

RESOLUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE ACCESO A LA RED DE TRANSPORTE C.A.T.R. 8/2002 INSTADO POR RWE TRADING GMBH, SUCURSAL EN ESPAÑA, FRENTE A ENAGAS S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

- I. Con fecha 11 de abril de 2002 el Consejo de la CNE resolvió, en el marco del conflicto de acceso CATR 7-2001, conceder el acceso a RWE a la red de transporte de ENAGAS desde el punto de entrada de Larrau hasta la posición G03 como punto de salida, por el plazo de 1 de julio de 2002 hasta el 29 de junio de 2004, ambos inclusive y por una reserva de capacidad de 10,56 GWh/día.

Se concedía a ambas partes un plazo de 24 días hábiles para la firma del correspondiente contrato de acceso.

- II. Con fecha 13 de junio de 2002 tiene entrada en la CNE escrito de RWE por el que interpone conflicto de acceso contra ENAGAS ante la falta de acuerdo entre dichas sociedades en relación con varias cláusulas del contrato de acceso, y mediante el cual solicita:

- a) Que la CNE acuerde la inclusión de diversas modificaciones al contrato de transporte redactado por ENAGAS y propuesto a RWE. En particular, RWE presenta redacciones alternativas a las cláusulas 3.3 (puntos de salida), 3.4 (modificación de puntos de salida), 3.1 (presión mínima en punto de salida), 3.9 (eliminación de las mermas y autoconsumos), 3.10 (mediciones), 4.5 (límite de responsabilidad de RWE), 6.7 (almacenamiento operativo), 17 (entrega del manual de operaciones), entrega de protocolos de reparto, 3.12 (introducción de un periodo transitorio), 11.6 (supuestos de fuerza mayor) y 14 (modificación de circunstancias).

b) Solicita la apertura de un período de prueba, en el que se pongan de manifiesto las cláusulas o los anexos de los contratos de transporte suscritos entre ENAGAS y otros Comercializadores, en relación con cada uno de los puntos indicados anteriormente.

Igualmente, solicita que si el contrato de transporte no estuviera firmado el 1-07-2002, la CNE acuerde modificar el plazo de vigencia de la reserva de capacidad otorgada a RWE, fijando como fecha de inicio la resultante de la resolución de este conflicto y una duración de dos años menos un día.

III. Con fecha 27 de junio de 2002 tiene entrada nuevo escrito en la CNE en el que RWE solicita:

a) que la CNE proceda a dar trámite al conflicto interpuesto por RWE y designe un instructor para el mismo

b) que la CNE acuerde modificar el plazo de la reserva de capacidad otorgada a RWE fijando como nueva fecha aquélla en la que quede resuelto el conflicto interpuesto por RWE y una duración de 2 años menos un día.

IV. Con fecha 2 de julio de 2002 tiene entrada nuevo escrito en la CNE en el que RWE suplica sea admitido el escrito de procedimiento de conflicto de acceso presentado por RWE el 13 de junio de 2002.

V. Con fecha 3 de julio de 2002, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía acuerda iniciar el expediente y designar como órgano instructor del expediente a la Subdirección de Transporte, Distribución y Calidad de Servicio de la Dirección de Gas.

VI. Con fecha 9 de julio de 2002 la Comisión Nacional de Energía remite escrito a las partes interesadas comunicando la iniciación del procedimiento para la resolución del conflicto.

VII. Con fecha 9 de julio de 2002, el órgano instructor solicita a ENAGAS que se remita la información relevante para la instrucción del expediente, que es

coincidente con la solicitada por RWE en su escrito de 13 de junio de 2001. En concreto se solicita a ENAGAS la realización de las siguientes diligencias de prueba:

- a) Que ENAGAS ponga de manifiesto a la CNE las cláusulas o anexos de los contratos de transporte suscritos por ENAGAS con Gas Natural Comercializadora SA, Iberdrola Gas SA, BP Gas España SA, Cepsa Gas Comercializadora SA, Union FENOSA Gas SA y Shell España SA, en las que se pacta la presión en el punto de entrada y en el punto de salida o en su defecto, certifique su inexistencia.
- b) Que ENAGAS ponga de manifiesto a la CNE las cláusulas o anexos de los contratos de transporte suscritos por ENAGAS con Gas Natural Comercializadora SA, Iberdrola Gas SA, BP Gas España SA, Cepsa Gas Comercializadora SA, Union FENOSA Gas SA y Shell España SA, en las que se pacta que ENAGAS retiene gas natural en concepto de mermas y autoconsumos por el porcentaje del 0,43% o en su defecto, que certifique su inexistencia.

Asimismo, que: (i) ENAGAS justifique los motivos por los que el porcentaje que ENAGAS debe retener en concepto de mermas y autoconsumos en relación con el gas natural transportado por RWE en virtud del presente contrato es el 0,43% y , (ii) que aporte pruebas que acrediten que está efectivamente cobrando dicho porcentaje del 0,43%.

- c) Que ENAGAS ponga de manifiesto a la CNE las cláusulas o anexos de los contratos de transporte suscritos por ENAGAS con Gas Natural Comercializadora SA, Iberdrola Gas SA, BP Gas España SA, Cepsa Gas Comercializadora SA, Union FENOSA Gas SA, y Shell España SA, en las que se pacta que ENAGAS se obliga a realizar mediciones en el punto de entrada e incorporar el Protocolo de mediciones al contrato o en su defecto que certifique su inexistencia.

- d) Que ENAGAS ponga de manifiesto a la CNE las cláusulas o anexos de los contratos suscritos por ENAGAS con Gas Natural Comercializadora SA, Cepsa Gas Comercializadora SA, Union FENOSA Gas SA y Shell España SA, en los que se pacte el cobro por el exceso de almacenamiento operativo y la fórmula que aplica para determinar dicho su importe o, en su defecto, que certifique su inexistencia.
- e) Que ENAGAS ponga de manifiesto a la CNE del Manual de operaciones anexo a los contratos de transporte suscritos con Gas Natural Comercializadora SA, Iberdrola Gas SA, BP Gas España SA, Cepsa Gas Comercializadora SA, Union FENOSA Gas SA y Shell España SA, a efectos que se pueda comprobar si el mismo corresponde con las NGTS o no.
- f) Asimismo, que ENAGAS ponga de manifiesto las cláusulas o anexos de los contratos de transporte suscritos por ENAGAS con Gas Natural Comercializadora SA, Iberdrola Gas SA, BP Gas España SA, Cepsa Gas Comercializadora SA, Unión FENOSA Gas SA y Shell España SA, en las que se pacta que ENAGAS se obliga a incorporar al contrato el Manual de operaciones o en su defecto, que certifique su inexistencia.
- g) Que ENAGAS ponga de manifiesto las cláusulas o anexos de los contratos de transporte suscritos por ENAGAS con Gas Natural Comercializadora SA, Iberdrola Gas SA, BP Gas España SA, Cepsa Gas Comercializadora SA, Unión FENOSA Gas y Shell España SA en las que se pacta que ENAGAS se obliga a incorporar el Protocolo de repartos al contrato o en su defecto que la CNE certifique su inexistencia. En particular, que ponga de manifiesto la situación de los celebrados con los adjudicatarios del concurso-subasta para la adjudicación del gas natural procedente del contrato de Argelia, regulado por la Orden Ministerial de 29 de junio de 2001.

- h) Que ENAGAS ponga de manifiesto las cláusulas y/o anexos de los contratos de transporte suscritos entre ENAGAS con Gas Natural Comercializadora SA, y los contratos de transporte entre ENAGAS con los adjudicatarios del concurso-subasta para la adjudicación del gas de Argelia en los que se pacte un período de *build up* o período transitorio. En su defecto, que ENAGAS certifique la inexistencia de dichas cláusulas.
- VIII.** Con fecha 12 de julio de 2002, tiene entrada en la Comisión Nacional de Energía escrito de ENAGAS solicitando copia del escrito de interposición del conflicto en el que RWE solicita las pruebas del apartado anterior.
- IX.** Con fecha 15 de julio de 2002, la Comisión Nacional de Energía remite a ENAGAS copia de los escritos de interposición presentados por RWE en relación con el expediente CATR 8-2002.
- X.** Con fecha 16 de julio de 2002, se recibe en la Comisión Nacional de Energía escrito de Buxeda Menchen, abogados de RWE, solicitando información sobre el programa y calendario de actuaciones en relación con la tramitación del expediente, y ofreciéndose a planificarlos.
- XI.** Con fecha 19 de julio de 2002 tiene entrada en la Comisión Nacional de Energía escrito de ENAGAS por el que se da cumplimiento a la comunicación de la CNE de 9 de julio de 2002. En dicho escrito se comunica que algunas de las pruebas solicitadas por RWE y acordadas por el instructor se corresponden con extremos contenidos en los contratos que ENAGAS remite periódicamente a la CNE. ENAGAS afirma haber enviado a la CNE la totalidad de los contratos suscritos hasta la fecha, y que por consiguiente, las cláusulas contenidas en ellos son accesibles y perfectamente conocidas por la CNE. Por este motivo, ENAGAS, mediante este escrito, remite a los contratos que obran en poder de la CNE a la hora de la práctica de las pruebas solicitadas por RWE, destacando el carácter confidencial de los datos contenidos en los contratos.



Comisión
Nacional
de Energía

- XII.** Con fecha de 22 de julio 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.
- XIII.** Con fecha 22 de julio de 2002, el órgano instructor del procedimiento remite sendos escritos a RWE 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 Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se pone de manifiesto el expediente a ambas partes (excluida la pieza separada integrante de documentación confidencial) como interesados en el procedimiento, por un período 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.
- XIV.** Con fecha 26 de julio de 2002, tiene entrada en esta Comisión escrito de RWE en el que se solicita suspender la tramitación del procedimiento y se reanude la misma en el mes de septiembre con el consentimiento de ENAGAS.
- XV.** Con fecha de 2 de agosto de 2002, tiene entrada en la Comisión Nacional de Energía escrito de alegaciones de ENAGAS, dando por cumplido el trámite de audiencia comunicado mediante escrito de esta Comisión con fecha de 22 de julio de 2002.
- XVI.** Con fecha de 5 de agosto de 2002, tiene entrada en la Comisión Nacional de Energía escrito de alegaciones de RWE, en el cual se propone la redacción de las cláusulas en conflicto y se solicita que la CNE acuerde modificar el plazo de vigencia de la reserva de capacidad otorgada a favor de RWE, fijando la nueva fecha de inicio de la reserva de capacidad el 1 de julio de 2003 y la fecha final el 30 de diciembre de 2005.
- XVII.** Con fecha 7 de agosto de 2002, tiene entrada en la Comisión Nacional de Energía un nuevo escrito de RWE, en el cual se solicita:



- a) Informe sobre la propuesta de suspensión de la tramitación del expediente realizada por RWE por medio de escrito de 24-07-02, y en particular, sobre si ha existido resolución al efecto.
- b) Se comunique a RWE si el instructor está de vacaciones y en qué fecha va a reincorporarse a sus funciones y en su caso cuál es la identidad de la persona nombrada como su sustituto para continuar la instrucción del presente expediente
- c) Se comunique a RWE en qué fecha se va a reunir el consejo de Administración de la CNE para resolver el presente, si se ha convocado ya dicha reunión y, si se ha incluido la resolución del presente expediente en el orden del día de dicha reunión.

XVIII. De todas estas alegaciones toma conocimiento el instructor, tal y como consta en el expediente, procediéndose a continuación a formular la propuesta de resolución de fecha 8 de agosto de 2002.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

DE CARÁCTER JURÍDICO – PROCESAL

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

La Comisión Nacional de Energía, tiene atribuida por la Disposición Adicional Undécima, Tercero, 1, función Decimotercera, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, 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. 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 RWE como resultado la concesión del acceso a RWE a la red de transporte de ENAGAS y el inicio de las negociaciones para la firma del correspondiente contrato de acceso, 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 este Organismo.

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 de 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 del silencio administrativo, 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”*.

DE CARÁCTER JURÍDICO MATERIAL

III. Objeto del conflicto presentado por RWE

El objeto del presente conflicto es el de resolver las discrepancias existentes entre RWE y ENAGAS en relación con el texto del contrato de transporte, que ambas partes tenían que haber firmado dentro del plazo de 24 días hábiles a contar desde la fecha de la resolución de la CNE al conflicto de acceso CATR 7-2001, plazo que finalizaba el 13 de mayo de 2002.

Durante dicho período, las Partes han intercambiado distintos borradores de contrato y han discutido cláusulas sin llegar a un acuerdo.

RWE señala en los fundamentos jurídicos de su escrito de interposición de conflicto de acceso que:

- a) En relación con las cláusulas 3.3 y 3.4: la propuesta de ENAGAS en cuanto a la regulación del procedimiento para la adquisición de nuevas capacidades y para la modificación del punto de salida, suponen un incumplimiento directo

de la regulación legal establecida en el artículo 6.2 del Real Decreto 949/2001.

- b) En relación con las cláusulas 3.1, 3.9, 3.10, 4.5, 6.7, 17 y un nuevo anexo: la propuesta de ENAGAS priva a RWE de los derechos que deberían corresponderle como usuario de la red de transporte en virtud del contrato de transporte. Según RWE, ENAGAS interpreta e impone estas cláusulas con total arbitrariedad, como consecuencia de que la legislación de gas no está aún totalmente desarrollada, existiendo un vacío legislativo al respecto, ya que ni las Normas de Gestión Técnica del Sistema (NTGS), ni el modelo de contrato de transporte y distribución están aprobados.
- c) En relación con las cláusulas 3.12, 11.6 y 14: se refieren a aspectos comerciales que afectan a la viabilidad comercial del negocio del gas.

Las partes han tenido en cuenta en sus negociaciones como última referencia el borrador de contrato presentado por ENAGAS de fecha de 13 de mayo de 2002, si bien es cierto que desde el 1 de julio del mismo año se encuentran en vigor los modelos de contrato aprobados por la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 24 de junio de 2002.

Estos Modelos de contrato tienen un contenido mínimo, y que por tanto, no impide a las partes llegar a acuerdos sobre otras cuestiones relativas al acceso y no previstas en los modelos normalizados. Todo ello, claro está, respetando los límites que en cada caso imponga nuestro Ordenamiento Jurídico.

Puesto que el contenido de los modelos es de carácter imperativo, todas las cuestiones sometidas a conflicto que hayan quedado resueltas con la entrada en vigor de tales modelos no exigirían un mayor tratamiento, pues vendrían impuestas por el propio modelo.

Mayores problemas suscitarán aquellas cláusulas, que no figurando en el modelo, hayan sido objeto de negociación por las partes, pues es aquí donde la CNE debe valorar la legalidad y el carácter no discriminatorio de las mismas.



Comisión

Nacional

de Energía

En nuestro caso, las partes no han llegado a un acuerdo en relación con las cláusulas 3.3 (puntos de salida), 3.4 (modificación de puntos de salida), 3.1 (presión mínima en punto de salida), 3.9 (eliminación de las mermas y autoconsumos), 3.10 (mediciones), 4.5 (límite de responsabilidad de RWE), 6.7 (almacenamiento operativo), 17 (entrega del manual de operaciones), entrega de protocolos de reparto, 3.12 (introducción de un periodo transitorio), 11.6 (supuestos de fuerza mayor) y 14 (modificación de circunstancias).

Asimismo, existe controversia en relación con la necesidad de entrega por parte de ENAGAS de un protocolo de repartos, que figuraría como anexo del contrato.

En el presente conflicto serán objeto de análisis todas las cláusulas controvertidas, debiéndose regir el contrato en los demás aspectos de acuerdo con lo previsto en los modelos de los contratos normalizados y lo pactado entre las partes.

No se ha suscitado controversia, y por tanto, se entiende que existe acuerdo en relación con las siguientes cláusulas del borrador de contrato propuesto por ENAGAS de fecha de 13 de mayo de 2002 y que consta en el expediente en los folios 127 a 147: cláusulas 6.5 (balance de gas diario y mensual); cláusula 8.3 (retrasos en el pago); cláusula 10 (cesión del contrato); cláusula 12.2 apartados a) b) c) d) y e) (causas de extinción); cláusula 13.3 y 13.4 (aval bancario antes de reanudar la prestación del servicio); cláusula 16 (cómputo de plazos); y cláusula 18 (plazo de tres años de confidencialidad)

Todas estas cláusulas se consideran conforme al Ordenamiento Jurídico vigente.

Asimismo, y por no resultar controvertido, resultarán aplicables las NGTS (versión 18).

IV. Consideraciones sobre las cláusulas y puntos en discusión

En el presente expediente interesa examinar si las cláusulas respecto de las cuales existe discrepancia entre RWE y ENAGAS están o no recogidas en el Modelo de contrato.

a) Cláusulas 3.3 y 3.4. Puntos de salida y modificación de puntos de salida

Posición de RWE: La propuesta de ENAGAS implica que en caso de que RWE pretenda adquirir nuevas capacidades para nuevos puntos de salida o modificar el punto de salida deberá presentar una solicitud de acceso a ENAGAS; que ENAGAS sólo concedería el cambio de punto de salida cuando exista capacidad disponible en el nuevo punto de salida solicitado y cuando esté previsto en la Resolución CATR 7-2001.

Postura de Enagas: alega que su propuesta se enmarca en el más estricto cumplimiento de la Resolución de la CNE de 12 de abril de 2002.

Consideraciones de la CNE:

La cláusula 5.3 del modelo de contrato establece:

“5.3 Incorporación de puntos de salida: La Contratante podrá fijar los puntos de salida del sistema de transporte y distribución mediante Anexos para la contratación de puntos de salida, suscritos entre la Contratante y los titulares de las instalaciones donde estén situados los puntos de salida de gas al consumidor final.”

La solicitud de incorporación de puntos de salida se realizará conforme a lo dispuesto en el RD 949/2001, de 3 de agosto. RWE podrá incorporar dichos puntos siempre que exista capacidad de transporte y distribución, teniendo en cuenta los condicionantes sobre la capacidad disponible que se indican en la resolución del conflicto CATR 7-2001.

b) Cláusula 3.1. Presiones de garantía en el punto de entrada y en el punto de salida.

Posición de RWE: propone fijar la presión mínima del gas natural en el punto de entrada y en el punto de salida, alegando que es necesario garantizar la presión de entrada para garantizar la efectividad del derecho de acceso de RWE y la presión de salida al objeto de prever contratos potenciales de suministro por parte de RWE. RWE argumenta que la determinación de presiones mínimas de entrada y salida es una práctica corriente en los contratos de transporte de gas celebrados por ENAGAS.

Posición de ENAGAS: alega que la presión en el punto de entrada y en el punto de salida únicamente está incluida en los contratos que tienen por objeto el suministro a ciclos combinados, e insta a la CNE a comprobar este punto en los contratos de transporte suscritos por ENAGAS.

Además, argumenta que la presión de entrada en el sistema propiedad de Enagas debería ser garantizada por RWE; y la presión a la que Enagas entregue al distribuidor en la posición G 03, será pactada entre Enagas y dicho distribuidor.

Consideraciones de la CNE: Revisados los contratos firmados por ENAGAS se ha comprobado que en el caso de los contratos de prestación de servicios de transporte donde el cliente final es un Ciclo Combinado, existe una cláusula en la que se pacta la presión en el punto de entrada y en el punto de salida; pero en el resto de contratos no figura ninguna cláusula o anexo alguno que pacte la presión en el punto de entrada y en el de salida.

En nuestro caso RWE, al no haber especificado las necesidades concretas de sus clientes, no existe justificación suficiente que sustente sus pretensiones.

En este caso la presión de entrada no depende de ENAGAS, sino del operador de la red francesa, con quien RWE debe pactar la presión de entrega del gas en la frontera española.



En cuanto a la presión de garantía en los puntos de suministro, lo habitual es el pacto de la misma con el Distribuidor, siendo las presiones de garantía habituales las indicadas en el siguiente cuadro:

Presiones de garantía habituales en los puntos de suministro de las redes de distribución		
BP	→	18 mbar
MPA	→	55 mbar
MPB	→	0,5 bar
APA	→	3 bar
APB	→	16 bar

En ningún caso se pactan presiones de garantía entre transportistas y comercializadores en puntos intermedios de la red de transporte, como lo solicitado por RWE.

c) **Cláusula 3.9. Porcentaje de mermas**

Posición de RWE: solicita se justifique que Enagas aplica el porcentaje del 0,43% a los demás usuarios de la red de transporte, incluidas las compañías de su mismo grupo.

Posición de Enagas: alega que descuenta de las entradas brutas de gas al sistema de transporte el 0,43% en concepto de mermas.

Consideraciones de la CNE: Esta Comisión pone de manifiesto que en las facturas y balances aportados por Enagas en su escrito de 17 de julio de 2002 (folios 213 a 258) relativos a la facturación de mayo de 2002 a las comercializadoras Unión Fenosa Gas, S.A., Endesa Energía, S.A., Hidrocantábrico Energía, S.A.U y Edison, se retiene un porcentaje de gas del

0,43% de las entradas netas de gas a la red de transporte en concepto de mermas y autoconsumos.

En relación con Gas Natural Comercializadora SA, Iberdrola Gas SA, BP Gas España SA, Cepsa Gas Comercializadora SA y Shell España SA, consta a esta Comisión que el porcentaje de mermas que se les aplica es del 0,43%.

Por otra parte, la ORDEN ECO/301/2002, de 15 de febrero, por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista, establece en su artículo 9, que regula la retribución a los transportistas por la actividad de gestión de compra-venta de gas destinada al mercado a tarifas, como porcentaje de mermas del transporte de gas para el año 2002 el 0,43%. Por tanto, esta Comisión considera acertado la aplicación, del 0,43% de las entradas netas de gas a la red de transporte, en concepto de mermas y autoconsumos, dado su carácter regulatorio.

d) Cláusula 3.10. Protocolo de Mediciones

Posición de RWE: Solicita le sean entregados los protocolos de mediciones, conforme a lo establecido en la legislación vigente.

Posición de Enagas: Argumenta que la medición del gas que entra en España procedente de Francia tiene lugar en una estación de medida situada en Francia, y perteneciente a Gaz de France. Además, pone de manifiesto la existencia de unos protocolos que garantizan el buen funcionamiento y la precisión de los instrumentos de medición, subrayando que no es obligación de Enagas llevar a cabo la medición en dicha instalación.

Enagas, en atención al origen del gas, propone que la medición sea el reparto aportado por Gaz de France en la unidad de medida ALCAY.

Consideraciones de la CNE: En el caso que nos ocupa, las unidades de medida están situadas en Francia y son propiedad de Gaz de France, por tanto, el



correspondiente protocolo de mediciones debería incorporarse al contrato de transporte suscrito entre RWE y Gaz de France.

En todo caso, el Gestor Técnico del Sistema dará traslado de las mediciones, asignaciones y repartos del gas incorporado por RWE al sistema.

e) Cláusula 4.5 Límite máximo de indemnización de daños y perjuicios

Posición de RWE: Propone introducir un nuevo párrafo en el que se establezca que la indemnización de daños y perjuicios que una parte deba abonar a la otra, quede en todos los casos de negligencia ordinaria limitada a un importe máximo que se aplicará en beneficio de ambas partes. En opinión de RWE, el importe del contrato sería un límite razonable.

Posición de Enagas: alega que la pretensión de RWE no encuentra ningún apoyo legal y que no aplica dicha cláusula en otros contratos, y por tanto, en caso de pactarla con RWE, estaría discriminando negativamente a otros comercializadores.

Por otro lado, la falta de asunción de responsabilidad por las partes del contrato, al final supondrá la necesidad de que sea el sistema gasista en su conjunto el que deba asumir los costes de los daños producidos.

Consideraciones de la CNE: Si bien es cierto que nuestro Ordenamiento Jurídico admite en algunos casos la limitación de responsabilidad mediante pacto, no es menos cierto que en el ámbito sectorial en el que nos encontramos priman especialmente los principios de transparencia y no discriminación.

En los contratos firmados por ENAGAS con otros comercializadores no constan pactos limitativos de la responsabilidad, por lo que en caso de pactarlo con RWE se produciría un trato desigual, que al carecer de suficiente justificación, sería discriminatorio.

Asimismo, esta Comisión estima, al igual que lo ha manifestado ENAGAS, que la falta de asunción de responsabilidad por las partes del contrato, al final supondrá

la necesidad de que sea el sistema gasista en su conjunto el que deba asumir los costes de los daños producidos.

f) Cláusula 6.7. Desbalances por exceso de almacenamiento operativo

Posición de RWE: argumenta que, puesto que las NGTS dejan la regulación del almacenamiento subterráneo en exceso del incluido en la tarifa al arbitrio de las partes, RWE propone que el precio del mismo sea el resultado de la aplicación del canon de almacenamiento regulado en el art. 32 del RD 949/2001, pero prorrateado a aquellos días en los que efectivamente Enagas preste el servicio suplementario de almacenamiento subterráneo.

Posición de Enagas: alega que su propuesta coincide con la existente para el resto de los contratantes.

Consideraciones de la CNE: El peaje por exceso de almacenamiento operativo no está regulado. Dado que se trata de un servicio no regulado, mientras se mantenga esta situación se estará a lo dispuesto en el artículo 6.7 del RD 949-2001

“Los sujetos con derecho de acceso podrán suscribir contratos para la utilización de otros servicios e instalaciones que incluyan servicios y condiciones distintas a los regulados en este Real Decreto, que serán libremente pactados entre las partes. Tales servicios serán ofrecidos a todos los sujetos que estuviesen interesados en ellos, en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias.”

En este sentido, Enagas está ofreciendo a RWE una fórmula igual a la ofrecida a otros comercializadores para el cálculo del exceso del almacenamiento operativo establecido en el peaje de transporte.



En los contratos celebrados por ENAGAS con los restantes comercializadores se ha incluido la siguiente cláusula:

“Si el stock desborda el límite máximo, y la contratante no tuviera capacidad de almacenamiento suplementario a través de almacenamiento contratado, no podrá obligar a ENAGAS a recibir entregas de gas hasta reducir adecuadamente las situación de exceso del stock admisible.

No obstante lo anterior, si el stock desborda el límite máximo y ENAGAS, actuando diligentemente, tiene posibilidad de almacenar en sus instalaciones el exceso, se producirá una situación de almacenamiento en exceso de gas natural. En tal caso la contratante estará obligada a abonar a ENAGAS el canon por almacenamiento que legal o reglamentariamente corresponda a dicho canon habrá de sumarse el importe correspondiente a los peajes por transporte que se deriven del transporte del gas natural en situación de exceso desde los puntos de entrada hasta el lugar donde se almacene dicho gas en exceso” (sic).

La redacción de esta cláusula sólo tiene sentido dentro del marco regulatorio anterior al RD 949/2001, de 7 de septiembre, pues desde la entrada en vigor de esta norma reglamentaria no existe un peaje basado en distancia, sino un peaje “postal” que solo debe abonarse cuando el gas entra o sale del sistema.

El nuevo modelo normalizado viene a resolver esta cláusula adaptándola a la nueva normativa, indicando que *“... si las existencias exceden los límites establecidos y el Gestor Técnico del Sistema junto con los titulares de instalaciones, actuando como operadores prudentes y razonables sin poner en peligro la integridad del sistema de transporte y distribución, tienen posibilidad de mantener el servicio, harán sus mejores esfuerzos repercutiendo sobre la contratante los costes que esta situación pudiese acarrear”.*

Esta Comisión estima razonable que los costes de este servicio se calculen tomando como referencia el canon de almacenamiento subterráneo, pues ENAGAS gestiona estos servicios empleando la capacidad de los almacenamientos subterráneos.

No se trata de un servicio esencial para el acceso, ya que RWE puede contratar almacenamiento subterráneo para atender sus necesidades de almacenamiento. Así pues, si RWE desea hacer uso del servicio de exceso del almacenamiento operativo, puede acogerse a la fórmula empleada por ENAGAS incorporando dicha cláusula mediante Anexo al contrato normalizado:

“El precio que la contratante tendrá que abonar a ENAGAS por los excesos de almacenamiento respecto del almacenamiento por encima del reconocido en tarifa, será el equivalente al canon de almacenamiento subterráneo tomando como término fijo el correspondiente al día en que se haya producido el exceso máximo. El volumen de gas reconocido en almacén será el exceso producido menos las mermas correspondientes al almacenamiento subterráneo.”

En todo caso, debe tenerse presente que en caso de que se negocien o se apliquen condiciones más beneficiosas a otros comercializadores, éstas también deberán aplicarse a RWE para evitar un trato discriminatorio.

Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de los posibles cambios regulatorios que se produzcan en el futuro y afecten a esta materia.

g) Cláusula 17. Entrega del Manual de Operaciones

Posición de RWE: Solicita le sea entregado el Manual de operaciones y rechaza el argumento de Enagas, según el cual, dicho Manual se corresponde con las NGTS.

Consideraciones de la CNE: De conformidad con el Anexo 2 del Modelo de contrato, el Manual de Operaciones incluirá el conjunto de documentos a los que acuerdan someterse las partes, y comprenderá todas las cuestiones de orden técnico necesarias en la ejecución del Contrato, incluidas las NGTS y el procedimiento de medida de gas natural en el punto de entrada al sistema de transporte y distribución.

En consecuencia, el Anexo 2 del Modelo de contrato debería incluir, además de las NGTS, los correspondientes protocolos de mediciones. Pero en este caso particular, ya que la unidad de medida está situada en territorio francés, será de aplicación lo comentado en relación con la cláusula 3.10.

En relación con el punto de salida en el punto G03 no hay instalada ninguna unidad de medida, por lo que no puede existir un protocolo de medición.

Esta Comisión entiende que hasta que se produzca la aprobación por el Ministerio de Economía de las NGTS, todas las referencias a las mismas se refieren a la versión 18 de del borrador NGTS, en la medida que han sido negociadas por las partes y no han sido objeto de controversia en el conflicto.

h) Anexo. Enagas rechaza la entrega a RWE del Protocolo de repartos del punto de Larrau

Posición de RWE: entiende que el Protocolo de repartos, al igual que el Manual de Operaciones y el Protocolo de medición, tiene que ser entregado a RWE.

Posición de Enagas: Argumenta que, en el caso del gasoducto de Larrau, no existe dicho Protocolo de reparto; hasta la fecha no ha sido necesario establecer un Protocolo de reparto al ser sólo una la empresa que se suministra de gas en

España a través de dicho gasoducto. Tiene sentido en el caso del Magreb, pero no en el de Larrau, al menos hasta la fecha.

Consideraciones de la CNE: Hasta la fecha no ha sido necesario ningún Protocolo de reparto en Larrau, puesto que existía una única empresa que se suministraba de gas a través de dicho gasoducto. En caso de que no se elabore un Protocolo de reparto, el reparto se realizará conforme a lo dispuesto en el capítulo 9 de las NGTS (versión 18).

En todo caso, se acepta la propuesta de RWE para el tratamiento de las restricciones:

“En caso de restricciones en Larrau, la restricción se aplicará a cada punto en proporción a la nominación realizada por el usuario y, siempre que la nominación no exceda la capacidad reservada por dicho usuario.”

i) Nueva cláusula. Establecimiento de un periodo de “build-up”

Posición de RWE: Pretende establecer una cláusula de periodo transitorio o de “build-up”, alegando que, al tratarse de un comercializador nuevo en el mercado español, necesitará cierto tiempo para obtener el pleno rendimiento de su derecho de acceso.

Posición de Enagas: No se pacta ningún periodo de “build-up” en los contratos de transporte suscritos entre Enagas y Gas Natural Comercializadora, S.A.; ni tampoco en los suscritos entre Enagas y los adjudicatarios del concurso-subasta para la adjudicación del gas de Argelia. Otra cosa bien distinta es la existencia de cláusulas que permiten incrementar la reserva de capacidad de transporte, siempre sujeta a la existencia de capacidad libre en el momento de la nueva petición.

Consideraciones de la CNE: En los contratos de transporte consultados por esta Comisión no figura cláusula alguna en la que se pacte un periodo de “build-up” o periodo transitorio entre las partes para la prestación de los servicios pactados.

Aunque no se trate de un periodo de “build-up” propiamente dicho, los contratos cuyo cliente final es un Ciclo Combinado presentan periodos de pruebas. En el caso de los Ciclos Combinados, es necesario un periodo de pruebas hasta que éstos alcancen un pleno rendimiento, momento en el cual comienza el consumo en firme.

El trato que reciben los ciclos combinados obedece a razones técnicas, mientras que las razones invocadas por RWE son puramente comerciales.

La diferente fundamentación expuesta hace que deba considerarse inexistente un término válido de comparación, sin que exista, por tanto, un trato discriminatorio.

En el Modelo de contrato, las condiciones especiales para el comienzo de la prestación de los servicios (como por ejemplo mecanismos de ventana, periodos de prueba, etc) se establecen en el Anexo 3, y será transparente, objetiva y no discriminatoria, teniendo la adecuada difusión entre los usuarios, y deberá ser comunicada a la Comisión Nacional de Energía.

Esta Comisión entiende que los comercializadores tienen que pagar toda la capacidad reservada, salvo contratos a largo plazo para Ciclos Combinados. Por tanto, el conceder un periodo de “build-up” a RWE supondría una discriminación en perjuicio del resto de comercializadores que han firmado contratos de transporte similares con Enagas.

j) Nueva cláusula 11.6. Supuestos de Fuerza Mayor

Posición de RWE: Propone incluir una nueva cláusula con la siguiente redacción:

“En particular, se considerará como supuesto de Fuerza Mayor que afecta a la Contratante, la circunstancia de que la empresa transportista que preste el servicio de transporte en Francia declare una situación de Fuerza Mayor y en su virtud el gas natural no pueda ser vehiculado hasta el Punto de Entrada en Larrau (Navarra), siempre que dicha declaración de Fuerza Mayor sea también considerada Fuerza Mayor con arreglo al ordenamiento jurídico español”

Posición de Enagas: entiende que no es necesario introducir dicha cláusula, puesto que dicho supuesto ya estaría contemplado en la cláusula 11.

Consideraciones de la CNE:

El Modelo de contrato establece en la cláusula 12 lo siguiente:

“Ninguna de las Partes será responsable frente a la contraria del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, si éste viniera originado por causa de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.105 del Código Civil.”

Dicha cláusula regula de forma genérica los supuestos de Fuerza Mayor y Caso Fortuito, sin entrar en una casuística detallada de los mismos. En este sentido, el artículo 1105 del Código Civil establece lo siguiente:

“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

Esta Comisión considera que la actual redacción de la cláusula 12 del Modelo de contrato contempla, de forma general, todos los supuestos de Fuerza Mayor de conformidad con el Ordenamiento Jurídico español, sin que sea por tanto necesario introducir una enumeración de los supuestos concretos que pudiesen quedar incluidos dentro de las causas de Fuerza Mayor, siendo los tribunales los que en cada caso determinarán si el suceso es considerado como de Fuerza Mayor.

k) Nueva cláusula. Cambio de circunstancias

El Modelo de contrato ya prevé esta situación, estableciendo en la cláusula 21 (“Modificación de circunstancias”) lo siguiente:

“Caso de que tenga lugar una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el Contrato en relación con las concurrentes al tiempo



*de su celebración, que conlleve una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las Partes contratantes que rompa el equilibrio entre dichas prestaciones, y que todo ello acontezca por la sobreviniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles, cualquiera de las Partes podrá exigir la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* de forma que el Contrato se adapte a las nuevas circunstancias.¹*

El procedimiento de revisión por cambio de circunstancias se abrirá mediante comunicación de la Parte solicitante a la otra, con exposición de los motivos que justifiquen su petición. Ambas Partes se comprometen a negociar con diligencia y buena fe, durante el plazo de dos meses a contar desde la comunicación que abra el procedimiento. Transcurrido dicho plazo sin acuerdo, la Parte solicitante podrá acudir al procedimiento de resolución de conflictos previsto en la Cláusula 23 de este Contrato”.

V. Sobre la solicitud de RWE de modificar el plazo de la reserva de capacidad otorgada.

RWE, a través de los escritos que siguen al inicio del conflicto, solicita en varias ocasiones que se modifique el plazo de la reserva de capacidad, que, en el marco del conflicto de acceso CATR 7/2001, se determinó desde el 1 de julio de 2002 hasta el 29 de junio de 2004.

En primer lugar, en su escrito inicial por el que interpone el conflicto, RWE solicita se modifique el plazo de reserva de vigencia de la reserva de capacidad si no hay firma del contrato antes de 1 de julio. De nuevo, en el escrito de 27 de junio de 2002, RWE propone aplazar el inicio de la reserva de capacidad a la fecha de resolución del presente conflicto. Por último, el escrito de 5 de agosto de 2002,

¹ Las modificaciones que puedan introducirse por aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, no podrán afectar a las cláusulas contenidas en el Modelo normalizado.



RWE solicita un nuevo aplazamiento de la reserva de capacidad al 1 de julio de 2003 hasta 30 de diciembre de 2005.

La reserva de capacidad otorgada a RWE en el marco del conflicto de acceso CATR 7/2001, fue otorgada para un periodo de tiempo determinado, atendiendo a los simulacros llevados a cabo para establecer la capacidad del gasoducto de Larrau hasta el punto GO3, que presuponían una serie de condiciones para un periodo determinado de tiempo. Esta Comisión entiende que si RWE desea extender la reserva de capacidad más allá de dicho periodo, deberá presentar una nueva solicitud de reserva de capacidad.

Tampoco resulta aceptable el retraso de inicio de los servicios en más de un año solicitado por RWE, puesto que lo que se dirime en este conflicto son únicamente las condiciones del contrato de acceso correspondiente a la reserva de capacidad otorgada ya a RWE en dicho conflicto.

Por otro lado, y teniendo en cuenta el déficit de capacidad que existe en el sistema gasista español, la modificación del periodo de reserva de capacidad para el cual se había solicitado inicialmente el acceso supondría un perjuicio para el resto de agentes del mercado, en la medida que no podrían ocupar dicha capacidad.

VI. Sobre la solicitud de suspensión del procedimiento formulado en los escritos de fecha 26 de julio de 2002

El artículo 42.5 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre establece que:

El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su



efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley.

b) Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada

c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

d) Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

e) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 88 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados.

Entre los motivos de suspensión no figura el alegado por RWE, sin que pueda por tanto prosperar su pretensión.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión del día 8 de agosto de 2002,



Comisión
Nacional
de Energía

ACUERDA

Primero) No procede la suspensión del procedimiento por no concurrir ninguno de los motivos previstos en el título 42.5 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre.

Segundo) Las relaciones entre RWE y ENAGAS, dentro del marco de la resolución de la Comisión Nacional de Energía de 11 de abril de 2002 (CATR 7/2002), se regirán por el Modelo de Contrato de Transporte y Distribución aprobado por la Dirección General de Política Energética y Minas que se adjunta a la presente resolución.

En cuanto a las cláusulas 3.3 y 3.4 en conflicto, se aplicará la cláusula 5.3 del Modelo de Contrato de Transporte y Distribución. La solicitud de nuevos puntos de salida serán tramitadas de conformidad con la normativa de acceso a las infraestructuras gasistas.

En cuanto a las cláusulas 3.1, 3.9, 3.10, 4.5, 6.7 y 17, la Comisión Nacional de Energía entiende que las cláusulas propuesta de ENAGAS son de aplicación por no resultar contrarias al Ordenamiento Jurídico ni discriminatorias, circunstancia que no concurrirían en las de RWE.

En particular, en cuanto a la cláusula 17 y en relación con el Protocolo de Mediciones, al estar la unidad de medida en el territorio francés, no corresponde a ENAGAS la aportación de dicho protocolo

En cuanto al Protocolo de repartos regirá el capítulo 9 de la NGTS (versión 18) y la propuesta de RWE para el tratamiento de las restricciones en Larrau.

En cuanto a la introducción de una nueva cláusula de “build up”, esta Comisión entiende que no existe justificación suficiente para la misma.

En cuanto a la cláusula 11.6 sobre los supuestos de Fuerza Mayor, esta Comisión considera que la actual redacción de la cláusula 12 del Modelo de contrato contempla, de forma general, todos los supuestos de Fuerza Mayor de conformidad con el Ordenamiento Jurídico español, sin que sea, por tanto, necesario introducir una enumeración de los supuestos concretos que pudiesen quedar incluidos dentro de las causas de Fuerza Mayor, siendo los tribunales los que en cada caso determinarán si el suceso es considerado como de Fuerza Mayor.

En cuanto a la introducción de una cláusula relativa al cambio de circunstancias, la controversia queda resuelta por la aplicación de la cláusula 21.

En relación con las cláusulas no controvertidas y no contenidas en el modelo de contrato normalizado a las que se ha hecho referencia en el fundamento III del presente informe (cláusulas 6.5, 8.3 10 12, b) c) d) y e), 13.3 13.4, 16 y 18 todas ellas del borrador de contrato propuesto por ENAGAS de fecha 13 de mayo de 2002), se entiende que existe acuerdo entre las partes y, por tanto, resultan también de aplicación, considerando esta Comisión que son conformes al Ordenamiento Jurídico.

Tercero) Ambas partes dispondrán de un plazo de 10 días hábiles a partir de la notificación de esta resolución para la firma de dicho Contrato.

La no firma del contrato por parte de RWE en el plazo anteriormente señalado supondrá la pérdida de su derecho de acceso.

La no firma del contrato por parte de ENAGAS en el plazo anteriormente señalado podría constituir infracción muy grave de acuerdo con lo previsto en el artículo 109.i) de la Ley 34/98 de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Cuarto) La fecha de inicio de la prestación de los servicios será el día siguiente al de la fecha de la firma del mencionado contrato, siendo la fecha de finalización de la reserva de capacidad el 29 de junio de 2004.

La presente resolución no pone fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurrida en alzada ante el Ministro de Economía, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Undécima, Tercero.5, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos, y conforme a lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 557/2000, de 27 de abril, por el que la Comisión Nacional de Energía queda adscrita al Ministerio de Economía.