

VOTO PARTICULAR DEL CONSEJERO QUE SUSCRIBE RESPECTO AL ACUERDO DEL CONSEJO EN RELACIÓN CON EL EXPEDIENTE INFORMATIVO SOBRE POSIBLES PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS Y VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACION DE ACTIVIDADES QUE SE PONEN DE MANIFIESTO CON EL COBRO REALIZADO POR ALGUNAS DISTRIBUIDORAS DE GAS NATURAL, EN CONCEPTO DE INSTALACIONES RECEPTORAS COMUNITARIAS (I.R.C.)

INTRODUCCION.- PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PRESENTE VOTO PARTICULAR.

El Consejero que suscribe centra el motivo de su discrepancia con el voto mayoritario en la valoración que se realiza de la actividad de construcción y explotación de Instalaciones Receptoras Comunitarias (I.R.C.) por parte de compañías distribuidoras: el voto mayoritario considera que se trata de una actividad prohibida a dichas distribuidoras por atentar contra lo dispuesto en el art. 63.1 de la Ley de Hidrocarburos que establece el objeto exclusivo de dichas compañías, objeto exclusivo que se entiende incompatible con la actividad relacionada con los I.R.C.

A juicio de este Consejero tal interpretación no es la única posible y, más bien al contrario, parece deducirse del conjunto del cuerpo normativo que dicha actividad no sólo no resulta incompatible, -y por ello no sancionable-, con la propia actividad de distribución, sino que en determinadas circunstancias puede llegar a resultar conveniente que dicha instalación de gas, -sino

pertenece a la propia Comunidad de propietarios de la edificación-, pertenezca al menos a la misma Compañía distribuidora cuya red atienda a dicha Comunidad. En ese sentido, la exigencia legal de que el servicio realizado en relación con dichas I.R.C. se oferte a todos los clientes en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias sólo puede hacerse realmente efectiva si son las distribuidoras las llamadas a prestarlo, en defecto de la primera opción de que sean las propias Comunidades de Propietarios las que lo hagan. Difícilmente podría imponerse dicha exigencia de oferta general, transparente, no discriminatoria y objetiva a las comercializadoras o a compañía instaladoras o de cualquier otra naturaleza que detentaran la titularidad de dichas I.R.C, ya que dichas Compañías ninguna obligación les puede ser exigida desde la perspectiva de la actividad regulada, al operar todas ellas en régimen de libre competencia.

Como conclusión lógica de la opinión anterior, este Consejero entiende que el canon por la actividad relacionada con las I.R.C., -siempre que responda a dichas exigencias de objetividad, transparencia y no discriminación-, no sólo es lícito, sino que deviene en obligatorio para evitar una transferencia de rentas de la actividad regulada de distribución hacia la actividad de I.R.C. cuyo régimen económico está sometido al libre pacto entre las partes, así como para evitar formulas comerciales de competencia desleal entre el tratamiento de las I.R.C de los usuarios acogidos al suministro a tarifa y el tratamiento de las I.R.C. de los usuarios que opten por el suministro libre de los comercializadores.

La tercera conclusión, consecuencia también de las dos anteriores, es que la realización de actividades relaciones con la construcción y explotación de I.R.C. por parte de compañías distribuidoras no puede reputarse infracción del principio de separación de actividades que pueda merecer el calificativo de “actividad incompatible con la Ley”. Por ello, se entiende improcedente la apertura de expediente sancionador alguno por el sólo hecho de estar desarrollando dicha actividad.

La cuarta conclusión se refiere a la coincidencia de este Consejero con el voto mayoritario en la apreciación de practicas concretas y determinadas de algunas

distribuidoras en la gestión y desarrollo de dicha actividad relacionada con las I.R.C. que no han respetado las exigencias legales de objetividad, transparencia y no discriminación y que, por ello, indiciariamente pueden considerarse prácticas restrictivas de la competencia o vulneradoras de los derechos de los consumidores. Por ello, este Consejero comparte y apoya la decisión de esta CNE de remitir al Servicio de Defensa de la Competencia y al Instituto Nacional de Consumo la información analizada en el Expediente que puede resultar de la competencia de dichos Organismos.

A continuación detallaremos la argumentación que lleva a este Consejero a mantener las posiciones que han quedado expuestas.

CONSIDERACIÓN PRIMERA.- EN CUANTO A LA SUPUESTA INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTIVIDAD REGULADA DE DISTRIBUCIÓN DE GAS Y DE LA ACTIVIDAD “NO REGULADA” RELACIONADA CON LAS I.R.C.

El art. 63.1 de la Ley de Hidrocarburos determina lo siguiente:

*“63.1. Las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las **actividades reguladas** a que se refiere el artículo 60.1 de la presente Ley deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas, sin que puedan por tanto realizar actividades de comercialización.”*

Parece que el tenor literal viene a contraponer como incompatibles las actividades de distribución con las de comercialización, sin llegar a citar la actividad de transporte de gas. En idéntico sentido, en la Ley del Sector Eléctrico, el art. 14.1, establece:

*“14.1. Las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las **actividades reguladas** a que se refiere el apartado 2 del artículo 11 deben tener como **objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas** sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción o de comercialización, sin*

perjuicio de la posibilidad de venta a consumidores sometidos a tarifa reconocida a los distribuidores.”

Es decir, el tenor literal del referido precepto parece definir la incompatibilidad en relación con las actividades de generación y comercialización.

Por lo tanto, la incompatibilidad inherente al principio de separación de actividades parece predicarse de actividades concretas que se citan en el texto legal y que se refieren a actividades principales de la actividad energética en relación con el modelo diseñado por el Legislador.

Sin embargo, a pesar del tenor literal de dichas preceptos el término “objeto social exclusivo” es interpretado por el Voto mayoritario en el caso que nos ocupa como susceptible de generar una incompatibilidad “per se” respecto a cualquier otra actividad mercantil a excepción de la regulada. Ese fue también el criterio seguido por el Voto mayoritario, -con Voto discrepante de este Consejero-, en el precedente referido al Expediente sancionador incoado contra CONFIDENCIAL..

1.1. La “exclusividad” del objeto social predeterminado por la Ley. Su interpretación con el conjunto del cuerpo normativo.

Ya hemos visto como el propio tenor literal del precepto, tanto en la Ley de Hidrocarburos, como en la Ley del Sector Eléctrico, parece contraponer la exclusividad y la incompatibilidad derivada de ella, en relación con actividades principales del sector liberalizado: así se cita la generación y la comercialización, en el caso de la electricidad, y se cita sólo la comercialización en el caso del gas.

Pero con el desarrollo reglamentario de la Ley, y en particular, con el R.D. 949/2001 de 3 de agosto, ya no puede haber duda alguna de que el término “objeto social exclusivo” no puede ser interpretado con carácter extensivo de prohibición de cualquier otra actividad mercantil en el propio sector energético.

El propio Legislador, expresa y explícitamente, señala la posibilidad de desarrollar actividades reguladas y no reguladas. En definitiva, la Ley y su propio tenor literal obliga a descartar la teoría que identifica “objeto exclusivo” de la actividad regulada como “única actividad mercantil” susceptible de ser realizada por la Compañía regulada. Así, el Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, regula el derecho de acceso de terceros a las instalaciones y establece un sistema económico Integrado del Sector del Gas Natural.

En el citado Real Decreto, y dentro del Capítulo II “Acceso a las instalaciones gasistas”, se regula la contratación del acceso a instalaciones gasistas (artículo 6) y las obligaciones que deben tener los titulares de las instalaciones gasistas (artículo 10).

A los efectos que ahora interesan, debe destacarse, por una parte, el apartado 7 del artículo 6, y, por otro lado, la letra l) del apartado 2 del artículo 10.

En este sentido, el artículo 6.7, establece:

*“7. Los sujetos con derecho de acceso podrán suscribir contratos para la utilización de otros servicios e instalaciones que incluyan servicios o condiciones distintas a los regulados en este Real Decreto, que **serán libremente pactados entre las partes.** (...)”*

*En particular podrán realizarse contratos libremente pactados con los distribuidores a los que estén conectados los puntos de salida del gas en relación con la lectura de contadores, facturación, servicio de atención al cliente, mantenimiento de instalaciones, **etcétera.**”*

Por su parte, el artículo 10. 2. del mismo texto recoge, entre las obligaciones de los titulares de instalaciones en relación con las cuales pueda ejercerse el derecho de acceso, la siguiente:

*“l) Tener **a disposición de quien lo solicite,** el alcance y las condiciones económicas aplicables de los **servicios específicos distintos de los regulados** que puedan prestar”.*

Ambos preceptos han sido profusamente citados y comentados por las diferentes Compañías distribuidoras en sus escritos de alegaciones. Sin embargo por el Voto mayoritario se rechaza la aplicación al caso de dicha normativa. Se argumenta que dichos preceptos son de aplicación a las relaciones entre comercializadores y distribuidores por constituir “servicios conexos” al derecho de acceso, y por tanto no aplicable a la actividad de I.R.C. que se articula directamente entre cliente y distribuidora:

“...Conviene precisar en este punto, la falta de consistencia en el argumento esgrimido repetidamente por los distribuidores, sobre lo procedente del cobro periódico por el distribuidor del denominado canon de IRC, sobre la base de aplicar la particularidad que establecen los artículos 6.8 y 10.2.I del R.D. 949/2001, para los sujetos con derecho de acceso (principalmente comercializadores), que permite a los distribuidores la realización de contratos libremente pactados para determinados servicios:

Artículo 6. Contratación del acceso a instalaciones gasistas.

(.....)

Los sujetos con derecho de acceso podrán suscribir contratos para la utilización de otros servicios e instalaciones que incluyan servicios o 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. Los ingresos derivados de estas actividades y los costes asociados a los mismos no serán tenidos en cuenta para el cálculo de la retribución.

En particular podrán realizarse contratos libremente pactados con los distribuidores a los que estén conectados los puntos de salida del gas en relación con la lectura de contadores, facturación, servicio de atención al cliente, mantenimiento de instalaciones, etc.

Esta posibilidad de establecer contratos que se habilita para los distribuidores, se establece en el marco de la contratación del acceso a instalaciones gasistas por el comercializador, y por tanto, no es aplicable a los casos que son objeto de este expediente informativo: el cobro por el distribuidor al consumidor, a tarifa o liberalizado, de cantidades periódicas por el uso y el mantenimiento de las IRC, cobros que se

realizan fuera del contexto del derecho de acceso que determina el R.D. 949/2001. Además, no puede entenderse extendido a cualquier tipo de servicio los que puedan tener una mínima relación con el desempeño de una actividad regulada como es la distribución de energía por redes, dadas las características propias de monopolio natural y las posiciones de ventaja frente a otros competidores que se derivan de la existencia de dicha red. Así, ofertas de financiación de productos o instalaciones, no deberían ser realizadas por la compañía distribuidora dada la posible competencia desleal que podría derivarse de la posición de dominio del distribuidor.”

Igualmente en el último Informe elaborado para el Expediente por la Dirección Jurídica y que apoya las tesis del voto mayoritario se argumentaba lo siguiente:

“...Los citados artículos han sido esgrimidos por las empresas distribuidoras de gas natural como base o fundamento para justificar la adecuación de sus actuaciones en el sector de las IRC a la normativa vigente.

En primer lugar, debe señalarse que los mencionados artículos (artículo 6.8 y artículo 10.2, apartado I), tanto por su ubicación en el Capítulo II, (“acceso a las instalaciones gasistas”), como por su objeto, deben entenderse referidos al derecho de acceso, esto es, a la prestación de servicios conexos con el ejercicio del derecho de acceso y, en consecuencia, relacionados con el mercado liberalizado.

De hecho, en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 949/2001 se indica que el mismo pretende “...regular el acceso de terceros a la red, de forma que su aplicación sea objetiva, transparente y no discriminatoria”, añadiendo que “...regula todos los aspectos relativos al acceso de terceros a las instalaciones gasistas,... y desarrolla los derechos y obligaciones relativas al acceso de terceros de los diferentes sujetos afectados por el mismo”.

En segundo lugar, debe señalarse que lo dispuesto en los citados artículos supone que en el caso de que se pacte con los sujetos con derecho de acceso la prestación de servicios conexos, deberán prestarse los mismos a todos los sujetos con derecho de acceso en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias.

Por tanto, la citada disposición se establece en el marco de la liberalización y no en el ámbito del mercado regulado, siendo en este último ámbito en el que se desenvuelve el expediente informativo sobre las IRC abierto por la CNE.

Por último, debe recordarse que este criterio ya ha sido mantenido por la Comisión Nacional de Energía en el Informe aprobado por el Consejo de Administración de la CNE de fecha 22 de enero de 2004 sobre “Consideraciones Generales sobre la Problemática de las Instalaciones Receptoras Comunitarias (IRC) y de los Derechos de Alta”, ...”

Pues bien, dicha argumentación del Voto mayoritario para rechazar la aplicación de dichos preceptos legales al caso que nos ocupa no puede compartirse por varias y contundentes razones:

1ª.- Porque no es correcto afirmar que los servicios conexos a los que se refiere el precepto analizado se prediquen tan sólo de la relación de derecho de acceso entre comercializador y distribuidor, ya que también puede ser sujeto del derecho de acceso el consumidor y su objeto pueden serlo servicios no relacionados con el derecho de acceso, como más adelante se argumentará.

2ª.- Porque los preceptos legales aludidos no sólo se refieren a “servicios conexos” sino que citan literalmente la expresión “instalaciones”. Más adelante nos referiremos con más detalle a esta circunstancia.

3ª.- Porque la ubicación de la referida disposición en el “marco de la liberalización y no en el ámbito del mercado regulado” para concluir su inaplicación al caso por ser “este último ámbito en el que se desenvuelve el

expediente informativo sobre las IRC abierto por la CNE” resulta ciertamente incomprensible para este Consejero: todo el cuerpo normativo es aplicable y ha de ser tenido en cuenta cuando se trata de interpretar sus preceptos legales. Pero es que además, en el caso que nos ocupa, se trata de analizar la compatibilidad o no de una actividad liberalizada con una actividad regulada por lo que no cabe aislar el debate en el “ámbito regulado” sino que debe centrarse en la comparación de uno y otro marco, liberalizado y regulado, y de sus principios inspiradores, para poder extraer conclusiones sobre su incompatibilidad o no referida al caso concreto de la actividad de I.R.C. y la distribución de gas.

4ª.- Porque el informe de esta CNE de 22 de Enero de 2.004 no recoge criterio definitivo alguno ni sienta precedente de esta CNE sobre el particular que ahora nos ocupa, sino que realiza un planteamiento previo de la cuestión que dio inicio a la instrucción del presente Expediente, y sólo en el actual trámite de conclusiones puede entenderse que esta CNE ha dado lugar finalmente a la definición de criterios sobre el fondo de la cuestión planteada, si bien es cierto que con evidente división de opiniones en el seno del Consejo.

5ª.-Y por último, porque la supuesta o real posición de ventaja de los distribuidores a la hora de realizar ofertas comerciales o de financiación de productos o instalaciones a sus clientes finales podrá ser opinable pero lo que es indiscutible es que con la normativa actual dichas ofertas son lícitas y legales, como el propio Voto mayoritario reconoce en su apartado de conclusiones.

Analizaremos a continuación con más detalle cada una de las cuestiones citadas.

1.2.- El sujeto y el objeto del derecho de acceso: su relación con las I.R.C.

Según el *art. 4 del R.D. 949/2001* de 3 de agosto, tienen derecho de acceso a las instalaciones del sistema gasista los siguientes sujetos:

- a) **Los consumidores cualificados**, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.
- b) Los comercializadores para la venta de gas a los consumidores cualificados o a otros comercializadores.
- c) Los transportistas para la venta de gas a otros transportistas o a los distribuidores para atender suministros a tarifas.

A su vez el R.D. 1955/2000, de 1 de diciembre en su art. 52. establece:

1. *Tendrán derecho de acceso a la red de transporte, los productores, los autoprodutores, los distribuidores, los comercializadores, los agentes externos, los consumidores cualificados y aquellos sujetos no nacionales autorizados que puedan realizar tránsitos de electricidad entre grandes redes.*

Al igual que el art. 60 del citado R.D, que dice:

1. *Tendrán derecho de acceso a la red de distribución los productores, los autoprodutores, los distribuidores, los comercializadores, los agentes externos y los consumidores cualificados.*

En definitiva, no necesita mayor argumentación concluir que desde el 1 de Enero de 2.004, todos los consumidores son sujetos del derecho de acceso y, por tanto, pueden ser también sujeto de los “servicios conexos” a que se refiere el art. 6.7 del R.D. 949/2.001. Por lo tanto, aunque “principalmente” se venga estableciendo hasta ahora la relación contractual en relación con dichos servicios entre distribuidores y comercializadores, la legislación permite y no excluye que pueda entablarse directamente entre distribuidores y clientes consumidores.

Respecto al objeto o naturaleza de dichos servicios, supuestamente vinculada al derecho de acceso según el voto mayoritario, cabe realizar las siguientes consideraciones:

Los servicios que se citan a título enunciativo, tales como mantenimiento de instalaciones y servicio de atención al cliente, **no se limitan a las instalaciones del distribuidor**. Es decir, que dichos servicios pueden extenderse al mantenimiento y reparación y al servicio de urgencias de instalaciones del propio cliente, como se produce en el denominado “servicio hogar” u otros similares. Por lo tanto, es evidente que al menos dichos servicios prestados sobre instalaciones ajenas al distribuidor no guardan relación alguna con el derecho de acceso, en la medida en que dicho derecho de acceso sólo puede predicarse respecto de las instalaciones del propio distribuidor. Lo característico de dichos servicios es que se prestan como continuación del derecho de acceso o como servicio complementario del mismo, de forma que tales servicios pueden prestarse no sólo por el distribuidor sino también por otras Compañías no sometidas al régimen regulado.

Incluso esta CNE ha tenido ocasión de pronunciarse profusamente sobre este particular en su reciente Resolución en el Expediente Informativo relativo a las denuncias presentadas sobre la prestación de los servicios de pruebas previas, inspecciones periódicas y la resolución de urgencias, por las distribuidoras de gas natura, en el que se dictaminaba lo siguiente:

“El Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, dispone, en su artículo 6.7:

“Los sujetos con derecho de acceso podrán suscribir contratos para la utilización de otros servicios e instalaciones que incluyan servicios o condiciones distintas a los regulados en este Real Decreto, que serán libremente pactados entra las partes. Tales servicios serán ofrecidos a todos los sujetos que estuviesen interesados en ellos, en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias. Los ingresos derivados de estas actividades y los costes asociados a los mismos no serán tenidos en cuenta para el

2. Este hecho se puede erigir como un obstáculo a la comercialización, en la medida en que el coste imputado al comercializador, por el distribuidor, sea mayor que el correspondiente incluido en las tarifas de venta de energía final o, haya un tratamiento discriminatorio entre comercializadoras, puesto que se estaría dificultando la liberalización del mercado e incluso la propia viabilidad de las empresas comercializadoras. Con el objeto de valorar la existencia de precios adecuados en la prestación de estos servicios, así como evitar abusos de posición de dominio, esta Comisión acuerda la apertura de un expediente informativo que, haciéndose extensivo a las empresas distribuidoras que operen en España, pueda establecer la idoneidad de los precios y servicios imputados con respecto a los principios de transparencia, objetividad y no discriminación.
3. En aras a garantizar la consecución del principio de transparencia las empresas distribuidoras publicarán en su página web el coste que imputen por la prestación de estos servicios.
4. Los principios de objetividad y no discriminación, deben entenderse, no sólo como tratamiento imparcial entre agentes, sino respecto del mercado liberalizado con relación al regulado. Esto es, los comercializadores deben de poder ofrecer a sus clientes idénticas condiciones de precios por estos servicios, que los que forman parte de la retribución del distribuidor por proporcionar estos servicios a sus clientes a tarifa.
5. En base a los resultados del citado expediente, y en el caso de que con el actual marco normativo, no se llegase a una solución satisfactoria en relación a la prestación de estos servicios, y subsistiesen problemas que pudieran poner en peligro la seguridad, o impedir la libre elección de

suministrador, esta Comisión elaborará una propuesta para la regulación ex ante de estos servicios.”

Y se acababa concluyendo lo siguiente:

“ Por otro lado respecto al mercado regulado, el alcance, descripción y contenido del servicio de atención de urgencias ofrecido por las distintas empresas distribuidoras a las comercializadoras es semejante y coincidente con lo que viene siendo la prestación de estos servicios en el mercado regulado. Sin embargo, en lo referente a los precios imputados a las comercializadoras, la ausencia de información suficientemente precisa hace imposible valorar hasta qué punto son semejantes respecto al mercado a tarifa. Así, en cualquiera de los escenarios analizados, la comparación de los ingresos que percibiría el distribuidor por la prestación del servicio de atención de urgencias a las comercializadoras, en base a las fórmulas empleadas por cada distribuidora, con la retribución por la actividad de suministro a tarifa reconocida al distribuidor, muestra una gran dispersión.”

Es decir, lo que analizaba entonces esta CNE no era la imposibilidad de realización de actividades distintas de las reguladas, ni enjuiciaba como contrarias al principio de separación de actividades la prestación de los servicios previstos en el referido art. 6.7. , -a pesar de las reiteradas prácticas que indiciariamente estaban afectando al principio de neutralidad de las actividades reguladas respecto a las liberalizadas-, sino que la Resolución de esta CNE se centraba en el desempeño concreto de dicha actividad. Si en el desempeño de dichas actividades contempladas en el art. 6.7 se producían situaciones de discriminación entre las condiciones ofrecidas para la prestación de dicha actividad en el mercado regulado, respecto a las condiciones ofrecidas para la prestación de dicha actividad al mercado libre, la situación era denunciabile. Esa fue la razón última que llevo a la decisión unánime de esta CNE de remitir las conclusiones al Servicio de Defensa de la Competencia, al tiempo que no se apreciaba

vulneración de la normativa específica que regula la separación de actividades y que hubiera podido dar lugar a algún tipo de sanción sectorial. E incluso, consciente del potencial conflictivo de la situación desde el punto de vista de la competencia, esta CNE, como acabamos de transcribir, se reservaba el derecho de realizar propuestas de reformas regulatorias.

Ahora sin embargo, el voto mayoritario llega a la conclusión contraria, estimando que la actividad relacionada con las I.R.C vulnera la normativa sectorial relacionada con la separación de actividades, pero a la hora de citar la normativa concreta vulnerada se limita a señalar el carácter genérico del art. 63.1 de la Ley, insistiendo en la exclusividad del objeto social de la actividad regulada. Y, ante la extensa y argumentada alegación de las Compañías interesadas respecto a la cobertura legal que les asiste según lo dispuesto en el art. 6.7 (aunque en algún caso se cita erróneamente el 6.8) y en el art. 10.2 del R.D. 949/2001, se rebate desde el voto mayoritario la aplicabilidad de dicho precepto con argumentos que a juicio de este Consejero no resultan suficientemente sólidos.

Incluso, como acabamos de ver, atendiendo a las propias argumentaciones contenidas en Resoluciones dictadas por esta CNE en relación con la problemática de los servicios conexos o complementarios previstos en el referido artículo, se puede concluir que la CNE no equiparaba entonces los problemas para la competencia que pueden derivarse de una incorrecta prestación de dichos servicios con una supuesta vulneración de la normativa que regula la separación de actividades: ¿por qué no vulnera la separación de actividades el servicio de “mantenimiento hogar” y sí el servicio de IRC?; ¿por qué no vulnera el principio de separación de actividades el servicio de calefacción-hogar y sí el de IRC?; ¿por qué no el servicio de reparaciones y sí el de instalación y explotación de una IRC?. Como hemos visto el argumento no puede ser la “exclusividad” del objeto social por si solo, ya que ahí esta la normativa que regula los denominados servicios conexos o complementarios. Pero el argumento tampoco puede ser que se trata de actividades liberalizadas que guardan “conexión” con el derecho de acceso en un caso si y en otro caso no, porque como veremos

a continuación, la citada normativa no sólo habla de “servicios” sino que también se refiere a la posibilidad de libre pacto en relación a “instalaciones” no sometidas al régimen de derechos y obligaciones previsto para las instalaciones de distribución.

1.3.- La utilización de “instalaciones” propiedad de los distribuidores que no se encuentran sometidas a un régimen regulado.

Aunque el voto mayoritario no entra en esta cuestión y se limita a negar la aplicabilidad al caso con los argumentos que ya hemos citado anteriormente, la diferencia principal o esencial con los servicios conexos que eran objeto de estudio en la Resolución de esta CNE que hemos comentado quizás quepa encontrarla en que la actividad relacionada con las I.R.C. no se limita a prestar un servicio, -que sea conexo o no con el derecho de acceso es realmente irrelevante, lo relevante es que tenga carácter complementario de los servicios que presta como distribuidor- sino que se extiende a la actividad de construcción y explotación de una instalación que es propiedad del distribuidor y que no se encuentra sometida al régimen regulado.

Llegados a este punto la pregunta que hemos de formularnos es si la construcción y explotación de instalaciones no sometidas a régimen regulado por parte de distribuidores, en la medida en que no se limita estrictamente a ser un servicio, puede suponer una vulneración del principio de separación de actividades y del cuerpo normativo sectorial que lo regula. Y la respuesta debe ser un no tajante: la regulación actual contempla y permite la existencia de instalaciones titularidad de los distribuidores que no están sujetas al régimen regulado. Es cierto que dicha situación es potencialmente generadora de prácticas anticompetitivas, -y ésta CNE ha tenido ocasión de llamar la atención sobre esta circunstancia en diferentes ocasiones-, pero lo cierto es que el cuerpo normativo actual permite la explotación de dichas instalaciones por los distribuidores.

El tantas veces citado art. 6.7 del R.D. 949/2.001 establece:

“7. Los sujetos con derecho de acceso podrán suscribir contratos para la utilización de otros servicios e instalaciones que incluyan servicios o condiciones distintas a los regulados en este Real Decreto, que serán libremente pactados entre las partes. (...)”

Es decir, el Cuerpo normativo no deja lugar a dudas: expresa y explícitamente esta señalando y legitimando la existencia de instalaciones de los distribuidores que no están sometidas al régimen regulado del derecho de acceso y cuya utilización será “libremente pactada entre las partes”. A la vista del tenor literal de dicho artículo es ciertamente difícil seguir manteniendo la argumentación del voto mayoritario de que dicho artículo tan sólo resulta aplicable a servicios conexos con el derecho de acceso.

En definitiva, para el Legislador no existe incompatibilidad alguna en la existencia de instalaciones del distribuidor no sometidas al régimen regulado y la existencia de instalaciones del distribuidor sometidas al régimen regulado: no existe atentado alguno al principio de separación de actividades por el sólo hecho de la coexistencia de dichas instalaciones propiedad de los distribuidores en el conjunto del sistema. Pero no existe tal incompatibilidad porque el Legislador se ha preocupado de establecer una mínima regulación que acota la expresión “libremente pactada entre las partes”, que debe garantizar que tal coexistencia es posible sin interferencias negativas para el modelo de distribución: nos referimos a la previsión del Legislador de regular las condiciones económicas que han de regir con carácter de “mínimo” el libre pacto entre las partes. Nos ocupamos de ello en el siguiente apartado.

1.4.- La regulación mínima exigible a las actividades conexas o complementarias.

En el citado Real Decreto, y dentro del Capítulo II “Acceso a las instalaciones gasistas” (artículo 6.7) se determina que la contraprestación que el distribuidor

haya de recibir por los servicios prestados distintos de los regulados será objeto de libre negociación entre el distribuidor y su cliente:

*“...condiciones distintas a los regulados en este Real Decreto, que **serán libremente pactados entre las partes.**”*

Pero a continuación el mismo precepto establece con absoluta claridad que no existe una libertad de pacto total y absoluta entre dichas partes. Así establece lo siguiente:

*“(...) Tales servicios serán ofrecidos a todos los sujetos que estuviesen interesados en ellos, en **condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias.**”*

Por su parte, el artículo 10. 2. del mismo texto recoge, entre las obligaciones de los titulares de instalaciones en relación con las cuales pueda ejercerse el derecho de acceso, la siguiente:

*“l) Tener **a disposición de quien lo solicite,** el alcance y las condiciones económicas aplicables de los **servicios específicos distintos de los regulados** que puedan prestar”.*

Es decir, **el distribuidor no tiene libertad total para negociar las condiciones de prestación de dichos servicios o de utilización de sus instalaciones no sometidas al régimen regulado** del derecho de acceso: **está obligado a ofertarlas en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias.**

En el caso de los servicios conexos de atención de urgencias, o de mantenimiento, las obligaciones de los distribuidores y las previsiones regulatorias son aún mayores, ya que impone a los distribuidores la obligación de prestar dichos servicios, a demanda del cliente o de su comercializador.

Por lo tanto, siendo cierto que las actividades a que se refiere el art. 6.7 del R.D. citado pueden ser prestadas por Compañías que operan en el mercado

libre, el Legislador se preocupa de que la actuación del distribuidor sea fiscalizable y está sujeta a un marco mínimo y suficiente de regulación también en aquellas actividades liberalizadas que le está permitido desarrollar. Es dicho marco mínimo de regulación el que evita la colisión de las actividades libres previstas en el art. 6.7 del citado R.D. con la actividad regulada del distribuidor o, dicho de otro modo, es ese marco mínimo de regulación el que hace compatible con el principio de separación de actividades los servicios que estamos analizando.

Cuestión distinta es que algunos distribuidores no respeten dicho marco mínimo de regulación incurriendo en prácticas anticompetitivas por discriminatorias, no objetivas o no transparentes. (Por cierto, practicas anticompetitivas que no es probable que fueran menores en caso de que las IRC fueran de titularidad de los comercializadores). En ese caso, deben actuar las administraciones competentes (el Gobierno, las CC.AA., esta misma CNE y el Servicio de Defensa de la Competencia) para la denuncia de dichas prácticas y su eliminación del funcionamiento del modelo. Lo que no puede concluirse con el marco normativo actual es que un desarrollo de la actividad de I.R.C. que resulte respetuoso con las previsiones legales citadas tampoco puede reputarse lícito porque supuestamente vulnera el principio de separación de actividades. Al contrario, lo que el Legislador establece es la plena compatibilidad y respeto de dicho principio mediante el cumplimiento de las disposiciones legales referidas a la obligación de oferta de condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias para la prestación de las mismas.

Por otro lado, la plena coherencia del modelo previsto por el Legislador en este punto resulta de la propia consideración de los réditos económicos obtenidos por esa vía: los ingresos procedentes de dicha actividad no regulada y prestada por la misma Compañía que desarrolla la actividad regulada, no forman parte del régimen económico de la propia actividad regulada. Lo vemos en el siguiente apartado.

1.5. El régimen económico aplicable a la actividad de I.R.C.

El citado artículo 6.7 continúa:

(...)Los **ingresos derivados de estas actividades** y los costes asociados a los mismos **no serán tenidos en cuenta para el cálculo de la retribución.**”

Esta previsión ha tenido puntual y concreto desarrollo en las Ordenes Ministeriales ECO

Por lo tanto, a juicio de este Consejero la Legislación prevé como lícito el cobro por dichos servicios. Y considera que dicho cobro lícito es adicional al que perciba por las actividades reguladas porque su coste no esta considerado al fijar la retribución por las actividades reguladas. Es decir, si el coste no se considera a efectos de la retribución y al mismo tiempo se impidiera al distribuidor obtener una retribución adicional para sufragar el coste no considerado, se estaría obligando al distribuidor a prestar dichos servicios no regulados con carácter gratuito y no retribuido, y su coste acabaría siendo soportado por las propias actividades reguladas. No es precisa mayor argumentación para concluir que dicha situación atentaría contra el principio esencial de sostenibilidad económica de las actividades reguladas, contra la prohibición de transferencia de rentas entre una y otra actividad, y en última instancia contra la piedra angular del objetivo último del modelo de actividades reguladas que no es otro que la garantía del suministro.

Por lo tanto, no sólo no cabe concluir ilicitud alguna en el derecho de cobro por los I.R.C., adicionalmente a la retribución prevista para la actividad regulada o tarifa, sino que es obligado por las distribuidoras su cobro al cliente, ya que de lo contrario estarían vulnerando gravemente los principios esenciales del modelo que han quedado expuestos, además de interferir en el mercado liberalizado. Insistimos en que no juzgamos aquí la licitud o no de determinadas prácticas abusivas concretas, -que pueden denunciarse como contrarias a la competencia o incluso a los derechos de los consumidores-, sino que analizamos la actividad como tal, supuesto el cumplimiento de las obligaciones legales de transparencia, objetividad y no discriminación, para concluir que, en tal caso, no cabe concluir que las I.R.C. atenten contra la normativa sectorial

que regula la separación de actividades. Nos extenderemos con más detalle sobre este particular en un apartado específico a propósito de las posibles transferencias de rentas de la actividad regulada a la liberalizada.

1.6.- Los principios inspiradores del mercado regulado y del mercado liberalizado. El sentido último del principio de separación de actividades y su aplicación a la actividad de I.R.C.

Si después de todas las argumentaciones expresadas hasta ahora, -que se basan en el propio tenor literal de las normas analizadas-, pueden persistir las dudas sobre si la actividad de I.R.C. es compatible con la actividad de distribución de gas, se hace necesario acudir a algún parámetro objetivo que permita discernir cuales son las actividades que pueden ampararse en el “etc” contenido en el tantas veces aludido art. 6.7 del R.D. 949/2001. Asiste la razón al voto mayoritario cuando afirma que:

“La formulación de contratos por servicios prestados por los distribuidores no puede entenderse extensiva a cualquier tipo de servicio. Así, aunque la norma en su redacción inicial, puede parecer no exhaustiva en la enumeración de estos servicios, no debe de interpretarse como que el distribuidor puede desempeñar de manera ilimitada cualquier tipo de servicio. Esto iría en contra de la propia norma y del objeto social exclusivo que el legislador ha impuesto a la empresa distribuidora que ostenta el monopolio natural que supone la propiedad de la red.”

Este Consejero no puede estar más de acuerdo con la imposibilidad de entender aplicable el aludido “etc” del precepto legal comentado, a “cualquier tipo de servicio”. Pero entrando ya en el análisis del servicio a que nos estamos refiriendo está claro que la actividad relacionada con las I.R.C. presenta muchas características comunes con los servicios complementarios que si se citan expresamente a título enunciativo en el referido artículo 6.7.

La discrepancia surge nuevamente cuando el voto mayoritario continua su argumentación con el siguiente tenor:

“ Por tanto, no es de aplicación, como argumentan los distribuidores, el mencionado articulado para el caso del cobro por los distribuidores del canon por IRC a los consumidores a tarifa o en el mercado liberalizado, ya que no se cumple con la condición inicial de realizarse tales contratos y servicios bajo la premisa del ejercicio por las partes del derecho de acceso. Más bien, este artículo está dirigido a la contratación por los comercializadores a los distribuidores de los denominados servicios o materias “accesorias” o “conexas”¹, que no, como los distribuidores proponen “actividades no reguladas conexas”. Literalmente el informe de la CNE dice:

La anterior excepción a la obligación de desarrollar un objeto social exclusivo parece estar dirigida a aquellas materias “accesorias” o “conexas” a la condición de titular de una red de distribución, cuando las mismas estén relacionadas con contratos suscritos con sujetos que estén ejerciendo el derecho de acceso sobre determinados puntos de salida de gas. Entre dichas materias figuran la lectura de contadores, la facturación, el servicio de atención al cliente, o el mantenimiento de instalaciones, servicios que por su propia naturaleza, parecería adecuado que pudieran ser realizadas por el propio distribuidor.”

Hemos de insistir en que a juicio de este Consejero la argumentación limitativa de dichos servicios a aquellos que se entienden directamente relacionados con el derecho de acceso llevaría a la declaración de incompatibilidad de muchos servicios que este momento se están prestando con toda normalidad por las empresas distribuidoras en beneficio de sus clientes. Y hemos de insistir en que el precepto se refiere también a instalaciones y, por tanto, la nota definitoria de una instalación no sometida al régimen regulado es que puede

¹ Véase Informe de la CNE

ser complemento o desarrollo natural de otra si sometida al derecho de acceso, pero ella por si misma no está sometida a dicho régimen. Y si se llegara a concluir que si lo está, entonces la nueva conclusión es evidente: nos encontraríamos ante una instalación directamente relacionada con el derecho de acceso de los consumidores y, por ello mismo, la actividad relacionada con dicha instalación participaría de la misma naturaleza que los servicios conexos y complementarios enunciados en el art. 6.7.

El propio voto mayoritario llega a afirmar en la pag. 97 de la Resolución lo siguiente:

*“Establecida esta primera distinción entre instalaciones receptoras (IRC) y las de distribución de gas, unas dentro del marco de actividades liberalizadas –las IRC-, y otras en el marco de las actividades reguladas –la distribución-, es claro que ambas instalaciones, y el desarrollo de su actividad, se mueven en ámbitos diferentes con diferentes obligaciones y derechos, aunque ambas actividades/instalaciones pueden tener paralelismos y similitudes aparentes a causa de su semejante función técnica: conducir el gas. La falta de esta distinción puede llevar al consumidor a la confusión y al distribuidor a una gestión inapropiada de ambas instalaciones/actividades, por interferencias entre una y otras, especialmente en el caso que nos ocupa de la IRC, por ser la actividad de distribución una actividad regulada y monopolio natural y **necesitar de las IRC para parte de su propio desarrollo**”.* (El subrayado es del Consejero que suscribe).

De lo transcrito parece desprenderse un reconocimiento implícito de la evidente conexión y elación entre la construcción y explotación de I.R.C. y el desarrollo de las redes de distribución. No estamos por tanto ante esa “cualquier otra actividad” a la que hay que negar la posibilidad de compatibilidad con la actividad de distribución dado el carácter exclusivo del objeto social de la Compañía que ha de desarrollarlo.

A mayor abundamiento, no puede argumentarse que la distinción del diferente régimen aplicable a unas y otras instalaciones en el actual marco

normativo es clara e incuestionable. Al propio tenor literal del art. 6.7 del citado R.D. 949/2001 (que se refiere expresamente al término “instalaciones” no sólo a servicios conexos o complementarios) hay que añadir lo dispuesto en los arts. 18 de la Orden ECO/31/2004 y en el art. 10 de la Orden ECO/301/2.002 .

En palabras de lo argumentado por el GRUPO EMPRESARIAL 3 en su escrito de Alegaciones:

“ Estas disposiciones reglamentarias permiten a una sociedad que realice una actividad regulada la prestación de servicios liberalizados como la lectura de contadores, la facturación, el mantenimiento de instalaciones, el servicio de atención al cliente, etc: estos servicios son a los que la CNE se refiere en su Informe de 22 de enero de 2004, y que pueden ser prestados por empresas distribuidoras por tratarse de “materias accesorias o conexas a la condición de titular de una red de distribución”. Así mismo, de lo establecido en las referidas Órdenes de retribución se deduce que las distribuidoras de gas pueden establecer, operar y mantener instalaciones receptoras, porque tanto el artículo 10 como el 18 citados excluyen a este tipo de instalaciones del régimen de retribución aplicable a las distribuidoras. Por tanto, al excluir del régimen retributivo de las distribuidoras a las instalaciones receptoras, se está reconociendo que las distribuidoras pueden desarrollar actividades relacionadas con este tipo de instalaciones.”

Cuestión distinta es que para el consumidor no experto en la normativa sectorial energética resulte difícil discernir el marco legal aplicable en cada caso a la I.R.C. y al derecho de acceso sobre las instalaciones del distribuidor. Pero esto es predicable respecto a muchas otras materias de nuestra legislación sectorial. No hace falta recordar aquí las permanentes denuncias de particulares y compañías respecto a prácticas irregulares en la obtención de contratos de cambios de suministro, que los particulares afectados niegan haber realizado, y que son objeto de investigación por parte de esta CNE. Pero las prácticas irregulares y el abuso en la desinformación hacia los consumidores no puede invalidar el conjunto de la actividad, no puede invalidar y reputar ilegítima e ilegal la actividad desarrollada con arreglo a la Ley y a sus principios inspiradores por el resto de los Agentes del sector.

En cualquier caso, la definitiva valoración sobre la auténtica naturaleza de la actividad relacionada con las I.R.C. –actividad relacionada con el derecho de acceso y de similar naturaleza a otras previstas en el art. 6.7 o actividad calificable como “cualquier otra actividad” a la que no es extendible dicha cualificación singular de servicio o instalación complementaria o conexas-, no puede realizarse sin un mínimo análisis de la propia naturaleza de la actividad regulada de distribución y de su relación con el principio de separación de actividades en el actual modelo energético español.

En ese sentido no es ocioso señalar que el autor del R.D. analizado, el propio Gobierno, tuvo ocasión de pronunciarse expresamente sobre la cuestión llegando a considerar que se trataba de cuestiones sometidas al libre pacto entre las partes y que, los posibles irregularidades eran denunciables ante las administraciones competentes, esto es, las propias CC. AA. en las que pudieran ser denunciadas:

“(…)En resumen, los conceptos que no están incluidos en la regulación del Ministerio de Economía, como “Canon por el uso de instalación comunitaria”, “Cuota servicio mantenimiento hogar”, etc., se corresponden con servicios adicionales que deben ser concertados entre el usuario y la empresa distribuidora, de acuerdo con un contrato libremente firmado por ambas partes.

Las empresas distribuidoras de gas natural realizan sus actividades dentro de ámbitos municipales y son las Comunidades Autónomas las competentes en su vigilancia y control, de acuerdo con la legislación vigente. En consecuencia, se considera que por el Gobierno han sido tomadas todas las medidas posibles (Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, y los Reales Decretos y Ordenes ministeriales que la desarrollan) para que exista un efectivo control sobre las empresas distribuidoras, y deberán ser la Comunidades Autónomas las primeras que deberán estar vigilantes para que la gestión de las empresas distribuidoras sea transparente y legal. “

Esta cuestión tiene su interés a propósito de la argumentación empleada por el voto mayoritario cuando niega valor vinculante a la opinión expresada por el Gobierno en sede parlamentaria. Así el voto mayoritario sostiene lo siguiente:

“Asimismo, los distribuidores aluden a la contestación dada en el Congreso de los Diputados a la pregunta parlamentaria formulada por Don Carlos Ignacio Aymerich Cano, diputado del Grupo Mixto (BNG) por A Coruña, indicando lo siguiente:

- *Los distribuidores: “(...) Pero con el fin de que no quede ninguna duda a la hora de resolver este expediente informativo, el autor de la norma ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de si la ejecución de IRCs y su posterior alquiler a los usuarios cabe o no dentro del “etc” del inciso final del artículo 6.8 del Real Decreto 949/2001. El Gobierno, al contestar precisamente la pregunta parlamentaria que ha movido a la Comisión Nacional de Energía a la apertura del expediente concluye que el cobro del alquiler o cesión de uso “se corresponde con servicios adicionales que deben ser concertados entre el usuario y la empresa distribuidora, de acuerdo con un contrato libremente firmado por ambas partes.”*

Y la contestación del Voto mayoritario se limita a señalar lo siguiente:

“Indicar que dicha respuesta tiene carácter informativo y no dispositivo, y que en el caso presente, se habrá de estar a lo previsto en el artículo 63 de la Ley 34/1998, relativo a la separación de actividades, y al cumplimiento por el distribuidor de la obligación de desarrollar su actividad mediante sociedades mercantiles que tengan por objeto social exclusivo el desarrollo de las actividades reguladas.”

Lo cierto es que dicha respuesta se realizaba por el mismo Gobierno autor del R.D. 949/2.001, cuyos arts. 6.7 y 10.2 son ahora objeto de interpretación. Como era también el mismo Gobierno autor de las Ordenes Ministeriales

ECO/31/2004 y la Orden ECO/301/2.002, cuya interpretación abunda en la línea de considerar compatible la actividad de I.R.C con la actividad de distribución, así como lícito el cobro de un cánón objetivo, transparente y no discriminatorio. No hay que olvidar que la respuesta se producía en sede parlamentaria en contestación a una pregunta explícita sobre la cuestión de un Excmo. Sr. Diputado del Congreso. ¿En dichas circunstancias cabe desechar la opinión del autor legislativo de las normas que ahora analizamos y debemos rechazarla como respuesta de carácter “informativo” sin valor alguno o tiene dicha respuesta el auténtico valor de revelar el “mens legis”, de revelar el auténtico espíritu e intención del legislador ante un enunciado legal abierto, -“etc...”-, contenido en el precepto analizado? O dicho de otro modo: ¿la interpretación realizada por el autor de la norma para fundamentar su respuesta es incompatible o incoherente con la previsiones de la propia Ley o resulta lógica y coherente con el modelo diseñado por el Legislador en 1.998? Entendemos que no, que la opinión del propio Gobierno era plenamente coherente con el sentido del modelo y del principio de separación de actividades. Ya hemos comentado profusamente hasta ahora cómo las previsiones del art 6.7 y 10.2 del R.D. no sólo no suponen incompatibilidad alguna con las previsiones legales de exclusividad de objeto social para el desarrollo de actividades reguladas.

En el siguiente apartado nos centraremos en señalar que la actividad de los distribuidores relacionada con las IRC, -si se gestiona adecuadamente y con cumplimiento de las obligaciones legales actualmente vigentes-, dota al modelo de plena coherencia con los objetivos marcados para la distribución de gas en España. Por tanto, es la opinión mayoritaria de la CNE que tacha de incompatible dicha actividad con la propia actividad de distribución, -y las reformas regulatorias que puedan seguir esa senda-, la que puede acabar distorsionando la coherencia del modelo y producir efectos perversos para el conjunto del sistema de distribución de gas en España, en perjuicio no sólo de las distribuidoras afectadas, -principalmente de las más pequeñas-, sino también en perjuicio del conjunto de los consumidores.

Por otro lado, tampoco se puede dejar de señalar que mucho más recientemente, de nuevo el Gobierno ha tenido ocasión de realizar un pronunciamiento sobre el asunto que nos ocupa. Así, entre las medidas aprobadas en reciente Consejo de Ministros que acordaba un paquete de cien medidas para el impulso y liberalización de la economía, se cita textualmente la siguiente:

“77.- Facilitar el cambio de suministrador sin perjuicio de los compromisos adquiridos por la empresa distribuidora en relación con la financiación o construcción de las instalaciones comunitarias.

Actualmente existe una práctica extendida en el mercado doméstico en relación con la financiación o construcción de las instalaciones receptoras comunitarias por parte de las empresas distribuidoras que cobran mensualmente un canon a los consumidores conectados a las mismas. Este vínculo entre el consumidor y la empresa distribuidora puede suponer un obstáculo para que el cliente pase al mercado liberalizado”.

En definitiva, del tenor literal transcrito (*“sin perjuicio de los compromisos adquiridos por la empresa distribuidora”*) no parece que tampoco el actual Gobierno repute como ilegítima o contraria al marco legal actual dicha actividad. Si parece resaltar las dificultades que, desde el punto de vista de la competencia, pueden resultar de dicha situación (*“...puede suponer un obstáculo para que el cliente pase al mercado liberalizado...”*.) pero es de esperar que la solución a ese potencial peligro no atienda a las razones del voto mayoritario declarando incompatible dicha actividad con la actividad de distribución, ya que de ser así, como veremos en el siguiente apartado, pueden llegar a generarse más problemas que los que pretendidamente se tratan de arreglar.

1.6.1. Las Actividades Reguladas en los Sectores Energéticos, Eléctrico y Gasista. Especial referencia a la actividad de Distribución de Gas Natural.

Ya hemos visto como hasta ahora tanto el Gobierno anterior, como el Gobierno actual, como muchas de las argumentaciones del voto mayoritario resaltan el riesgo para la libre competencia que resulta de permitir la actividad relacionada con las I.R.C a las compañías distribuidoras. El riesgo existe. Ahora bien, ¿cuáles son los riesgos de no permitirlo?. Por otro lado, ¿puede minimizarse el riesgo con la normativa adecuada?, ¿es mejor para los consumidores que las I.R.C. estén en manos de los comercializadores?.

En definitiva, ¿es real la disyuntiva que se plantea el voto mayoritario cuando reduce la cuestión al siguiente planteamiento?:

“ A la vista de lo anterior, se aprecia una clara contraposición de intereses entre dos conjuntos de agentes sociales. Por una parte, los ciudadanos consumidores de gas natural, que expresan su desconocimiento sobre los derechos de los distribuidores a cobrar por el uso de las I.R.C, y que, en determinados supuestos se ven abocados a suscribir situaciones que les vienen dadas con los distribuidores para poder acceder al suministro de gas. Por otra parte, estarían los intereses de dichas empresas, que si bien están recibiendo cantidades importantes por el uso de las IRC de su propiedad, también incurrir en gastos asociados”

En los siguientes apartados trataremos de acreditar cómo dicho enfoque del voto mayoritario es excesivamente reduccionista y olvida la auténtica naturaleza de las funciones de esta CNE que pueden resumirse en una: velar por el funcionamiento eficiente y coherente del modelo energético en su conjunto contenido en la legislación sectorial. Dicho modelo persigue unos objetivos de defensa de los intereses generales, que pueden no coincidir de forma exacta y a plena satisfacción con los intereses individuales en juego. O dicho de otro modo: en la ecuación anterior se olvida la mención de los intereses generales que también están en juego. Y el interés general en el caso que nos ocupa se concreta en la necesidad de extender la distribución de gas en España de forma rápida, económica, coherente y eficiente para equipararnos a los países de nuestro entorno. Y ese objetivo del interés

general no es incompatible ni excluyente con la defensa de los derechos de los consumidores para que no se produzcan abusos, con la defensa de los derechos de los comercializadores para que no se produzcan obstáculos a la libre competencia, con la defensa del derecho de las distribuidoras a ver retribuido el gasto en que incurran en los I.R.C. y con el objetivo de incrementar la red de distribución de gas en España de un modo intenso, coherente y eficiente.

Lo que constituye un grave error a juicio de este Consejero es concluir que la defensa del derecho de los consumidores que pactaron que su I.R.C. fuera sufragada por alguna distribuidora sólo puede ser conseguida calificando como ilegal la actividad de I.R.C. desarrollada por todas las distribuidoras. Cuando dicha actividad se desarrolla con arreglo a lo previsto en la legislación sectorial, y específicamente con arreglo a lo previsto en la normativa que ha quedado comentada anteriormente (precios objetivos, transparentes y no discriminatorios), la actividad de I.R.C. que desarrollan las distribuidoras es beneficiosa para los consumidores, al tiempo que es beneficiosa para la extensión de la red de distribución en España, facilita un funcionamiento eficiente de dicha red y, como consecuencia de todo ello, beneficia al conjunto de los consumidores.

Obsérvese el siguiente dato que se cita en la propia Resolución: sobre el total del mercado de 5.312.805 consumidores de gas natural que existían en España a finales de 2003, el número de consumidores que han pactado con las distribuidoras que sean éstas las que financien y construyan sus instalaciones de I.R.C. ascendía a 922.909 consumidores, esto es, un 17,37% del mercado.

Ahora bien, si dichas instalaciones privadas de estos 922.909 clientes no hubieran sido sufragadas por los distribuidores, -que no tenían obligación alguna de hacerlo-, ¿se habrían sufragado por los propios clientes o se habría perdido el mercado y por tanto la posibilidad de extender la distribución de gas en casi un 18% del mercado total de clientes de gas en nuestro País?. No es fácil contestar a ésta pregunta. Resulta menos difícil de estimar la pérdida de

economías de escala y de funcionamiento eficiente de la red de distribución si ese 18% del mercado total de clientes hubiera decidido no gastar su dinero en una IRC y, por tanto no hacerla, o si cada cliente hubiera decidido adjudicar la I.R.C. en propiedad a un sin número de compañías no distribuidoras de diferentes características y condición. Y no parece probable que en ese caso las compañías no distribuidoras que hubieran realizado la inversión habrían dejado de cobrarlas a sus clientes, ya sea mediante un canón mensual o mediante cualquier otra vía.

Por lo tanto, la cuestión no puede ceñirse a una supuesta contraposición de intereses entre clientes y distribuidoras, sino al contrario, debe analizarse si dado el modelo energético actual y observando sus preceptos legales, es posible la cooperación y satisfacción recíproca de los intereses de los consumidores, de las distribuidoras y de los comercializadores al tiempo que se alcanza el objetivo de interés general de extender la distribución de gas en España. Y la respuesta debe ser claramente afirmativa. Es precisamente la inobservancia de los preceptos legales vigentes (fundamentalmente la obligación de oferta de los servicios en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias) la que ha dado lugar por parte de algunas distribuidoras a prácticas abusivas y denunciables.

Según se establece en la Exposición de Motivos de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, la regulación del sector del gas trata de avanzar en la liberalización del sector y de recoger los avances habidos en nuestro país en esta industria desde la promulgación en 1987 de la Ley de Disposiciones Básicas para un Desarrollo Coordinado de Actuaciones en Materia de Combustibles Gaseosos, (Ley 10/1987, de 15 de junio), haciéndolo compatible con un desarrollo homogéneo y coherente del sistema gasista en todo el territorio nacional.

Sobre la base de la homogeneidad ya aludida como criterio que preside la Ley del Sector de Hidrocarburos, se pretende también que la homogeneidad se mantenga en el enfoque básico dado al sistema de gas natural, en relación con el sistema eléctrico. Se trata en ambos casos de suministros que requieren conexiones físicas entre productores y consumidores. Al no tener sentido

económico la duplicidad de estas interconexiones, el propietario de la red se configura como un monopolista del suministro.

Se suprime en el sector del gas la consideración del servicio público. Sin embargo, se mantiene para todas las actividades la consideración de *actividades de interés general*. Esta consideración descansa en uno de los principios esenciales de la Ley, como es la garantía de suministro. De acuerdo con lo previsto en el artículo 57, el suministro de combustibles gaseosos por canalización se realizará a todos los consumidores que lo demanden, comprendidos en las áreas geográficas pertenecientes al ámbito de la correspondiente autorización y en las condiciones de calidad y seguridad que reglamentariamente se establezcan por el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas.

A la vista de lo anterior, puede considerarse que el sector gasista viene configurado por un conjunto de actividades que, por sus características y por su propia finalidad, demandan un cierto grado de intervención o control por parte de las Administraciones Públicas. Así, el artículo 2 de la Ley del Sector de Hidrocarburos reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades gasistas, si bien exige que tales actividades se ejerzan garantizando el suministro de gas por canalización a los consumidores demandantes dentro del territorio nacional, teniendo la consideración de actividad de interés económico general. Se prevé expresamente que, respecto de dichas actividades, las Administraciones públicas ejercerán las facultades previstas en la Ley.

Dentro de todo el conjunto de actividades del sector gasista, la Ley distingue claramente entre actividades reguladas y actividades no reguladas. El artículo 60.1 de la Ley califica como actividades reguladas la regasificación, el almacenamiento estratégico, el transporte y la distribución, estableciendo que el régimen económico y de funcionamiento de estas actividades se ajustará a lo previsto en la propia Ley.

Esta distinción entre actividades reguladas y no reguladas constituye uno de los pilares esenciales de la liberalización del sector gasista. Como ya se ha indicado, la consideración de actividades reguladas tiene su razón de ser en sus particulares características. Coincidiendo con lo señalado en la Exposición de Motivos, carece de sentido lógico y económico duplicar las interconexiones gasistas, lo que hace que el propietario de la red existente se configure como un monopolista de suministro.

Sobre esta distinción entre actividades reguladas y no reguladas descansa la obligación de separación jurídica y contable de actividades, presente tanto en la regulación del sector gasista como del eléctrico.

Conforme a este principio de separación jurídica de actividades establecido en el artículo 63.1 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, aquellas sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas, deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas, sin que puedan, por tanto, realizar actividades de comercialización.

El párrafo segundo del artículo 63 exige a las entidades mercantiles que realicen más de una actividad regulada, que lleven en su contabilidad interna cuentas separadas para cada una de ellas, tal y como se les exigiría si dichas actividades fuesen realizadas por empresas distintas, a fin de evitar discriminaciones, subvenciones cruzadas entre actividades distintas y distorsiones de la competencia.

La finalidad perseguida por el legislador con la separación de actividades es de doble ámbito:

Por un lado, -y como objetivo propio y principal de salvaguardar la defensa del interés general que se satisface en régimen regulado-, persigue evitar las transferencias de rentas de origen regulado, a actividades distintas de aquellas que las originan. Dado que el precio político o tarifa no puede financiar actividades distintas a aquellas para cuya remuneración se establecen, salvado un margen de beneficio razonable para la Compañía que presta dicho servicio

de interés general, si las rentas obtenidas exceden dicha rentabilidad razonable, deben ser devueltas a los administrados-usuarios, mediante la correspondiente rebaja de dichas tarifas. Aunque son fijadas estimativamente por el Gobierno con arreglo a una metodología definida, siempre está a errores y inadecuación de previsiones, por lo que propia metodología establece las pautas para su revisión periódica.

Por otro lado, y desde la perspectiva instrumental de la actividades reguladas como infraestructuras de red para atender el derecho de acceso de operadores que centran su actividad en mercados energéticos abiertos a la competencia, trata de garantizar la neutralidad del servicio regulado y la defensa de la libre competencia, como un medio para vencer la concentración vertical de los sectores, a fin de evitar discriminaciones, subvenciones cruzadas y, en definitiva, posibles falseamientos del principio de libre competencia, que se encuentra garantizado en los artículos 60.1 de la Ley del Sector de Hidrocarburos y 11 de la Ley del Sector Eléctrico.

Conforme a lo establecido en los citados artículos 60 de la Ley del Sector de Hidrocarburos y 11.2 de la Ley del Sector Eléctrico, la consideración de determinadas actividades como reguladas se justifica en que tanto su régimen económico como su régimen de funcionamiento están regulados y excluidos de la fijación de precios según las reglas del mercado, así como en que el servicio prestado responde a la calificación de interés general económico que reconoce derechos a los ciudadanos a exigir tal servicio a precios tasados.

Centrándonos en la actividad de distribución de gas natural, ésta encuentra su regulación de funcionamiento en el capítulo V del Título IV de la Ley del Sector de Hidrocarburos, que lleva por título Distribución de Combustibles Gaseosos por Canalización.

El artículo 58 de la Ley 34/1998 define a los distribuidores como aquellas personas jurídicas titulares de instalaciones de distribución que tienen la función de distribuir el gas natural por canalización, así como construir,

mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar el gas en los puntos de consumo.

La actividad de distribución de gas natural está sujeta a autorización administrativa, al exigirse ésta para la construcción, modificación, explotación y cierre de las correspondientes instalaciones. El control administrativo alcanza a los titulares de las instalaciones, que deberán acreditar su capacidad legal, técnica y económica.

El artículo 74 de la Ley del Sector de Hidrocarburos contiene todo el régimen de obligaciones de los distribuidores de gas natural. El listado de obligaciones contenidas en el art. 74 citado, establece claramente las prioridades a las que debe orientarse la actividad regulada de distribución:

“Serán obligaciones de los distribuidores de gas natural:

a) Efectuar el suministro a tarifa a todo peticionario del mismo y ampliarlo a todo abonado que lo solicite, siempre que exista capacidad para ello y siempre que el lugar donde deba efectuarse la entrega del gas se encuentre comprendido dentro del ámbito geográfico de la autorización, suscribiendo al efecto la correspondiente póliza de abono o, en su caso, contrato de suministro.

b) Realizar las adquisiciones de gas necesarias para realizar el suministro.

c) Realizar sus actividades en la forma autorizada y conforme a las disposiciones aplicables, suministrando gas a los consumidores de forma regular y continua, siguiendo las instrucciones que dicte la Administración competente en relación con el acceso de terceros a sus redes de distribución, cuando éste proceda, con los niveles de calidad que se determinen y manteniendo las instalaciones en las adecuadas condiciones de conservación e idoneidad técnica.

d) Proceder a la ampliación de las instalaciones de distribución, en el ámbito geográfico de su autorización, cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro de gas, sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del régimen que reglamentariamente se establezca para las acometidas.

Cuando existan varios distribuidores cuyas instalaciones sean susceptibles de ampliación para atender nuevos suministros y ninguno de ellos decidiera acometerla, la Administración competente determinará cuál de estos distribuidores deberá realizarla, atendiendo a sus condiciones.

(...)

g) Comunicar a la Administración competente que hubiese otorgado las autorizaciones de instalaciones, las modificaciones relevantes de su actividad para que ésta remita la información al Ministerio de Industria y Energía, a los efectos de determinación de las tarifas y la fijación de su régimen de retribución.

h) Comunicar a la Administración competente para que ésta remita al Ministerio de Industria y Energía la información que se determine sobre precios, consumos, facturación y condiciones de venta aplicables a los consumidores, y volumen correspondiente por categorías de consumo, así como cualquier información relacionada con la actividad que desarrollen dentro del sector gasista. Asimismo, deberán comunicar a cada Comunidad Autónoma toda la información que les sea requerida por ésta, relativa a su ámbito territorial.

(...)

j) Realizar las acometidas y el enganche de nuevos usuarios de acuerdo con lo que reglamentariamente se establezca.

k) Proceder a la medición de los suministros en la forma que reglamentariamente se determine, preservándose, en todo caso, la exactitud de la misma y la accesibilidad a los correspondientes aparatos facilitando el control de las Administraciones competentes”.”

Es decir, todas las **obligaciones citadas de los distribuidores están orientadas a atender derechos de los ciudadanos para garantizar su acceso al consumo** y disfrute de un bien de interés general, a precios fijados por el Gobierno.

Ahora bien, el modelo de liberalización iniciado con la Ley de Hidrocarburos y desarrollado mediante el referido R.D. 949/2001 entre otros instaura también el derecho de los ciudadanos a poder elegir un suministrador del servicio, o comercializador, que ofrezca mejores condiciones que las prestadas por el distribuidor. Es decir, convive un modelo regulado cuyo razón de ser es la garantía del suministro a los ciudadanos como servicio de interés general y a precios tasados, con un modelo de mercado y abierto a la competencia de tantos comercializadores como lo soliciten. Precisamente desde el día 1 de Enero de 2.003, todos los ciudadanos pueden legalmente servirse del suministro acudiendo al mercado en competencia y contratando con el comercializador que pueda ofrecerle mejores condiciones que las fijadas en la tarifa regulada. En ese sentido, las actividades reguladas prestan servicio, como antes se expuso, como infraestructura de red a través de la cual los comercializadores “transportan” el producto “gas” a sus clientes.

Por ello, el art. 74 también se preocupa de regular las obligaciones de los distribuidores para atender esa función al servicio de la competencia:

“e) Efectuar los contratos de acceso a terceros a la red de gas natural en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

f) *Proporcionar a las empresas de transporte, almacenamiento y comercialización de gas natural suficiente información para garantizar que el transporte de gas pueda producirse de forma compatible con el funcionamiento seguro y eficaz del sistema.*

i) *Estar inscritos en el Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Cualificados de combustibles gaseosos por canalización a que se refiere el presente Título.*

En definitiva, los distribuidores están sometidos a una fuerte regulación y control en el ejercicio de su actividad, precisamente por la transcendencia de asegurar el uso de la red por parte de terceros, al tiempo que se constituye a los mismos en obligados frente al consumidor al acceso al suministro. **Es necesario llamar la atención sobre la circunstancia de que dichas obligaciones no son exigibles a los comercializadores** que operan en un mercado en libre competencia y sometidos tan solo a la libertad de pacto con sus clientes. Menos aún son exigibles dichas obligaciones a compañías instaladoras o de cualquier otra condición mercantil ajena a la sectorial gasista.

Por su parte, en lógica correspondencia al conjunto de obligaciones que el marco legal impone a los distribuidores, el artículo 75 regula los derechos de los distribuidores, que son básicos para hacer posible la actividad empresarial y limitados al derecho de acceso al producto (suministro del transportista en condiciones también tasadas al ser actividad regulada también el transporte) y a una remuneración, precio o tarifa que permita la rentabilidad de la actividad. Por ello dispone lo siguiente:

“1. Los distribuidores tendrán derecho a adquirir gas natural del transportista a cuya red estén conectados al precio de cesión que será establecido conforme a lo dispuesto en el capítulo VII del presente Título para el suministro a clientes a tarifas autorizadas.

2. *Igualmente, tendrán derecho a obtener la remuneración que corresponda conforme a lo dispuesto en el capítulo VII del presente Título.*”

Entre las obligaciones de los distribuidores, debe hacerse mención especial al derecho de acceso de terceros a las instalaciones de distribución. Según el artículo 76 de la Ley, los titulares de las instalaciones de distribución deberán permitir la utilización de las mismas a los consumidores cualificados y a los comercializadores que cumplan las condiciones exigidas, sobre la base de principios de no discriminación, transparencia y objetividad.

Este derecho de acceso de terceros se configura en la Ley como un pilar básico de la liberalización, que permite introducir la libre competencia en el ejercicio de la actividad de distribución de gas natural. Pero dicha libertad para competir en distribución de gas no era inmediata, sino que esta vedada hasta el 1 de Enero de 2.005 en muchas zonas geográficas españolas. Debe tenerse en cuenta que el diseño actual de la actividad de distribución es heredero directo del sistema concesional que regía con anterioridad a la Ley 34/1998, de 7 de octubre. No en vano, la disposición adicional sexta declara extinguidas todas las concesiones anteriores para actividades incluidas en el servicio público de gases combustibles por canalización, entre ellas, las de distribución de gas natural, sustituyéndolas de pleno derecho por autorizaciones administrativas. Pero al mismo tiempo, la Ley en su disposición transitoria decimoquinta, impide que puedan concederse nuevas autorizaciones para la construcción de instalaciones de distribución sobre la zona de distribución de gas natural de una concesión que hubiera devenido en autorización, hasta que hubiera transcurrido un plazo de diez años. Es decir según las previsiones de la Ley, hasta bien mediado el año 2.007. Modificaciones legislativas posteriores acortaron dicho plazo hasta el 1 de enero del año 2005 o hasta la vigencia de la concesión original si venciera con anterioridad a dicha fecha. Durante ese periodo transitorio, **las empresas autorizadas vienen obligadas a cumplir las obligaciones de servicio público de desarrollo y extensión de las redes, mediante las correspondientes inversiones, impuestas en virtud de la concesión, y salvo saturación de la capacidad de sus instalaciones.**

Como luego se detallará ésta fue una de las razones principales de las asimetrías en la metodología de fijación de la retribución de la actividad de distribución de gas, respecto a la metodología de retribución de la actividad regulada de distribución de electricidad. La otra, el insuficiente desarrollo de las infraestructuras de red de gas en España, frente a la plena expansión en todo el territorio nacional de las redes y suministro eléctricos.

Todas las anteriores circunstancias que afectan al funcionamiento de la actividad de distribución para garantizar el suministro a todos los ciudadanos del bien considerado de interés general, justifican su carácter de “regulado”. No debe olvidarse asimismo que esta actividad está directamente vinculada con la planificación energética que, conforme a lo establecido en el artículo 4 de la Ley, realiza el Gobierno con la participación de las Comunidades Autónomas, y que es presentada al Congreso de los Diputados. Entre las materias que necesariamente deben incluirse en la planificación se encuentra “la definición de las zonas de gasificación prioritaria, expansión de las redes y etapas de su ejecución, con el fin de asegurar un desarrollo homogéneo del sistema gasista en todo el territorio español”.

Por lo que respecta al régimen económico de las actividades reguladas, el artículo 91 de la Ley establece que las actividades destinadas al suministro de combustibles gaseosos serán retribuidas económicamente en la forma dispuesta en ella, con cargo a las tarifas, los peajes y cánones que se determinen por el Gobierno y a los precios abonados por los clientes cualificados, en su caso. El desarrollo reglamentario se encuentra en el Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto y la Orden ECO 301/2002, de 15 de febrero por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista. Por su parte, la Orden ECO/2692/2002, de 28 de octubre regula los procedimientos de liquidación de la retribución de las actividades reguladas

La Ley del Sector de Hidrocarburos determina los criterios que deben observarse en la determinación de tarifas, peajes y cánones que, conforme al artículo 92, son los siguientes:

“a) Asegurar la recuperación de las inversiones realizadas por los titulares en el período de vida útil de las mismas.

b) Permitir una razonable rentabilidad de los recursos financieros invertidos.

c) Determinar el sistema de retribución de los costes de explotación de forma que se incentive una gestión eficaz y una mejora de la productividad que deberá repercutirse en parte a los usuarios y consumidores.

d) No producir distorsiones entre el sistema de suministros en régimen de tarifas y el excluido del mismo”.

Todas las circunstancias anteriores justifican que deba existir un importante control por parte de las Administraciones Públicas en todas las actuaciones de las empresas dedicadas a la actividad regulada, para comprobar que no puedan afectar al adecuado funcionamiento y expansión de la actividad de distribución de gas natural. Recordemos una vez más que dicho control y exigencia no puede imponerse a comercializadores u otras compañías que operan en el mercado libre.

1.6.2.- Especial referencia al principio de separación de actividades en relación con la distribución de gas y la normativa comunitaria.

A propósito de la normativa comunitaria que regula la materia, mantiene el voto mayoritario lo siguiente:

“En una visión más amplia del problema de la actividad del cobro por los distribuidores del denominado canon IRC, actividad no regulada, se ha de enmarcar en lo dispuesto en la nueva Directiva 2003/55/CE del

Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE, de obligada transposición a todos los Estados miembros antes del 1 de julio de 2004, con excepción del apartado 1 del artículo 13, que lo será antes del 1 de julio de 2007, sin perjuicio de los requisitos contemplados en el apartado 2 del mencionado artículo 13.

La Directiva incide en la separación de actividades, como herramienta para garantizar unas condiciones equitativas y no discriminatorias y para reducir el riesgo de que aparezcan posiciones dominantes dentro de la industria.

En particular, la Directiva hace especial énfasis en la separación de las empresas integradas verticalmente, entendiéndose como tales a una compañía o grupo de compañías que realicen al menos una actividad de red (transporte, distribución, GNL o almacenamiento), y al menos una actividad de mercado (producción o suministro de gas natural).

El objetivo de la separación de actividades, y en particular de las actividades reguladas que se prestan a través de infraestructuras de red, es garantizar la neutralidad del servicio regulado como un medio para vencer la concentración vertical de los sectores, a fin de evitar discriminaciones, subvenciones cruzadas y, en definitiva, posibles falseamientos del principio de libre competencia.

En este nuevo contexto, adquiere mayor importancia el cumplimiento efectivo y real por las empresas de la separación de actividades, tanto entre las reguladas con respecto a las liberalizadas, como de las actividades de red con respecto a las actividades de mercado (suministro y comercialización). A la luz de esta nueva situación, la actividad de cesión de uso de las IRC no cabe que pueda ser realizada desde la actividad regulada de distribución.

Sorprende dicha argumentación.

En primer lugar, porque la situación no es nueva en absoluto: en la legislación que tiene su origen en las Leyes de 1.997 y 1.998, el principio de

separación de actividades constituye uno de los pilares del modelo de la liberalización de los sectores energéticos, estableciéndose dicha exigencia a nivel comunitario en esas mismas fechas. Así la Directiva 98/30 CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998, sobre Normas Comunes para el Mercado Interior del Gas Natural establece en su Considerando 22 *“que la contabilidad de todas las compañías de gas natural integradas deberá tener un alto grado de transparencia; que diferentes actividades deberán llevar su contabilidad por separado cuando sea necesario para evitar discriminaciones, subvenciones cruzadas y demás distorsiones de la competencia (...)”*. Esta previsión debe ser completada con la referencia a los artículos 12 y 13 de la propia Directiva.

Por otro lado, en el ámbito del sector eléctrico, la Directiva 96/1992, CEE del Parlamento y del Consejo, de 19 de Diciembre de 1996, sobre Normas Comunes para el Mercado interior de la Electricidad, en su Considerando 32 establece *“que la contabilidad de todas las compañías eléctricas integradas debe tener la máxima transparencia, en particular para detectar posibles abusos de posición dominante, tarifas anormalmente bajas o altas, o prácticas discriminatorias relativas a transacciones equivalentes; que, a tal fin, cada actividad deberá llevar su contabilidad por separado”*. Esta previsión se desarrolla en el artículo 14 del Texto.

En cualquier caso debe señalarse que el legislador español, tal y como ya se ha expuesto, fue mucho más allá que las exigencias comunitarias, -que sólo obligaban a la separación contable de actividades- imponiendo la obligación de separación jurídica. En este sentido, debe tenerse en cuenta que las nuevas propuestas de Directivas por las que se modifican las anteriormente citadas, refuerzan la separación de las actividades de distribución y de transporte, de la electricidad y del gas, pero para alcanzar el nivel de exigencia que ya forma parte del modelo español desde el año 1.997 y 1.998.

Por lo tanto puede inducir a confusión hablar de “nuevo contexto” o “nueva situación” derivada de la nueva normativa comunitaria que venga a hacer imposible la compatibilidad de la actividad de IRC con la actividad de

distribución, ya que la normativa española y acoje desde hace años las nuevas exigencias comunitarias.

1.6.3. Las obligaciones de extensión de la red por parte de los distribuidores: la nueva situación tras las finalización del plazo previsto para las concesiones en vigor.

Como hemos visto anteriormente, sobre la zona de distribución de gas natural de una de esta concesiones devenidas en autorización no podían concederse nuevas autorizaciones para la construcción de instalaciones de distribución hasta el 1 de enero del año 2005 o hasta la vigencia de la concesión original si el plazo es anterior a dicha fecha, debiendo cumplir en ese período, las empresas autorizadas, las obligaciones de servicio público de desarrollo y extensión de las redes, impuestas en virtud de la concesión, y salvo saturación de la capacidad de sus instalaciones. La pregunta es ¿sigue existiendo la misma obligación tras el 1 de Enero de 2.005?. Y la siguiente pregunta es, ¿resultará más fácil o más difícil hacer exigible dicha obligación si se prohíbe a las distribuidoras en todo caso la actividad relacionada con las I.R.Cs.?

Las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución podrán ser otorgadas mediante un procedimiento que asegure la concurrencia, promovido y resuelto por la Administración competente. Previo a la concesión de la autorización, las empresas solicitantes deben acreditar su capacidad legal, técnica y económica. La pregunta es ¿qué ocurrirá si el nuevo desarrollo ya no resulta rentable y no concurre ninguna distribuidora?, ¿será más fácil o más difícil encontrar rentabilidad por parte de las distribuidoras a nuevos desarrollos de red si se impide en todo caso la actividad relacionadas con los I.R.Cs.?

Por otro lado no hay que olvidar que la planificación en materia de hidrocarburos, de acuerdo con el artículo 4.1 de la Ley 34/1998, tiene carácter vinculante en lo que respecta a los gasoductos de la red básica, las

instalaciones de almacenamiento de reservas estratégicas de hidrocarburos y a la capacidad de regasificación necesaria para el abastecimiento del sistema gasista.

La planificación de los sectores de electricidad y gas, sobre el desarrollo de las redes de transporte 2002-2011, aprobada recientemente por el Gobierno, define las infraestructuras a construir necesarias para atender a la creciente demanda de gas y electricidad, atendiendo a los criterios y objetivos que se han definido, para disponer de unos sistemas energéticos eficientes y suficientes.

El documento aprobado responde a los principios establecidos en materia de planificación en el artículo 4, de la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos, artículo donde se distingue entre las instalaciones que tendrán “carácter indicativo” y las instalaciones de “carácter obligatorio y mínimo exigible”, dentro de este último apartado se encuentran los gasoductos de la red básica, las instalaciones de almacenamiento de reservas estratégicas y la determinación de la capacidad de regasificación de gnl necesaria para abastecer el sistema gasista.

Complementariamente a la distinción entre instalaciones de carácter indicativo y de carácter obligatorio y mínimo exigible, la disposición adicional segunda del R.D. 949/2001, 3 de agosto, establece que las autorizaciones de construcción y explotación de los gasoductos de transporte de carácter obligatorio se otorgarán por el Ministerio de Economía mediante un sistema de concurso, y que en caso de falta de concurrencia el Ministerio de Economía podrá encomendar al gestor técnico del sistema gasista la construcción de las instalaciones.

Asimismo, el punto 11.3.7 del mencionado documento de planificación indica que algunas de las infraestructuras planificadas requieren su urgente construcción en los plazos previstos, y en consecuencia el Ministerio de Economía podría proceder a otorgar de forma directa la autorización

administrativa previa, a fin de no demorar en modo alguno su puesta en servicio.

Tal como se ha indicado, estas inversiones pueden adjudicarse de forma directa (caso de las plantas de regasificación y almacenamientos subterráneos), o bien mediante concurso público, caso de los gasoductos de transporte primario no considerados en la planificación con carácter urgente. En el caso de que el concurso quede desierto, la legislación atribuye a ENAGAS como gestor técnico del sistema la obligación de realizar la construcción de estas infraestructuras.

En consecuencia, el grado de certeza en la realización de las inversiones recogidas en la planificación es más elevado que en el caso de las redes de transporte secundario (de presión de servicio menor de 60 bares), las cuales son competencia de las Comunidades Autónomas, no se encuentran recogidas en la planificación y no tienen carácter vinculante. Estas redes representan actualmente un 4% de la red de transporte.

Sin embargo respecto a la exigibilidad de las inversiones en distribución de gas previstas en la planificación, la situación es claramente diferente:

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 34/1998, las autorizaciones de distribución deben incluir la delimitación de la zona de suministro, los compromisos de expansión de la red y el plazo para la ejecución de dichas instalaciones.

Generalmente, los compromisos de expansión de las redes de distribución en cada Comunidad Autónoma, se recogen en acuerdos marco o convenios de colaboración entre las Comunidades Autónomas (autoridad competente en las autorizaciones de distribución) y las empresas distribuidoras.

El carácter vinculante o no de las inversiones en redes de distribución, así como de los objetivos de expansión de las redes, dependerá por lo tanto de

lo recogido en las autorizaciones de distribución y convenios de colaboración de cada CCAA.

Llegados a este punto interesa realizar un esquemático análisis del sector de distribución de gas en España, y su evolución en relación con el mercado liberalizado y el desarrollo de la red en los países europeos de nuestro entorno, datos todos ellos recopilados por la Dirección de Gas de esta CNE.

1.6.4. Sobre la estructura de la actividad de distribución del gas natural.

En lo que se refiere a la actividad de distribución, en España hay veinticinco empresas que desarrollan la actividad de distribución: Naturcorp Redes, S.A.U., Gas Directo, S.A., Distribuidora Regional del Gas, S.A., Meridional del Gas, S.A.U., Gas Alicante, S.A.U, Distribución y Comercialización de Gas Extremadura, S.A., Gas Aragón, S.A., Gesa Gas, S.A., Compañía Distribuidora de Gas de Bilbao, S.A., Gas Nalsa, S.A., Gas Hernani, S.A., Gas Pasaia, S.A., Gas Tolosa, S.A., Gas Natural SDG, S.A., Gas Andalucía, S.A., Gas Cantabria, S.A., Gas Castilla-La Mancha, S.A., Gas Castilla y León, S.A., Compañía Española de Gas, S.A., Gas La Coruña, S.A., Gas Galicia, S.A., Gas Murcia, S.A., Gas Navarra, S.A., Gas Rioja, S.A. y Gas y Servicios Mérida, S.L.

Salvo, Gas Directo y Gas y Servicios Mérida, S.L., el resto de las empresas distribuidoras están asociadas en cuatro grupos empresariales:

Grupo Gas Natural

Gas Natural SDG, S.A.
Gas Natural Cegas, S.A.
Gas Natural Castilla y León, S.A.
Gas Natural Andalucía, S.A.
Gas Natural Castilla La Mancha, S.A.
Gas Navarra, S.A.
Gas Galicia Sociedad para el Desarrollo del Gas, S.A.
Gas Natural Cantabria SDG, S.A.
Gas Natural Rioja, S.A.
Gas Natural Murcia SDG, S.A.
Gas La Coruña, S.A.

Grupo Endesa

Gas Aragón, S.A.
Gesga Gas, S.A.U.
D.C. Gas Extremadura, S.A.
Distribuidora Regional del Gas, S.A.
Meridional del Gas, S.A.U.
Gas Alicante, S.A.U.

Grupo Naturcorp Multiservicios

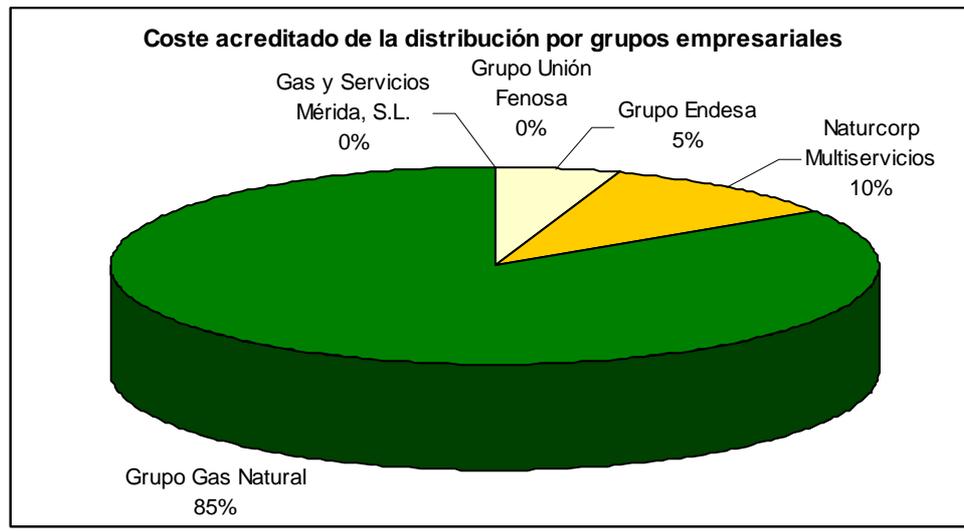
Naturcorp Redes S.A.U.
Gas Nalsa, S.A.
Bilbogas, S.A.
Tolosa Gas, S.A.
Gas Hernani, S.A.
Gas Pasaia, S.A.

Gas y Servicios Mérida, S.L.

Grupo Unión Fenosa

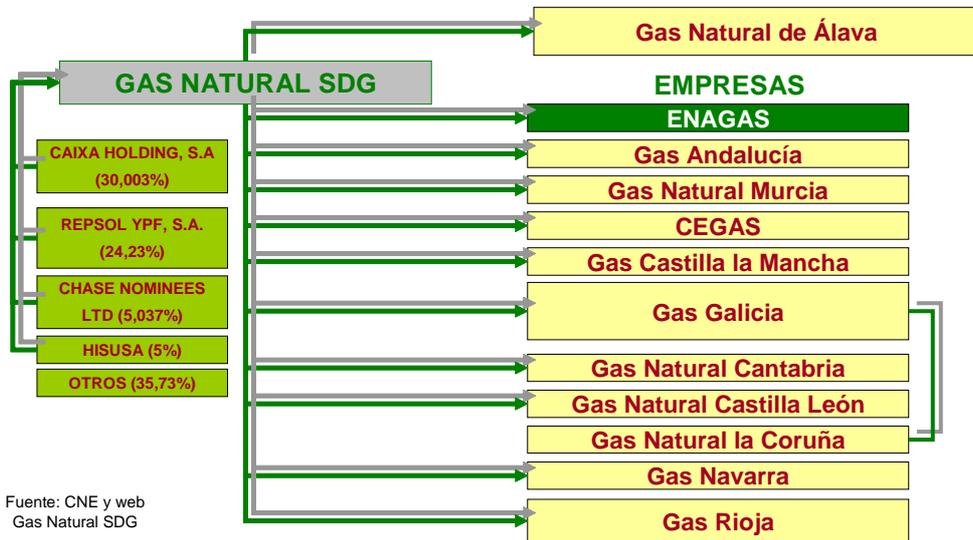
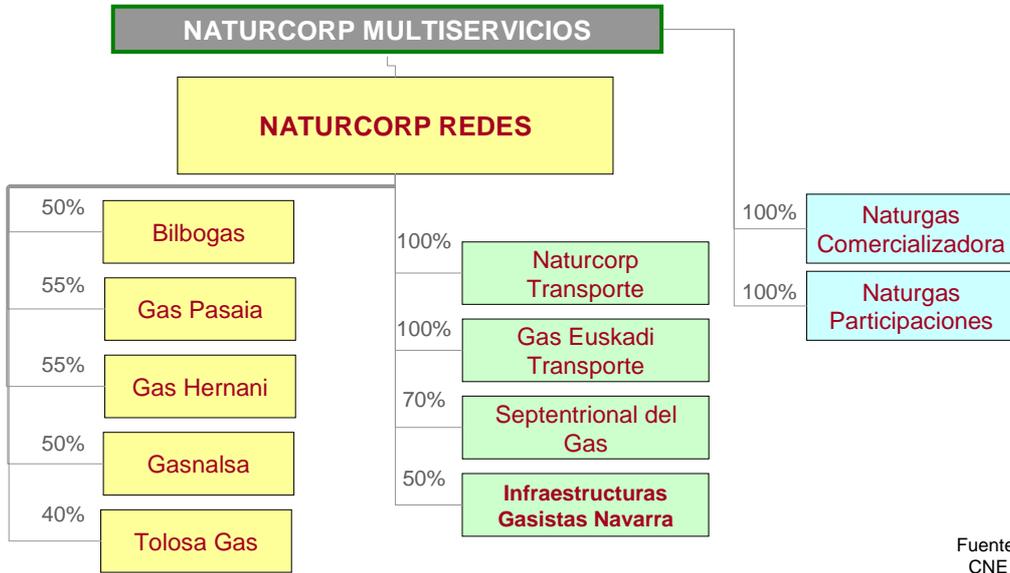
Gas Directo, S.A.

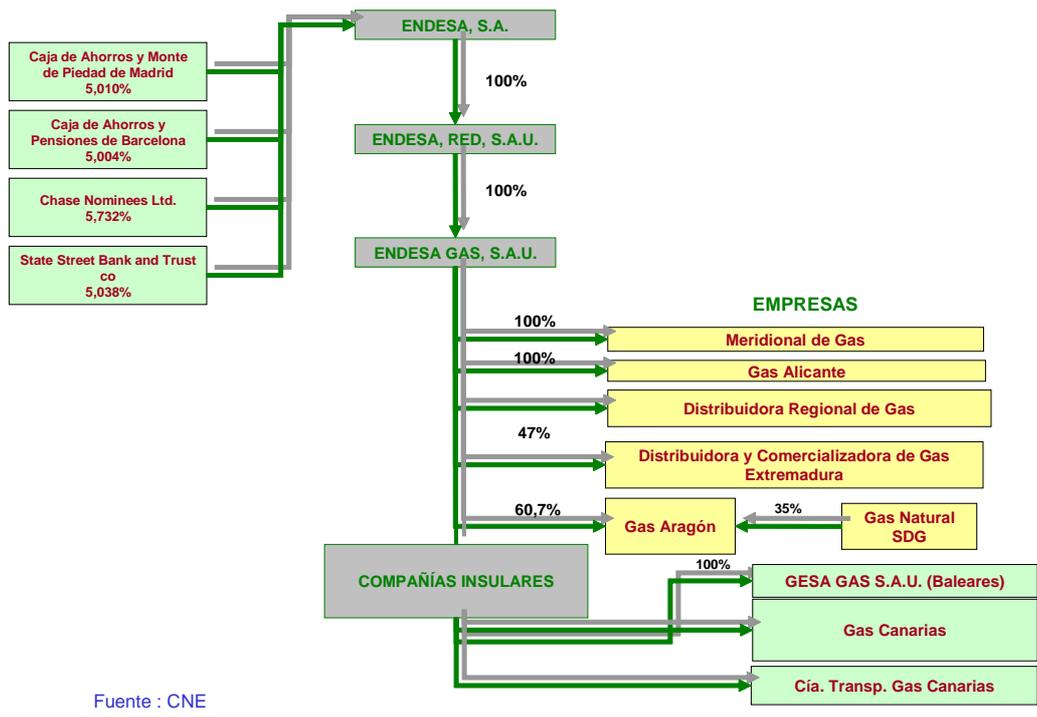
Se presenta a continuación el porcentaje de participación de estos grupos en la actividad de distribución, atendiendo al coste acreditado de la actividad de distribución en el año 2005:



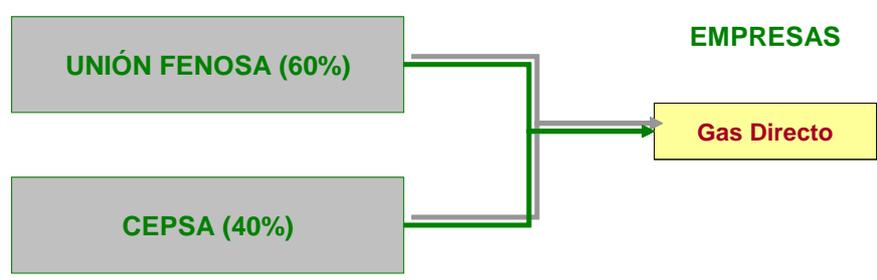
Coste acreditado de distribución por grupos empresariales. Fuente: Orden ITC/102/2005, de 28 de enero, por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista.

A continuación se representa gráficamente la estructura accionarial de las empresas distribuidoras de gas natural en España.





ACCIONISTAS



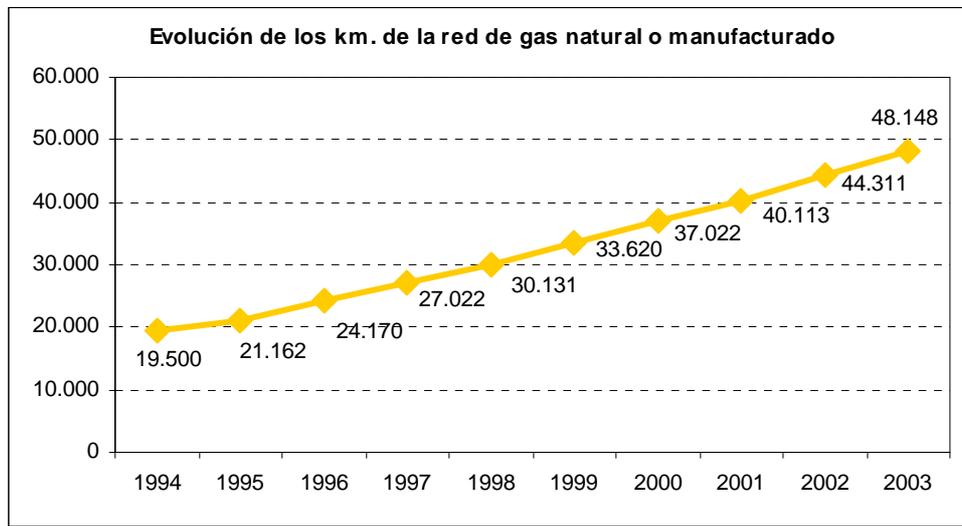
Fuente : CNE

El coste acreditado de la actividad de distribución en el año 2005 de todas las empresas que realicen dicha actividad se recoge en el cuadro siguiente. También se muestran en el mismo los porcentajes que, sobre el total de la retribución de la actividad de distribución, tienen las distintas empresas.

COSTE ACREDITADO DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN. AÑO 2005		
EMPRESA	RETRIBUCIÓN (€)	PORCENTAJE
Naturcorp Redes, S.A.	96.599.653	8,20%
Gas Directo, S.A.	631.972	0,05%
Distribuidora Regional, S.A.	4.045.674	0,34%
Meridional del Gas, S.A.U.	2.871.477	0,24%
Gas Alicante, S.A.U.	1.250.424	0,11%
Distribuidora y Comercializadora de Gas E	6.203.616	0,53%
Gas Aragón, S.A.	22.853.277	1,94%
Gesa Gas, S.A.	23.201.609	1,97%
BilboGas, S.A.	9.133.882	0,78%
Gas Natural de Álava, S.A.	12.434.528	1,06%
Gas Hernani, S.A.	997.117	0,08%
Gas Pasaia, S.A.	557.822	0,05%
Gas Tolosa, S.A.	1.092.360	0,09%
Gas Natural SDG, S.A.	732.056.685	62,13%
Gas Andalucía, S.A.	49.148.219	4,17%
Gas Cantabria, S.A.	16.093.160	1,37%
Gas Castilla La Mancha, S.A.	20.939.527	1,78%
Gas Castilla y León, S.A.	54.398.718	4,62%
CEGAS, S.A.	63.414.512	5,38%
Gas La Coruña, S.A.	3.522.559	0,30%
Gas Galicia, S.A.	17.858.798	1,52%
Gas Murcia, S.A.	9.266.770	0,79%
Gas Navarra, S.A.	19.058.558	1,62%
Gas Rioja, S.A.	9.714.658	0,82%
Gas y Servicios Mérida, S.L.	845.980	0,07%
TOTAL	1.178.191.555	100,00%

Coste acreditado de la actividad de distribución para el año 2005 (€)

La evolución de los kilómetros de red de distribución en operación en los últimos años se refleja en la siguiente gráfica:



Fuente: Anuario SEDIGAS 2003

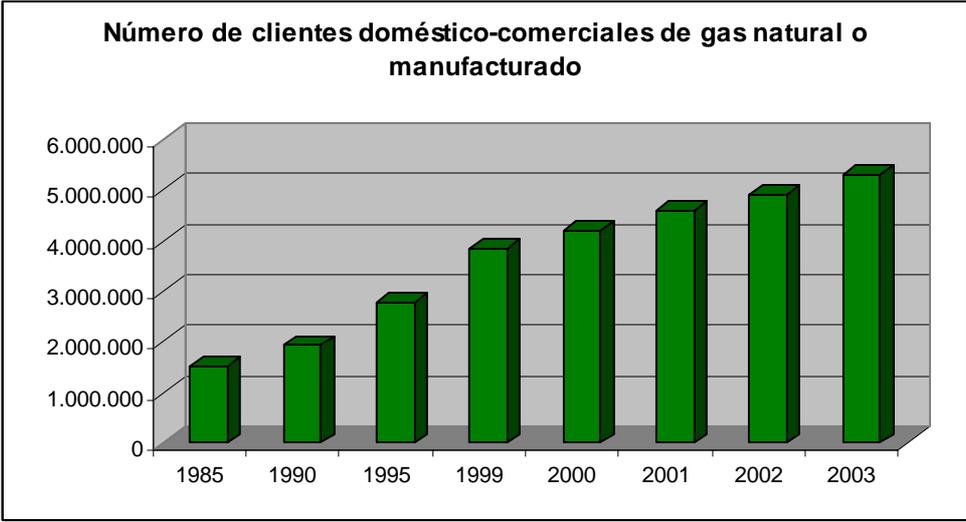
Número de clientes

El cuadro siguiente recoge el número de consumidores, por empresas distribuidoras, para todos los grupos de tarifas y peajes, para los años 2003 y 2004.

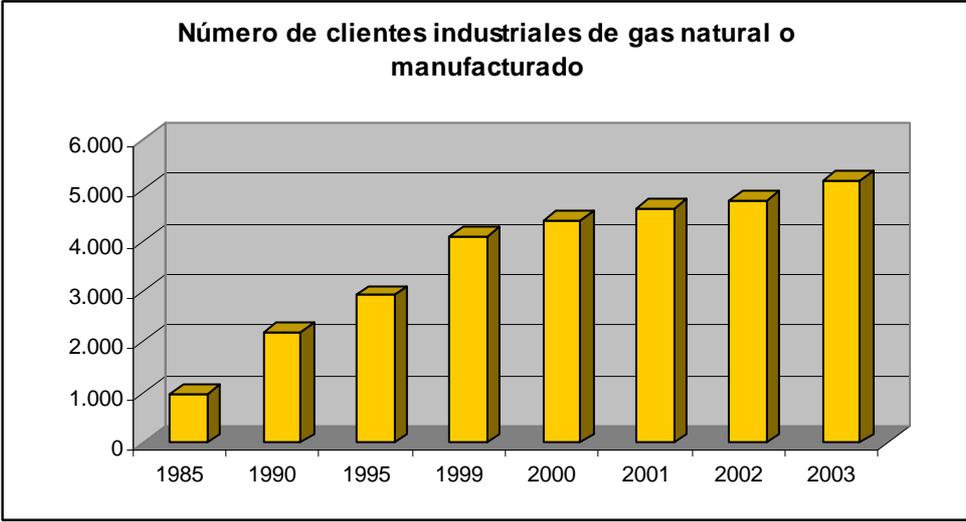
	Consumidores según distribuidora para todos los grupos de tarifas y peajes. Datos a 31 de diciembre 2003 y 2004					
	Tarifa		Peajes		Total	
	2003	2004	2003	2004	2003	2004
GRUPO ENDESA GAS	270.328	289.240	28	1.997	270.356	291.237
DC Gas Extremadura, S.A.	26.037	31.348	2	157	26.039	31.505
Distribuidora Regional del Gas, S.A. (D)	10.495	12.709	3	16	10.498	12.725
Gas Alicante, S.A.U.	3.179	3.528		15	3.179	3.543
Gas Aragón, S.A.	141.242	146.273	23	1.809	141.265	148.082
Gesa Gas, S.A.U.	80.321	83.656			80.321	83.656
Meridional del Gas, S.A.U.	9.054	11.726			9.054	11.726
GRUPO GAS NATURAL	4.304.850	3.558.329	72.019	1.244.917	4.376.869	4.803.246
Cegas, S.A.	376.188	312.350	1.981	121.167	378.169	433.517
Gas Andalucía, S.A.	215.429	192.022	949	51.571	216.378	243.593
Gas Cantabria, S.A.	98.639	89.974	923	22.661	99.562	112.635
Gas Castilla y León, S.A.	239.414	200.139	5.492	77.660	244.906	277.799
Gas Castilla-La Mancha, S.A.	90.016	76.100	585	33.145	90.601	109.245
Gas Galicia, S.A.	90.426	88.120	574	21.551	91.000	109.671
Gas La Coruña, S.A.	25.063	25.297	48	4.383	25.111	29.680
Gas Murcia, S.A.	54.117	51.706	158	10.755	54.275	62.461
Gas Natural SDG, S.A. (D)	2.995.471	2.420.934	58.411	866.256	3.053.882	3.287.190
Gas Navarra, S.A.	75.461	62.649	1.605	23.056	77.066	85.705
Gas Rioja, S.A.	44.626	39.038	1.293	12.712	45.919	51.750
GRUPO NATURCORP	547.593	576.409	4.409	10.157	552.002	586.566
Bilbogás, S.A.	55.312	58.570	602	1.373	55.914	59.943
Donosti Gas, S.A.-Naturcorp Redes, S.A.	54.966	55.399	315	1.233	55.281	56.632
Gas de Asturias, S.A.-Naturcorp Redes, S.A.	155.393	163.830	84	117	155.477	163.947
Gas Figueres, S.A.-Naturcorp Redes, S.A.	11.646	12.254			11.646	12.254
Gas Hernani, S.A.	3.513	3.672	9	55	3.522	3.727
Gas Nalsa, S.A.	55.034	57.038	162	912	55.196	57.950
Gas Pasaia, S.A.	2.230	2.510	4	52	2.234	2.562
Gas Tolosa, S.A.	3.347	3.533	18	34	3.365	3.567
Sociedad Gas de Euskadi, S.A.-Naturcorp Redes, S.A.	200.904	213.661	3.213	6.381	204.117	220.042
OTROS	2.624	2.971	1	0	2.625	2.971
Gas Directo, S.A.	1.504	1.518	1		1.505	1.518
Gas y Servicios Mérida, S.L.	1.120	1.453			1.120	1.453
TOTAL	5.125.395	4.426.949	76.457	1.257.071	5.201.852	5.684.020

Número de consumidores según distribuidora para todos los grupos de tarifas y peajes
Fuente: Boletín Estadístico de Hidrocarburos

La evolución del número de clientes de gas natural, doméstico-comerciales e industriales, de los últimos años se refleja en la siguiente gráfica:

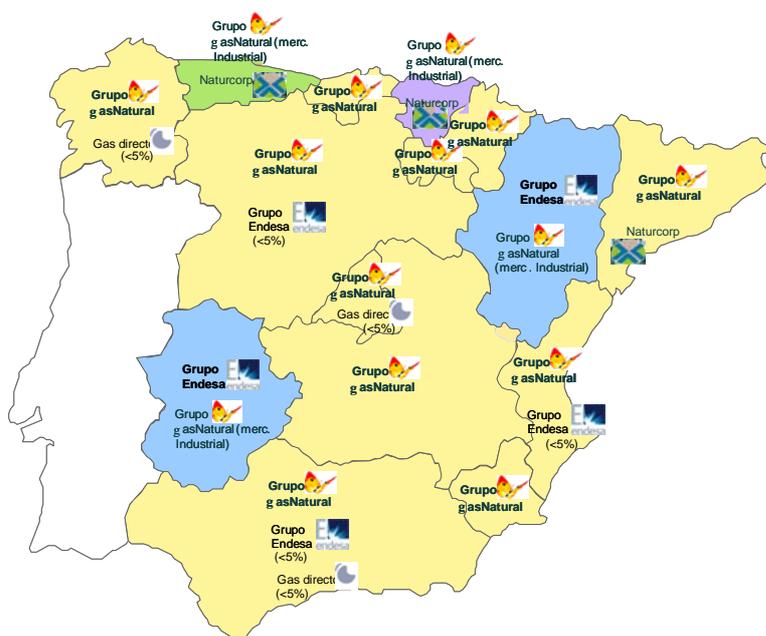


Fuente: Avance estadístico de SEDIGAS 2003



Fuente: Avance estadístico de SEDIGAS 2003

La actividad de las distribuidoras por CC.AA. se recoge en la figura adjunta :

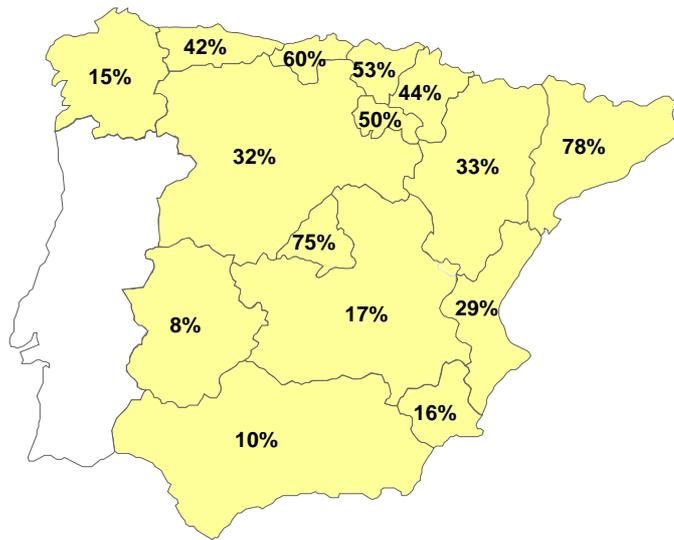


La situación con relación al ya desaparecido régimen concesión para la distribución de gas natural se refleja en los cuadros adjuntos, que contienen la información facilitada por la empresas distribuidoras, a finales de 2.003.

CONFIDENCIAL

El grado de penetración de gas por CC.AA en el mercado residencial se ha calculado como el porcentaje de viviendas principales que disponen de gas natural por Comunidad Autónoma. En el gráfico adjunto figuran el grado de penetración para el año 2004.

Grado de penetración del gas natural en el año 2004



En el cuadro adjunto figura el detalle del avance del mercado liberalizado en el mercado residencial y por CC.AA.:

Nº DE CLIENTES DE GAS NATURAL POR COMUNIDAD AUTÓNOMA A FINALES DEL AÑO 2004

CCAA	2003		2004		Variación 2004 s/ 2003		Nº Clientes por 100 hab.
	Total	Regulado	Liberalizado	Total	Abs	%	
ANDALUCÍA	227.562	203.560	50.341	253.901	26.339	11,6%	3
ARAGÓN	141.413	146.279	3.075	149.354	7.941	5,6%	12
ASTURIAS	155.636	164.035	296	164.331	8.695	5,6%	15
BALEARES	80.321	83.656	0	83.656	3.335	4,2%	9
CANTABRIA	101.059	89.758	22.145	111.903	10.844	10,7%	20
CASTILLA LA MANCHA	93.482	76.113	32.788	108.901	15.419	16,5%	6
CASTILLA Y LEÓN	262.108	212.240	76.474	288.714	26.606	10,2%	12
CATALUÑA	1.776.667	1.337.100	492.103	1.829.203	52.536	3,0%	27
EXTREMADURA	27.162	32.801	75	32.876	5.714	21,0%	3
GALICIA	117.340	113.623	24.730	138.353	21.013	17,9%	5
LA RIOJA	46.355	38.994	12.519	51.513	5.158	11,1%	18
MADRID	1.366.174	1.090.431	346.198	1.436.629	70.455	5,2%	25
MURCIA	54.395	51.442	9.972	61.414	7.019	12,9%	5
NAVARRA	78.592	62.558	22.388	84.946	6.354	8,1%	15
PAÍS VASCO	375.904	394.731	7.264	401.995	26.091	6,9%	19
COM. VALENCIANA	386.313	316.032	118.412	434.444	48.131	12,5%	10
CANARIAS	0	0	0	0	0		0
CEUTA	0	0	0	0	0		0
MELILLA	0	0	0	0	0		0
TOTAL	5.290.483	4.413.353	1.218.780	5.632.133	341.650	6,5%	13

Fuente: Inf. CNE Resolución 15/07/2002

1.6.5.Sobre los riesgos y factores que afectan a la competitividad del gas frente a otras energías alternativas

El gas natural es una energía considerada como de interés económico, pero a diferencia de la energía eléctrica, no es considerado como suministro de carácter esencial, al existir otros combustibles alternativos (butano, propano en depósitos o por canalización, electricidad, gasóleo, fuel...) que pueden sustituir al gas natural en sus distintas aplicaciones domésticas e industriales.

El crecimiento y expansión del consumo y de los clientes de gas natural previsto en la planificación energética requiere desplazar el uso de estos combustibles alternativos. Para que esto se produzca, se requieren dos elementos: la inversión en redes de gas para llevar el suministro a estos clientes potenciales, y el mantenimiento de la competitividad del gas natural frente a las energías alternativas. Si se deteriora esta competitividad del gas

natural, también se verá frenado el crecimiento y expansión de las redes de gas natural.

Los principales factores de riesgo que influyen en la competitividad del gas frente a otras energías y que influyen en el ritmo de captación de nuevos clientes son:

- Las variaciones del precio del gas, ligado internacionalmente al precio del crudo y a la cotización del euro frente al dólar.
- La coyuntura económica general, que si es desfavorable puede contraer el consumo unitario de gas, en particular en el sector industrial, aumentando el coste medio de transporte o distribución
- El coste de las inversiones para la captación de los consumos adicionales, por su posible repercusión en la retribución de la actividad, y en las revisiones anuales de precios y peajes
- Los impuestos que gravan el consumo del gas. En este sentido el posible establecimiento de un impuesto sobre el consumo del gas podría actuar contrayendo la demanda del gas.
- La percepción del consumidor en el uso del gas frente a otras energías: comodidad, peligrosidad, efectos ambientales, precio, necesidades de efectuar obras para su instalación... y que determinarán la decisión final del consumidor a la hora de contratar el suministro de gas natural.

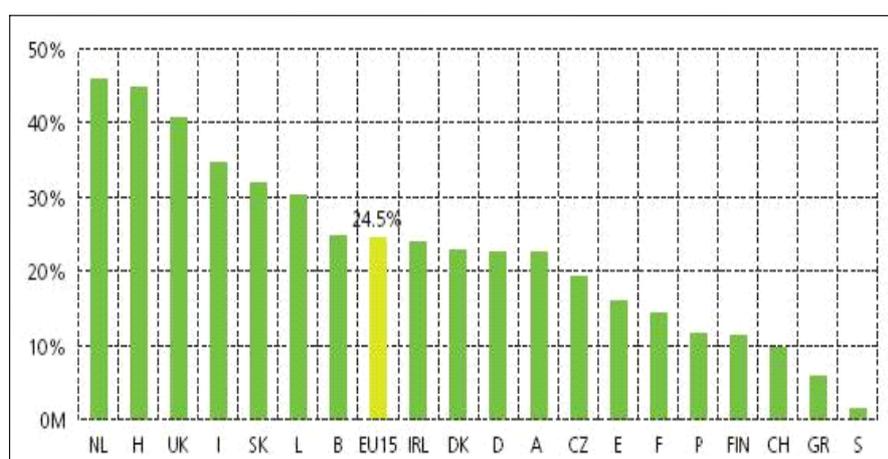
1.6.6. Sobre el grado de madurez del mercado español del gas en relación con el mercado europeo

La expansión del gas en España se presenta como uno de los objetivos de la planificación energética nacional. Concretamente, según con el documento *Planificación de los Sectores de Electricidad y Gas. Desarrollo de las Redes de*

Transporte 2002-2011, “se pretende conseguir que el gas natural se ponga a disposición de la totalidad de las Comunidades Autónomas peninsulares y extrapeninsulares durante el período 2002-2011, tratando que la mayor parte de los núcleos urbanos importantes y centros industriales tengan acceso a un suministro fiable y a un precio razonable, posibilitando una mejora en la competitividad de las industrias y de la economía española. La llegada del gas natural a las diferentes regiones supone un apoyo fundamental al desarrollo económico y social de las mismas.”

La gráfica siguiente muestra el consumo de gas natural en relación con el consumo total de energía primaria para los países de la Unión Europea:

Relación entre consumo de Gas Natural y Energía Primaria en la UE por Países 2004



Fuente: Eurogas, Anual Report 2003-2004

En el capítulo 2 del mencionado documento de planificación energética española, que trata sobre la evolución energética española 2002-2011, se prevé que el consumo de gas natural continuará su tendencia actual de fuerte crecimiento en los próximos años, hasta alcanzar un peso superior al 22% del total en el año 2011, debido principalmente a su utilización, a corto y medio plazo, en la producción de electricidad, tanto en centrales de ciclo combinado como en cogeneración. Con este porcentaje, España se quedaría muy cerca

del valor de 24,5%, que es el peso medio que tiene actualmente el consumo de gas sobre el total de energía primaria en la Unión Europea.

La siguiente tabla muestra el grado de penetración del gas en los hogares de los países con mayor población de la Unión Europea. Los datos corresponden al año 2000, salvo los referentes a España, que se han tomado los correspondientes a 2002:

Pais	Población 2000 ¹⁾	nº medio personas por hogar ¹⁾	nº hogares	nº clientes gas doméstico/comercial ²⁾	% hogares con gas
Alemania	82.164.000	2,2	37.347.273	17.549.700	47,0%
Reino Unido	59.623.000	2,3	25.923.043	20.634.000	79,6%
Francia	59.226.000	2,4	24.677.500	10.633.700	43,1%
Italia	57.680.000	2,6	22.184.615	15.630.000	70,5%
España ³⁾	41.837.894	3,0	13.945.965	5.684.020	40,8%
Holanda	15.864.000	2,3	6.897.391	6.580.000	95,4%
Belgica	10.239.000	2,4	4.266.250	2.511.748	58,9%
Unión Europea	326.633.894	2,46	132.932.399	79.223.168	59,6%

1) Fuente: EurostatYearbook 2004

2) IGU Statistical Data April 2002

3) Fuentes: población-INE

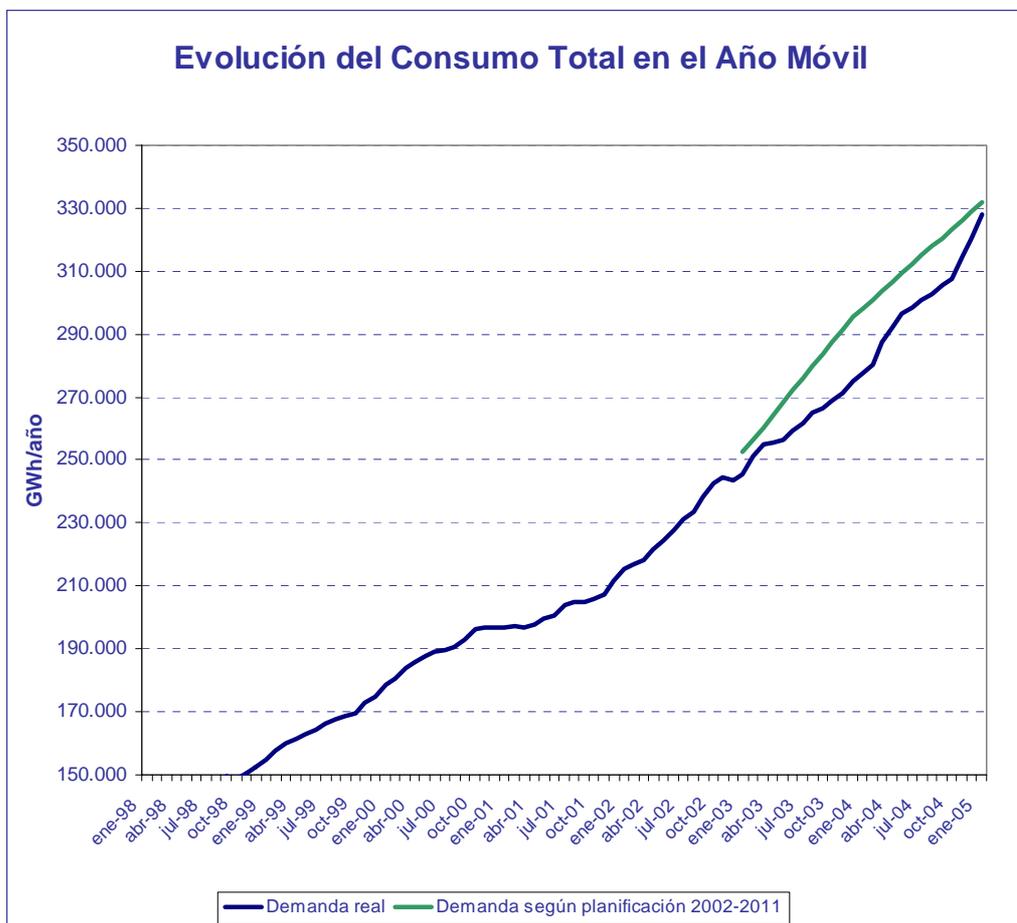
nº clientes - avance estadístico 2003 de SEDIGAS

El porcentaje de hogares con gas natural en España es aproximadamente del 41%, lejos de la media europea del 59,6 %, como consecuencia de la tardía introducción del gas en comparación con otros países europeos.

De acuerdo con el documento de planificación, la extensión de redes permitirá ampliar la disponibilidad de esta energía en todo el territorio y sus ventajas, tanto de rendimiento como de menor impacto en el medio ambiente, llevarán a que el consumo final de gas continuará creciendo al 6,2% anual, muy por encima de las demás energías finales y especialmente en el primer período, debido tanto a la demanda industrial como a la del mercado doméstico-comercial.

Así, dicho documento estima que la demanda total de gas en España al cabo de 11 años, será 2,1 veces la demanda del año 2002, incorporando una media

de 300.000 nuevos consumidores por año. El crecimiento global de la demanda convencional se estima en una media del 6,0% anual en el periodo 2002 –2006 y del 4,1% anual en el quinquenio siguiente. En relación a lo previsto en el documento de Planificación, la demanda real se muestra ligeramente inferior a la senda de dichas previsiones, tal y como se muestra en la figura siguiente.



1.6.7. En conclusión.

En definitiva, de todo lo anterior cabe concluir que el esfuerzo de inversión que se exige a las distribuidoras españolas para acercar a nuestro País al nivel de los países de nuestro entorno y para dar cumplimiento a las previsiones del Documento de Planificación Energética 2.002-2011, no parece que pueda encajar con interpretaciones legales restrictivas que hagan más difícil, -y en algunos casos imposible-, la rentabilidad de la extensión de la red de distribución a determinadas zonas del territorio nacional.

Dada dicha situación existe un posible riesgo de disminución y demora en el tiempo del volumen de inversión en nuevas redes de distribución para atender la gasificación de nuevas zonas geográficas, Establecer la prohibición –y posibles sanciones-, de compatibilizar las actividades relacionadas con I.R.C. y las actividades de distribución podría dar lugar a una problemática para muchas distribuidoras, fundamentalmente de pequeña mediana y pequeña dimensión, lo que podría comportar un menor avance en la gasificación y expansión a nuevas zonas, que supondría un menor crecimiento en el volumen de la demanda agregada de gas para los próximos años con las consecuencias que ello podría suponer sobre las tarifas y peajes como consecuencia del menor volumen de ventas.

Por todo ello, tiene todo el sentido que el Gobierno anterior, como último intérprete de la normativa que él mismo elaboró, se decante por la plena compatibilidad de la actividad de IRC con la actividad de distribución. Y ello en absoluto supone legitimar o dar carta de naturaleza a las prácticas abusivas o que no respeten la obligación legal de fijar condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias para la prestación de dicho servicio.

Porque es cuestión muy distinta que determinadas prácticas acaben pervirtiendo el modelo y se utilicen las previsiones legales para fines distintos: obstaculizar la competencia o para la transferencia ilegítima de rentas de la actividad regula a la liberalizada. El potencial de conflicto existe, pero corresponde a los organismos supervisores perseguirlo, denunciarlo y eliminarlo. Y si se juzga conveniente: proponer las reformas legislativas que faciliten un mejor funcionamiento del mismo.

Loa que no procede a juicio de este Consejero es desconocer las previsiones del art. 6.7 y del art 10.2.l) del R.D. 949/2001 en relación con el conjunto del actual marco legal y los objetivos a que se orienta (mayor desarrollo de la distribución de gas en España para acercarnos a los niveles similares al de nuestro entorno europeo) o lo que sería aún peor: señalar como infractores susceptibles de ser sancionados a aquellos distribuidores que por el sólo hecho

de tener instalaciones de I.R.C. se considera que han vulnerado preceptos esenciales del modelo cuando lo cierto es lo contrario: que han desarrollado las previsiones del modelo con lealtad al mismo ofreciendo sus I.R.C. en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias a todos los clientes o sujetos con derecho de acceso a su red. ¿Qué razón obliga a amenazar de sanción a dichos distribuidores cuando no han hecho otra cosa que cumplir lo dispuesto en el referido R.D. 949/2.001 y en particular con lo dispuesto en los art. 6.7 y 10.2 de dicho R.D.? Quien haya incurrido en prácticas anticompetitivas con la excusa de las I.R.C. deberá responder por ello, pero quien haya actuado con respeto a los preceptos legales del referido R.D. ha contribuido legal y lealmente al desarrollo de la distribución del gas en España, que es un objetivo alentado y deseado por el Legislador español para equipararnos a nuestros vecinos europeos, al tiempo que se garantiza la libre competencia en el sector.

Dada dicha naturaleza de actividad regulada, la piedra angular de toda actuación que tiene que ver con ella lo constituye esencialmente la garantía del suministro e **instrumentalmente, el servir de infraestructura y servicio de libre acceso para el desarrollo de las actividades eléctricas liberalizadas.**

Por lo tanto, cualquier actuación de los distribuidores en relación la I.R.C que respete los principios y preceptos legales ya citados y, desde el respeto a los criterios de neutralidad e independencia, se ponga al servicio del conjunto de los agentes que operan en el mercado eléctrico español para favorecer el desarrollo de las actividades gasistas liberalizadas debe ser considerada como desarrollo natural y lógico de la propia función regulada del distribuidor, aunque dicha actividad no se cite de manera expresa en la Ley, máxime cuando en la fecha en que dicha Ley fue aprobada ya existía la actividad de IRC y la misma no fue señalada como incompatible como si lo fue la de comercialización la propia Ley.

CONSIDERACIÓN SEGUNDA.- EL REGIMEN ECONOMICO APLICABLE A LA ACTIVIDA RELACIONADA CON LAS I.R.C. PROPIEDAD DE DISTRIBUIDORAS.

2.1. El régimen económico integrado de la actividad de distribución.

El régimen económico para la actividad de distribución también se encuentra regulado, realizándose mediante retribuciones con cargo a tarifas, peajes y cánones. Las tarifas, peajes y cánones son aprobados reglamentariamente por el Estado mediante Orden Ministerial y reflejan los costes derivados del desarrollo de las actividades, que incluyen, entre otros, costes de inversión, operación, mantenimiento, disponibilidad y utilización de las instalaciones.

La Ley del Sector de Hidrocarburos determina los criterios que deben observarse en la determinación de tarifas, peajes y cánones que, conforme al artículo 92, son los siguientes:

- “a) Asegurar la recuperación de las inversiones realizadas por los titulares en el período de vida útil de las mismas.*

- b) Permitir una razonable rentabilidad de los recursos financieros invertidos.*

- c) Determinar el sistema de retribución de los costes de explotación de forma que se incentive una gestión eficaz y una mejora de la productividad que deberá repercutirse en parte a los usuarios y consumidores.*

- d) No producir distorsiones entre el sistema de suministros en régimen de tarifas y el excluido del mismo”.*

Sin embargo, en el citado Real Decreto 949/2.001, y dentro del Capítulo II “Acceso a las instalaciones gasistas” (artículo 6.7) se determina que la contraprestación que el distribuidor haya de recibir por los servicios prestados distintos de los regulados será objeto de libre negociación entre el distribuidor y su cliente:

“...condiciones distintas a los regulados en este Real Decreto, que **serán libremente pactados entre las partes.**”.

Interesa resaltar que los ingresos procedentes de dicha actividad no regulada y prestada por la misma Compañía que desarrolla la actividad regulada, **no forman parte del régimen económico de la propia actividad regulada.** Así, el citado artículo 6.7 continúa:

“(...) Tales servicios serán ofrecidos a todos los sujetos que estuviesen interesados en ellos, en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias. Los **ingresos derivados de estas actividades** y los costes asociados a los mismos **no serán tenidos en cuenta para el cálculo de la retribución.**”

Esta previsión ha tenido puntual y concreto desarrollo en las Ordenes Ministeriales ECO.

Por su parte, el artículo 10. 2. del mismo texto recoge, entre las obligaciones de los titulares de instalaciones en relación con las cuales pueda ejercerse el derecho de acceso, la siguiente:

“1) Tener **a disposición de quien lo solicite,** el alcance y las condiciones económicas aplicables de los **servicios específicos distintos de los regulados que puedan prestar**”.

Es de señalar que el propio artículo 6 como acabamos de ver establece que tales servicios han de ser ofrecidos en “condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias.”

Por lo tanto, a juicio de este Consejero la Legislación prevé como lícito el cobro por dichos servicios. Y considera que dicho cobro lícito es adicional al que perciba por las actividades reguladas porque su coste no esta considerado al fijar la retribución por las actividades reguladas. Es decir, si el coste no se considera a efectos de la retribución y al mismo tiempo se impidiera al distribuidor obtener una retribución adicional para sufragar el coste no considerado, se estaría obligando al distribuidor a prestar dichos servicios no regulados con carácter gratuito y no retribuido, y su coste acabaría siendo soportado por las propias actividades reguladas

No es precisa mayor argumentación para concluir que dicha situación atentaría contra el principio esencial de sostenibilidad económica de las actividades reguladas, contra la prohibición de transferencia de rentas entre una y otra actividad, y en última instancia contra la piedra angular del objetivo último del modelo de actividades reguladas que no es otro que la garantía del suministro.

Por lo tanto, no sólo no cabe concluir ilicitud alguna en el derecho de cobro por los I.R.C., adicionalmente a la retribución prevista para la actividad regulada o tarifa, sino que es obligado por las distribuidoras su cobro al cliente, ya que de lo contrario estarían vulnerando gravemente los principios esenciales del modelo que han quedado expuestos, además de interferir en el mercado liberalizado.

Insistimos en que no juzgamos aquí la licitud o no de determinadas prácticas abusivas concretas, -que pueden denunciarse como contrarias a la competencia o incluso a los derechos de los consumidores-, sino que analizamos la actividad como tal, supuesto el cumplimiento de las obligaciones legales de transparencia, objetividad y no discriminación, para concluir que, en tal caso, no cabe concluir que las I.R.C. atenten contra la normativa sectorial que regula la separación de actividades. Nos extenderemos con más detalle sobre este particular en un apartado específico a propósito de las posibles transferencias de rentas de la actividad regulada a la liberalizada.

2.2. Análisis de la posible transferencia de rentas.

Nuestra legislación distingue, por tanto, dos tipos de patrimonios, que se corresponden con la clasificación de actividades anteriormente expuesta: el patrimonio regulado y el patrimonio libre.

Por ello, puede extraerse, como principio general, que el patrimonio regulado no puede ser empleado ni responder de las deudas que se generen para financiar la realización de actividades libres, ya que se vulneraría la finalidad de la norma jurídica que vincula las rentas obtenidas al funcionamiento eficiente y a la expansión de la propia actividad y que se consagra en principio de separación de actividades.

Adicionalmente, si la financiación de la realización de actividades libres se realizase a cargo del patrimonio regulado se estaría comprometiendo la fijación de la tarifa de ejercicios futuros, pues podría llegar a hacer imposible una bajada de tarifas.

En cualquier caso, los límites a la posible transferencia de rentas entre las actividades reguladas y libres, y entre las actividades reguladas de distintos sectores energéticos, se encuentran en la transparencia del sistema de retribuciones de las actividades reguladas y en el hecho de que las inversiones y las tarifas de los ejercicios siguientes puedan verse comprometidas.

¿Realmente la actividad de relacionada con los I.R.C. realizada por las distribuidoras y que se han analizado en el expediente puede poner en peligro su propia actividad regulada o es susceptible de distraer rentas “reguladas” hacia una actividad “no regulada”? La contestación es claramente negativa.

No creemos necesario dedicar demasiado atención a este apartado en la medida en que ni se quiera se cita en la opinión del voto mayoritario. Creemos que no es discutible la conclusión de que la actividad de I.R.C. que se analiza, en la medida en que se cobra al cliente, no constituye

transferencia de rentas reguladas hacia actividades liberalizadas. Cuestión distinta sería que dicha actividad se ofreciera con carácter gratuito o a un precio por debajo de su coste real con la finalidad de captar consumidores a tarifa en perjuicio del mercado liberalizado, ya que en dichos supuestos si se producirían actuaciones sancionables desde el punto de vista sectorial y en defensa de las actividades reguladas, y actividades denunciables como anticompetitivas en defensa de las actividades liberalizadas.

Del análisis de las actuaciones concretas analizadas hasta ahora sólo respecto de una distribuidora puede sospecharse a título indiciario que haya podido ofertar la actividad a un precio inferior a su coste, lo que exigiría la apertura de actuaciones previas para obtener mayor información antes de la apertura de un expediente sancionador.

Lo que resulta paradójico es que lo que puede contribuir a poner en peligro la propia actividad regulada de muchas pequeñas y medianas distribuidoras es la interpretación que hace el voto mayoritario del actual marco legal. En ese sentido la decisión de evacuar consulta a la Abogacía General del Estado sobre la proporcionalidad y alcance de las sanciones que habrían de imponerse, resulta ser un inadecuado e incierto remedio a una situación que se hubiera evitado con una interpretación menos restrictiva de lo dispuesto en el referido R.D. 949/2001.

En cuanto a la transferencia de rentas, la realidad parece ser precisamente la contraria: que la transferencia de rentas se produce en sentido inverso, es decir, dada la holgura existente entre el ingreso percibido y el coste incurrido por prestar el servicio, previsiblemente se obtendrán ingresos adicionales por los distribuidores y por tanto, para la actividad regulada que le es propia, como consecuencia del desarrollo de dicha actividad

CONSIDERACIÓN TERCERA.- EN CUANTO A LA APERTURA DE EXPEDIENTE SANCIONADOR.

La decisión del Consejo, unánime en este caso, de no iniciar de momento expediente sancionador y dado que, a pesar de la unanimidad observada, existentes evidentes diferencias de criterio en el seno del mismo sobre la vulneración o no de los preceptos que regulan el principio de separación de actividades (de lo que puede inferirse también la diferente opinión sobre lo sancionable o no de las conductas analizadas), aconseja adelantar en este Voto particular la conclusión lógica que resulta de la opinión de este Consejero expuesta hasta ahora: que la realización de actividad de I.R.C por si misma considerada no pueden ser objeto de sanción. Cuestión distinta puede derivarse del análisis de prácticas concretas observadas en el ejercicio de dicha actividad que supongan obstáculo a la competencia y el libre mercado.

El tipo penal o sancionador que el voto mayoritario considera infringido es el recogido en el art. 60.13 de la Ley 54/1997 de 27 de Noviembre que reza lo siguiente:

“La realización de actividades incompatibles de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley”.

Es decir, se recurre a un tipo penal o sancionador de los que la doctrina denomina “abierto” o “en blanco” mediante el empleo de un concepto jurídico indeterminado cual es “actividades incompatibles con esta Ley”. Y de ello ha de extraerse una primera conclusión indiscutible: la actividad objeto del expediente no está explícitamente recogida como actuación sancionable en nuestro ordenamiento jurídico.

Una vez sentada la premisa anterior, deben avanzarse dos consideraciones esenciales, que creemos deben ser igualmente indiscutibles, como veremos en las consideraciones siguientes:

1º.- Que la interpretación extensiva de los tipos penales o sancionadores está prohibida por mandato constitucional, como ya hemos venido reiterando en otros procedimientos sancionadores.

2º.- Que las consideraciones sobre la punibilidad o no de la conducta analizada son de naturaleza diferente a aquellas que puedan referirse a su validez o eficacia legal en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como ha venido manteniendo esta CNE en Expedientes similares.

3.1. La prohibición constitucional de la interpretación extensiva o analógica de los tipos sancionadores.

Ya se ha citado en anteriores Resoluciones por este Consejero la doctrina que establece el principio de tipicidad como consustancial al propio derecho sancionador. El principio de tipicidad recogido en el artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, determina lo siguiente:

"Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley"

Y asimismo que:

"Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica"

Decíamos también que dicha previsión legal viene a consolidar legalmente la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional expresada, entre otras, en sus sentencias de 29 de Noviembre de 1.969, de 23 de mayo de 1.972, 17 de diciembre de 1.980 y 10 de octubre de 1.996, que rechaza la interpretación extensiva o analógica de la norma en esta materia y la posibilidad de sancionar un supuesto diferente de los que la misma contempla, pues con otro criterio, se reconocería a la Administración una facultad creadora de tipos de infracción y de correlativos analógicos, con evidente merma de las garantías jurídicas.

Ello no obsta para que, como en el caso que nos ocupa, el Legislador pueda emplear “conceptos jurídicos indeterminados” para definir los tipos sancionables. En ese sentido, se hace preciso interpretar y dotar de contenido a la expresión del Legislador definida como “...actividades incompatibles con esta Ley...” en relación con la conducta concreta analizada y objeto de este Expediente.

Pero en esa interpretación han de seguirse unas pautas objetivas de forma que no baste cualquier interpretación de las diferentes interpretaciones jurídicas posibles sino aquella que era más previsible o razonable teniendo en cuenta la propia finalidad de la norma. Se trata de evitar un principio de incertidumbre en el administrado sobre cual de todas ellas puede dar lugar a infracciones susceptibles de sanción. O en palabras de nuestra jurisprudencia constitucional, un principio de incertidumbre que impida a los ciudadanos **“programar sus comportamientos sin temor a posible condenas por actos no tipificados previamente”**

Así el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 21 de Diciembre de 1.989 (RTC 1.989/219), entre otras muchas, admite que:

“(...) no vulnera la exigencia de lex certa la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada.”

Aún con mayor rotundidad, el Tribunal Constitucional establece en su sentencia de fecha 20 de abril de 1.989 (RTC 1989/69) que:

“(...)Por otra parte, si bien los preceptos, legales o reglamentarios, que tipifiquen las infracciones deben definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables, no vulnera la exigencia de lex

certa que incorpora el art. 25.1 de la Constitución la regulación de tales supuestos ilícitos mediante **conceptos jurídicos indeterminados**, siempre que su **concreción sea razonablemente factible** en virtud de **criterios lógicos, técnicos o de experiencia** y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada, pues, como ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones (STC 62/1.982 de 15 de Octubre, RTC 703/198^a 5, de 16 de Octubre, entre otras resoluciones) dado que los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas, por lo que **es necesario en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos** que no entra en conflicto con el principio de legalidad, en tanto que no aboque a una inseguridad jurídica insuperable con arreglo a los criterios interpretativos antes enunciados.”

Por tanto, la complementación y la interpretación de los tipos que contengan conceptos jurídicos indeterminados es posible y es necesaria, sin que ello suponga vulneración alguna del principio de *lex certa* o de tipicidad penal. Ahora bien, ¿cómo diferenciar una aplicación analógica de un tipo penal a un supuesto no contemplado por ella, -aplicación analógica o extensiva *in malam partem* prohibida por la ordenamiento constitucional- de la interpretación legítima y necesaria de un concepto jurídico indeterminado contenido en un tipo sancionador, -aceptado y admitido por la doctrina constitucional, según acabamos de exponer-?

En este sentido se hace necesario citar nuevamente la clarificadora sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de septiembre de 1.997 (RTC 1997/151). En ella el Alto Tribunal tiene establecido lo siguiente:

“En cuanto a la alegación relativa al la infracción del principio de tipicidad integrado en el derecho a la legalidad penal basada en que las resoluciones aquí recurridas han llevado a cabo una aplicación extensiva in malam partem del precepto de la ley, este Tribunal ha reiterado que la prohibición de este tipo de interpretaciones, así como la de interpretación y aplicación analógica, integra, junto a la exigencia de la tipificación de los ilícitos y las sanciones

mediante lex scripta, praevia, certa et stricta, el contenido del principio de legalidad penal y el correspondiente derecho fundamental del art. 25.1 CE.

En rigor, como hemos expuesto en la reciente STC 137/1997 (RTC 1997/137), la garantía de tipicidad que impide que los órganos judiciales puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas, no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador y, en su caso, la Administración, con unas “concretas, precisas, claras e inteligibles” (sic) (STC 34/1996 [RTC 1996/34], fundamento jurídico 5º).

El principio de legalidad en el ámbito sancionador es un principio inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su Título Preliminar (art. 9.3), lo configura como contenido de un derecho fundamental de las personas (art. 25.1) y lo recuerda como límite en la definición del Estatuto y de la competencia esenciales de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder judicial (art.117.1). Este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos y imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que si contempla. (...)

Establecido el contenido de este aspecto del principio de legalidad penal y precisando su fundamento conviene concretar cuál es el alcance del control que el Tribunal Constitucional puede ejercer en su aplicación respecto de la interpretación y aplicación de los preceptos sancionadores efectuados por los órganos judiciales y cuales son las pautas o criterios que deben regir este control. A tal efecto, lo primero que debe advertirse es que es ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de hechos probados en los preceptos aplicados. Es más, aunque prima facie pudiera parecer que toda interpretación y aplicación incorrecta de un tipo sancionador puede equivaler a una sanción de conductas situadas fuera de los supuestos previstos en la norma sancionadora, no es esta la consideración procedente. En rigor, desde la perspectiva constitucional, no toda interpretación y aplicación aparentemente incorrecta, inoportuna o

inadecuada de un tipo sancionador comporta una vulneración del principio de legalidad ni del derecho fundamental que, ex art. 25.1 CE, lo tiene por contenido.

Desde el punto de vista del enjuiciamiento constitucional cabe hablar de aplicación extensiva in malam partem –al igual que la aplicación analógica vulneradora del principio de legalidad penal- cuando dicha interpretación **carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios**, sea por apartamiento de la posible literalidad del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente. Nuestro control, queda pues delimitado en cuanto a su finalidad por el objetivo de evitar que las resoluciones judiciales aplicadoras de preceptos sancionadores impidan a los ciudadanos “programar sus comportamientos sin temor a posible condenas por actos no tipificados previamente” (STC 133/1997, fundamento jurídico 5º) y en cuanto a los criterios o pautas de enjuiciamiento por la verificación del respeto del tenor literal de los preceptos sancionadores aplicados y de la coherencia lógica y sistemática de las pautas metodológicas y valorativas en al interpretación y aplicación de dichos preceptos. (...)

Debe perseguirse en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad, de libertad y de legitimidad en juego, pero también de la competencia del Juez ordinario en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1.983 [RTC 1983/89], 75/1984, 1117/1993) discrimine entre las decisiones que forman parte del campo de elección legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley (...)

La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el principio de la legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona de indudable exclusión de comportamientos, como su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986 [RTC 1986/159], 59/1990 [RTC 1990/59] y 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Sólo así podrá verse la decisión sancionadora como un fruto previsible de una razonable aplicación judicial o administración de lo

decidido por la soberanía popular. **A ese contexto de criterios y valores es al que nos hemos referido como habilitador de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en las normas sancionadoras determinables “en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. De este modo dicho en negativo, las afirmaciones anteriores, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su fundamento metodológico –por una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o por ser ajenas a los valores que informan nuestra Constitución-, conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y por ello imprevisibles para sus destinatarios. “**

En definitiva, como la misma Sentencia establece:

“Con todo, como también hemos dicho en repetidas ocasiones, y en concreto como veremos de inmediato respecto al precepto aquí aplicado, las exigencias dimanantes del principio de legalidad pueden ser compatibles con el empleo de cláusulas normativas **necesitadas de complementación** judicial, si bien, en tales casos, para que pueda entenderse respetado el principio de legalidad es preciso que la complementación exista realmente.

En efecto, **constituye doctrina consolidada de este Tribunal la de que el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados**, aunque su compatibilidad con el art. 25.1 CE se subordinan a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (SSTC 69/1989, fundamento jurídico 1º; 219/1989 [RTC 1989/219], fundamento jurídico 5º; 116/1993 fundamento jurídico 3º; 305/1993 [1993/305] fundamento jurídico 5º; 26/1994 [RTC 1994/26], fundamento jurídico 4º; 306/1994 [RTC 1994/306] fundamento jurídico 3º; 184/1995 [RTC 1995/184] fundamento jurídico 3º). Esta compatibilidad es especialmente posible en el

ámbito del Derecho disciplinario, donde los afectados tienen un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento y pueden, por consiguiente, ser sometidas a sanción.(...)

Todo este proceso de concreción de las cláusulas relativamente indeterminadas a que aludimos, ha de hacerse, según hemos dicho, de modo explícito. **El déficit de la ley sólo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el Juez lo colma.** Y la única manera de llevar a cabo esta tarea de conformidad con el art. 25 CE es **hacer expresas las razones que determinan la antijuricidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige la licitud constitucional del castigo.**”

En el mismo sentido, la sentencia de fecha 17 de Marzo de 2001 de nuestro Alto Tribunal (RTC 2001/64) determina que:

“En el ámbito del recurso de amparo la tarea del Tribunal Constitucional, en palabras de la STC 189/1998 de 28 de septiembre (RTC 1998/189), F. 7, se limita a verificar si la interpretación realizada por los órganos judiciales **era una de las interpretaciones posibles** de la norma en atención a los valores de seguridad jurídica y de monopolio legislativo en la determinación esencial de lo penalmente ilícito, y a supervisar externamente que la interpretación adoptada responde a unas reglas mínimas de interpretación, de modo que quepa afirmar que al decisión judicial era un resultado previsible, en cuanto razonable, de lo decidido por la soberanía popular (STC 142/1999, de 22 de julio [RTC 1999/142, F4]”

Y esa previsión es mucho mayor y fácilmente identificable cuando se trata, de relaciones de régimen especial o de tipo sectorial , que no responden al ius puniendi genérico del Estado sino a una normativa específica y propia para un tipo especial y concreto de administrados.

Así, el Tribunal Constitucional ha establecido en su sentencia ya citada de 20 de abril de 1.989 (RTC 1989/69):

*“Es **doctrina reiterada de este Tribunal** [SSTC 7/1983, de 3 de Octubre (RTC 1983/77), 42/1987, de 7 de abril (RTC 1987/42), 101/1988, de (de junio (RTC 1988/101) y 29/1989, de 6 de febrero (RTC/29, entre otras], que el derecho fundamental enunciado en el art. 25.1 de la Constitución incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables. La segunda, de carácter formal, hace referencia al rango de las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones, por cuanto el término “legislación vigente” contenido en al atr. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley. **Ahora bien esta segunda garantía formal sólo tiene una eficacia relativa o limitada en el ámbito de las sanciones administrativas**, por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, al carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en dicho ámbito y a otras consideraciones de prudencia u oportunidad. Más aún, el alcance de dicha reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material en el seno de las relaciones de sujeción especial, en el que la potestad sancionadora no es la expresión del ius puniendi genérico del Estado, sino manifestación de la capacidad propia de autoordenación correspondiente (STC 2/1987 de 21 de Enero), si bien, incluso en éste ámbito, una sanción carente de toda base normativs legal devendría lesiva del derecho fundamental que recognoe el citado art. 25.1.”*

En definitiva, nuestro Alto Tribunal esta concluyendo que si en algún ámbito es lógico e inevitable el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, y por tanto, cabe esperar del afectado unos conocimientos específicos y singulares de la normativa, incluso reglamentaria, que ha de guiar su comportamiento y actuación, sin que sea posible subsumir todos ellos en conductas literalmente contempladas en un tipo sancionador para cada supuesto, es precisamente en el ámbito administrativo y especialmente en al ámbito administrativo de índole sectorial o de régimen especial.

Efectivamente, si el ius puniendi genérico del Estado afecta a cualquier ciudadano de forma imperativa, bajo el principio de que la ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento, y en la medida en que no puede exigirse al común de ellos un conocimiento jurídico o legal, siquiera superficial, que le permita prever como razonables determinadas interpretaciones jurídicas de conceptos jurídicos indeterminados, nuestro Alto Tribunal aplica exigentes criterios de reserva legal y literalidad para **“hacer posible la programación de un comportamiento previsible como no sancionable”**.

Sin embargo, cuando se trata de relaciones administrativas de índole especial o sectorial (Colegios profesionales, Cuerpos de Policía, la propia actividad en un sector económico especialmente regulado como es la regulación del sector energético) en la que el “administrado” opera por propia voluntad y con arreglo a unos conocimientos específicos y singulares sobre el elenco de derechos y obligaciones que conllevan tal elección libre y voluntaria, el Tribunal Constitucional no exige tal reserva legal y admite incluso remisiones genéricas al incumplimiento de cuerpos normativos o reglamentarios, incluso deontológicos, como suficiente para salvaguardar el respeto a los principios de legalidad y tipicidad.

Expuesto todo lo anterior, procede a entrar a analizar ... CONFIDENCIAL

Expuesto todo lo anterior el Consejero que suscribe el presente Voto Particular entiende que el voto mayoritario del Consejo se aparta de la doctrina constitucional expuesta y va más allá de lo previsto por el propio Legislador.

Los hechos que dan lugar a la previsible futura propuesta sancionadora en la Resolución de la CNE, en si mismos, no infringen precepto alguno de la Ley 34/98. Tal es así que la supuesta incompatibilidad se predica respecto al objeto social de las propias distribuidoras puesto en relación con la exclusividad demandada en el art. 63.1 de dicha Ley. Pero para concluir tal incompatibilidad el voto mayoritario realiza interpretaciones jurídicas de preceptos legales, -en concreto del art. 63.1 de la Ley- que poco tienen que ver con el auténtico sentido y finalidad de la norma analizada.

E incluso aun cuando dicha interpretación del Voto mayoritario pudiera considerarse adecuada, -que a juicio de este Consejero no lo es, ya que ninguna incompatibilidad encuentra entre la actividad objeto de este Expediente y las propias derivadas de las funciones reguladas que desarrollan las distribuidoras-, ni siquiera en ese caso puede otorgarse a tal interpretación el carácter de fuente legitimadora de sanción, ni pueden subsanar “ a posteriori” la incertidumbre que para el administrado, -en este caso las distribuidoras-, genera el conjunto de cuestiones que han quedado expuestas en apartados precedentes en orden a **“programar sus comportamientos sin temor a posible condenas por actos no tipificados previamente”**. En definitiva **“hacer posible la programación de un comportamiento previsible como no sancionable”**. Las razones de esta conclusión se detallan en el siguiente apartado.

3.2. La interpretación que era esperable y previsible para los distribuidores.

A la luz de la doctrina que acaba de exponerse, procede analizar si era previsible la interpretación del voto mayoritario que lleva a concluir que dicha actividad concreta es “incompatible con esta Ley”, -es decir, con la Ley 54/1997 de 27 de Noviembre y sus desarrollos reglamentarios-.

Por lo tanto, es preciso realizar una interpretación “previsible” del término “actividades incompatibles con esta Ley” . Por ello, vamos a estimar a titulo dialéctico que es jurídicamente acertada la interpretación del voto mayoritario en el sentido de considerar que la actividad de IRC ejercida junto con la actividad de distribución vulnera el principio de separación de actividades. En ese supuesto cabe preguntarse qué debe entender el administrado como “incompatible” con la Ley: ¿la simple vulneración de cualquier precepto que integre la misma Ley?; ¿la vulneración de cualquiera de sus prolijos desarrollos reglamentarios?; ¿o no basta la simple vulneración de cualquier precepto de la Ley y, por tanto, el término “incompatibles con esta Ley” exige que los preceptos vulnerados sean determinados preceptos relacionados con los

principios inspiradores esenciales de la Ley y del conjunto del modelo diseñado por ella?.

En opinión de este Consejero es ésta última interpretación la que debe considerarse correcta: no basta la inobservancia y violación de un determinado precepto legal o de sus desarrollos reglamentarios de nuestra legislación sectorial eléctrica para entender automáticamente incardinada tal conducta en el tipo sancionador del art. 60.13.

El propio Gobierno autor de la norma coincide con la interpretación que han hecho de la misma los propios distribuidores. Constatado lo anterior, no cabe exigir a los administrados un comportamiento diferente al que observaron o de mayor previsibilidad que la que demostraron para **“programar sus comportamientos sin temor a posible condenas por actos no tipificados previamente”**. En definitiva **“hacer posible la programación de un comportamiento previsible como no sancionable”** no sería posible si las conductas sancionables lo son o no según el momento de interpretación de la norma por cada uno de las instituciones llamadas a aplicarla.

CONSIDERACIÓN CUARTA.- SOBRE LA NEUTRALIDAD DEL SERVICIO REGULADO Y LA POSIBLE AFECTACIÓN A LA COMPETENCIA.

Ya hemos comentado suficientemente en apartados anteriores que el Consejero que suscribe es partidario de la remisión al Servicio de Defensa de la Competencia de aquellas prácticas que se ha observado pueden incurrir indiciariamente en prácticas prohibidas por la legislación sobre dicha materia. Y lo mismo cabe decir respecta a posibles vulneraciones de algunas prácticas en relación con la, legislación sobre salvaguarda de los derechos de los consumidores,

Las distribuidoras han apostado por una estrategia de construcción y explotación de I.R.C. por diferentes razones cada una de ellas y, de su actuación y gestión en relación con dichas I.R.C. se observan directrices y fórmulas diferentes entre unas y otras y en algunos casos claramente antagónicas.

Las razones de unas y otras son de diversa índole:

- Algunas demuestran haber actuado con arreglo a los principios de condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias y, por tanto, con el evidente objetivo de dar cumplimiento a las previsiones del actual modelo energético extender la red de distribución de gas en España para hacerla llegar al mayor número de consumidores y favorecer la libre competencia.
- Otra sin embargo revelan prácticas abusivas que demuestran la vulneración de dichas exigencias de transparencia, objetividad y no discriminación y sin que pueda presumirse que obedece a una estrategia general y premeditada si revelan prácticas tendentes a obstaculizar la libre competencia en el mercado del gas.

En este sentido este Consejero desea resaltar que las prácticas anticompetitivas recriminables desde la perspectiva sectorial eléctrica son aquellas que establecen trabas a la libre elección de suministrador de gas y a la exigencia de condiciones a los comercializadores no previstas en la Ley (por ej: la exigencia del pago del canon de la IRC, que sólo es exigible al cliente que lo contrató.)

Las posibles consecuencias negativas para la competencia en el sector de instaladores de gas estima este Consejero que no han de ser consideradas desde la perspectiva sectorial gasista, porque considerar la posibilidad de construcción de IRC y su explotación como un “mercado liberalizado” puede

ser foco de conflictos constantes para una adecuada gestión de la red de distribución de gas. El riesgo de obstáculo a la libre competencia en el suministro de gas por parte del titular de la red, que sería diferente a los consumidores finales, sería mayor que el que se deriva de que dicha IRC sea de titularidad de los distribuidores.

El Grupo GAS EMPRESARIAL 1 desarrolla un esquemático pero completo análisis de las bondades inherentes al modelo de servicios conexos o complementarios a la actividad de distribución, que se contienen en el art. 6.7 (aunque cita por error el 6.8) del referido R.D. 949/2001, argumentación que se transcribe literalmente en el cuerpo de la Resolución del voto mayoritario, y que por su interés y oportunidad en relación con la argumentación que viene desarrollando este Consejero, reproducimos a continuación, con subrayado nuestro:

“La propia Comisión Nacional de Energía ha acuñado para estas actividades una denominación – actividades no reguladas conexas – que es muy afortunada porque describe con precisión su naturaleza jurídica.

Se trata de actividades no reguladas en el sentido de que no están predeterminados los principales elementos del servicio – condiciones del servicio y precio -, sino que éstos se negociarían en contratos libremente pactados con los distribuidores.

El común denominador de estas actividades es que se trata de servicios que potencialmente pueden ser prestados por cualquier sujeto: un comercializador, el propio consumidor, la distribuidora o incluso cualquier tercero. Pero el distribuidor tiene una especial aptitud para hacerlo, ya sea por razones de proximidad al usuario, eficiencia económica o conveniencia para que el sistema de liberalización funcione de manera más transparente que si el servicio lo prestara cualquier otro. Y el legislador reconoce dicha aptitud con dos finalidades: por un lado, para dar carta de naturaleza a que un distribuidor lo pueda realizar e incluso fomentar que lo haga y, por otro, para cuidar que esa especial aptitud no resulte contraproducente por la especial posición de privilegio del distribuidor en orden a su libre prestación.

En cuanto a lo primero, el artículo 6.8 del Real Decreto 949/2001, da carta de naturaleza con carácter sistemático a algo que ya la ley recogía de forma dispersa –artículos 74 j) y

k), 83.1.h), 91.2 y 91.3-. Pero, consciente de la bondad de su prestación por la distribuidora, además lo fomenta al establecer una obligatoriedad parcial para parte de estas actividades conexas o adicionales: así por ejemplo el servicio de medición o de atención de incidencias de clientes cualificados de comercializadores. La normativa los configura como servicios de libre prestación, pero que si el comercializador elige que sean prestados por la distribuidora, ésta estará a ofrecer el servicio.

La bondad la aprecia el legislador en que el distribuidor, al prestar estos servicios a opción de los comercializadores, 1) se garantiza que el tránsito de clientes del mercado a tarifa al libre o el paso de un cliente liberalizado de un comercializador a otro se hace de manera transparente, sin barreras de cambio y, sobre todo, con el mantenimiento del nivel del servicio y de su coste cualquiera que sea la situación. Y 2) se garantiza que, al tener esta opción el comercializador o el cliente liberalizado, puede beneficiarse de la mayor eficiencia que normalmente tendrá la distribuidora para prestarlo que la propia comercializadora o el propio cliente.

No obstante, la comercializadora o el cliente liberalizado siempre son libres de no usar esta opción si no le conviniera, pero el legislador quiere que tengan asegurada la opción.

En cuanto a lo segundo, el legislador es consciente que precisamente por la mejor posición de la distribuidora para prestar los servicios y dado que los concretos términos del servicio y el precio son libremente negociados, existe el riesgo que los preste de manera abusiva. Por ello se le exige a la distribuidora una especial prudencia que se traduce en la exigencia de transparencia, condiciones objetivas y no discriminación (art. 10.2.I) RD 949/2001).

Ello se traduce en que las condiciones de contratación y el precio no sean ocultadas, se apliquen por igual a todos los que se hallen en idéntica situación y sean razonables desde un punto de vista económico.

Pues bien, todo lo anterior es predicable de la lectura de contadores, la facturación, el servicio de atención al cliente, el mantenimiento de instalaciones. Pero también lo es de la ejecución y alquiler de las IRC, porque el artículo 6.8 del Real Decreto expresamente quiere que no sea una lista tasada.

En la actividad de IRCs concurren las mismas notas descritas: También aquí se trata de una actividad que, en principio, puede realizar cualquiera: el comercializador, el propio cliente o un tercero, pero también la distribuidora. Además se da la nota que normalmente la distribuidora se halla en situación de realizarlo con mayor eficiencia económica, dado el volumen que maneja.

También se cumple el carácter de la conveniencia de cara a la facilidad de la salida al mercado liberalizado o el tránsito de una comercializadora a otra. De ser estas instalaciones propiedad de la Comunidad de Propietarios, de una comercializadora o un tercero, no será tan eficaz el control de que el comportamiento del dueño de la IRC será no discriminatorio y que el proceso de traspaso será ágil.

Finalmente el legislador también estima que es conveniente la participación de la distribuidora desde un punto de vista de garantizar la seguridad de estas instalaciones – que técnicamente no son distintas de la red de distribución – la cual queda plenamente garantizada si quien es responsable de ellas es la propia distribuidora. Esta preocupación se aprecia notablemente cuando se asigna a la distribuidora la tarea de inspección de las IRC (artículo 10.3.s) del Real Decreto 1434/2002².

*Pero, en el caso de las IRC hay una razón más de conveniencia que no se da en los casos anteriores: en los demás casos, si la distribuidora no presta el servicio, quizá resulte un poco más incómodo o un poco más caro, pero los comercializadores o los terceros pueden prestarlo. **En el caso de las IRC, si no hubiera este servicio, en una proporción muy importante de los casos, sencillamente, no llegaría a nacer el cliente de gas.***

En definitiva, ¿realmente quedaría mejor salvaguardada la libre competencia y el derecho de los consumidores a cambiar de suministrador si el propietario o titular de la instalación de I.R.C. fuera un comercializador? La respuesta es evidente. Y sin embargo, según las tesis del voto mayoritario, la respuesta a dicha pregunta debería ser afirmativa porque en ese caso no apreciaría incompatibilidad ni vulneración del principio de separación de actividades.

La actividad relacionada con las I.R.C es claramente una actividad de red, una actividad conexas y complementaria (muchas veces imprescindible y necesaria) para que los consumidores individuales vean garantizado su derecho a disponer de suministro de gas natural y,

² Pese a que en la información adjuntada por el Grupo EMPRESARIAL 1 consta que se trata del artículo 10.3.s del Real Decreto 949/2001, esta Comisión presume que se refieren al artículo 10.3.s del Real Decreto 1434/2002.

por tanto, su derecho de acceso a la red de distribución. Por tanto, siendo cierto que es una actividad que no tiene el carácter de actividad regulada de distribución no es menos cierto que es una actividad que está regida por una regulación coherente con la necesidad de dicho servicio y consecuente con los riesgos de los abusos a que puede dar lugar. Pero el riesgo de abuso por parte de quien ostente la titularidad de la instalación no es mayor si el titular es un distribuidor, que si lo es un comercializador. Al menos el distribuidor, por la vía de lo dispuesto en el art. 10.2 del R.D. está obligado a ofertar el servicio en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias precisamente por la naturaleza complementaria o conexas de dicha actividad con la propia de distribución, ambas actividades de conducción de gas desde la red de transporte hasta el cliente final. Activada obligada a respetar los criterios de neutralidad, transparencia y no discriminación. Pero, si se estima a actividad de las I.R.C no tiene dicha naturaleza de servicio complementario o conexo de la distribución, ¿no cabría concluir que un comercializador que fuera titular de una I.R.C. no tendría obligación legal alguna de permitir acceso de terceros a su IRC, a salvo lo que hubiera pactado expresamente con sus clientes? Y lo mismo cabría decir de cualquier otra Empresa titular de IRC, que ostentaría una posición de dominio total y absoluta, sin cortapisas legales, para ceder o no el uso de la IRC a la suministradora que le ofreciera más ventajas, en perjuicio de los usuarios y consumidores atendidos a través de esa IRC.

A juicio de este Consejero el principal inconveniente de la problemática de las I.R.C. para los consumidores y para el adecuado desarrollo de la distribución y de la comercialización de gas en España, es que dicha actividad de I.R.C. se acaba considerando una actividad totalmente liberalizada, sin conexión ni relación alguna con el régimen de derechos y obligaciones de los titulares de instalaciones de red, esto es, de los distribuidores. Este es el riesgo que, a juicio de este Consejero, introduce el voto mayoritario con su Resolución al concluir, -

con una inadecuada interpretación del actual marco normativo-, la incompatibilidad de la actividad de I.R.C. con la actividad de distribución.

Cuestión distinta es, como no nos cansaremos de repetir, que en la gestión de dicha actividad de I.R.C. por parte de algunas distribuidoras, -y la propia EMPRESA DISTRIBUIDORA 18, a pesar de su brillante argumentación, no parece ser una excepción-, vulneren la normativa que les obliga a prestar el servicio de I.R.C. con precios objetivos, transparentes y no discriminatorios, e incurran en comportamientos perseguibles ante el Servicio de Defensa de la Competencia o ante el propio Instituto Nacional de Consumo. Pero, insistimos, en que una cuestión es rechazar las prácticas ilegales y otra muy distinta reputar como ilegal el conjunto de la actividad, aunque sea prestada con arreglo a las prescripciones de precios objetivos, transparentes y no discriminatorios. Esta última conclusión en modo alguno podemos compartirla.

Este Consejero debe compartir la visión del problema que a modo de conclusión sobre este particular establece la compañía EMPRESA DISTRIBUIDORA 1 del modo siguiente:

“En resumen, entendemos que la separación de actividades establecida es jurídica entre actividades reguladas entre sí y respecto de la comercialización liberalizada de gas y energía eléctrica. El distribuidor puede realizar actividades de comercialización a tarifa (art. 63 LSN in fine) que se supone comprende, entre otras, la venta o suministro y captación de clientes. Esta actividad requiere y exige actividades complementarias de promoción comercial, y entre estas, la financiación al cliente, la publicidad,... y el préstamo-arrendamiento o el alquiler de instalaciones, y otros, como las

*reparaciones de averías de aparatos e instalaciones del cliente,
... y todo ello con las limitaciones siguientes:*

- *Debe tratarse de actividades complementarias, accesorias o conexas a la distribución.*
- *Separación contable en la contabilidad interna (art. 63-4 LSH).*
- *Oferta a “todos sus clientes”.*
- *En condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias.*
- *Sin distorsión de la competencia.”*

La prestación del servicio de IRC por parte de distribuidoras que respetan dichos principios, que a su vez resultan de preceptos legales muy concretos y específicos, no sólo no es contraproducente para el sistema y los consumidores, sino que deviene en mayor garantía de neutralidad, seguridad e independencia para el cliente a la hora de cambiar de suministrador tantas veces como lo desee.

- También ha podido utilizarse la actividad de los I.R.C. para constituir al distribuidor titular de esa I.R.C. en una posición de dominio que utilice dicha titularidad de la I.R.C. como barrera de entrada de unos competidores respecto de otros o del mercado a tarifa respecto al mercado liberalizado. Es esta perversa utilización de la titularidad de las I.R.C. por parte de los distribuidores la que ha de perseguirse y rechazarse en el caso concreto. Incluso si es necesario dando lugar a nueva regulación que determine con mayor claridad los derechos y

Esta CNE concluía en su informe sobre los servicios conexos de urgencias y mantenimiento, lo siguiente:

“ Si bien la normativa vigente establece que tanto los distribuidores como los comercializadores deberán asegurar este servicio de control y atención de urgencias, es necesario tener en cuenta que se impone claramente la obligación al distribuidor de prestar dicho servicio a los clientes del comercializador conectados a sus redes, cuando éste lo solicitara. Para este último caso, debe establecerse un precio regulado por el que las empresas distribuidoras ofrezcan este servicio a las comercializadoras. Regular bien este servicio es especialmente crítico pues realmente puede configurarse como una barrera de entrada, ya que tal como declaran las empresas comercializadoras, es inviable económicamente que las mismas dispongan de forma independiente de sus propios servicios.”

La adecuada regulación de este servicio no parece difícil desde el punto de vista sectorial: basta con establecer explícitamente que el derecho de acceso a las instalaciones del distribuidor incluye el derecho de acceso a las instalaciones de las I.R.C. cuando estas son propiedad de las distribuidoras. Y todo ello sin perjuicio de que éstas mantengan el derecho a seguir percibiendo el canon correspondiente del cliente-consumidor, mientras éste no lo impugne o lo discuta judicialmente, ya que la modalidad de construcción y explotación de su I.R.C. fue fruto de la libre voluntad negociada de las partes. Ahora bien, si en cada caso concreto llegara a acreditarse en vía judicial que los contratos no fueron realmente fruto de la libre voluntad de las partes contratantes, habrá de estarse a lo que en cada caso resuelva la autoridad judicial, pero ello no es cuestión de competencia de esta CNE en el caso que nos ocupa, ya que debe limitarse a dictaminar desde una perspectiva de normativa estrictamente sectorial y no omnicompreensiva del Derecho mercantil o civil aplicable a cada caso particular.