

Comisión

Nacional

de Energía

CONSEJO

NOTA INTERIOR

A: Secretario General y del Consejo	Ref. : VPIRC110305
De: Jordi Dolader i Clara (9640) Sebastià Ruscalleda i Gallart (9606)	Fecha: 11 marzo 2005
Asunto: Voto particular	

Adjunto te remitimos el voto particular que hemos emitido en relación al ***“Expediente informativo sobre posibles prácticas anticompetitivas y vulneración del principio de separación 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.)”***. a efectos de su inclusión en el Acta correspondiente, su remisión al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y su incorporación a la petición de informe a la Abogacía General del Estado.

Saludos,

Sebastià Ruscalleda i Gallart

Jordi Dolader i Clara

Los Consejeros Sebastià Rusalleda i Gallart y Jordi Dolader i Clara, formulan el siguiente voto particular al ***“Expediente informativo sobre posibles prácticas anticompetitivas y vulneración del principio de separación 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.)”*** por entender que la construcción y financiación de las IRC por parte de las empresas distribuidoras no constituye una vulneración del principio de separación de actividades, ni merece la propuesta de sanción alguna por infracción a la LSH. De otro lado entienden que la solución adoptada con el criterio mayoritario de la Comisión (cuatro votos a favor, cuatro en contra y una abstención), de considerar que “el cobro realizado por compañías distribuidoras de gas natural en concepto de IRC es contrario al cuerpo legislativo vigente que regula el principio de separación de actividades”, es contraria a la funcionalidad de la expansión del gas natural en España. Finalmente entienden que las medidas a adoptar sobre el problema planteado deben de ser de tipo regulatorio en el campo de los hidrocarburos gaseosos como las anunciadas por el Gobierno en las medidas de impulso de la productividad aprobadas en el Consejo de Ministros del pasado 25 de febrero que tienen por objeto facilitar el cambio de suministrador.

Desarrollamos en apartados separados los distintos aspectos que han sido resumidos en las líneas precedentes.

1. Sobre la aplicación e interpretación del principio de separación jurídica de actividades establecido en la Ley del Sector de Hidrocarburos.

Para el Informe aprobado por la Comisión, el problema examinado es *“el posible incumplimiento por los distribuidores de lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, sobre separación de actividades”*. La conclusión que alcanza la posición mayoritaria de

esta Comisión es que existe un incumplimiento del principio legal de separación de actividades, por el desarrollo “directo” por algunas sociedades distribuidoras de gas natural de una actividad liberalizada — la cesión del uso a terceros de las Instalaciones Receptoras Comunitarias (IRC’s), con contraprestación —, cuando su objeto social exclusivo es el desarrollo de actividades reguladas en el sector del gas.

El informe dedica un especial esfuerzo a interpretar el principio de separación de actividades contenido en el artículo 63.1 de la Ley 34/1998:

“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”.

 Conforme a esta expresión legal, la postura mayoritaria del Consejo interpreta como una auténtica prohibición que una sociedad distribuidora desarrolle cualquier actividad que no sea estrictamente la de construir, mantener y operar las instalaciones de distribución y el suministro de gas a tarifa. A estas actividades, la Comisión estima que solamente pueden adicionarse la prestación de ciertos servicios conexos solicitados por los sujetos con derecho de acceso que enumera el artículo 6.8 del Real Decreto 949/2001, si bien con la precaución de que *“aunque la norma en su redacción inicial, puede parecer no exhaustiva en la enumeración de estos servicios, no debe interpretarse como que el distribuidor puede desempeñar de manera ilimitada cualquier tipo de servicios”.*

En la opinión mayoritaria, cualquier otro tipo de actividad distinta (por muy cercana que pueda ser a la regulada de distribución) podrá ser desarrollada por otras sociedades del mismo grupo empresarial, pero no por la distribuidora.

Esta interpretación, nos parece a los Consejeros firmantes de este voto particular, que sobrepasa el mandato de prohibición contenido en la ley y que desvirtúa el sentido de la prescripción legal del artículo 63.1 de la Ley 34/1998, que únicamente contiene dos mandatos para las sociedades que desarrollen actividades reguladas:

- Prohibición de desarrollar actividades de comercialización.
- Objeto social exclusivo el desarrollo de alguna o algunas actividades reguladas del sector gasista.

No cabe, como hace la Comisión en su Resolución, ampliar la expresión legal del principio de separación de actividades afirmando que las sociedades que desarrollen actividades reguladas: *“deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de comercialización o actividades liberalizadas como es el caso de las IRC”* (subrayado nuestro). La expresión subrayada no sólo no se contiene en la norma, sino que no existe ninguna razón para que sea añadida por la Comisión.

De las dos únicas prescripciones legales, no está en discusión que los distribuidores cumplen con el mandato de no realizar actividades de comercialización. Es claro que la construcción y tenencia de IRC's no es una forma de comercialización que corresponde a *“... las sociedades mercantiles que, accediendo a las instalaciones de terceros en los términos establecidos en el presente Título, adquieren el gas natural para su venta a los consumidores o a otros comercializadores”* (artículo 58.d de la Ley 34/1998). Esta prohibición, cuyo cumplimiento no se cuestiona, conviene recordarla porque es precisamente la única actividad que la Ley expresamente prohíbe desarrollar a una distribuidora.

La clave se encuentra, por tanto, en interpretar el significado de la expresión “objeto social exclusivo”. La opinión mayoritaria de la Comisión la

entiende como una prohibición de desarrollar actividades distintas de las reguladas (al margen de los servicios a comercializadoras previstos por el artículo 6.8 del Real Decreto 949/2001).

Esta interpretación no nos parece correcta y nos parece contraria a la literalidad y al espíritu de la ley, por las razones que se relacionan a continuación.

A). En primer lugar, si fuera cierto que una sociedad que desarrolla actividades reguladas no puede realizar ninguna otra actividad, así lo habría ordenado la Ley. Por el contrario, la norma solamente prohíbe el desarrollo de actividades de comercialización.

Tampoco el artículo 63.6 puede interpretarse como hace la posición mayoritaria de la Comisión: *"En un grupo de sociedades podrán desarrollarse actividades incompatibles conforme a los apartados anteriores, siempre que sean ejercidas por sociedades diferentes. A ese efecto, el objeto social de una entidad podrá comprender tales actividades siempre que se prevea que una sola actividad sea ejercida de forma directa y las demás mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades"*. Subrayamos incompatible porque lo que prohíbe esta norma no es desarrollar actividades liberalizadas, sino las incompatibles conforme a los apartados anteriores. Así,

- Según el apartado primero, es incompatible que una misma sociedad desarrolle la actividad de distribución con la de comercialización.
- Conforme al segundo apartado, lo es la actividad de comercialización con las de regasificación, almacenamiento, transporte o distribución.

Por el contrario, ninguna norma de este artículo declara incompatible la distribución con cualquier actividad liberalizada en sentido genérico.

La Ley 34/1998, por cierto, ha sido desarrollada por el Real Decreto 1434/2002, entre otras cosas, para regular las actividades de distribución, prescribiendo con todo detalle los requisitos y las obligaciones a cumplir por todo distribuidor (artículos 7 a 10), por lo que si se hubiera querido ordenar una prohibición tan intensa parece lógico que la Comisión habría encontrado algún rastro en esta regulación. Y si la norma no lo hace no creemos que sea función de la CNE ampliar las prohibiciones legales más allá de lo previsto por la Ley.

B). La expresión “objeto social exclusivo” significa que los Estatutos de las sociedades que desarrollen actividades reguladas únicamente deben describir como objeto social esas actividades reguladas. Ni la regulación del sector de hidrocarburos, ni otra norma energética contienen definición alguna sobre que debe entenderse por “objeto social”. Esta ausencia obliga a interpretar ese concepto en el sentido ordinario que nos ofrece el mundo societario.

C). Aunque el objeto social fuera una limitación a las actividades de un distribuidor, el alcance de las actividades legítimas amparadas por ese objeto no son solo las actividades descritas expresamente en los estatutos, sino que deben entenderse comprendidas todas las directamente conectadas con aquél (siempre que no sean actividades incompatibles en el sentido del artículo 63 de la Ley 34/1998).

Una sociedad distribuidora desarrolla, de hecho, gran número de actividades que no están expresamente comprendidas en su “objeto social exclusivo”, sino que son actividades conexas (reguladas o no), indirectamente necesarias para conseguir el fin social y que resultaría incomprensible que no pudieran ejecutar. La propia postura mayoritaria se refiere, entre otras actividades

conexas, a las de promoción comercial o financieras. Sugerir que actividades que todos los distribuidores han desarrollado durante largo tiempo no pueden prestarse por ellos parece exigir una especial prudencia, cuando ninguna norma así lo exige expresamente.

Acudir al principio genérico de separación de actividades para alcanzar esta conclusión es crear una notable inseguridad regulatoria que potencialmente puede afectar a buena parte de las actividades actualmente desarrolladas por los distribuidores.



Por el camino sugerido por la opinión mayoritaria de la Comisión, nadie puede garantizar a un distribuidor que cualquier operación fuera de la estricta gestión de la red y el suministro a tarifa no podría ser prohibida (con la correspondiente sanción), aún cuando esas actividades sean perfectamente lógicas dentro de la actividad del distribuidor. ¿Puede una sociedad distribuidora realizar operaciones financieras con sus propios fondos, de lectura de contadores, de promoción del uso del gas?, ¿Se debe prohibir a un distribuidor actuaciones no expresamente prohibidas que incrementen su negocio regulado?. No se comprende qué ventaja tiene para el sistema gasista esta rigurosa intervención en las actividades del distribuidor cuando lo pretendido por la Ley (y las directivas comunitarias) es garantizar que el gestor actúe con independencia y separación de las actividades de comercialización que otras sociedades de su grupo empresarial desarrollen. Si las empresas distribuidoras han de continuar siendo sociedades mercantiles —y no organismos públicos—, no se puede impedir que desarrollen todas aquellas actividades que redunden en el incremento de su negocio regulado. Por supuesto siempre que no sean actividades de comercialización y que se respete la libre competencia entre comercializadores.

D). La conclusión anterior se refuerza con la lectura del artículo 63.7 de la ley 34/1998:

“Aquellas sociedades mercantiles que desarrollen actividades reguladas podrán tomar participaciones en sociedades que lleven a cabo actividades en otros sectores económicos distintos del sector de gas natural, previa obtención de la autorización a que se refiere la disposición adicional undécima, tercero 1, decimotercera de esta Ley. En todo caso, las sociedades a que se refiere el presente artículo deberán llevar contabilidades separadas de todas aquellas actividades que realicen fuera del sector del gas natural y de aquellas de cualquier naturaleza que realicen en el exterior”.

Esta norma contiene dos prescripciones, la primera la necesidad de que las sociedades que desarrollen actividades reguladas obtengan autorización de la CNE para tomar participaciones en sociedades ajenas al sector natural.

La segunda, la obligación de las sociedades reguladas de llevar contabilidad separada de todas las actividades que realicen fuera del sector del gas natural y de aquellas de cualquier naturaleza que realicen en el exterior. Nótese que la norma no se refiere a la contabilidad consolidada del grupo empresarial a que pertenezca la sociedad, sino a la contabilidad de “*las sociedades a que se refiere el presente artículo*”; es decir “*Las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas a que se refiere el artículo 60.1 de la presente Ley*” (artículo 63.1).

Por tanto la norma está presuponiendo que una sociedad regulada puede desarrollar actividades fuera del sector del gas natural o en el exterior.

Parece poco razonable defender que la Ley permite desarrollar a una entidad regulada actividades fuera del sector de gas natural, pero no

aquellas que, dentro de dicho sector, están liberalizadas, son conexas a su actividad y no están atribuidas de forma exclusiva a una comercializadora.

De las consideraciones anteriores se concluye que no existe ninguna restricción legal para que una sociedad distribuidora pueda realizar actividades de construcción, mantenimiento, tenencia y arrendamiento de IRC's, aunque tales actividades no estén reguladas.

No es argumento menor recordar que cualquier limitación a la extensión legítima de las actividades de sociedades reguladas debe interpretarse de forma estricta, de acuerdo con el principio genérico de libertad que consagra el artículo 54.1 de la Ley 34/1998:

“Las actividades de fabricación, regasificación, almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de combustibles gaseosos para su suministro por canalización, podrán ser realizadas libremente en los términos previstos en este Título, sin perjuicio de las obligaciones que puedan derivarse de otras disposiciones, y en especial de las fiscales y de las relativas a la ordenación del territorio y al medio ambiente y da defensa de los consumidores y usuarios”.

Limitar el ámbito de las actividades que puede desarrollar un distribuidor estrictamente a las actividades reguladas, es desconocer el carácter libre que tienen todas las actividades gasistas que no exigen autorización.

Para reforzar su postura, todas las distribuidoras preguntadas sugieren que el artículo 6.8 del Real Decreto 949/2001 expresamente reconoce la posibilidad de celebrar determinados contratos que no tienen carácter regulado. La postura mayoritaria de la Comisión es entender que ese artículo se refiere

exclusivamente a contratos a celebrar con sujetos con derecho de acceso, condición que no puede predicarse de los consumidores a tarifa.

A juicio de quienes suscriben este voto, la posición mayoritaria de la Comisión no extrae todo el potencial que el argumento permite. La mención del artículo es relevante, más allá de referirse en concreto a contratos a celebrar con sujetos con derecho de acceso (normalmente comercializadoras), porque revela que en nuestro sistema no existe una limitación de las actividades que puede desarrollar un distribuidor a aquellas expresamente reguladas.

Negar este hecho lleva a la Comisión a sostener sin razón aparente alguna, a pesar de concluir artículo 6.8 con un expresivo “etc.”, que *“no debe interpretarse como que el distribuidor pueda desempeñar de manera ilimitada cualquier tipo de servicios”*

No hay motivo para fijar limitaciones a las actividades que puede ejecutar un distribuidor, más allá de las prohibiciones expresas establecidas por las normas aplicables (básicamente artículo 63 de la Ley 34/1998). Naturalmente cuestión distinta es que el distribuidor al prestar servicios complementarios de su actividad de distribuidor no deba abusar de la posición de dominio que le concede su monopolio natural.

En este mismo contexto, tampoco puede asumirse la afirmación de que *“las empresas distribuidoras no pueden cobrar directamente por sí misma a los consumidores a tarifa, como parte integrante de los servicios prestados por la distribución y el suministro de gas, el servicio de mantenimiento o de alquiler o cesión del uso por la IRC”*. Con independencia de que ningún distribuidor afirma que cobre estas cantidades como “parte integrante” de los servicios de distribución, es claro que el consumidor bien puede al celebrar el contrato de alquiler o cesión autorizar la domiciliación bancaria para el abono de las cuotas y que se pase al cobro conjuntamente con la factura correspondiente al suministro.

Con toda seguridad, este cobro conjunto no convierte al contrato de cesión o arrendamiento de IRC en parte del contrato de suministro a tarifa. Véase como el artículo 53.1 del Real Decreto 1434/2002 declara que “*como mínimo*” el contenido de las facturas reguladas será el que se indica en ese párrafo. No se impide que aparezcan otros conceptos distintos.

Que pueden existir otros contratos libres entre distribuidor y consumidor lo confirma el artículo 45.4 del Real Decreto 1434/2002: “*El cambio del suministro a tarifas al mercado liberalizado no supondrá el reconocimiento de ningún coste para el consumidor ni para la empresa comercializadora. La factura de liquidación del suministro incluirá exclusivamente los importes correspondientes al suministro hasta la fecha del cambio cualquier otro contrato existente entre el consumidor y el distribuidor no se verá afectado por el paso al mercado liberalizado, pudiendo mantenerse o rescindirse de acuerdo con las condiciones contractuales*”. Si un consumidor a tarifa no pudiera celebrar otros contratos con el distribuidor que los expresamente regulados no se entiende a que “otro contrato existente” se quiere referir esta norma. No puede ser el resto de relaciones reguladas (por ejemplo alquiler de contador), porque éstas no se rigen por las condiciones contractuales pactadas sino por la normativa que obliga al distribuidor a prestar estos servicios regulados en unas condiciones concretas. Un contrato que pueda mantenerse o rescindirse según sus condiciones contractuales es un contrato de puro derecho privado y no regulado.

En este contexto resulta llamativo que la Resolución declare la imposibilidad de que una sociedad, sea o no regulada, pueda ser titular de una IRC por ser necesariamente un elemento común en las comunidades en régimen de propiedad horizontal, concluyendo que “*la propiedad de la IRC en este tipo de fincas no podría ser cedida de forma independiente y, en consecuencia, y con independencia de que estemos ante una empresa que desarrolle actividades reguladas o ante una empresa que desarrolle actividades liberalizadas, no podría tener la propiedad de las IRC's de este tipo de fincas*”.

Parece aventurado que la Comisión se pronuncie sobre una cuestión que, en cualquier caso, es parte de una relación privada entre los propietarios de las fincas y las empresas distribuidoras. La investigación llevada a cabo por la CNE revela que existe una gran multiplicidad de mecanismos para amparar el uso de las IRC's por los consumidores, lo que aconseja una especial prudencia al formular declaraciones genéricas que no arrojan luz sobre el problema regulatorio que interesa a la Comisión; esto es, si una distribuidora puede ejecutar y ser titular de las IRC's.

2. La decisión mayoritaria de la Comisión Nacional se muestra como una medida desproporcionada para resolver el problema planteado y es contraria a la expansión de la gasificación en España.

 El problema planteado por la construcción y uso de las IRC's está motivado por la creciente liberalización del mercado doméstico y las mayores o menores dificultades para producir el cambio de suministrador.

Entendemos que la decisión mayoritaria de la Comisión, con la declaración previa de incompatibilidad entre la Distribución y las actividades de IRC's califica retroactivamente de ilegales las actividades realizadas durante años por las Distribuidoras, con el respaldo de la confianza y la buena fe, y elimina de un golpe un instrumento fundamental para la expansión del gas natural en España.

A juicio de los Consejeros que formulan este voto particular, las conclusiones a las que llega la Comisión no prestan suficiente atención al significado que para el desarrollo de la gasificación en España han representado las IRC.

De igual manera a los Consejeros abajo firmantes nos parece que la posición mayoritaria no se compadece con el entramado legal que se deriva de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. En realidad, toda la construcción del Informe descansa en una interpretación del principio de separación de actividades consagrado en el artículo 63 de la Ley 34/1998 que, a juicio de quienes suscriben, excede de toda posible razonabilidad que debería reconocerse a este principio, causando además un daño considerable al futuro desarrollo del uso del gas como combustible en España, de actuarse en la forma que el parecer mayoritario defiende.

Vamos a hacer a continuación una serie de consideraciones sobre el significado que para el desarrollo del mercado del gas natural han tenido las IRC, y sobre las consecuencias que se producirían en dicho proceso expansivo de aplicarse el criterio sostenido por la mayoría de la Comisión.



Partimos de un presupuesto: compartimos tanto con la posición mayoritaria de la Comisión así como las distintas distribuidoras a quienes se ha requerido información en el curso del procedimiento la afirmación de que la actividad de construcción, tenencia y mantenimiento de IRC es una actividad liberalizada, ya que estas instalaciones, en la regulación vigente no forman parte de la red de distribución tal como se define por el artículo 8 del Real Decreto 1434/2002, ni es en general una actividad regulada, ni sometida al régimen económico de la Ley del sector de Hidrocarburos. Se trata, por tanto, de una actividad que podría desarrollar cualquier persona que cumpliera las disposiciones técnicas de seguridad y medioambientales. Según nuestro criterio existe además la posibilidad de que las empresas distribuidoras puedan desarrollar esta actividad. La actividad de las empresas distribuidoras en el campo de las IRC, debe tener como único objetivo el de facilitar a los ciudadanos el acceso al gas natural en sus viviendas y negocios.

Es ese un objetivo marcado también por las autoridades energéticas quienes, a través de sus distintas planificaciones, han puesto de manifiesto la necesidad de incrementar la participación del gas natural en el consumo energético del país, con el fin de acercarse a la participación que esta energía tiene en los países de la Unión Europea y, en general, en los países más desarrollados.

Al contrario de lo que ocurre con el suministro de energía eléctrica, obligatorio en cualquier edificación, en el caso del gas natural es necesario efectuar acciones comerciales para la captación de clientes al ser posibles alternativas a su uso. Por ello y desde el punto de vista de consumo energético, la electricidad es de obligada implantación mientras que el gas compite con otros combustibles.

Se hace pues necesario llevar a cabo actividades cuyo objetivo sea el de incorporar al sistema gasista nuevos consumidores. Para que los distintos edificios, nuevos o ya construidos, se incorporen al suministro de gas es necesario construir:

- Red de distribución.
- Acometidas.
- IRC's.
- IRI's (Instalaciones Receptoras Individuales)

De éstas, sólo las redes de distribución son remuneradas con costes reconocidos regulados por la actual legislación., las acometidas se cobran directamente al usuario a precios regulados y las IRC's e IRI's son a cargo del usuario en el mercado libre.

En el pasado, la actividad gasista se desarrollaba en España mediante concesiones administrativas otorgadas por el Estado y, posteriormente,

por las CC.AA. a empresas privadas o municipales. Las tarifas de venta al público eran establecidas para compañías por parte de la administración competente. En 1985, y con motivo de la renegociación del contrato de importación del gas de Argelia, el Gobierno, subsidiario de dicho contrato, llevó a cabo una amplia reordenación del sector gasista español, estableciendo la tarifa única para todo el territorio nacional, puso en marcha medidas para la expansión del gas natural. Así mismo a través de la empresa pública ENAGAS se llevaron a cabo cuantiosas inversiones en la infraestructura de transporte, almacenamiento y regasificación.

El éxito del plan de gasificación quedó sujeto a poder conseguir el mercado necesario, es decir, de la captación de consumidores. La situación de la gasificación en España era dispar. Frente a zonas como el Área Metropolitana de Barcelona y, en bastante menor grado, Madrid, el resto del país presentaba un grado de penetración del gas muy deficiente.

Fue en este escenario cuando surgieron políticas comerciales para aumentar el mercado, que fuera capaz de absorber las crecientes cantidades de gas que el Gobierno había comprometido adquirir tras la renegociación del mercado con Argelia. Al final de la década de los años 80, pero fundamentalmente en los 90, se establecieron políticas de estímulo a la extensión del suministro de gas natural, lo que permitió el pasar de unos dos millones de clientes en 1990 a unos 5,2 millones en 2003.

La "*Planificación de los sectores de electricidad y gas*" elaborado por el Ministerio de Economía para los años 2002-2011 actualmente en vigor, contempla alcanzar el año 2011 los 7,1 millones de clientes, lo que significa la necesidad de políticas agresivas de captación de nuevos clientes.

La actividad que se ha manifestado como más eficaz para la captación de nuevos clientes a incorporar al sistema gasista, ha sido la de facilitar

el esfuerzo económico que deben hacer los propietarios de las viviendas para dotarlas de instalaciones de gas. Esta actividad se desarrolla sobre dos tipos de mercados: el de vivienda habitada y el de edificación. A su vez ha ido evolucionando a través del tiempo el sistema de facilitar el gasto: alquiler de la instalación, cesión de uso, revisión de la propiedad en el cliente al cabo de ciertos años, etc.

El futuro usuario de gas debe tener la libertad total de elegir a quien encargar su construcción, siempre naturalmente entre los instaladores autorizados. La oferta de las distribuidoras es una más a las que puede optar el usuario. El éxito en el número de usuarios que optan por la oferta de las compañías distribuidoras está relacionado con el hecho de que sólo pagan aquellos consumidores que quieren gas, mientras que en el caso de que las IRC's sean propiedad de la comunidad de propietarios deben pagar todos los propietarios, quieran o no quieran gas.

Si bien teóricamente la labor de promoción y construcción de IRC's puede llevarlo a cabo cualquier empresa instaladora, la realidad constatada por la experiencia ha determinado que la progresión en la captación de nuevos clientes fue reducida. Eso fue la causa por la que las compañías distribuidoras se vieron en la necesidad de involucrarse en la promoción, financiación y construcción de IRC's.

La posición mayoritaria de esta Comisión, tras reconocer las dificultades para introducir el gas natural en edificio en régimen de propiedad horizontal, propone que se ejecuten por empresas liberalizadas distintas de las distribuidoras, esquema que no ha *"de suponer necesariamente una menor eficacia o merma en el crecimiento del mercado de gas"*. En opinión de quienes suscriben, esa eficacia se perdería con toda seguridad si la actividad de IRC la realizara el comercializador, una sociedad distinta dentro de cada grupo energético o un instalador.



Las condiciones del mercado liberalizado, donde cada uno de los vecinos durante la vida útil de la IRC, podría cambiar varias ocasiones de suministrador, impide que una comercializadora tenga incentivos para desarrollarlas. Para ello tendría que esperar a ejecutar la obra a la contratación de todos los vecinos, algo muy improbable, o bien resignarse a construir una instalación que solo aprovecharía a algunos de sus clientes y que podría beneficiar a otros suministradores (incluida la distribuidora) que contratara a otros vecinos. Adicionalmente tendría que soportar el riesgo de que los vecinos pudieran pasar a otro suministrador. En este caso, recuérdese que no existe un derecho legal de acceso de terceros a las IRC's y que no hay razón alguna para que una Comercializadora (que no es un monopolio natural) permita el uso por terceros en competencia. En manos del comercializador la IRC se convertiría en un evidente obstáculo a la libre elección de suministrador. Aún cuando este obstáculo pudiera solventarse con la necesaria modificación normativa, no existe ningún incentivo económico para que un comercializador realice esta actividad. Piénsese que la ventaja económica del cobro del canon o alquiler tiene sentido mientras es facturado de forma conjunta con el suministro. En caso de cambiar de suministrador — incluso volviendo a mercado regulado— el comercializador titular de la IRC tendría, o bien que facturar al comercializador entrante (generando dos clases de facturación, la de ATR, con el distribuidor, y la de IRC con el comercializador titular), o bien facturar directamente al consumidor. Vistos los importes del canon o alquiler crear un mecanismo de facturación exclusivo para este concepto es antieconómico, por no mencionar que se pierde las sinergias que dan sentido al negocio de comercialización.

Si la actividad de IRC's la realizara otra sociedad distinta dentro del mismo grupo, no solamente se enfrentaría a los mismos problemas que una Comercializadora sino que, además, nunca podría combinar la facturación del canon o alquiler con ningún otro servicio. Una sociedad separada para tal fin no parece ni práctica, ni viable.

Por último, es muy poco realista pensar que un instalador tiene algún incentivo para ser titular de una IRC y para su cesión o alquiler, más allá de su construcción, por no mencionar su probable falta de cualificación para desarrollar un servicio de cobro periódico propio de una compañía de suministro. Como explica el Informe de la Comisión (páginas 22 y ss.), en el momento de instalar una IRC es habitual que solamente una parte de los vecinos la use. A pesar de ello, toda lógica económica obligaría a un instalador a cobrar la totalidad del alquiler a los pocos vecinos que la usasen, desincentivando el uso de este mecanismo y haciendo muy difícil el desarrollo del gas natural en aquellas comunidades donde solo una parte de los vecinos desean esta fuente de energía. Igualmente no parece que en este caso exista una solución fácil para el vecino que, transcurrido el tiempo, deseara aprovecharse de esa instalación. Quienes han venido soportando su coste se negarían con toda seguridad sin una adecuada redistribución de los gastos incurridos.

El incremento del número de clientes es una variable muy importante en la retribución de la actividad de distribución, por ello se puede afirmar que si las compañías distribuidoras abandonaran la práctica de construcción de IRC's, la progresión en la dotación de instalaciones de gas para nuevos usuarios, sufriría un descenso que imposibilitaría el cumplimiento de los planes del gobierno plasmados en la "*Planificación de los sectores de electricidad y gas 2002-2011*". El único actor de este mercado interesado en su implantación lo más rápida posible es el distribuidor, incluso aunque la totalidad de los vecinos de la comunidad no deseen inicialmente ser suministrados con gas natural.

Ha de tenerse también en cuenta, que la actividad de las compañías distribuidoras en el ámbito de las IRC's beneficia al sector en general pues se incorpora a nuevos consumidores que, en gran parte, serán captados por las distintas comercializadoras. No es pues una actuación que implique barreras de

suministro de gas por parte de las compañías distribuidoras, sino que, al contrario, aumenta la dimensión del mercado a captar por las comercializadoras.

3. Sobre las consecuencias de orden sancionador que resultan del criterio mayoritario de la Comisión.

En cuanto a los aspectos sancionadores que plantea el expediente, la calificación de infracción muy grave por realizar actividades incompatibles de acuerdo con lo dispuesto por la ley, a empresas distribuidoras, alguna de las cuales es de tamaño muy reducido, y a las que según la LSH correspondería la imposición de una sanción de 601.012,11€, es claramente indicativa del carácter desmesurado de la conclusión de la mayoría.

Es por ello que el Consejo de Administración ha decidido realizar una consulta a la Abogacía General del Estado relativa al principio de proporcionalidad de las sanciones.

A juicio de los consejeros que emiten este voto particular debería además recabar la opinión de la Abogacía General del Estado sobre la aplicación en este caso del principio de tipicidad legal, es decir, que sólo se pueden imponer sanciones por hechos tipificados en la ley con toda claridad y además con anterioridad al momento en que pretende sancionar la presunta infracción. Los artículos 128 y 129 de la Ley de Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establecen que “serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa” y que “sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una Ley” y que “las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica”

Con todo respeto al criterio de la mayoría, la CNE no está respetando el principio de tipicidad cuando, sin competencias legislativas ni reglamentarias para ello, declara una incompatibilidad de actividades que no está expresamente establecida en la LSH y además con efectos retroactivos, para el pasado, proponiendo sanciones por unas conductas realizadas por las Distribuidoras desde hace años y en la legítima confianza de que podían hacerlo, porque precisamente fueron alentadas y estimulada por la Administración para ello. En este aspecto, la Ley anteriormente invocada, en su artículo 3 dispone que “las Administraciones Públicas igualmente deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”.

 No podemos entender con qué fundamento legal la CNE va a proponer la aplicación de unas sanciones por una actividad no prohibida por la ley, realizada durante años con buena fe y en confianza legítima generada por la propia Administración Pública y cuya máxima instancia política, el Gobierno, el de antes y el de ahora, entiende que es perfectamente legal y compatible con la actividad de Distribución.

Estimamos que estas consideraciones deben ser trasladadas a la Abogacía General del Estado para que, además de las cuestiones planteadas en la consulta (la proporcionalidad de las sanciones o la mayor o menor afección al bien jurídico protegido), dictamine sobre si las actividades objeto de análisis tienen el carácter de actividades incompatibles de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Hidrocarburos y si por tanto se encuentran tipificadas en el apartado h) del artículo 109.1 como infracción muy grave.

4. Sobre las posibles medidas para eliminar posibles obstáculos al cambio de suministrador, como consecuencia de la existencia de IRC's propiedad de las distribuidoras.

La decisión de la mayoría da una respuesta a un problema, con una solución, además de ilegal, desmesurada, desproporcionada para la entidad del problema planteado y que perjudica gravemente el desarrollo gasista de la Distribución.

Detrás de la polémica sobre las IRC's en manos de las distribuidoras se encuentra una cierta dificultad o retraso en el cambio de suministrador por consecuencia de la previa relación que mantiene la distribuidora con el cliente a través de la IRC. Este problema admite diversas soluciones, mas o menos radicales, que van desde prohibir la actividad de IRC, hasta integrar la IRC en las instalaciones de Distribución, pasando por la intermedia de considerar la actividad de IRC compatible con la Distribución y establecer los mecanismos para facilitar el cambio de suministrador, respetando los derechos jurídicos y económicos de la Distribuidora.

De estos tres posibles escenarios de solución, la CNE se ha apuntado, en el voto de mayoría, por la solución más radical y desproporcionada, la pura y simple de prohibir a las distribuidoras la actividad de IRC. Pero, en cualquier caso, siendo respetable este criterio, la prohibición de la actividad de IRC's por las distribuidoras puede hacerse, pero, eso sí, reclama una modificación puntual de la LSH, mediante la que se establezca expresamente, como se ha hecho con la actividad de comercialización, que la actividad de IRC's es incompatible con la actividad regulada de las distribuidoras. Esa iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, pudiendo servir el criterio de la mayoría de la Comisión como antecedente que provoque dicha iniciativa.

Si se quiere suprimir la actividad de IRC's de las distribuidoras, ese es el camino correcto, el que proporciona la máxima seguridad jurídica a los actores, que sabrán a qué atenerse en el futuro y que verán regulados también con certeza sus derechos y obligaciones para las relaciones establecidas en el pasado con sus clientes regulados.

Otra posibilidad consiste en calificar a las IRC's como instalaciones de distribución, sometidas al régimen de dichas instalaciones y devengando los rendimientos que se reconozcan por ello a las distribuidoras. También reclama, a nuestro juicio, una medida de tipo legislativo, o al menos, reglamentario.

La posibilidad por la que se ha decantado el Gobierno al aprobar las medidas de Productividad recientemente publicadas, entendemos, es la de hacer compatible la actividad de las IRC's con la regulada de las distribuidoras, contemplando mecanismos que permitan facilitar el cambio de suministrador, respetando las relaciones jurídicas y económicas establecidas por las distribuidoras con los clientes.

Así en el paquete de **“Medidas para facilitar el cambio de suministrador”**, el Gobierno ha anunciado la siguiente:

“76. 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. (M).

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.”

De la redacción de la medida, pueden extraerse varias conclusiones:

1ª. Que el Gobierno conoce, con anterioridad al momento de la publicación de las medidas, la práctica extendida en el mercado doméstico sobre las instalaciones receptoras comunitarias.

2ª Que al Gobierno dicha práctica no le parece ni ilegal ni siquiera irregular o anómala, pues si así lo hubiera creído lo habría dicho.

3ª Que el tema surge a propósito del cambio de suministrador, entendiendo que el vínculo entre el consumidor y la empresa distribuidora “puede suponer” (subrayamos el tiempo verbal) un obstáculo para dicho cambio. El Gobierno ha detectado un problema y con elogiada prudencia, propone estudiar si el vínculo de la distribuidora con el consumidor “puede suponer” un obstáculo para el cambio de suministrador.

4ª El Gobierno no anticipa el tipo de medida que va a estudiar y que va a aplicar para remover ese posible obstáculo al cambio de suministrador. Pero en todo caso la medida futura que adoptará el Gobierno no va a ser la supresión de esa relación jurídica, por cuanto en el encabezamiento de la medida se dispone que esa medida se aplicará, “sin perjuicio de los compromisos adquiridos por la empresa distribuidora en relación con la financiación o construcción de las instalaciones comunitarias”. No parece lógico que, si se considerara incompatible la financiación o construcción de las IRC con la actividad de las empresas distribuidoras, el Consejo de Ministros se refiriera al asunto en esos términos de “sin perjuicio de los compromisos adquiridos por la empresa distribuidora en relación con la construcción o financiación de las instalaciones comunitarias”.

Por otra parte no olvidemos que este expediente informativo se inicia a raíz de una pregunta realizada al Gobierno anterior por el Sr. Diputado del Grupo Mixto (BNG), D. Carlos Aymerich Cano, con número 184/062681. La Resolución reproduce extensamente la pregunta en sus antecedentes, pero no así la Contestación del Gobierno que además de corregir las evidentes

inexactitudes contenidas en la pregunta (como, por ejemplo, explicar cuál es la legislación vigente) deja claro que considera perfectamente legal que una distribuidora cobre por este concepto. Concluye la Contestación del Gobierno: *“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”*.

No parece razonable que la Comisión inicie su informe con la pregunta de un Diputado y en relación a la respuesta que dio el Gobierno se limite a decir que la misma tiene carácter informativo y no dispositivo, sobre todo teniendo en cuenta que el Gobierno que da la contestación es el mismo que aprobó el Real Decreto 1434/2002 (así como el Real Decreto 949/2001) por lo que si hubiera creído que la Ley de Hidrocarburos prohibía a un distribuidor realizar contratos no regulados parece razonable suponer que así lo hubiera advertido.

Lo que sí pone de manifiesto la redacción de la medida por el Gobierno es la complejidad del tema, sobrevenido por la propia dinámica de crecimiento y expansión del mercado doméstico liberalizado, sin que se pudiera prever que la existencia de relaciones entre la distribuidora y el consumidor a propósito de la IRC pudiera ser un obstáculo al cambio de suministrador. El propio Gobierno viene a anticipar que no nos hallamos ante una cuestión de Derecho de la Competencia que se resuelve, como ha acordado la mayoría de la Comisión, remitiendo el asunto al Servicio de Defensa de la Competencia, sino que se trata de un tema básicamente regulatorio, que reclama soluciones regulatorias de las actividades del distribuidor y del comercializador.

En esta misma línea y a mayor abundamiento, los que suscribimos este voto particular pensamos que la implementación del conjunto de reformas

para el impulso de la productividad anunciadas por el Gobierno debería ser el marco adecuado para proponer la solución mas adecuada al problema planteado, dentro del abanico de posibilidades que hemos expuesto, todo ello con objetividad y transparencia y ofreciendo la mayor seguridad jurídica y regulatoria tanto a los consumidores (condiciones de precios y de uso de las IRC's) como a los operadores de los mercados regulado y libre (condiciones para acometer inversiones o realizar operaciones comerciales) que dé como resultado la creación de un marco adecuado para la necesaria expansión de la red de distribución de gas para poder cumplir los objetivos fijados en la Planificación de los sectores de electricidad y gas.

