



Comisión

Nacional

de Energía

**RESOLUCIÓN DE LA COMISION
NACIONAL DE ENERGIA, EN LOS
PROCEDIMIENTOS ACUMULADOS
CATR 5/2002, 6/2002 Y
PROCEDIMIENTO TRAMITADO AL
AMPARO DEL ARTICULO 70.4 DE LA
LEY 34/1998, DE 7 DE OCTUBRE, DEL
SECTOR DE HIDROCARBUROS**



RESOLUCIÓN DE LA COMISION NACIONAL DE ENERGIA, EN LOS PROCEDIMIENTOS ACUMULADOS CATR 5/2002, 6/2002 Y PROCEDIMIENTO TRAMITADO AL AMPARO DEL ARTICULO 70.4 DE LA LEY 34/1998, DE 7 DE OCTUBRE, DEL SECTOR DE HIDROCARBUROS

ANTECEDENTES DE HECHO

- I. Con fecha de 22 de mayo de 2002 tienen entrada en la CNE sendos escritos de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. (en adelante GAZ DE FRANCE) por los que presenta escritos de disconformidad y de planteamiento de conflicto ante esta Comisión, respecto a las denegaciones de acceso a redes de transporte y distribución de gas natural de ENAGAS, S.A. (en adelante ENAGAS) destinadas al suministro a los consumidores cualificados y .

Según refiere GAZ DE FRANCE en sus dos escritos, ENAGAS procedió a la denegación de las peticiones de acceso con fecha de 23 de abril de 2002 aludiendo que *“con la presión de entrega contractualmente establecida en la frontera Franco-Española, no podemos garantizar la vehiculación de caudales superiores a los ya contratados para el transporte de gas natural por el gasoducto Larrau-Villar de Arnedo, debido a que la presión de llegada a este último punto, supondría una grave limitación en la capacidad de transporte por el gasoducto Haro-Tivisa”*.

Respecto a las solicitudes de acceso y reserva de capacidad para las instalaciones de distribución señala GAZ DE FRANCE que ENAGAS nada dice en su contestación, mas que en dicha solicitud *“no se indicaban las distribuidoras propietarias de las redes a las que se encuentran conectados*

los Puntos de Salida”, señalando GAZ DE FRANCE que lo hace a pesar de su condición de gestor técnico del sistema y “ante la más que presumible facilidad en la identificación de las distribuidoras afectadas, al indicarse en la solicitud, entre otros, el dato del término municipal de ubicación del consumidor, y pese a la manifestada y conocida accesibilidad y/o disponibilidad para la colaboración ab initio por parte de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A.”.

- II. Con fecha de 30 de mayo de 2002 el Consejo de Administración de la CNE acordó el inicio de los procedimientos de conflicto de acceso a las redes de gas CATR 5/2002 y 6/2002, correspondientes a las peticiones de acceso realizadas por GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. para el suministro, respectivamente, a y , y en la misma sesión acordó designar como órgano instructor de dichos procedimientos a la Subdirección de Régimen de Competencia de la Dirección de Regulación y Competencia de la CNE.

- III. Con fecha de 6 de junio de 2002, fue remitida por el órgano instructor a GAZ DE FRANCE y a ENAGAS la comunicación referida en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, haciendo constar el procedimiento aplicable, el plazo para resolver y los efectos del silencio administrativo.

- IV. Con fecha de 13 de junio de 2002, ENAGAS remite escrito a esta Comisión, en ambos conflictos, en el que comunica que a su juicio subsiste la causa subjetiva que dio lugar a la desestimación de una petición similar del mismo actor, mediante resolución de la CNE de 17 de julio de 2001, basada en la aplicación del artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, al no haberse producido hechos o circunstancias nuevas respecto a las condiciones que dieron lugar a la adopción de la referida resolución de la CNE.

A su vez, ENAGAS alega que su omisión de la causa de reciprocidad en las denegaciones de las peticiones de acceso realizadas por GAZ DE FRANCE no puede convertirse en una desaparición de tal motivo ni que las causas no invocadas dejen de concurrir, y una motivación incompleta aunque no insuficiente no afecta a la materialidad del asunto. ENAGAS sostiene igualmente la innecesariedad de un nuevo pronunciamiento previo de la CNE, dado que no se ha producido un cambio sustancial que justifique un nuevo análisis, al no haberse dado un avance significativo en el grado de apertura del sistema gasista francés ni ningún otro cambio. ENAGAS solicita que la CNE aprecie y declare la improcedencia de continuar el conflicto de acceso, por concurrir la misma circunstancia que dio lugar a la resolución de 17 de julio de 2001, y declare asimismo que no es preciso que ENAGAS recabe el previo consentimiento de la CNE para denegar la solicitud por alteración del principio de reciprocidad; y subsidiariamente, solicita a la CNE que *“confirme y subsane la posible omisión que pudiera haberse producido por no haber recabado ENAGAS su previa conformidad, procediendo a ello en este momento”*.

- V. El Consejo de Administración de la CNE, en su sesión celebrada el día 20 de junio de 2002, a la vista del escrito remitido por ENAGAS con fecha de 13 de junio de 2002 en el marco de los procedimientos de conflicto de acceso CATR 5/2002 y 6/2002, acuerda la incoación del procedimiento administrativo al amparo del artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. En la misma sesión el Consejo acuerda la acumulación de los tres procedimientos al amparo de lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, designando a la Subdirección de Régimen de Competencia para la realización de los actos de comunicación e instrucción precisos.
- VI. Con fecha de 21 de junio de 2002 el órgano instructor comunica a GAZ DE FRANCE y a ENAGAS los acuerdos del Consejo de Administración de la CNE referidos en el apartado anterior.

- VII. Con fecha de 21 de junio de 2002 se remite escrito de la CNE a la Comisión Europea en el que se solicita que por parte de ese organismo “se confirme que la situación de transposición de la directiva 98/30/CE de 22 de junio de 1998 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural en el Estado francés que se refería en su escrito de 28 de junio de 2001 no ha sufrido variaciones desde dicho momento o, en su caso, las que se hayan producido”.
- VIII. Con fecha de 27 de junio de 2002 tiene entrada en la CNE escrito de GAZ DE FRANCE por el que pone de manifiesto a la CNE una serie de consideraciones respecto a los procedimientos acumulados, con el fin tanto de identificar apropiadamente el objeto de los procedimientos como de formular alegaciones preliminares respecto a la “*extemporánea e innecesaria solicitud de autorización previa al objeto de oponer, en dos casos y ratificar la oposición, en otros tres casos, de la causa de denegación contemplada en el artículo 70.4 LSH..*”, solicitando el amparo del Presidente de la CNE “*ante el comportamiento arbitrario, ilícito y errático de quien como ENAGAS, no sólo es titular de la práctica totalidad de las instalaciones de regasificación, transporte y almacenamiento en el territorio peninsular español sino que, además, ejerce potestades administrativas delegadas en su condición de Gestor Técnico del Sistema*”, que según alega GAZ DE FRANCE opone caprichosamente y sin justificación alguna unas causas u otras de denegación a su libre albedrío. GAZ DE FRANCE manifiesta, en cuanto a la improcedencia del otorgamiento por parte de la CNE de la autorización previa a los efectos del artículo 70.4 LSH, que la causa de denegación prevista en ese precepto no concurre, siendo a su juicio buena prueba de ello el acceso del que viene disfrutando CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A., en quien según aquella concurren las circunstancias a efectos de lo dispuesto en el artículo 70.4 LSH de manera coincidente con las que son propias de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A., “*ya que ambas están directamente vinculadas a empresas francesas*”, si bien señala la falta de concurrencia del supuesto previsto en esa norma “*en relación con cualquier empresa vinculada con entidades francesas*”.. la cual “*deriva de que entre España y*

Francia existe la reciprocidad exigida por dicho precepto”, principio cuya alteración se contempla en la directiva, señala GAZ DE FRANCE, sobre consideraciones estrictamente cuantitativas referidas al nivel de consumo de clientes, y de acuerdo con el “Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas de 3 de diciembre de 2001 la apertura del mercado gasista francés en 2000 alcanzaba el 20 % y la estimación de clientes que cambian de proveedor es de entre el 10 y el 20 por ciento (mientras que en España el cambio de proveedor sólo se produce en casos que representan entre el 5 y el 10 por ciento)”.

Señala a su vez GAZ DE FRANCE que España es el único Estado miembro de la Unión Europea en el que se viene oponiendo la alteración del principio de reciprocidad a filiales de GAZ DE FRANCE, y que ENAGAS hace una invocación discriminatoria y contraria a los principios de transparencia, objetividad y no discriminación puesto que aplica la causa de denegación prevista en el artículo 70.4 LSH a GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. y no a otras empresas *“en una situación idéntica; alega igualmente que la carga de la prueba de la concurrencia de la causa de denegación prevista en el artículo 70.4 LSH reside en quien la invoca y que ENAGAS ha vulnerado todas las normas de garantía de legalidad e interdicción de la arbitrariedad. GAZ DE FRANCE solicita a la CNE, a fin de fundamentar la discriminación alegada en el Expositivo Quinto Punto 4, y la no concurrencia de la causa de reciprocidad, “requiera a ENAGAS para que aporte al expediente un listado en el que se relacionen todos los contratos de acceso a las instalaciones gasistas firmados entre ella y CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A. o cualquier otra sociedad perteneciente al mismo grupo empresarial, expresando en cada caso la fecha de firma de los contratos, la duración de los mismos, las capacidades contratadas, la utilización efectiva de las mismas, los consumidores cualificados a los que se suministra en virtud de dichos contratos y sus respectivos consumos, así como los puntos de entrada y salida a que afecta cada uno de los meritados contratos”.*

- IX. Con fecha de 21 de junio de 2002 tienen entrada en la CNE tres escritos de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. por los que presenta escritos de disconformidad y de planteamiento de conflicto respecto a su petición de acceso a redes de fecha de 22 de mayo de 2002, que dio lugar a la denegación por parte de ENAGAS de fecha 4 de junio de 2002 con base en la causa de reciprocidad referida en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.
- X. Con fecha de 28 de julio de 2002 el órgano instructor acuerda la incorporación a los expedientes acumulados de los referidos escritos de disconformidad y de planteamiento de conflicto presentados por GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. mediante escritos de fecha de 21 de junio de 2002, teniendo en cuenta para ello el órgano instructor que sobre esa misma petición se estaba tramitando el procedimiento administrativo al amparo del mencionado artículo 70.4 LSH, acumulado a los CATR 5/2002 y 6/2002.
- XI. Con fecha de 1 de julio el órgano instructor extiende una diligencia respecto a la petición de GAZ DE FRANCE realizada en su escrito de 27 de junio de 2002, haciendo constar la confidencialidad de los datos requeridos por aquella sociedad en relación con los contratos de acceso suscritos entre ENAGAS y CEPESA o alguna de sus filiales (fecha de firma de los contratos, duración, capacidades, utilización efectiva, consumidores cualificados a los que se suministra, puntos de entrada y salida), por lo que no pueden ser conocidos por GAZ DE FRANCE, y adicionalmente, que la CNE ya dispone de copia de los referidos contratos, haciéndose constar a los efectos de la petición de esa sociedad la existencia de dichos contratos, suscritos entre ENAGAS y CEPESA o CEPESA GAS COMERCIALIZADORA, S.A.
- XII. Con fecha de 3 de julio de 2002 tiene entrada en la CNE escrito de la Vicepresidenta de la Comisión Europea, Doña Loyola de Palacio, en el que se comunica que *“Francia no ha notificado a la Comisión Europea todavía ningún texto jurídicamente vinculante, que incorpore al ordenamiento*

jurídico francés la directiva 98/30/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. En consecuencia, el procedimiento judicial iniciado el pasado 8 de mayo de 2001 por la Comisión Europea contra Francia ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, para declarar el incumplimiento de la República francesa a las obligaciones que le incumben en virtud del tratado, sigue su curso”.

- XIII. Con fecha de 3 de julio de 2002 el órgano instructor acuerda la denegación de las pruebas propuestas por GAZ DE FRANCE en sus escritos de 22 de mayo de 2002 por los que presenta conflictos de acceso a las instalaciones de transporte y distribución, y que han dado lugar a los procedimientos CATR 5/2002 y 6/2002, así como las pruebas propuestas por GAZ DE FRANCE en sus escritos de disconformidad y de planteamiento de conflictos de fecha de 21 de junio de 2002, incorporados a los expedientes acumulados al versar sobre una petición que ya formaba parte del procedimiento tramitado al amparo del artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, todo ello teniendo en cuenta su carácter manifiestamente improcedente e innecesario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la vista de la carta remitida por la Comisión Europea y de la concurrencia ya, en consecuencia, de una causa de denegación de acceso, la prevista en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, siendo por tanto innecesario realizar las pruebas propuestas destinadas a determinar la existencia o no de capacidad.
- XIV. Con fecha de 4 de julio de 2002 el órgano instructor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pone de manifiesto el expediente en trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento, a fin de que puedan presentar las alegaciones que tengan por convenientes.
- XV. Con fecha de 11 de julio de 2002 se examina por la representación de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. el original del expediente relativo a los procedimientos acumulados, dentro del trámite de audiencia.

- XVI. Con fecha de 12 de julio de 2002 tienen entrada en la CNE escritos de ENAGAS y GAZ DE FRANCE por los que realizan alegaciones dentro del trámite de audiencia.

De manera resumida, y sin perjuicio de las consideraciones que procede realizar sobre las mismas en los Fundamentos Jurídicos de la presente Resolución, las alegaciones realizadas por los interesados en el trámite de audiencia se sintetizan a continuación. ENAGAS procede a una acotación de las cuestiones que son objeto de debate, reiterando de manera resumida sus consideraciones sobre la falta de invocación inicial de la causa de denegación prevista en el artículo 70.4 LSH; asimismo realiza alegaciones respecto a las cuestiones formales invocadas por la peticionaria, tales como la falta de motivación, la falta de información suministrada, la vulneración del principio de transparencia o el incumplimiento de la obligación de presentar alternativas; ENAGAS sostiene respecto a la a su juicio *“pretendida vulneración del artículo 8 a) del RD 949/2001”* la incidencia de la previsión de la última frase del referido apartado, respecto a la no vinculación del derecho de acceso a clientes existentes a la capacidad de entrada de gas al sistema. En punto a la alteración del principio de reciprocidad y la aplicabilidad del artículo 70.4 LSH sostiene el *“mantenimiento de las circunstancias que dieron lugar a la denegación de la anterior petición de GAZ DE FRANCE”*; señala la ejecutividad y efectividad de las resoluciones recurridas en vía administrativa; y por último desarrolla una serie de alegaciones respecto a la *“comparación con otros casos: posible discriminación a GAZ DE FRANCE en relación con otros operadores”*, adjuntando a tal efecto el informe emitido por la Asesoría Jurídica de ENAGAS en septiembre del año 2001, que analiza si CEPSA incurría o no en un supuesto similar al de GAZ DE FRANCE.

Por su parte GAZ DE FRANCE formula alegaciones de orden jurídico-procesal, respecto a la naturaleza y objeto de los procedimientos acumulados, poniendo de manifiesto su número y diferente naturaleza,

para señalar la improcedencia de la tramitación del procedimiento para la concesión de la “previa conformidad” una vez que la denegación se ha consumado previamente; sostiene GAZ DE FRANCE igualmente que la CNE tiene la obligación de resolver los conflictos de acceso planteados por esa sociedad en sus escritos de 22 de mayo y 21 de junio de 2002, con base en lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pues de lo contrario la resolución no resolvería todas las cuestiones planteadas y *“adolecería de incongruencia omisiva frente a las pretensiones ejercitadas por GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA en el marco de los dos CATR iniciados a su solicitud y, por ello, de un vicio de nulidad previsto en el artículo 62.1 a) LRJAP”*;

Alega GAZ DE FRANCE sobre la denegación no conforme a Derecho de las pruebas solicitadas, indefensión y ausencia de notificación, y una violación de los principios de objetividad y no discriminación por ENAGAS al solicitar la conformidad previa de la CNE prevista en el artículo 70.4 LSH, aludiendo a los argumentos ya realizados con anterioridad respecto a la situación de CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A., añadiendo ahora el caso de HIDROCANTABRICO ENERGIA, S.A. filial de Hidrocantábrico y controlada conjuntamente por EDP, EnBW (a su vez por EDF), por lo que a su juicio estaría vinculada a la República francesa, de lo que son prueba según GAZ DE FRANCE los propios actos de la Administración española y de la CNE en el marco de la aplicación de la D.A. 27ª de la Ley 48/1999; por todo lo cual, *“si la CNE entrase en el análisis de la concurrencia de la indicada causa de denegación estaría convalidando un comportamiento contrario al principio de objetividad y no discriminación, un derecho fundamental reconocido por el artículo 14 de la Constitución... y de este modo viciando de nulidad la Resolución que se adoptara”*, y adicionalmente su adopción para convalidar una denegación ya realizada constituiría a su juicio un supuesto de desviación de poder.

Por último, en materia de fundamentos jurídico-materiales, reitera GAZ DE FRANCE los argumentos esgrimidos en escritos anteriores tanto respecto a la causa de denegación del artículo 70.3 LSH como del artículo 70.4 LSH,

adjuntando como documentos en apoyo de sus argumentaciones el *“Rapport d’etape sur l’ouverture du Marché Gazier Français”* de 15 de enero de 2002 del Presidente de la Comisión de Régulation de l’électricité” (por el que se destaca *“que la tasa de apertura real del mercado francés es del 17 % del mercado abierto a la competencia”*) y el Extracto del *“Rapport Annuel de la DGEMP del 2001”*, Ministerio de Economía, Finanzas e Industria francés que a su juicio *“aporta datos muy significativos de la apertura experimentada por el mercado gasista francés..”*. GAZ DE FRANCE limita las consecuencias que cabe extraer de la comunicación de la Comisión Europea en el procedimiento, que no habilitarían a su juicio a la CNE para suspender unilateralmente las libertades esenciales que fundamentan el mercado interior ni una aplicación doblemente discriminatoria del principio de reciprocidad. Por último, reitera su petición de reconocimiento del derecho de acceso en cada una de las solicitudes presentadas así como la práctica de las pruebas solicitadas en los referidos escritos de 22 de mayo, 21 de junio y 27 de junio de 2002, que reproduce.

- XVII. El Consejo de Administración de la CNE ha acordado en su sesión del día 18 de julio de 2002, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo, adoptar la presente Resolución, basando la misma en los fundamentos jurídicos que a continuación se exponen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCESALES

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

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

y, en su caso, distribución, en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

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

Respecto al procedimiento tramitado al amparo de lo dispuesto en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la competencia de la CNE para su resolución le viene atribuida en el referido precepto, desarrollado reglamentariamente en el artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía.

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 al presente expediente

II.1. Procedimientos de conflicto de acceso por denegación basada en el artículo 70.3 LSH y Procedimiento administrativo para el otorgamiento por la CNE de su conformidad previa a la denegación de acceso de acuerdo con lo previsto en el artículo 70.4 LSH

La necesidad de tramitar un procedimiento administrativo con objeto de verificar la procedencia del otorgamiento por parte de la CNE de su conformidad previa a una denegación de acceso basada en la causa prevista en el artículo 70.4 LSH se produce a la vista de la petición sobrevenida de ENAGAS, en el marco de los procedimientos de conflicto CATR 5/2002 y 6/2002, y relativa igualmente a otras

peticiones y denegaciones de acceso realizadas con posterioridad que, como se ha detallado en los Antecedentes, a su vez han dado lugar al planteamiento de sendos conflictos de acceso por parte de GAZ DE FRANCE.

Transcurrido un año desde que la CNE adoptó su Resolución de 17 de julio de 2001 otorgando su conformidad previa a la denegación de acceso de ENAGAS a GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A., procede que por parte de la CNE se examine nuevamente, en el marco del correspondiente procedimiento administrativo, si persiste o no la concurrencia de las circunstancias que determinaron en aquella ocasión la aplicabilidad de la causa de denegación prevista en el artículo 70.4 LSH, no pudiendo considerarse en consecuencia, como pretende ENAGAS, que el pronunciamiento previo de la CNE sea innecesario por referirse al mismo solicitante, pues las circunstancias podrían eventualmente haber sufrido variaciones desde entonces.

Adicionalmente, el ejercicio por la CNE de esta función encaja perfectamente en el régimen jurídico tanto material como procedimental que se prevé en el artículo 70.4 LSH, con independencia de que ENAGAS haya procedido a denegar las peticiones de acceso con anterioridad con base en otras causas de denegación previstas en la Ley y que por tal razón se tramiten conflictos de acceso de otra naturaleza, cuestión ésta que carece de toda relevancia dado que, junto a esas eventuales causas de denegación, cabe la concurrencia de otra diferente basada en el principio de reciprocidad, si bien en este último caso la denegación ha de estar precedida para su efectividad de la correspondiente sanción o ratificación del órgano administrativo, y precisamente a tal finalidad se orienta la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo.

En consecuencia, la tramitación por la CNE de dicho expediente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70.4 LSH, no tiene por objeto en modo alguno la convalidación a posteriori de una denegación ya adoptada por ENAGAS con base en esa causa, pues tal denegación carece de eficacia y no es tal si no va precedida, justamente, de la conformidad administrativa previa, no incurriéndose en consecuencia en modo alguno por parte de la CNE, y en contra de lo alegado

por GAZ DE FRANCE, en un supuesto de desviación de poder que determine la nulidad de las actuaciones.

La Ley prevé un conjunto de causas que justifican para el titular de la instalación la denegación de las peticiones de acceso que se le planteen, siendo suficiente con que concurra alguna de tales causas para que la denegación se entienda ajustada a Derecho.

Por ello, la tramitación de los conflictos de acceso que traen causa de la alegación de ausencia de capacidad disponible, con arreglo a lo previsto en el artículo 8 a) del Real Decreto 949/2001, no obsta en modo alguno a que la CNE, habiendo sido requerida igualmente para que ejerza otras potestades administrativas específicas que le atribuye la Ley, tramite otro procedimiento que tenga por objeto examinar la concurrencia de una causa distinta de denegación basada en una eventual alteración del principio de reciprocidad. El examen de esa circunstancia se presenta a la CNE no como una opción sino como una necesidad para el correcto ejercicio de sus funciones, tanto por haberse realizado alegación en tal sentido por ENAGAS, como por el hecho de haber transcurrido ya desde la adopción por la CNE de su resolución, aunque dictada sobre el mismo agente y respecto al mismo Estado miembro, un ejercicio.

Siendo diversas las causas de denegación alegadas y diferentes los correspondientes procedimientos administrativos, nada habría obstado a que la CNE hubiese tramitado de manera separada dichos expedientes, sin que el inicio con anterioridad de unos expedientes determinara la imposibilidad de incoar otro de diferente naturaleza aunque sobre las mismas peticiones. Pero precisamente el hecho de versar sobre las mismas solicitudes de acceso condujo a la CNE a considerar oportuno, atendiendo a las circunstancias que exige el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, acumular los distintos procedimientos, tal como se refiere en el siguiente apartado.

La tramitación conjunta de los procedimientos y la verificación en el curso de la misma de la concurrencia de una causa de denegación ha hecho innecesario seguir tramitando los mismos, poniendo fin la resolución a todos los expedientes

acumulados, en congruencia con las cuestiones planteadas, sin incurrir en vicio de nulidad alguno.

Por tal razón, una vez verificada por el instructor la existencia de indicios de concurrencia de una causa de denegación, procedió a denegar la práctica de otras pruebas solicitadas por GAZ DE FRANCE, todo ello atendiendo al régimen previsto en el artículo 80.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por considerarlas manifiestamente improcedentes e innecesarias, tal como se refiere en la correspondiente diligencia unida al expediente, que fue objeto de notificación a GAZ DE FRANCE el mismo día de 3 de julio de 2002 en el que fue adoptada la resolución denegatoria, y al propio tiempo que se cumplimentaba el trámite de audiencia previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, razón por la cual se han de rechazar las alegaciones realizadas por parte de GAZ DE FRANCE sobre una pretendida indefensión que resulte en un supuesto de anulabilidad previsto en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, indefensión que no puede en modo alguno producirse cuando la propia sociedad está poniendo de manifiesto la posibilidad de alegar sobre la dictada denegación, y quedan además al interesado otros medios de defensa de sus eventuales derechos en el ejercicio de los recursos en vía administrativa y ante la jurisdicción ordinaria que le otorga la Ley.

II.2. Oportunidad de la acumulación de los procedimientos y características que acompañan a los mismos

La presente Resolución pone fin a varios procedimientos que han sido acumulados atendiendo a la concurrencia de las circunstancias exigidas por el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para poder proceder a dicha acumulación, en particular, la íntima conexión entre los expedientes, por lo que las consideraciones aquí realizadas sobre el procedimiento aplicable recogen esta peculiaridad.

Los procedimientos CATR 5/2002 y 6/2002 y el procedimiento posteriormente iniciado mediante acuerdo del Consejo de Administración de la CNE, previa

solicitud sobrevenida de ENAGAS, al amparo de lo dispuesto en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, versan sobre las mismas solicitudes de acceso.

Ello determina la existencia de una íntima conexión entre los procedimientos CATR 5/2002 y 6/2002, y de éstos con el procedimiento iniciado al amparo de lo dispuesto en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Por todo ello, los referidos expedientes fueron objeto de acumulación mediante acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de la CNE, y por las mismas razones, con posterioridad, fueron igualmente incorporados al expediente los escritos de disconformidad y de planteamiento de conflicto presentados por GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A., con fecha de 21 de junio de 2002, atendiendo a que estos últimos versaban sobre las denegaciones de acceso realizadas por ENAGAS con fecha de 4 de junio, y sobre las que se estaba tramitando ya el procedimiento antes referido al amparo de lo dispuesto en el artículo 70.4 LSH.

El plazo para resolver los procedimientos de conflicto de acceso es de dos meses y el efecto de la inactividad de la Administración dentro de plazo es el de silencio positivo, todo ello según establece el artículo 15 del Reglamento de la Comisión Nacional de Energía. Por el contrario, el plazo de resolución de los procedimientos que se tramiten a fin de que la CNE otorgue o rechace su conformidad previa a una denegación de acceso basada en la causa de alteración del principio de reciprocidad que se refiere en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, es el plazo general de tres meses que se prevé en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y atendiendo a lo dispuesto en la Disposición Adicional Octava de la mencionada Ley 34/1998, de 7 de octubre, los efectos de la falta de resolución dentro de plazo son los de silencio administrativo negativo.

No obstante, una vez acumulados los procedimientos, fue comunicado por el órgano instructor a los interesados el acuerdo de acumulación así como el plazo

de dos meses para resolver y los efectos de la falta de resolución dentro de plazo, a saber, la concesión del acceso solicitado.

FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

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

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

- a) Conforme al texto del artículo 60.4, *“Se garantiza el acceso de terceros a las instalaciones de la red básica y a las instalaciones de transporte y distribución en las condiciones técnicas y económicas establecidas en la presente Ley”*.
- b) En coherencia con dicha configuración legal, el artículo 70 define en su apartado 1, en los términos más amplios los sujetos que son titulares del derecho de acceso, en su apartado 2 establece que reglamentariamente se regularán las condiciones, y define en su apartado 3 y 4 los límites materiales del mismo:
 - “1. Los titulares de las instalaciones deberán permitir la utilización de las mismas a los consumidores cualificados, a los comercializadores y a los transportistas que cumplan las condiciones exigidas, mediante la contratación separada o conjunta de los servicios de transporte, regasificación y almacenamiento, sobre la base de principios de no discriminación, transparencia y objetividad. El precio por el uso de las redes de transporte vendrá determinado por los peajes reglamentariamente aprobados.*

2. *Reglamentariamente se regularán las condiciones de acceso de terceros a las instalaciones, las obligaciones y derechos de los titulares de las instalaciones relacionadas con el acceso de terceros, así como las de los consumidores cualificados, comercializadores y transportistas. Asimismo, se definirá el contenido mínimo de los contratos.*
3. *Podrá denegarse el acceso a la red en caso de insuficiente capacidad o cuando el acceso a la red impidiera cumplir las obligaciones de suministro que se hubieran impuesto o debido a dificultades económicas y financieras graves que pudieran derivarse de la ejecución de los contratos de compra obligatoria, en las condiciones y con el procedimiento que reglamentariamente se establezca siguiendo los criterios de la legislación uniforme comunitaria que se dispongan.*
4. *Podrá, asimismo, previa conformidad de la Comisión Nacional de Energía, denegarse el acceso a la red, cuando la empresa suministradora de gas, directamente o por medio de acuerdos con otras empresas suministradoras, o aquéllas a las que cualquiera de ellas esté vinculada, radique en un país en el que no estén reconocidos derechos análogos y se considere que puede resultar una alteración del principio de reciprocidad para las empresas a las que se requiere el acceso, ello sin perjuicio de los criterios a seguir respecto de empresas de Estados miembros de la Unión Europea conforme a la legislación uniforme en la materia que ésta establezca.”*

Como puede observarse, el derecho de acceso a redes legalmente reconocido puede verse limitado en su ejercicio cuando concorra alguna de las causas tasadas de denegación previstas en la Ley, habiendo sido alegadas en el presente asunto, que tiene por objeto la tramitación de varios procedimientos acumulados, las causas de denegación referidas en los apartados 3 y 4 del artículo 70 arriba citado.

IV. Sobre la concurrencia en el presente expediente de las circunstancias exigidas en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, para el otorgamiento por la CNE de su previa conformidad a la denegación de acceso, y sobre los efectos de la conformidad previa sobre el resto de expedientes acumulados

Con fecha de 17 de julio de 2001 la CNE adoptó Resolución por la que otorgaba su conformidad previa a la denegación por parte de ENAGAS de la petición de acceso realizada por GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. con base en la causa prevista en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, atendiendo a la ausencia en el Estado francés de una norma por la que se hubiese procedido a la incorporación en su ordenamiento jurídico de la directiva 98/30/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

Transcurrido un año desde la adopción por la CNE de la referida Resolución, se invoca nuevamente esta causa de denegación a una petición realizada a ENAGAS por la misma sociedad GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A., siendo necesario en consecuencia que por la CNE se examine la procedencia del otorgamiento o no de su conformidad previa, todo ello atendiendo a las circunstancias que fueron examinadas en aquella ocasión respecto a la existencia de una categoría de consumidores cualificados en Francia.

En definitiva, el objeto de este específico procedimiento, objeto de acumulación a los otros expedientes, ha de ser examinar si las referidas circunstancias han sufrido alguna modificación respecto de las que fueron tomadas en consideración en el momento en que fue adoptada la Resolución de la CNE de 17 de julio de 2001, a cuyo fin fue remitida carta de esta Comisión a la Comisión Europea solicitando se confirmara que la situación de transposición de la directiva en el Estado francés no ha sufrido variaciones y en su caso las que se hayan producido.

Según se refiere en el Expositivo XII de los Antecedentes de Hecho de la presente Resolución, la Vicepresidenta de la Comisión Europea Doña Loyola de Palacio remite escrito a esta Comisión en el que señala que *“Francia no ha notificado a la Comisión Europea todavía ningún texto jurídicamente vinculante, que incorpore al ordenamiento jurídico francés la directiva 98/30/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. En consecuencia, el procedimiento judicial iniciado el pasado 8 de mayo de 2001 por la Comisión Europea contra Francia ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, para declarar el incumplimiento de la República francesa a las obligaciones que le incumben en virtud del tratado, sigue su curso”*.

En su virtud, siguen vigentes a todos los efectos los fundamentos jurídicos de la Resolución de la CNE de 17 de julio de 2001, a los que nos remitimos, dado que se cumplen ahora también los requisitos que establece el artículo 70.4 de la Ley de Hidrocarburos y el artículo 19 de la Directiva 98/30/CE a la que aquel remite con carácter general, por cuanto que no existe en Francia una categoría de consumidores cualificados con derechos normativamente reconocidos, resolución de la CNE en cuyas conclusiones se señalaba

“En conclusión, y aunque el artículo 19 de la directiva, relativo al principio de reciprocidad, está concebido para ser aplicado a supuestos en que, habiendo una transposición de la directiva en dos Estados, y siendo el nivel de apertura del mercado mayor en un Estado que en otro, los consumidores a los que se destina el suministro no sean cualificados en ambos Estados, cabe perfectamente su aplicación a este supuesto en que no hay siquiera transposición de la directiva en Francia.

Los objetivos que persigue la aplicación de este precepto encuentran más plenamente su justificación en un caso como éste, en el que no sólo no existe una doble cualificación de los consumidores en ambos Estados, sino que, ni siquiera la directiva ha sido transpuesta en el ordenamiento francés, por lo que no se dan las garantías de efectividad de los derechos reconocidos a los consumidores franceses en la directiva.

Procede en dichos términos, por tanto, rebatir las alegaciones de GAZ DE FRANCE, pues si la cláusula de reciprocidad obedece, según señala, a *"consideraciones estrictamente cuantitativas, referidas al nivel de consumo de aquellos clientes que tienen la posibilidad de elegir empresa suministradora..."*, son ese tipo de consideraciones y análisis precisamente los que han fundamentado la decisión de la CNE tanto en el presente como en el anterior expediente tramitado sobre esta materia, según acaba de reflejarse en los fragmentos de la resolución citada, en cuanto se constata la inexistencia de una categoría de consumidores cualificados en Francia cuyos derechos les vengán reconocidos en disposiciones normativas, que no puedan ser modificadas unilateralmente por la empresa suministradora, y a cuyo amparo se ofrezcan garantías de efectividad del derecho de elección de suministrador, con adecuado respeto al principio de seguridad jurídica. Lo que determina la insuficiencia de los argumentos expresados por GAZ DE FRANCE y de las referencias a documentos relativos a la apertura del mercado francés de gas natural.

Por todo ello, también en este caso, y en el ejercicio de la función que le atribuye el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, esta Comisión entiende que procede otorgar su conformidad a la denegación de acceso a sus redes solicitada por ENAGAS, pues lo contrario resultaría en una alteración del principio de reciprocidad, tal como éste se formula en el artículo 19 de la Directiva Europea de Gas, al que remite el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

GAZ DE FRANCE se refiere a una pretendida violación de los principios de objetividad y no discriminación, si esta Comisión entra en el examen de la solicitud de previa conformidad y otorga la misma, convalidando y haciendo suyo, a juicio de GAZ DE FRANCE, un comportamiento discriminatorio, al no requerir ENAGAS de la CNE idéntico pronunciamiento respecto a la concurrencia de la causa prevista en el artículo 70.4 LSH frente a otros comercializadores que considera en idéntica situación a la de GAZ DE FRANCE, como la de CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A.

En relación con las referidas alegaciones, procede señalar que la situación de CEPSA, S.A. o de CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A. no tiene incidencia alguna en el presente expediente, cuyo objeto es la procedencia o no de otorgamiento de la conformidad previa de esta Comisión a la denegación de acceso solicitada por GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A., por lo que la situación de CEPSA le es completamente ajena.

En todo caso, y a pesar de la inexistencia de relación o incidencia alguna de tal circunstancia en el presente expediente, esta Comisión ha de señalar que no cabe en modo alguno establecer parangón entre ambas situaciones, pues según consta a la CNE, las sociedades CEPSA, S.A. y CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A. no pueden entenderse vinculadas a sociedades francesas, en los términos a que se refiere el artículo 70.4 LSH, pues la sociedad TOTALFINAELF, S.A. no dispone de control exclusivo, que permita considerarlas dentro de su grupo de sociedades, ni sobre CEPSA, S.A ni sobre CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A., según se desprende de la estructura accionarial de ambas sociedades, y de la composición de sus respectivos órganos de administración.

Por las mismas razones, tampoco tiene incidencia en el presente expediente la situación de HIDROCANTABRICO ENERGIA, S.A., que no resulta en absoluto comparable con la de GAZ DE FRANCE, pues el grado de relación de la primera con una sociedad francesa es indiscutiblemente menor que la existente entre GAZ DE FRANCE y su matriz francesa, de manera semejante a los supuestos de CEPSA que acabamos de referir, no concurriendo en consecuencia el requisito previo de vinculación a una sociedad francesa en los términos del artículo 70.4 LSH.

Por otro lado, como razones adicionales y específicas debe señalarse que el examen de la situación del sector eléctrico francés con arreglo al principio de reciprocidad realizado por esta Comisión y al que se refiere GAZ DE FRANCE como acto propio de esta Comisión, tuvo lugar en un contexto totalmente distinto, y en aplicación de una norma con un ámbito de aplicación totalmente diferente, como es la Disposición Adicional Vigésimoséptima de la Ley 55/1999, de 30 de

diciembre, de Medidas fiscales, Administrativas y del Orden Social, norma que afecta al ejercicio de derechos de voto asociados a participaciones accionariales, ya sean éstas directas o indirectas (tal sería el caso de las participaciones de EDF en HIDROCANTABRICO), que no necesariamente otorguen el control y que simplemente constituyan "*participaciones significativas*" considerando como tales las que directa o indirectamente alcancen al menos el 3 por ciento. Por el contrario, el artículo 70.4 LSH exige que las sociedades suministradoras estén *vinculadas* a un Estado miembro, vinculación ésta que no puede equipararse a la posesión de una participación directa o indirecta superior al 3 %.

Es pues obvio que no cabe trasladar, si no es de manera errónea, conclusiones derivadas de la aplicación de un precepto al ámbito de aplicación de otra norma distinta, pretendiendo con ello equiparar supuestos a fin de obtener unos efectos contrarios al espíritu de la norma en cuestión, cuya aplicación, por lo demás, debe hacerse, y según se ha señalado en otras ocasiones, de manera restrictiva y en equilibrio con otros principios esenciales del Derecho comunitario.

En consecuencia, y por todas las razones apuntadas, no se produce en modo alguno por parte de la CNE una convalidación de un tratamiento discriminatorio llevado a cabo por ENAGAS, dándose por definición sólo un supuesto de discriminación cuando frente a situaciones iguales la Administración dispense un tratamiento desigual.

Retomando las conclusiones antes señaladas, respecto a la concurrencia de los requisitos exigidos por la norma para constatar la alteración del principio de reciprocidad derivado de la concesión a GAZ DE FRANCE del derecho de acceso, y la procedencia en consecuencia de la causa de denegación prevista en el artículo 70.4 LSH, procede entonces desestimar las pretensiones de GAZ DE FRANCE para que por parte de esta Comisión se reconozca su derecho de acceso, pretensiones realizadas en el marco de los procedimientos de conflicto instados a consecuencia de la denegación del acceso invocando la falta de capacidad disponible y acumulados al procedimiento del artículo 70.4 LSH citado, pues la concurrencia de una causa legal que justifica la denegación del derecho de acceso despliega sus efectos sobre todos los procedimientos acumulados, en

íntima conexión entre sí, no siendo necesario seguir la tramitación de los mismos a fin de determinar si existe o no capacidad en el sistema, pues aunque la hubiese el derecho de acceso no podría otorgarse.

Una vez se otorga por la CNE mediante el presente acto su previa conformidad a la denegación de acceso llevada a cabo por ENAGAS, y constando en consecuencia a esta Comisión la concurrencia de una causa de denegación de acceso de las previstas en la Ley, en particular la que se contempla en el artículo 70.4 LSH, procede en el mismo acto poner fin igualmente mediante la presente Resolución a los procedimientos de conflicto de acceso CATR 5/2002 y 6/2002, iniciados a instancia de GAZ DE FRANCE, e igualmente desestimar las peticiones realizadas a esta Comisión por GAZ DE FRANCE mediante escritos remitidos con fecha de 21 de junio de 2002 e incorporados al expediente, todo ello atendiendo a que versan sobre las mismas solicitudes de acceso en el procedimiento tramitado al amparo de lo dispuesto en el artículo 70.4 LSH,

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la Energía en su sesión celebrada el día 18 de julio de 2002

ACUERDA

Primero.- Dar conformidad previa a la decisión de la sociedad ENAGAS, S.A. para proceder a denegar las peticiones de acceso realizadas a ésta última por GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. mediante escritos de 27 de marzo y de 22 de mayo de 2002, al concurrir la causa de denegación prevista en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Segundo.- Desestimar las pretensiones de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. enunciadas en los escritos de disconformidad y planteamiento de conflicto, presentados ante esta Comisión con fechas de 22 de mayo y de 21 de junio de 2002, de reconocimiento por esta Comisión de su

derecho de acceso, al concurrir la causa de denegación prevista en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Tercero.- ENAGAS, S.A. deberá proceder a comunicar su negativa, de forma motivada, a GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. y a esta Comisión Nacional de Energía, en los términos y plazos reglamentariamente establecidos.

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