todos esos contratos.

Respecto de dichos contratos, con fecha de 22 de febrero de 2002 el órgano instructor extiende diligencia que se une al expediente, en la que hace constar el resultado del examen de la referida información confidencial, constatando que *“ninguno de dichos contratos contempla una garantía similar a la que consta en el contrato con AES (Anexo 5 del contrato), ni se contempla en los mismos por tanto, como causa de extinción, la no entrega de dicha fianza o aval patrimonial en el plazo, forma y cuantía contemplados (cláusula 12 iv del contrato con AES)”*.

Por último, ENAGAS adjunta en su escrito, ante lo que considera acusaciones más o menos explícitas por parte de AES sobre la posición abusiva e intolerante de ENAGAS, una breve reseña cronológica con los principales hitos de las negociaciones entre AES y ENAGAS, que permitan a la CNE comprobar que ENAGAS *“ha mantenido, en todo momento, una actitud positiva hacia AES”*.

- VII. Con fecha de 27 de febrero de 2002, el órgano instructor del procedimiento remite sendos escritos a AES 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 ambas partes (excluida para AES la pieza separada integrante de documentación confidencial) 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 estime oportunos y formular las alegaciones que convengan a su derecho.
- VIII. Con fecha de 8 de marzo de 2002 tiene entrada en la CNE escrito de AES ENERGIA CARTAGENA, S.R.L. por el que realiza alegaciones en trámite

de audiencia, señalando inaceptable y carente de fundamento legal la comparación realizada por ENAGAS entre la situación de AES y la de la empresa Enron, sino que dicho argumento refleja claramente el trato discriminatorio sufrido por AES en su solicitud de acceso. AES reproduce los argumentos jurídicos señalados en su escrito de interposición del conflicto.

- IX. Con fecha de 11 de marzo de 2002 tiene entrada en la CNE escrito de ENAGAS por el que realiza alegaciones en trámite de audiencia, respondiendo a las realizadas por AES, en cuestiones relativas a la garantía prestada por AES (tales como las razones que le condujeron a la exigencia de garantía, la naturaleza y características de la garantía de solvencia patrimonial pedida por esa sociedad, la cuantía de la garantía, el posible desequilibrio alegado por AES por el hecho de que ENAGAS no asuma una obligación similar a la de AES, y la alegación de esta última relativa a la falta de riesgos y de perjuicios para ENAGAS); alegaciones sobre la no vulneración por ENAGAS de lo dispuesto en el artículo 7.2 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto; y por último, alegaciones según las cuales ENAGAS no habría actuado de forma discriminatoria.

De manera resumida, respecto a las razones que condujeron a ENAGAS a la exigencia de garantía, señala que a lo largo de las negociaciones quedó de manifiesto que el patrimonio de AES no sería suficiente para hacer frente a las eventuales responsabilidades derivadas del contrato, considerando un riesgo evidente la firma de los contratos sin más garantía que la ofrecida por ese reducido patrimonio.

Respecto a las características de la garantía, se refiere ENAGAS a su carácter genérico de fianza o aval patrimonial otorgando de esta manera la mayor libertad a AES, su posible coste inexistente, su posible cumplimiento

mediante la simple designación de activos, la posibilidad de buscar cualquier fiador solvente en el territorio de la Unión Europea, la posibilidad de que actúe como fiador la compañía matriz de AES, la vigencia temporal de la garantía, a exigir una vez obtenga ENAGAS sus autorizaciones para construir y mantenida hasta tanto AES tenga activos suficientes de su propiedad en España o en la Unión Europea. En cuanto a su cuantía, señala ENAGAS la improcedencia de referirla a los peajes y cánones a pagar por AES, y en su lugar, la de hacerlo a las inversiones a realizar para permitir el acceso, cuya utilización no está asegurada, para cubrir así la máxima responsabilidad a que AES pudiera verse obligada en caso de incumplimiento.

En cuanto al posible desequilibrio entre ENAGAS y AES, por el hecho de no exigirse a la primera una obligación similar, responde ENAGAS sobre su carácter solvente, sus activos, su capacidad financiera y patrimonial que le permitirían hacer frente a las responsabilidades que pudieran surgir en caso de incumplimiento del contrato. Respecto a la falta de riesgos y de perjuicios para ENAGAS, ésta sociedad rebate las alegaciones de AES, respecto a que *“el sistema económico integrado del sector de gas natural debería permitirles recuperar la inversión..”*, señalando que el hecho de que las Ordenes Ministeriales recientemente aprobadas aseguren una retribución a los titulares de las instalaciones *“no es óbice para sostener que las relaciones contractuales deben estar dotadas de mecanismos tendentes a asegurar el correcto cumplimiento de las mismas”*, y que *“no es cierto que no exista riesgo por el hecho de acometer una inversión que potencialmente podría quedar desocupada... porque se trata de un contrato suscrito a largo plazo, por lo que un sistema existente en un momento determinado no puede ser entendido como cobertura plena y duradera..... en segundo lugar, porque la regulación actual contempla un componente retributivo..... asociado al grado de utilización de las*

instalaciones, por lo que la desocupación de una planta afecta negativamente a los intereses de ENAGAS”.

Por todas las razones referidas, ENAGAS solicita la desestimación del conflicto planteado y que se declare válida la actuación de ENAGAS y la exigencia de garantía prevista en los contratos de 18 de enero de 2002.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

DE CARÁCTER JURÍDICO-PROCESAL

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.

En este caso, habiendo tenido la solicitud de acceso de AES como resultado la suscripción de los correspondientes contratos de acceso con ENAGAS, cabe referirse a lo dispuesto en el artículo 16.1 del referido Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, que establece que *“Los conflictos sobre los contratos a los que se refiere el artículo anterior cuando tengan por objeto la efectividad o las condiciones de ejercicio del derecho de acceso, podrán ser sometidos a la Comisión Nacional de Energía para su resolución por cualquiera de las partes.....”*.

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 16 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, bajo el epígrafe *“Conflictos sobre el derecho de acceso”*, y en lo no previsto en dicho precepto, 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 tanto el propio artículo 16 del citado Reglamento como su 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.

El artículo 16.4 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, establece que la CNE resolverá estos conflictos en el plazo máximo de dos meses, previa audiencia de todas las partes interesadas en el mismo.

El artículo 16 del citado Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, no establece nada respecto a los efectos de la inactividad administrativa, por lo que es de aplicación la Disposición adicional octava de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, según la cual *“Las solicitudes de resoluciones administrativas que deban dictarse conforme a lo dispuesto en la presente Ley se podrán entender desestimadas, si no recae resolución expresa en el plazo que al efecto se establezca o se determine en sus disposiciones de desarrollo”*.

FUNDAMENTOS DE CARÁCTER JURÍDICO MATERIAL

III. Sobre los motivos del conflicto presentado por AES y las alegaciones realizadas por ENAGAS

III.1. Motivos esgrimidos por AES

AES señala en los fundamentos jurídicos de su escrito de interposición de conflicto de acceso que *“la condición impuesta ... de prestar garantía carece de todo soporte legal dado que ni la Ley de Hidrocarburos ni el RD 949/2001 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, establecen la obligación de prestar aval o garantía por parte del solicitante de acceso a las instalaciones de regasificación y almacenamiento. Asimismo, el artículo 7.2 del RD 949/2001, en el que se regulan las condiciones mínimas de los contratos de acceso a las instalaciones, establece que “los contratos no podrán, en ningún caso, contener cláusulas que supongan derechos u obligaciones que excedan, en perjuicio del solicitante, de las recogidas en el presente Real Decreto...”*

Entiende AES que resulta difícil de creer que esa sociedad sea el único solicitante de acceso para el cual sea necesario desarrollar nuevas instalaciones o ampliar las existentes, que no existe justificación para no solicitar compromisos similares a otros solicitantes, y que ENAGAS ya había solicitado autorización para el nuevo tanque y la ampliación de capacidad de regasificación en Cartagena en mayo de 2001.

Según AES, parecería desprenderse de las manifestaciones de ENAGAS que la prestación de servicios solicitados por AES necesitaría de infraestructuras adicionales (nuevos gasoductos Huelva-Córdoba y estación de compresión de Córdoba) que según AES su utilización ya habría sido contratada por otros usuarios.

Entiende AES, frente a las alegaciones de ENAGAS respecto a la lógica de que la empresa que suscriba los contratos tenga una solvencia patrimonial suficiente para hacer frente a los mismos, que *"las obligaciones de pago del usuario se limitan esencialmente al pago de los peajes y cánones establecidos reglamentariamente y en la medida en que hiciera uso efectivo de la capacidad contratada..... no existe razón alguna para fundamentar que las obligaciones de AES, que son las legalmente previstas, tengan que venir especialmente garantizadas"*.

Adicionalmente, estima que la exigencia de la garantía es claramente discriminatoria en su perjuicio, dado que es el único caso entre todos los contratos firmados por ENAGAS en el que se ha exigido, debiendo esa sociedad observar de manera escrupulosa los principios de transparencia, objetividad y no discriminación. A juicio de AES, el importe de la garantía no tiene racionalidad ni transparencia, pues en lugar de atender al equivalente al elemento fijo de los peajes a que viene obligado el usuario, toma en consideración la construcción de inversiones correspondientes a algunas inversiones, no a todas. Entiende que

sería exigible también a ENAGAS una garantía para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, y que el riesgo de ENAGAS se ve enormemente limitado una vez las instalaciones hayan sido autorizadas, al permitir el sistema económico integrado del sector del gas natural la recuperación de la inversión y una razonable rentabilidad.

AES insiste en su consideración del carácter discriminatorio de la garantía exigida, respecto a otros promotores de ciclos combinados a los que no se les ha solicitado, porque los mismos gozan de activos propios suficientes para cubrir las obligaciones que nazcan de los contratos, rechazando AES que la aceptación por ENAGAS de una garantía prestada por AES Corp. (matriz en EEUU) le coloque en la misma situación que otros promotores, *"pues las condiciones a las que se somete la garantía de AES Corp., incluso en el texto más atemperado que finalmente se adjuntó como Anexo 5 a los contratos, resultan distintas y a todas luces más gravosas que la responsabilidad directa de otros promotores"*.

AES considera que la citada exigencia *"constituiría una clara barrera de entrada de nuevos operadores energéticos en España"*, y que podría suponer un abuso de posición dominante, contrario al artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que se refiere entre otras prácticas abusivas a la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

En trámite de audiencia, AES ahonda en las mismas alegaciones, añadiendo que la exigencia por ENAGAS de garantía es a su juicio discriminatoria, contradictoria y no transparente (en cuanto se exige la existencia de activos propios dentro de la Unión Europea, en contradicción con el contenido de una carta previa dirigida a AES y al hecho de haber manifestado esa sociedad contar con activos en ese territorio), y caprichosa y unilateral (por no venir refrendados en normativa legal

alguna, y sus condiciones fueron modificadas a lo largo de las negociaciones) reiterándose en su fundamentación jurídica.

III.2. Fundamentos jurídicos alegados por ENAGAS

ENAGAS rebate, dentro del trámite de audiencia, las alegaciones de AES respecto a que la garantía prestada pueda vulnerar el artículo 7.2 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, y a las acusaciones de actuación discriminatoria.

En cuanto a la primera cuestión, entiende ENAGAS que la garantía solicitada no es subsumible en el concepto de las cláusulas que perjudiquen al peticionario, referidas en el Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, dado que es un principio general del ordenamiento jurídico español la vinculación patrimonial universal de los bienes del deudor a las responsabilidades dimanantes de los contratos; la acreditación de bienes suficientes para hacer frente a responsabilidades no puede ser calificado como una exigencia en perjuicio del sujeto; es una cautela mínima exigible a todo aquel que se comporta adecuadamente en defensa de sus intereses; se trata de un requisito previo a la firma del contrato que no forma parte en sentido estricto del elenco de obligaciones que constituyen la relación contractual.

Junto a estos argumentos, ENAGAS sostiene que los contratos firmados tienen una especialidad, en cuanto a su necesario ajuste a lo dispuesto en el Real Decreto 949/2001, dado que en su firma se aprecia una cierta libertad por parte de ENAGAS. En defensa de esta argumentación, sostiene la citada sociedad que las limitaciones a la facultad de disposición del titular de las instalaciones, y la obligación de permitir el acceso a terceros *“termina con la contratación de la capacidad existente en las instalaciones gasistas ya construidas”*, no obligando a acometer nuevas inversiones para aumentar sus capacidades, obligación de

construcción que sólo existiría para el Gestor del Sistema cuando *“incluida una determinada instalación en la planificación obligatoria, y convocado un concurso para su construcción, se produzca falta de concurrencia. Sólo entonces el Ministerio puede encomendar al gestor que construya las instalaciones (Disposición adicional 2ª del R.D. 949/2001)”*. Por todo ello, entiende que *“cuando se trata de instalaciones no existentes, cuya capacidad se contrata voluntariamente, al no haber obligación alguna en tal sentido, el titular de la instalación, que asume por sí mismo el riesgo de construir un nuevo proyecto, está completamente legitimado para la exigencia de garantías adicionales”*, y sería perfectamente lícito a su juicio, *“la exigencia de un aval u otra forma de garantía de pago, incluso con coste adicional para el obligado”*.

Por último, ENAGAS sostiene que no ha actuado de forma discriminatoria, debiendo examinar la actuación de esa sociedad ante situaciones idénticas o similares, señalando que la regla general que ha tenido en cuenta a la hora de contratar a largo plazo la reserva de capacidades que le exigen nuevas inversiones, es determinar si la peticionaria de acceso, ante una situación crítica, podría estar en condiciones de responder adecuadamente y asumir compromisos, cumpliendo hasta ahora todas las entidades con quienes ha contratado ENAGAS a largo plazo, a excepción de ENRON, con este requisito, por disponer de activos suficientes o por estar integradas en grupos societarios de suficiente solvencia, y no teniendo nada que ver con la nacionalidad de las sociedades, ni con pretensión de ENAGAS de convertirse en un obstáculo para que sociedades no españolas tengan acceso. Señala que *“ENAGAS no ha pedido a AES una acreditación de solvencia por su vinculación con un grupo no nacional, sino por su total falta de activos y su negativa a aportar instrumentos similares”*, admitiendo la simple garantía de la matriz última de AES, *“lo que demuestra hasta qué punto ENAGAS ha querido facilitar las cosas a AES”*.

Y en relación con esta argumentación, sostiene finalmente ENAGAS que el único caso en que firmó contratos de acceso con una entidad no solvente no sirve como precedente a efectos de no discriminación, por tratarse de un supuesto concreto, no repetido, y que se ha revelado como una decisión no acertada. Si ENAGAS no hubiese exigido la garantía, entiende que habría incurrido en un tratamiento de favor hacia AES *“por permitirle la firma de contratos sin garantía ni solvencia alguna, lo que no se ha producido hasta ahora”*.

Por todas las razones referidas, ENAGAS solicita la desestimación del conflicto planteado y que se declare válida la actuación de ENAGAS y la exigencia de garantía prevista en los contratos de 18 de enero de 2002.

IV. Sobre el contenido mínimo de los contratos de acceso y la ausencia de previsión alguna en relación con la exigencia de garantía

Una vez expuestas las alegaciones realizadas por AES y ENAGAS sobre los fundamentos jurídicos del presente conflicto, se desarrollan en los siguientes apartados las consideraciones de esta Comisión en esta materia.

El 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, desarrolla la Ley 34/1998 en lo relativo a la contratación del acceso, y en su artículo 7 establece las condiciones mínimas a que deben sujetarse los contratos de acceso a las instalaciones gasistas.

El referido artículo 7 regula aspectos relativos al sujeto obligado al pago de los peajes y cánones, la facturación de los peajes y cánones de acceso, el periodo de pago y las consecuencias previstas para los casos de impago, pero nada dispone

respecto a la exigibilidad de una garantía como condición para la suscripción de los contratos de acceso.

En su número 2, el artículo 7 establece que *"Los contratos no podrán, en ningún caso, contener cláusulas que supongan derechos u obligaciones que excedan, en perjuicio del solicitante, de las recogidas en el presente Real Decreto, sin perjuicio de las causas y condiciones de extinción y resolución de los contratos que puedan pactarse"*.

En el presente expediente, interesa examinar si la exigencia de una garantía como la solicitada por ENAGAS constituye, como alega AES, una de las citadas cláusulas que no pueden formar parte del contrato, en cuanto suponga derechos u obligaciones que excedan, en perjuicio del solicitante, de las recogidas en el citado Real Decreto.

La instrucción del presente procedimiento ha puesto de manifiesto que ENAGAS no ha exigido una garantía semejante a la que consta en el contrato con AES a ningún otro solicitante de acceso, y así ha sido además verificado de manera concreta por el órgano instructor al analizar los contratos firmados con otros solicitantes de acceso a la planta regasificadora de ENAGAS en Cartagena.

Desde un punto de vista formal, como se ha detallado en los Antecedentes de la presente Resolución, la exigencia de la garantía o aval patrimonial se configura en el contrato como una causa de extinción del contrato pactada entre las partes, en particular en su cláusula 12 iv, en la que se hace remisión al Anexo 5 del contrato, donde se establecen las obligaciones concretas relativas a la constitución de la garantía, sus condiciones y plazos.

La lectura de las condiciones mínimas de los contratos de acceso referidas en el artículo 7 del Real Decreto 949/2001 permite constatar que entre las mismas no

hay ninguna referida a la exigibilidad por parte del titular de las instalaciones de una garantía al solicitante del acceso.

Por tanto, la exigencia de aval constituye para el solicitante de acceso una obligación que no forma parte del contenido mínimo de los contratos a que se refiere el artículo 7 RD 949/2001, debiendo examinarse además si puede entenderse que la misma se exige *“en perjuicio del solicitante”*.

Ciertamente, la *“fianza o aval patrimonial”* finalmente incluida en el contrato firmado entre ENAGAS y AES es mucho menos gravosa que la inicialmente discutida a lo largo de las negociaciones entre ambas partes, pues como la propia ENAGAS señala, no se trata ya de un aval bancario, y además se permite alternativamente que actúe como fiador la sociedad AES Corp (matriz de AES), y su ejecución tendría lugar, no a primer requerimiento, sino previa decisión judicial o arbitral en la que se declare la responsabilidad de AES por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

En consecuencia, aunque la opción por AES de esa modalidad de garantía no le ocasionaría costes financieros, no es menos cierto que la garantía exigida comportaría para esa sociedad una obligación, no prevista en la normativa aplicable, que le supone una cierta carga, aunque sea leve, respecto a la hipotética situación en la que no le fuera exigida, comportando la articulación de una nueva relación jurídica con un tercero, el fiador, que se superpone a la establecida entre las partes del contrato.

En tal medida, aunque no ocasione un perjuicio económico, sí le ocasiona un gravamen en términos de obligaciones jurídicas nuevas, y en tal medida se considera, a juicio de esta Comisión, que viene solicitada en perjuicio de AES, y su exigencia no encuentra justificación en la aplicación de ninguna de las normas que rigen el sistema gasista.

ENAGAS insiste en que la justificación de la exigencia de la garantía se encuentra en la necesidad de que el solicitante cuente con la suficiente solvencia para hacer frente a las eventuales responsabilidades derivadas del contrato, y que en el caso de AES ha quedado de manifiesto que no dispone de bienes suficientes en España a tales efectos.

No obstante, AES ha obtenido la autorización administrativa previa correspondiente a su proyecto de instalación de una central eléctrica de ciclo combinado en Escombreras, trámite dentro del cual ha debido acreditar tanto su capacidad legal y técnica, como igualmente su capacidad económica.

En definitiva, otra conclusión habría de alcanzarse si la norma que desarrolla la Ley 34/1998 en este punto, en concreto el artículo 7 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, hubiese establecido la posibilidad para el titular de la instalación gasista, de exigir una garantía al solicitante de acceso para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.

Bien es verdad, como alega ENAGAS, que la exigencia de una garantía podría tener racionalidad con vistas al aseguramiento del cumplimiento de las responsabilidades del solicitante, permitiendo así garantizar la realidad de los proyectos presentados, pero ello no justifica su exigibilidad en ausencia de norma positiva expresa que así lo establezca.

La Comisión ya ha puesto de manifiesto en el Informe Marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural, y su cobertura, de 20 de diciembre de 2001, entre las recomendaciones finales de dicho informe, que *“la incorporación de una nueva central de ciclo combinado puede obligar a acometer elevadas inversiones en los refuerzos de las infraestructuras. Por ello, es preciso un compromiso jurídico y económico, si fuera preciso con anticipación financiera, que garantice la*

realidad del proyecto, o al menos la recuperación de costes en caso de retirada del proyecto”.

Así, no se discute que “*de lege ferenda*” podría, en su caso, ser conveniente la modificación de la normativa vigente para establecer en determinados supuestos una obligación para los solicitantes de acceso consistente en la prestación de una garantía que tenga por objeto asegurar la realidad de los proyectos que comporten la realización de elevadas inversiones.

Pero aunque atendiendo a criterios de oportunidad regulatoria pueda ser razonable en ciertos casos la exigencia de una garantía semejante, y esta Comisión pueda compartir en tal medida el interés de ENAGAS respecto a la necesaria acreditación de solvencia suficiente por parte del solicitante, todo ello para una adecuada protección del sistema gasista, ello no ofrece legitimación suficiente para su exigencia mientras dicha posibilidad no venga establecida en una norma positiva expresa.

Además, la justificación de la exigencia de una garantía en algunos casos, con base en argumentos basados en la protección del sistema, debe ser matizada atendiendo a la actual situación del mercado, pues los riesgos derivados de la realización de inversiones y desarrollo de infraestructuras no son los mismos en un hipotético contexto de estancamiento de la demanda que en un escenario de expansión del sector como el que caracteriza al sector gasista español.

En este sentido, procede relativizar los argumentos esgrimidos por ENAGAS que justifican la exigencia de garantía en la necesidad de asegurar las inversiones realizadas, pues el marco del sistema retributivo del sector de gas le ofrece unas más que razonables expectativas de recuperación de esas inversiones.

Por otro lado, en el presente asunto, no es claro, como afirma AES, que esa sociedad sea el único solicitante de acceso para el que sea necesario desarrollar nuevas instalaciones o ampliar las existentes, pues las autorizaciones relativas a esas instalaciones ya fueron solicitadas por ENAGAS en mayo de 2001, y su otorgamiento se prevé para una fecha muy próxima, a partir de la cual comienza precisamente el cómputo del plazo de treinta días a cuya expiración debe haber sido prestada la garantía por AES.

En otro orden de consideraciones, procede igualmente rebatir las alegaciones de ENAGAS respecto a que los contratos firmados tienen una especialidad en cuanto a su ajuste a lo dispuesto en el Real Decreto 949/2001, debido a que en su firma esa sociedad disfrutaría de un margen de libertad más amplio, basado en una pretendida ausencia de obligación de concesión del derecho de acceso cuando comporta la realización de nuevas inversiones, y a que su obligación de contratar *“termina con la contratación de la capacidad existente en las instalaciones gasistas ya construidas”*.

Frente a ese argumento, esta Comisión entiende que el derecho de acceso reconocido en la Ley no se limita exclusivamente y de manera restringida a la capacidad existente, sino que el ámbito de ese derecho puede ser objeto de una interpretación más amplia, para comprender igualmente a la capacidad que sea necesaria para atender nuevos suministros, que comporten la realización de nuevas infraestructuras, máxime cuando como en este caso, las autorizaciones para la realización de las citadas instalaciones fueron solicitadas por parte de ENAGAS con anterioridad, no siendo aparentemente necesarias solamente para la efectividad del acceso solicitado por AES sino también para otros solicitantes, y la expectativa de otorgamiento de la autorización a ENAGAS y la consecuente disponibilidad futura de capacidad muy amplia, en el contexto de incremento de la demanda y expansión de las infraestructuras que caracteriza al sector de gas

español. Así se ha venido, además, interpretando de manera tácita en anteriores conflictos de acceso en el sector de gas resueltos por esta Comisión.

Por otro lado, y con independencia de lo anterior, una vez concedido el derecho de acceso referido a instalaciones futuras mediante la suscripción del correspondiente contrato, nada diferencia al referido contrato del que haya de firmarse para atender solicitudes de conflicto de acceso a capacidad existente, en cuanto a su ajuste a lo dispuesto en la normativa vigente.

Abundando en estas consideraciones, aunque bajo una diferente perspectiva, en el siguiente apartado se examinan las causas de denegación del derecho de acceso que se establecen en la Ley, para poner de manifiesto la ausencia de justificación de cualquier denegación de acceso (o limitación de su efectividad cuando éste ya haya sido concedido), basada en la no prestación de una garantía.

IV. Sobre la ausencia de justificación de la exigencia de una garantía como condición para la efectividad del derecho de acceso a redes

Si la garantía prevista en el contrato firmado entre las partes, que como se ha visto no forma parte del contenido mínimo de los contratos regulado en el artículo 7 del Real Decreto 949/2001, no fuera prestada por AES en las condiciones referidas en el Anexo 5 del mismo, ENAGAS de manera unilateral puede entender terminado el contrato como consecuencia del incumplimiento de la referida obligación, con base en lo contemplado en la causa de extinción del contrato que se recoge en su cláusula 12.iv.

En definitiva, si en el plazo referido en el Anexo V del contrato, AES no prestara la garantía requerida, la efectividad del derecho de acceso podría verse afectada, decayendo la reserva de capacidad en favor de AES que el contrato le otorga.

Por ello, en el ejercicio por esta Comisión de la función de resolución de conflictos sobre los contratos de acceso, que ha de tener por objeto, según señala el artículo 16 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, *“la efectividad o las condiciones de ejercicio del derecho de acceso”*, procede examinar si el condicionamiento por parte de ENAGAS de la efectividad del derecho de acceso a la prestación por AES de la garantía exigida, está justificada en alguna de las causas de denegación del acceso, de las que se encuentran expresamente tasadas en la Ley y su desarrollo reglamentario.

El artículo 70.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, señala:

“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”.

En desarrollo de la citada Ley, el artículo 8 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, relativo a las *“Causas de denegación del acceso de terceros a las instalaciones”*, señala:

“Podrá denegarse el acceso de terceros a las instalaciones únicamente cuando concorra 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 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.

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”.

Como puede constatarse, no hay entre dichas causas de denegación de acceso, motivo alguno relacionado con el incumplimiento de una obligación de prestación de una garantía. Ya sea como condición exigida con anterioridad y a la que se subordine la concesión del acceso solicitado (en las negociaciones previas a la suscripción del contrato) o en un momento posterior (como obligación derivada

del contrato ya firmado), el derecho de acceso no se puede condicionar, en su realidad o en su efectividad, una vez concedido, a la prestación de una garantía que no forma parte del contenido mínimo de los contratos de acceso.

En definitiva, el derecho de acceso, que se conceda mediante la suscripción del correspondiente contrato de acceso, vendrá en todo caso delimitado en su ejercicio por las condiciones que se establecen en la normativa vigente, pero su efectividad no puede verse restringida mediante la exigencia de condiciones que, no formando parte del contenido mínimo de los contratos de acceso, de carácter regulado, a que se refiere el artículo 7.2 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, se hayan exigido en perjuicio del solicitante.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la Energía en su sesión celebrada el día 21 de marzo de 2001

ACUERDA

Primero.- ENAGAS deberá hacer efectivo el derecho de acceso solicitado por AES, que ya ha sido concedido mediante los contratos suscritos entre las partes con fecha de 18 de enero de 2002, para las cantidades y plazo acordados en dichos contratos, no estando justificado el condicionamiento de su efectividad al cumplimiento por parte de AES de la garantía referida en el Anexo 5 de dichos contratos, por lo que ésta no puede ser exigida.

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 el día siguiente a la recepción de la notificación de la presente Resolución.