



Comisión

Nacional

de Energía

**SEGUNDO INFORME SOBRE LAS DIFICULTADES
EXPUESTAS POR UNA EMPRESA COMERCIALIZADORA
FRENTE A UNA EMPRESA DISTRIBUIDORA PARA
EJERCER LA ACTIVIDAD DE COMERCIALIZACIÓN DE
GAS NATURAL**

17 de junio de 2004

SEGUNDO INFORME SOBRE LAS DIFICULTADES EXPUESTAS POR UNA EMPRESA COMERCIALIZADORA FRENTE A UNA EMPRESA DISTRIBUIDORA PARA EJERCER LA ACTIVIDAD DE COMERCIALIZACIÓN DE GAS NATURAL

I. OBJETO

El objeto del presente informe consiste en realizar las consideraciones oportunas, en relación con el contenido del escrito remitido por una empresa comercializadora (en adelante la COMERCIALIZADORA), que tuvo entrada en esta Comisión con fecha 21 de enero de 2004, el cual se encuentra enmarcado en el contexto del expediente _____ sobre las *“dificultades expuestas por una empresa COMERCIALIZADORA frente a una empresa DISTRIBUIDORA para ejercer la actividad de comercialización de gas natural”*.

Esta Comisión emitió el 20 de noviembre de 2003 en relación con este expediente, el informe *“Contestación al escrito sobre las dificultades expuestas por la COMERCIALIZADORA frente a la DISTRIBUIDORA para ejercer la actividad de comercialización de gas natural”*.

La COMERCIALIZADORA plantea en este nuevo escrito al Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía que acuerde que la cuestión planteada constituye un conflicto que afecta a la gestión del sistema gasista, conminando a la DISTRIBUIDORA a que ofrezca los servicios obligatorios de Atención de urgencias y de Inspección (previa y periódica) en términos de igualdad con los clientes a tarifa, y que, de rechazarse tal conminación, se ponga en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia en ejercicio de la función de la CNE referida en el apartado Tercero.1 duodécima, de la Disposición Adicional Undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre del sector de hidrocarburos.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

- I. En fecha 3 de junio de 2003, se recibió escrito en esta Comisión del representante legal de la COMERCIALIZADORA, con el objeto de exponer las presuntas dificultades con las que se encuentra su representada para ejercer la actividad de comercialización de gas.

En dicho escrito el solicitante expuso, entre otros, los siguientes argumentos:

1. Que en fecha 15 de enero de 2003 la empresa, en su condición de comercializadora de gas natural solicitó de la DISTRIBUIDORA, la prestación de los servicios de ***“pruebas previas al suministro”, “inspecciones a las instalaciones receptoras” y “la resolución de incidencias que con carácter de urgencia puedan presentarse”***. A este requerimiento la DISTRIBUIDORA contestó en fecha 21 de febrero de 2003, eludiendo el requerimiento sujeto a su *“capacidad e interés”* para prestar los referidos servicios. Asimismo, solicitó conocer el alcance, volumen, ámbito geográfico, etc., de los servicios requeridos.

En este sentido afirma la COMERCIALIZADORA que la DISTRIBUIDORA ha iniciado una *“estrategia de elusión de sus responsabilidades que, queriendo o sin quererlo, tiene un manifiesto efecto obstructivo en la apertura del nuevo mercado gasista...”*.

2. La COMERCIALIZADORA, en fecha 12 de marzo de 2003 contestó a la DISTRIBUIDORA precisando el requerimiento y dejando la cuestión de los precios a la recepción de una oferta que reflejara unos precios calculados con criterios de objetividad, transparencia y no discriminación, congruentes con los que se hubieran concertado con otros comercializadores, incluido el de su Grupo. Asimismo, la

COMERCIALIZADORA deja claro que considera contratados los servicios requeridos.

En fecha 28 de marzo de 2003, la DISTRIBUIDORA contesta exigiendo la previa suscripción de un contrato de derecho privado sin cuyo requisito afirman *“no estamos obligados a efectuar servicio alguno”*. la DISTRIBUIDORA añade que no conoce los clientes que pudieran estar conectados a las redes de sus distribuidoras que fueran a su vez clientes de la COMERCIALIZADORA, por cuanto no existe contrato de ATR alguno. A pesar de lo anterior aceptan mantener una reunión el 8 de abril en sus oficinas.

Sostiene la COMERCIALIZADORA que desde el 15 de enero de 2003, trata de suscribir un contrato de prestación de servicios, lo que no obsta para que éste exista desde que la COMERCIALIZADORA comunica a la DISTRIBUIDORA su voluntad de que le preste tales servicios a cuya obligación no puede negarse, en resumen, porque el contrato que regule dicha prestación no es un contrato de derecho privado sino un contrato normado de naturaleza mixta.

3. En fecha 30 de abril de 2003, la COMERCIALIZADORA insiste en la naturaleza y alcance de los servicios solicitados, de su carácter obligatorio y de la desmesura de la oferta de precios entregada.
4. En fecha 12 de mayo, la DISTRIBUIDORA, reitera su postura en relación a la naturaleza jurídico privada del contrato de prestación de servicios y estima no poseer compromiso alguno hasta tanto no se suscriba. Afirma la COMERCIALIZADORA, que se encuentra en una situación de gravedad toda vez que, si a la fecha ocurriera algún incidente de gas en un cliente de la COMERCIALIZADORA, no se tiene la certeza de si la primera lo atendería, o por el contrario lo ignoraría siendo consecuente con los argumentos hasta ahora expuestos.

5. En relación a la naturaleza del contrato, la COMERCIALIZADORA explica las razones por las cuales considera su naturaleza de “*contrato normado*”, dejando claro, en resumen, que para el contrato “normado” que nos ocupa, el acuerdo de voluntades se produjo en fecha 15 de enero de 2003, momento en el cual la parte libre, en este caso la COMERCIALIZADORA, comunicó a la parte obligada, la DISTRIBUIDORA, su voluntad de contratar tales servicios, con el alcance y características que la reglamentación impusiera, por otra parte, perfectamente conocidas por la DISTRIBUIDORA.

Así, sostiene que el hecho de que no haya podido cumplirse la suscripción del documento, se debe a la falta de definición del precio y a las maniobras elusivas antes descritas, y no afecta la perfección del contrato, pues como es sabido, ni el ordenamiento jurídico español, en su conjunto, ni la norma reglamentaria específica exigen tal formalidad. A su juicio los artículos 19 y 35 del Real Decreto 1434/2002, no imponen con mucha lógica, la obligación de suscribir un contrato, ni imponen la formalidad escrita, formalidad a la que alude la DISTRIBUIDORA de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.8 del Real Decreto 949/2001.

6. La COMERCIALIZADORA sostiene que no podrá alegar la DISTRIBUIDORA, para eludir su obligación, que su relación con los clientes de gas, a precio libre, es inexistente y que ninguna obligación tiene con ellos, por cuanto que son exclusivamente clientes del comercializador, todo ello, en razón de lo dispuesto en el artículo 19.3.e), f) y g) del Real Decreto 1434/2002 y el artículo 35 del mismo Real Decreto. En resumen, se trata de una obligación administrativa que se impone a la DISTRIBUIDORA de gas dada su especialidad y la proximidad de sus instalaciones a las del cliente.

7. Con respecto a los precios que retribuyen servicios obligatorios, la COMERCIALIZADORA señala que los tres servicios que se requieren, hasta el momento en que algunos clientes salieron a mercado, los prestaba la DISTRIBUIDORA, estando su retribución incluida en la tarifa. Entonces, el precio objetivo, transparente y no discriminatorio de los servicios prestados está integrado en la tarifa.

Asimismo, la COMERCIALIZADORA indica que carece de sentido pretender calcular el precio en razón del número de clientes y del número de comercializadoras, porque la carga de trabajo no varía para la DISTRIBUIDORA. Desde esta óptica, a su juicio resulta obvio que el precio que deben pagar los comercializadores, sean los que sean, por los tres servicios es el mismo que pagaban hasta ahora, los clientes. Pues bien, si el precio de estos servicios, en la tarifa fuera menor que el exigido a los comercializadores, sería, no objetivo y discriminatorio para los clientes en el mercado liberalizado que absorberían el sobrecoste, y se le estaría tratando discriminatoriamente la prestación de un servicio intensamente regulado. Al respecto trae a colación lo dispuesto en el artículo 92.1.d) de la Ley 34/1998, que establece los criterios para establecer las tarifas y peajes.

II. El escrito referido en el Antecedente anterior, fue resuelto por el Consejo de Administración de la CNE el 20 de noviembre de 2003¹, siendo remitido, tanto a las partes implicadas, como a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Economía.

III. En fecha 19 de enero de 2004, la DISTRIBUIDORA remite a la COMERCIALIZADORA carta en la que se comunica la interrupción de la prestación provisional del servicio de Atención de urgencias domiciliarias,

¹ *“Contestación al escrito sobre las dificultades expuestas por la COMERCIALIZADORA frente a la DISTRIBUIDORA para ejercer la actividad de comercialización de GAS NATURAL”. 20 de noviembre de 2003.*

desde el día 1 de enero del año en curso, ante la negativa de la COMERCIALIZADORA a suscribir acuerdo comercial que ampare la prestación de dicho servicio, como ya han suscrito otras compañías comercializadoras.

IV. Con fecha 21 de enero de 2004, tiene entrada en la CNE el escrito remitido por la COMERCIALIZADORA, en el que la comercializadora, además de realizar el Suplico referido en el objeto del presenta informe, comunica a esta Comisión los motivos que le han llevado a decidir la no suscripción del contrato ofrecido por la DISTRIBUIDORA, para la gestión del servicio de Atención de urgencias.

Entre los argumentos incluidos en el escrito, cabe destacar los siguientes:

1. Manifiesta haber estado dispuesta a firmar un contrato siempre que reconociera la obligatoriedad de la DISTRIBUIDORA para la prestación de estos servicios, una vez requeridos por la COMERCIALIZADORA. Además, el contrato debía tener carácter permanente y no provisional, como había sido ofrecido por la empresa DISTRIBUIDORA, y debía incluir los tres servicios obligatorios, y no sólo los servicios de atención de urgencia a los que hacía referencia la propuesta de la DISTRIBUIDORA. Por último manifiesta que abonaría el precio que por cada servicio le facturara la DISTRIBUIDORA, reservándose la libertad de someter su corrección al criterio de este ente Regulador, en el caso de que éste reflejara una posible situación de discriminación respecto del precio que por los mismos servicios giren a sus clientes a tarifa. La COMERCIALIZADORA considera que para garantizar el acceso al mercado de la comercialización de gas natural, en términos de no discriminación, es necesario que los comercializadores puedan ofrecer a sus clientes idénticas condiciones a las que les ofrece el distribuidor que les suministra a tarifa.

2. Sostiene, que estas exigencias contractuales vienen apoyadas por la interpretación que esta Comisión ha hecho de los artículos aplicables al tema de referencia en el informe aprobado por el Consejo de Administración el 20 de noviembre de 2003: *“Informe sobre las dificultades expuestas por comercializadora, frente a la DISTRIBUIDORA para ejercer la actividad de comercialización de gas natural”*. En concreto, indica que este Informe *“dejaba meridianamente claro que los servicios de Atención de urgencias y de Inspección (previa y periódicas) son servicios obligatorios para la DISTRIBUIDORA de gas natural, salvo que el comercializador optara, en el caso de Atención de urgencias e Inspección periódica (nunca en el caso de Inspección previa) por ejecutarlos directamente”*.
3. Por último, expone que la DISTRIBUIDORA está abusando de su posición de dominio, imponiendo la suscripción de un contrato de contenido antijurídico, por lo que suplica al Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía que acuerde:
 - a. Entender, al amparo del artículo 14.1, párrafo primero, del Reglamento de la CNE, que la cuestión planteada constituye un conflicto que afecta a la gestión del sistema gasista y, en consecuencia, conminar a la DISTRIBUIDORA a que ofrezca a la COMERCIALIZADORA los servicios obligatorios de Atención a urgencias y de inspecciones (previas y periódicas), en términos de igualdad con los clientes a tarifa.
 - b. De rechazarse tal conminación, poner en conocimiento del Servicio de la competencia la situación de manifiesta perturbación de la competencia que supone esta práctica obstructiva de la DISTRIBUIDORA.

En este último escrito de la COMERCIALIZADORA se adjunta, como anexo, carta de la DISTRIBUIDORA remitida a la COMERCIALIZADORA con fecha de 15 de diciembre de 2003 cuyo contenido ha quedado reflejado en el primero de los antecedentes descritos en el presente informe.

Se adjunta, además, carta de la COMERCIALIZADORA a la DISTRIBUIDORA, con fecha de 23 de diciembre de 2003, como respuesta a la anterior, en la que se reiteran los argumentos expuestos anteriormente. En concreto, la obligatoriedad de la DISTRIBUIDORA de prestar los servicios de Atención de urgencias y de Inspecciones (previas y periódicas) en las mismas condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias en que los prestan a sus clientes a tarifa, y su disposición a suscribir un contrato sólo en el caso de contener los tres servicios considerados por la COMERCIALIZADORA como obligatorios.

Finalmente se adjunta carta de la DISTRIBUIDORA remitida a la COMERCIALIZADORA con fecha de 30 de diciembre de 2003 en la que la DISTRIBUIDORA manifiesta, una vez más, su buena disposición a suscribir con la COMERCIALIZADORA el contrato de prestación de servicios de Atención de Urgencias, cuyo borrador acompaña a la carta. Con referencia a la prestación de servicios de Inspección previa y periódica, la compañía manifiesta quedar en total disposición para negociar el correspondiente contrato en las mismas condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias en las que se está negociando con todas las comercializadoras que le han solicitado estos servicios.

V. Con fecha 21 de enero de 2004 y a raíz de la situación creada, que pudiera llegar a tener repercusión en la seguridad de suministro, la Dirección de Gas de esta Comisión se puso en contacto con ambas partes con el fin de garantizar un suministro seguro.

VI. Con fecha 28 de enero de 2004 fue remitida por la DISTRIBUIDORA a esta Comisión, comunicación escrita informando que los servicios de Atención de urgencias continuarían prestándose, a los clientes de la COMERCIALIZADORA situados en sus redes, a pesar de no haberse firmado el contrato correspondiente.

VII. Con fecha 11 de febrero de 2004 tuvo lugar, en esta Comisión, una reunión entre miembros de la Dirección de Gas y representantes de la COMERCIALIZADORA. En ella, la compañía comercializadora solicitó verbalmente la mediación de la CNE, para la resolución de las discrepancias que impiden la formalización de los contratos de prestación de los servicios de Atención de Urgencias e Inspecciones previa y periódica con la compañía DISTRIBUIDORA. La Dirección de Gas transmitió la solicitud de la COMERCIALIZADORA a la DISTRIBUIDORA, sin obtener respuesta a la misma.

VIII. Con fecha 16 de mayo de 2004 tiene entrada en esta Comisión nuevo escrito de la COMERCIALIZADORA en el que solicita urgente resolución de la Comisión en relación a las cuestiones planteadas en el escrito que tuvo entrada en esta Comisión el 21 de enero de 2004.

A este escrito, la COMERCIALIZADORA adjunta propuestas de contratación de los servicios de atención de urgencias, pruebas previas y periódicas y de lecturas de DISTRIBUIDORA²; y para atención de urgencias y pruebas periódicas de DISTRIBUIDORA³. Manifiesta la COMERCIALIZADORA que *“la diversidad de servicios y precios ofertados pone de relieve, que los mismos no se ajustan a las condiciones de transparencia, igualdad y no discriminación exigidas legalmente”* señalando igualmente que esa misma diversidad evidencia un trato distinto a los clientes a tarifa, que tienen asegurada la totalidad de los servicios en las mismas condiciones, de los clientes en mercado liberalizado a los que se les ofrecen condiciones discriminatorias.

III. CONSIDERACIONES

1. Sobre las conclusiones del Informe aprobado por esta Comisión en fecha 20 de noviembre de 2003.

Como se cita en el Antecedente de Hecho II, el Consejo de Administración de la CNE aprobó, con fecha 20 de noviembre de 2003 el informe de *“Contestación al escrito sobre dificultades expuestas por la COMERCIALIZADORA frente a la DISTRIBUIDORA. para ejercer la actividad de comercialización de gas natural”* (en adelante Informe de Contestación).

Los servicios objeto de discrepancia entre la compañía comercializadora y el distribuidor, a los que se refería este informe y que continúan siendo motivo de disputa son la realización de, (a) pruebas previas al suministro, (b) inspecciones a las instalaciones receptoras y (c) el mantenimiento de un sistema operativo que asegure la atención permanente y la resolución de incidencias que con carácter de urgencia puedan presentarse.

En relación con las responsabilidades correspondientes a los agentes encargados de mantener dichos servicios, éstas se resumen a continuación.

a) Realización de pruebas previas al inicio del suministro.

“Las pruebas previas, tal y como se ha dispuesto textualmente, corresponden a la DISTRIBUIDORA, visto que se afirma que las mismas sólo podrán ser realizadas por él. Ahora, en relación al personal que las lleva a cabo, se permite que sea a través del personal propio o autorizado.

En esta oportunidad parece contradictorio el hecho de que se proponga al comercializador la idea de elegir si las realiza directamente o le propone a la DISTRIBUIDORA su realización y la obligación de la DISTRIBUIDORA de hacerlo de forma excluyente. En este caso cabría preguntarse qué sucedería para el supuesto de que sea el comercializador quien pretenda realizar las actividades de (1) la conexión de la instalación receptora con la red de distribución o de

transporte, (2) la colocación del precinto en los equipo de medida y (3) la puesta en servicio de una instalación receptora. Ante tal interrogante, sólo es posible afirmar que en particular cuando se trate de las pruebas previas aquí enumeradas la responsabilidad corresponde únicamente a la DISTRIBUIDORA, y para el caso de que se trate de otro tipo de pruebas previas, entonces será de nuevo el comercializador quien decida si le garantiza al usuario su realización de forma directa o indirecta.

La afirmación anterior cobra vigor cuando analizamos lo dispuesto en el Real Decreto 1434/2002, artículo 34, en relación a la **puesta en servicio de las instalaciones.**

“Artículo 34. Puesta en servicio de las instalaciones de gas.

*La conexión de la instalación receptora con la red de distribución o de transporte, la colocación del precinto en los equipo de medida y la puesta en servicio de una instalación receptora, **sólo podrá ser realizado por el distribuidor correspondiente**, a través del personal propio o autorizado.*

Dicho personal procederá a:

- a) Comprobar que la documentación se halla completa*
- b) Verificar la estanqueidad de la instalación*
- c) Dejar la instalación en disposición de servicio, si obtiene resultados favorables en las comprobaciones.*

Los costes de estas operaciones serán a cargo del cliente que contrate el suministro, los cuales estarán incluidos en los denominados derechos de alta, regulados en el artículo 29 del presente Real Decreto.”

b) Realización de la inspección a las instalaciones receptoras

La Normativa vigente “establece, para el comercializador, la obligación de realizar las visitas de inspección a las instalaciones de sus clientes, con la posibilidad de llevar a cabo las mismas, bien por sí mismo, bien a través del distribuidor al que estén conectadas las citadas instalaciones. En el primer caso, el comercializador deberá notificar al distribuidor la fecha en que se han llevado a cabo las correspondientes inspecciones reglamentarias.”

c) Mantenimiento de un sistema operativo que asegure la atención permanente y la resolución de incidencias que con carácter de urgencia puedan presentarse.

“En el mismo orden de ideas expresado en los epígrafes previos, conviene tener presente lo dispuesto en el artículo 35 del RD 1434/2002 en relación al **servicio de control y atención de urgencias** y a la obligación que recae sobre los distribuidores para el caso de que el comercializador le solicite la prestación de este servicio.

“**Artículo 35.** Servicio de control y atención de urgencias.

Los distribuidores y comercializadores deberán asegurar la existencia de un servicio de asistencia telefónica en funcionamiento las veinticuatro horas del día, todos los días del año, con el fin de atender posibles incidencias en las instalaciones de sus clientes o en su propia red de distribución, en su caso.

Además difundirán suficientemente, utilizando los canales que consideren adecuados, los números de teléfono de los citados servicios de asistencia, de forma que tanto sus clientes como los organismos públicos puedan acceder a ellos con facilidad. **Los distribuidores estarán obligados a prestar este servicio a los comercializadores, si éstos lo solicitan, en condiciones objetivas, transparentes, y no discriminatorias. (...)**”

Destaca la importancia que otorga el legislador a la atención por parte del distribuidor de las incidencias que pudieran presentarse, cuando incluye como obligación de éste (previa solicitud del comercializador) atender tanto a sus

clientes como a aquellos que sean usuarios de su red, y es aquí donde queda claro que lo relevante es que la incidencia tenga lugar dentro de la red del distribuidor, no del hecho de que se trate de un cliente propio.

En el supuesto que se está analizando, el imperativo legal está por encima del acuerdo de voluntades de las Partes, por lo que la obligación será exigible, como ya se ha indicado, a partir del requerimiento por parte del comercializador. No obstante, las condiciones de prestación del servicio, lógicamente, deberán ser acordadas entre ambos.”

2. Sobre los desacuerdos pendientes entre la COMERCIALIZADORA y la DISTRIBUIDORA

Según se desprende del **escrito remitido por la COMERCIALIZADORA, de fecha 21 de enero de 2004**, así como de la información anexada al mismo, los motivos esenciales de la falta de acuerdo entre esta compañía comercializadora y el DISTRIBUIDORA, son los siguientes.

- La COMERCIALIZADORA apunta que no está dispuesta a firmar dicho contrato ofrecido por la DISTRIBUIDORA, debido a que éste está *“referido únicamente al servicio de Atención de Urgencias y no a los otros dos servicios obligatorios”*, no se incluye en el mismo un reconocimiento específico de la obligatoriedad de la prestación de dichos servicios y, debido también, al carácter provisional del mismo, debiendo quedar *“garantizada su vigencia en tanto la COMERCIALIZADORA mantenga suministros a cliente conectados en la red de la DISTRIBUIDORA”*.
- La COMERCIALIZADORA reitera su voluntad de contratar los servicios de Atención de urgencias, de Inspección previa (para los nuevos suministros) y

de inspecciones periódicas, “todos ellos en idénticos términos y condiciones en que, por exigencias reglamentarias, prestan dichos servicios a sus clientes de suministro de gas a tarifa”.

- La COMERCIALIZADORA rechaza que la DISTRIBUIDORA “pretenda establecer el nivel de “no discriminación” entre comercializadores y no entre clientes finales”. Los motivos del rechazo de la COMERCIALIZADORA se fundamentan en la posibilidad de que “los comercializadores puedan ofrecer a sus clientes idénticas condiciones operativas y, por tanto, en igualdad de costes, a las que les ofrece la DISTRIBUIDORA que les suministra a tarifa”. Además, afirma la COMERCIALIZADORA, “Es patente que si los servicios, que obligatoriamente deben de prestarse y están vinculados a las instalaciones, fueran prestados por la distribuidora a costes distintos, presumiblemente inferiores, a los que pudiera establecer cualquier comercializador, las posibilidades de que los clientes a tarifa opten por salir a mercado serían mínimas. En el mercado liberalizado no sólo compiten los comercializadores entre sí, sino también, los comercializadores con los distribuidores que suministran a tarifa”. La compañía comercializadora dice que el contrato ofrecido por la DISTRIBUIDORA “No garantiza la falta de discriminación (igualdad de trato) entre clientes a tarifa y clientes precio libre”.
- La COMERCIALIZADORA considera que los precios ofrecidos por la DISTRIBUIDORA para la prestación del servicio de Atención de urgencias “no pueden establecerse en razón del número de clientes que tuviera cada comercializador, en una localidad o en una provincia, porque tal criterio sería el de establecer precios vinculados al coste de los comercializadores, sino en razón del precio cobrado por el distribuidor a sus clientes a tarifa”. Añade, en este sentido, que “Es manifiesto que el distribuidor no se le alteran los costes, por los servicios obligatorios referidos, por el hecho de que pocos o muchos clientes conectados a su red sean suministrados por uno varios

comercializadores, pues el distribuidor siempre tendrá los mismos costes de red y de atención a las instalaciones de los clientes”.

Por otro lado, la compañía comercializadora destaca que “nunca podría contratar el suministro de gas, con clientes finales, sin someterse a aquellos contratos que se presentan como de “libre pacto” con quien es el DISTRIBUIDORA, su competidor, cuando, realmente, son contratos obligatorios”.

De acuerdo con la información que obra en poder de esta Comisión, la **DISTRIBUIDORA** ha suscrito **contratos provisionales** para la prestación del servicio de Atención de urgencias con la mayor parte de las comercializadoras: -

Con fecha 15 de diciembre de 2003 la DISTRIBUIDORA facilitó a la CNE, copia del contrato modelo suscrito con dichas comercializadoras; contrato, que también fue aportado a esta Comisión por la COMERCIALIZADORA. Cabe destacar dos aspectos del contrato, relativos a la duración del mismo. En primer lugar, en su cláusula quinta, *“Provisionalidad del servicio”*, se cita que *“La prestación del servicio de atención de urgencias a que se refiere el presente contrato, lo presta la DISTRIBUIDORA a _____ de forma provisional, en tanto se negocia el contrato de prestación de servicios que se encuentra en fase de negociación entre ambas partes, [...]”* y *“En el caso de no alcanzarse un acuerdo entre las partes sobre la totalidad de las estipulaciones del contrato definitivo de prestación de servicios, cesarán las obligaciones de la DISTRIBUIDORA frente _____ de la prestación del servicio de Atención de Urgencias previsto en el presente contrato a partir del 15 de septiembre de 2003”*. Y, en segundo lugar, en su cláusula octava, *“Duración del contrato”*, se señala que *“el contrato entrará en vigor a partir del 16 de junio de 2003 y su duración será hasta el día 15 de septiembre de 2003, inclusive, sin que el mismo sea prorrogable”*.

En el expositivo de la propuesta de contrato se indica: *“1.- Que [el comercializador] tiene la obligación reglamentaria de mantener un sistema operativo que asegure la atención permanente y la resolución de las incidencias a sus clientes a los que se suministra gas natural”*.

Como ya ha sido indicado en los epígrafes previos de este informe, la obligación del servicio de control y atención de urgencias recae sobre los distribuidores en el caso de que el comercializador le solicite la prestación de este servicio. En consecuencia, no parece ajustada a derecho la cláusula señalada.

Además, en dicho contrato se establecen también las condiciones de la prestación del servicio de atención de urgencias, los periodos de facturación y pago, así como la formación de precios.

Asimismo, en la mencionada propuesta de contrato se establecen unos precios diferenciados en razón del número de clientes por provincia a los que suministre el comercializador.

No parece adecuado que los precios por el servicio de atención de urgencias deban establecerse en razón del número de clientes que tenga el comercializador en una zona determinada, sino por el contrario, en relación al coste en el que incurre el distribuidor por este servicio, que ha de ser coherente con el precio incluido en la tarifa por este concepto.

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 al distribuidor por proporcionar estos servicios a sus clientes a tarifa.

En otro caso, se vería dificultado el paso de los consumidores al mercado libre, y en consecuencia, la asimetría en la prestación de estos servicios por parte del distribuidor se erigiría como un obstáculo al desarrollo del mercado.

Finalmente, cabe reiterar que, aunque pueden presentarse diferentes costes por la prestación de estos servicios según la zona geográfica, es de dudosa

justificación que se cobre más o menos, en función del número de clientes de los grupos 3.1, 3.2 y 3.3 que una comercializadora tenga en una misma zona, tal como pretende la DISTRIBUIDORA.

3. Sobre la responsabilidad en la prestación de servicios

Se considera que existe la opción para los sujetos con derecho de acceso (en particular para los comercializadores), de acordar los términos y condiciones de la realización de servicios o condiciones no reguladas ex ante. En particular, 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 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.”.*

Los servicios solicitados por la empresa comercializadora a la empresa DISTRIBUIDORA, no se encuentran regulados mediante precios establecidos ex ante en el Real Decreto 949/2001.

Sin embargo, tal como establece el Real Decreto citado, tales servicios serán ofrecidos a todos los agentes, que estuvieran interesados en ellos, en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias. En consecuencia, los distribuidores deben de hacer públicos los precios y condiciones establecidos para la prestación de estos servicios, siendo aplicados de forma equitativa y no discriminatoria.

Por consiguiente, las empresas distribuidoras que prestan estos servicios no sólo deben facilitar sus precios y condiciones a las empresas comercializadoras que lo soliciten sino que deberán publicar en su página web sus precios y condiciones. Ello facilitará la entrada de nuevos agentes, al no restringir esta información a los comercializadores ya instalados.

El artículo 6.8 del Real Decreto 949/2001, al referirse a servicios o condiciones no regulados en el mismo, alude a contratos a suscribir entre los sujetos con derecho de acceso y los titulares de instalaciones incluidas en dicho régimen, señalando, la necesidad de establecer contratos con los distribuidores a los que estén conectados los puntos de salida del gas. Aunque el precepto no especifica si los mencionados contratos deben ser escritos, o no, el uso del término “*suscripción*” y la necesidad de que los mismos incluyan condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, dan a entender la conveniencia de la forma escrita.

En cualquier caso, los servicios de realización de pruebas previas al suministro, de inspección periódica de las instalaciones receptoras y de mantenimiento de un sistema operativo que asegure la atención permanente y la resolución de incidencias que con carácter de urgencia puedan presentarse, son **tres servicios diferentes** sobre los cuales las compañías comercializadoras y distribuidoras tienen responsabilidades distintas. Por lo tanto, no existe ninguna razón por la que todos ellos deban ser incluidos en un mismo contrato firmado entre el comercializador y el distribuidor.

Las responsabilidades de cada agente sobre cada uno de los servicios son las siguientes:

1. Realización de pruebas previas al suministro, referidas en el artículo 34 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre. **El distribuidor es el único responsable de su realización.** Ante la solicitud por parte del comercializador, el distribuidor debiera verse obligado a la consecución de un acuerdo, pues su inexistencia podría tener un efecto obstructivo en la

apertura del nuevo mercado gasista, a la vez que podría suponer una situación discriminatoria para los clientes del mercado liberalizado. Asimismo, de acuerdo con el art. 34 mencionado anteriormente, *“los costes de estas operaciones serán a cargo del cliente que contrate el suministro, los cuales estarán incluidos en los denominados derechos de alta”*. Los derechos de alta son las percepciones económicas que pueden percibir las empresas distribuidoras de gas natural, al contratar la prestación del servicio de suministro de combustibles gaseosos por canalización con un nuevo usuario. La empresa distribuidora inspeccionará la instalación receptora, una vez recibido el boletín del instalador autorizado, y procederá, en su caso, a instalar y precintar el equipo de medida del usuario. Los derechos de alta son de aplicación a nuevos suministros y a la ampliación de los existentes. Estarán incluidos en estos derechos los servicios de enganche y verificación de las instalaciones.

Conforme a lo dispuesto en el punto 3 del artículo 91 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos: *“Las Comunidades Autónomas, respecto de los distribuidores que desarrollen su actividad en su ámbito territorial, establecerán el régimen económico de los derechos de alta, así como los demás costes derivados de servicios necesarios para atender los requerimientos de suministros de los usuarios”*.

En consecuencia, es responsabilidad de las Comunidades Autónomas establecer el régimen económico de los costes de la puesta en servicio de las instalaciones de gas, que, de conformidad con el artículo 34 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, son los derivados de la conexión de la instalación receptora con la red de distribución o de transporte, la colocación del precinto en los equipos de medida y la puesta en servicio de la instalación receptora, que sólo podrá ser realizado por el distribuidor correspondiente, a través de personal autorizado. Dicho personal procederá a: comprobar que la documentación se halla completa; precintar

los equipos de medida; verificar la estanqueidad de la instalación; y dejar la instalación en disposición de servicio si obtiene resultados favorables en las comprobaciones. Los costes de estas operaciones estarán incluidos en los denominados derechos de alta.

En aquellas Comunidades Autónomas en las que no exista legislación sobre los derechos de alta, serán de mayor relevancia los requisitos de transparencia, objetividad y no discriminación que han de regir el desempeño de los distribuidores en todas sus actuaciones; y, en particular, en la prestación de este servicio de pruebas previas al suministro. Por tanto, las empresas distribuidoras estos servicios deberán publicar en su página web sus precios y condiciones.

Finalmente, y para el caso de que se trate de otro tipo de pruebas previas, no incluidas en las ya descritas, el comercializador tiene potestad de decidir entre prestar estos servicios al usuario de forma directa o indirecta.

2. Realización de la inspección periódica de las instalaciones receptoras. El distribuidor no puede verse obligado a la prestación de estos servicios ante el simple requerimiento por parte del comercializador, sino que se hace necesario un acuerdo de voluntades, que de forma libre, pueda vincularle a las inspecciones de los clientes del comercializador. Sin la existencia de este acuerdo, **el comercializador es el responsable directo de la prestación de este servicio** a sus clientes.
3. Mantenimiento de un sistema operativo que asegure la atención permanente y la resolución de incidencias. 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 dispone claramente la **obligación que tiene el distribuidor de prestar dicho servicio a los clientes del comercializador conectados a sus redes, cuando éste lo solicitara.** Por

consiguiente, el requerimiento al distribuidor por parte del comercializador, constituye la condición necesaria y suficiente que activa la obligación del primero y su correspondiente responsabilidad respecto a la prestación del mentado servicio. No obstante, con la normativa actual, las condiciones de prestación del servicio, deberán ser acordadas entre ambos, aunque siempre en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias. A este respecto ha de colegirse que la aplicación por los distribuidores de precios diferentes por estos servicios a los consumidores a tarifa con respecto a los consumidores en el mercado liberalizado sería necesariamente discriminatoria y, en consecuencia, no ajustada a derecho. En todo caso, el desacuerdo entre las partes no puede dar lugar a una desasistencia del consumidor en un servicio esencial para su propia seguridad como es el de atención de las urgencias de gas. La no prestación del servicio por parte del distribuidor a petición del comercializador, podría dar lugar a la infracción que correspondiere de conformidad con el Título VI de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

En consecuencia, es obligación del distribuidor la atención de urgencias si así lo solicita el comercializador, independientemente del acuerdo entre las partes.

Por otro lado, la obligación de prestar el servicio por parte de la distribuidora a la comercializadora no debe suponer que esta última haga uso de esta obligación legal para imponer unas condiciones abusivas. Las condiciones y precios han de ser equitativas para ambas partes, siendo la referencia de la tarifa para la imputación de estos costes la más adecuada.

Asimismo, los comercializadores que puedan no estar haciendo frente a los pagos debidos a las distribuidoras obligadas al servicio, deberán proceder a su liquidación teniendo en consideración los intereses debidos.

4. Sobre el Suplico de la COMERCIALIZADORA a esta Comisión

En el punto primero del Suplico, la COMERCIALIZADORA hace referencia a la consideración, por la CNE, de la cuestión planteada en su escrito de 21 de enero de 2004, como *“un conflicto que afecta a la gestión del sistema gasista y, en consecuencia, conminar a la DISTRIBUIDORA. a que ofrezca a la COMERCIALIZADORA los servicios obligatorios de Atención a Urgencias y de Inspección (previas y periódicas), en términos de igualdad con los clientes a tarifa”*, al amparo del artículo 14.1, párrafo primero, del Reglamento de la CNE.

De acuerdo con el artículo 14.1 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, párrafo primero, *“la Comisión Nacional de Energía resolverá, a petición de cualquiera de las partes afectadas, los conflictos que sean planteados en relación con el sector eléctrico sobre la gestión económica y técnica del sistema y el transporte y en relación con el sector gasista los que le sean planteados sobre la gestión del sistema”*.

Las consideraciones incluidas en el escrito de la COMERCIALIZADORA no suponen un conflicto sobre la gestión del sistema gasista, al referirse a las condiciones de prestación de servicios no regulados ex ante por parte de la DISTRIBUIDORA, a las compañías comercializadoras con clientes conectados a sus redes, condiciones que deben ser pactadas entre las partes con criterios de objetividad, transparencia y no discriminación, pero que en ningún caso parecen referirse a la propia gestión y operación del sistema gasista.

En todo caso, y puesto que en la medida en que el coste imputado al comercializador, por la DISTRIBUIDORA, fuera mayor que el correspondiente incluido en las tarifas de venta de energía final por estos servicios, o, hubiera habido un tratamiento discriminatorio entre comercializadoras, se estaría dificultando la liberalización del mercado e incluso la propia viabilidad de las

empresas comercializadoras. En consecuencia, se estima oportuno la apertura de un expediente informativo que permita evaluar la adecuación de los precios imputados por las distribuidoras en base a los principios de transparencia, objetividad y no discriminación. Asimismo, se estima conveniente hacer extensivo el requerimiento de información al resto de compañías distribuidoras y hacer partícipes del proceso a las comercializadoras, con el objeto de asegurar la eliminación de este obstáculo a la comercialización en el sistema gasista.

En el punto segundo del Suplico, la COMERCIALIZADORA solicita que, de rechazarse la conminación anterior por estimar la CNE que no es su competencia directa, se ponga en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, del Ministerio de Economía, *“dadas las prácticas anticompetitivas descritas en el cuerpo del presente escrito, para que dicho organismo público depure las eventuales infracciones que pudiera deducir [...]”*.

De acuerdo con el apartado Tercero.1 duodécima, de la Disposición Adicional Undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre del sector de hidrocarburos, corresponde a la CNE *“velar para que los sujetos que actúan en los mercados energéticos lleven a cabo su actividad respetando los principios de libre competencia. A estos efectos, cuando la Comisión detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos”*.

Se considera que, aunque la DISTRIBUIDORA se reitera en su voluntad de firmar contratos para la prestación de los servicios de Atención de urgencias, Inspección previa e Inspección periódica, coincidiendo, por tanto, con la voluntad de la COMERCIALIZADORA, ambas compañías aún no han llegado a un acuerdo firme en relación con ninguno de dichos servicios.

La no prestación por parte de la compañía distribuidora de los servicios sobre los que recae su responsabilidad, según se ha mencionado anteriormente, podría constituir un motivo de comunicación al Servicio de Defensa de la Competencia, ya que sería posible determinar la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

No obstante, no parece que existan indicios de que la DISTRIBUIDORA haya dado un tratamiento diferenciado a la COMERCIALIZADORA, con respecto al resto de compañías comercializadoras, incluida la perteneciente a su mismo grupo empresarial. Por otra parte, como ya se ha mencionado no compete, a priori, a esta Comisión la definición los precios que retribuyen la prestación de los servicios mencionados, al tratarse de actividades sujetas a libre pacto entre las Partes. Sin embargo, en la medida en que el coste imputado al comercializador, por el distribuidor, fuera mayor que el correspondiente incluido en las tarifas de venta de energía final, se estaría dificultando la liberalización del mercado e incluso la propia viabilidad de las empresas comercializadoras.

Asimismo, si las distribuidoras del grupo de la DISTRIBUIDORA impusieran a todas las comercializadoras un precio abusivo por la prestación de estos servicios podría ser constitutivo de abuso de posición de dominio y, en consecuencia, constituir una práctica prohibida por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

IV. CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto en los epígrafes previos esta Comisión concluye:

1. La regulación española no establece un precio regulado ex ante para los servicios de: mantenimiento de un sistema operativo que asegure la atención permanente y la resolución de urgencias, la realización de la inspección periódica de las instalaciones receptoras, o la realización de posibles pruebas previas al suministro que pudieran no estar incluidas en los derechos de alta.
2. Este hecho se erige 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.