



## **IPN 57/11. ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DEL SECTOR ELÉCTRICO**

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en su reunión de 25 de mayo de 2011, ha aprobado el presente informe, relativo al Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54, en el que se analizan las implicaciones del mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados.

La solicitud de informe tuvo entrada en esta Comisión el pasado 19 de mayo de 2011. La documentación remitida por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio consiste en una versión del mencionado Borrador de Anteproyecto de Ley (en adelante APL) y la correspondiente Memoria de Análisis de Impacto Normativo.

El presente informe se adopta en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

### **I. ANTECEDENTES**

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE) estableció el régimen jurídico de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica, de acuerdo con las precisiones contenidas en la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, apostando por una progresiva liberalización del mismo.

Posteriormente, la Ley 17/2007, de 4 de julio, modificó la LSE para adaptarla a las nuevas disposiciones establecidas en la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

El APL objeto de análisis viene a incluir nuevas medidas que buscan avanzar en el mercado interior de la electricidad y responde a la necesidad de adaptación de la normativa del sector eléctrico a la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE. La Directiva comunitaria introduce nuevos preceptos para lograr una separación efectiva de las actividades de suministro y generación de las actividades de red, refuerza el papel de las autoridades reguladoras nacionales, y avanza en aspectos relativos a la protección del consumidor.

## **II. CONTENIDO**

El APL consta de una exposición de motivos, un artículo único que se divide en 44 apartados que plantean diversas modificaciones a la LSE, una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales.

La transposición de la Directiva comunitaria ha hecho necesaria la modificación de la LSE en tres ámbitos básicos. En primer término se procede a reforzar las competencias de la Comisión Nacional de la Energía, con una profundización en su independencia y un aumento de sus competencias, donde destaca la función relativa a la elaboración de metodologías de cálculo de los peajes de acceso en la parte correspondiente a los costes de transporte y distribución, las referidas a la prestación de servicios de equilibrio entre sistemas gestionados por distintos operadores del sistema, y la relativa al acceso al acceso a infraestructuras fronterizas.

En segundo término, en relación con la separación patrimonial de actividades de red y de actividades de generación y suministro, se adaptan a la legislación española determinados aspectos contenidos en la Directiva comunitaria que introducen limitaciones en la participación en empresas que realizan ambos tipos de actividades y en la toma de control de la misma.

El tercer ámbito destacable se refiere la incorporación a la legislación nacional de determinadas medidas dirigidas a la protección del consumidor contenidas en la Directiva, con la inclusión del concepto de consumidor vulnerable, y la atribución de nuevas facultades a los consumidores en el ámbito de la información.

Junto a estos grandes cambios derivados de la transposición de la Directiva, el APL realiza otra serie de modificaciones no exigidas por la misma con la finalidad de mejorar el funcionamiento del sector eléctrico. Entre ellas destacan la posibilidad de repercutir los tributos que establezcan las distintas administraciones autonómicas o locales, la eliminación para operadores dominantes de las limitaciones a la importación de energía eléctrica procedente de países fuera del ámbito del MIBEL, una separación de funciones más exigente entre el Operador del sistema y el Gestor de la Red de transporte, y otros cambios menores relativos al régimen de autorizaciones, incentivos a la eficiencia técnica y económica de las actividades reguladas, y la modificación de la composición del Consejo Consultivo de la Electricidad.

## **III. OBSERVACIONES**

### **III.1 Observaciones generales**

El APL objeto de análisis establece diversas modificaciones a la Ley del Sector Eléctrico, motivadas por la necesidad de transposición de la Directiva 2009/72 de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54.

Esta transposición, que discurre en paralelo a la que se pretende realizar, en el ámbito de la Ley del Sector de Hidrocarburos, de la Directiva 2009/73/CE (y que también ha sido informada por esta Comisión), **mejora en general la regulación vigente desde el punto de vista de defensa de la competencia.**

Uno de los ámbitos más importantes modificados por el APL es el relativo a las **funciones atribuidas a la Comisión Nacional de Energía (CNE), como organismo regulador de, entre otros, el sector eléctrico, y a la relación de las nuevas funciones asignadas a la CNE con las atribuidas a la CNC en virtud de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, para desarrollar los fines que tiene encomendados por el legislador.**

En particular, el APL modifica las facultades atribuidas a la CNE como organismo regulador del sector eléctrico en consonancia con los objetivos de la Directiva 2009/72/CE, profundizando en sus competencias en materia de establecimiento de las metodologías de cálculo de los peajes de acceso en la parte correspondiente a los costes de transporte y distribución, prestación de servicios de equilibrio entre sistemas gestionados por distintos operadores del sistema, y acceso a infraestructuras transfronterizas. La Directiva comunitaria considera que el organismo regulador sectorial debe ver incrementadas también sus facultades en relación con el fomento de una competencia efectiva en el mercado. A estos efectos, el APL introduce los nuevos artículos 6, 7 y 8 de la LSE, en los que, respectivamente, se enumeran las funciones de la CNE, los principios de funcionamiento, y los mecanismos de colaboración con otros organismos.

La evidente conexión entre las actividades de la CNE y las de la CNC en relación con la vigilancia y el fomento de las condiciones de competencia en el sector eléctrico requieren el funcionamiento de mecanismos de cooperación y cauces de información capaces de garantizar la mejora del entorno competitivo. En particular, tras las modificaciones de la LSE introducidas por el APL, el futuro apartado 2 del artículo 8 establecerá la coordinación de ambas instituciones en la supervisión del nivel de transparencia, y del grado y efectividad de apertura, del mercado. Por otra parte, tanto el nuevo apartado 5 del art. 3 como el primer párrafo del art. 6 LSE tras la modificación del APL declaran que las competencias asignadas a la CNE en dicha Ley son sin perjuicio de las atribuidas a los diferentes órganos de defensa de la competencia. Todo

ello merece una valoración positiva, sin perjuicio de las observaciones particulares que se realizan más adelante.

En lo relativo a las relaciones de coordinación entre CNC y CNE, merecen destacarse muy particularmente los cambios que el APL pretende introducir en el articulado de la LSE en relación con la participación de la CNE en los procedimientos de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones que la CNC y, en el primer caso, otras autoridades de competencia autonómicas, desarrollan con arreglo a lo establecido en la Ley 15/2007. En este sentido, **la recientemente aprobada Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), ha modificado el régimen de coordinación entre la CNC y los reguladores sectoriales introduciendo la figura del informe determinante**, del cual el órgano receptor (la CNC en los casos anteriormente mencionados, o la CNE cuando se trate de circulares, instrucciones, decisiones de carácter general o resoluciones en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados) no podrá separarse más que de forma motivada.

A este respecto, y sin perjuicio de la valoración que pueda merecer dicho régimen, **la configuración de estas relaciones que recoja la futura modificación de la LSE debe resultar absolutamente análoga a la que ha introducido la LES**. Para ello, y como se detallará en las observaciones particulares:

- El APL no debe dejar lugar a dudas acerca de que el régimen que ha de regir las relaciones entre CNC y CNE en materia de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones, coincide exactamente con el establecido por la LES, para prevenir todo riesgo de confusiones.
- El APL debe recoger, allí donde resulte procedente, la obligación de la CNE de solicitar informe determinante a la CNC en los supuestos previstos en el art. 17 de la LDC.

Por otra parte, el APL también introduce mejoras dirigidas a garantizar la **separación efectiva entre las actividades de red y las actividades de generación y suministro**, derivadas de la transposición de la Directiva, que se centran en el establecimiento de limitaciones al ejercicio del control simultáneo en empresas generadoras o comercializadoras y en el operador del sistema.

En este sentido, no puede dejar de resaltarse la fundamental importancia que para la competencia en este sector, y por tanto para el éxito de la liberalización llevada a cabo, tiene el que la separación funcional entre las actividades reguladas y no reguladas sea efectiva. Esta cuestión ha sido objeto de múltiples observaciones en informes

normativos previos de la CNC sobre el sector energético en general y el sector eléctrico en particular, como por ejemplo las relativas a la reclamación de una adecuada regulación de la Oficina de Cambio de Suministrador que facilite efectivamente la realización de esos cambios.

De la misma manera, la CNC ha tenido ocasión de comprobar repetidamente los efectos restrictivos de la competencia derivados de conductas mediante las cuales los distribuidores incumbentes en las distintas zonas geográficas, o bien los respectivos comercializadores relacionados con tales distribuidores, pretenden desincentivar o impedir la captación de clientes finales por parte de sus comercializadores competidores. Ejemplos de tales conductas son el traspaso automático o cuasi-automático al régimen de mercado de clientes a tarifa sin mediar consentimiento expreso por parte de éstos, o la vinculación entre las actividades de distribución y comercialización de cara al cliente, con las ventajas que para estos operadores se derivan de ello (acceso a información, subsidios cruzados), o el favorecimiento de la confusión entre la imagen de marca de distribuidor y comercializador de cara al cliente final. Estas situaciones han originado, y continúan originando, la iniciación de un número considerable de expedientes sancionadores por parte de la CNC.

Por todo lo anterior, **se vuelve a insistir en la necesidad de que, a nivel regulatorio, se establezcan todos los mecanismos necesarios para garantizar que la separación funcional entre actividades reguladas y libres sea efectiva.** En lo que se refiere a este APL en particular, y sin perjuicio de la valoración en general positiva de la transposición en este sentido, se proponen en el apartado de observaciones particulares algunas modificaciones del texto que se consideran necesarias para evitar al cliente posibles confusiones a través de la presentación de la marca en el caso de empresas pertenecientes a grupos empresariales que desarrollan ambos tipos de actividades.

En relación con los **derechos de los consumidores**, el APL **incrementa los relativos a sus relaciones con los comercializadores**, incluyendo nuevas obligaciones de estos últimos para facilitar las reclamaciones sobre la prestación del servicio que los consumidores deseen realizar.

El APL introduce también otras mejoras no derivadas del mero ejercicio de transposición, entre las que se incluyen la **eliminación de la limitación establecida en el artículo 13.7 LSE de que los operadores que tengan la condición de dominantes en el sector eléctrico no pudieran adquirir energía en otros países comunitarios fuera del ámbito del MIBEL**, un precepto de marcado carácter intervencionista *ex ante* que ahora desaparece.

### **III.2 Observaciones al articulado**

Sin perjuicio de la valoración positiva en general del APL, se considera conveniente poner de manifiesto las siguientes observaciones a diversos apartados del Artículo Único del APL.

#### **Seis. Nueva redacción de los artículos 6,7 y 8 LSE.**

##### Circulares adoptadas por la CNE

De acuerdo con este apartado del APL, el **futuro apartado 2 del artículo 7 LSE**, al regular la ordenación del funcionamiento de la CNE, establecerá que ésta pueda dictar **decisiones en forma de circulares** sobre las materias en las que es competente, circulares que requerirán de informe preceptivo del Consejo Consultivo de la Electricidad.

De la misma manera, de acuerdo con **el nuevo art. 8.1 LSE**, modificado por este mismo apartado, la CNE establecerá mediante circular las metodologías relativas a la prestación de servicios de equilibrio entre sistemas gestionados por distintos operadores, y al acceso a las infraestructuras transfronterizas, incluidos los procedimientos para asignar capacidad y gestionar la congestión.

Debe recordarse que la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC)*, tras la modificación realizada por la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES)*, **contiene en su artículo 17.2 la obligación de que los reguladores sectoriales soliciten informe determinante a la CNC**, sobre circulares, instrucciones, decisiones de carácter general o resoluciones en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir en las condiciones de competencia en los mercados **antes de su adopción**. Para dar cumplimiento a esta previsión, se considera conveniente modificar como sigue el primer párrafo del artículo 7.2:

*“Con objeto de cumplir con sus objetivos y funciones, y dentro de su ámbito de actuación, la Comisión Nacional de Energía podrá dictar decisiones en forma de circulares sobre las materias en las que es competente. Dichas circulares requerirán informe preceptivo del Consejo Consultivo de Electricidad, y **en caso de incidir significativamente sobre las condiciones de competencia en los mercados, informe determinante de la Comisión Nacional de la Competencia, de conformidad con el artículo 17.2 b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia,** y serán publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» cuando tengan efectos generales.”*

##### Informes determinantes de la CNE

El APL establece que, de acuerdo con la nueva redacción de los subapartados decimotercero y el decimoquinto **del art. 8.1 LSE**, se faculta a **la CNE para realizar informes determinantes** a propósito de indicios de conductas restrictivas de la competencia, y del procedimiento de control de concentraciones económicas. La redacción de estos preceptos está en línea con la modificación de la LDC (art. 17) llevada a cabo tras la aprobación de la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES)*. En consecuencia, tanto la LDC como la reforma propuesta en este APL establecen que la CNC sólo podrá disentir del contenido de dichos informes determinantes, en su caso, de forma expresamente motivada.

El Tribunal Supremo, en sus sentencias de 25 de febrero de 2009 y 8 de marzo de 2010, ha definido los informes determinantes como aquéllos que resultan necesarios para que el órgano que ha de resolver se forme criterio acerca de las cuestiones a dilucidar.

En consecuencia, y aunque la redacción del APL es consistente con la de la LDC, se considera necesario destacar que **“determinante del contenido” no puede en absoluto significar determinante del sentido de la decisión sobre** si existe o no una infracción en materia de defensa de la competencia, o un problema de competencia en un procedimiento de control de concentraciones, ni sobre las soluciones a adoptar en el caso en que así fuera. En caso contrario, se produciría una injerencia en competencias que, como reiteradamente ha recordado el Alto Tribunal, no corresponden a los organismos reguladores, sino en exclusiva a la CNC, y en las que el criterio del regulador, por no estar especializado en materia de competencia, carece del valor añadido que precisamente aporta la instrucción y resolución de estos procedimientos por parte de la CNC.

Por ello, debe entenderse que la utilidad de estos informes radica en que, una vez detectadas por el órgano instructor de la CNC aquellas cuestiones en las que es necesario conocer del criterio especializado del Regulador Sectorial, éste aporte los **datos y opiniones técnicas** que permitan contrastar la información disponible, facilitando a la Dirección de Investigación la formación de un juicio para elevar propuesta al Consejo y, permitiendo a éste tener a su disposición todos los datos necesarios para adoptar su decisión.

**En definitiva, los informes determinantes no pueden convertirse**, como si de un dictamen del Consejo de Estado se tratase, **en informes revisores de lo actuado en la fase de instrucción. Tampoco** pueden ser, por idéntico motivo, **informes valorativos de la calificación jurídica** que, desde el punto de vista del derecho de la competencia, merecen determinados hechos examinados en un procedimiento

sancionador o en uno de control de concentraciones. Es a partir de estas cautelas que la CNC utilizará los informes determinantes que reciba de la CNE.

### Coordinación entre CNC y CNE

La nueva redacción del artículo 8.2 de la LSE planteada en el APL establece que la CNE podrá ejercer facultades de supervisión sobre el nivel de transparencia y el grado y efectividad de apertura del mercado y de la competencia. En reconocimiento de la clara incidencia que estas funciones tienen sobre la competencia, el texto alude a que la CNE las desarrollará “en coordinación con la CNC”. Sin embargo, **al objeto de clarificar totalmente las facultades de la CNC en relación con el mantenimiento de las condiciones de competencia efectiva en estos mercados, es conveniente que la redacción de este punto en este APL sea idéntica a la del precepto análogo del APL de modificación de la Ley del Sector de Hidrocarburos**, de tramitación paralela al presente Anteproyecto. Así, se propone la introducción del siguiente inciso en el apartado 2 del art.8:

*“Con objeto de garantizar la ausencia de discriminación, una auténtica competencia y un funcionamiento eficaz del mercado, la Comisión Nacional de Energía supervisará, en coordinación con la Comisión Nacional de la Competencia, **y sin perjuicio de las funciones y competencias atribuidas a cada uno de los organismos:**”.*

Por el mismo motivo, se propone la introducción de un inciso similar al comienzo del apartado 3 del art.8, a propósito de las funciones adicionales de supervisión de la CNE:

*“3. Asimismo, **en coordinación con la Comisión Nacional de la Competencia y sin perjuicio de las funciones y competencias atribuidas a cada uno de los organismos**, la Comisión Nacional de la Energía supervisará: [...]”*

Además, en relación con las facultades de supervisión de la CNE, y para clarificar el régimen de atribución de funciones entre CNE y CNC en relación con los indicios de prácticas restrictivas de la competencia, respetando lo establecido en la LDC con carácter general para todos los organismos reguladores, debe añadirse en el **subapartado g.i) del artículo 8.3**, el siguiente inciso, en coherencia con la redacción relativa a la misma competencia que figura en el APL de modificación de la Ley del Sector de Hidrocarburos:

*“La aparición de prácticas contractuales restrictivas, incluidas las cláusulas de exclusividad que puedan impedir o limitar la decisión de los grandes clientes no domésticos de celebrar contratos simultáneamente con más de un proveedor, **poniéndolo en conocimiento de los organismos en su caso competentes**”.*



Finalmente, se considera conveniente llamar la atención sobre el segundo párrafo del **nuevo artículo 8.4 LSE**, que establece la facultad de la CNE de poner en conocimiento de las autoridades competentes los indicios de incumplimiento que detecte, incluyendo en su caso una propuesta de actuación.

Esta atribución genéricamente expresada podría resultar correcta en relación con indicios de infracciones de otro tipo de normativa, pero, en lo que respecta a la normativa de competencia, tal dicción se desvía del diseño que la LDC prevé para la relación entre organismos reguladores sectoriales y organismos de defensa de la competencia. Así, el art. 17.2.a) de dicha LDC, después de su reciente modificación por la LES, establece que: *“Los reguladores sectoriales pondrán en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a esta Ley, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente, que tendrá carácter determinante”*. Tal precepto habla por tanto, de “puesta en conocimiento” y en su caso de “dictamen determinante”, no de emisión de “propuesta de actuación”, enunciado que podría dar lugar a injerencias en competencias ajenas en la medida en que van más allá del contenido del informe determinante y pueden pretender condicionar la actuación del órgano decisor.

**Con objeto de asegurar que el régimen que la LSE disponga en lo relativo a infracciones de la normativa de competencia sea homólogo al establecido en la LDC, es necesario** añadir el siguiente texto al final del segundo párrafo del apartado 4 del art.8:

**“En el caso de que se detecten actos, acuerdos, prácticas o conductas que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrán en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente, que tendrá carácter determinante, en virtud de lo establecido en el artículo 17.2 a) de la citada Ley.”**

Información obtenida por la CNE en el ejercicio de sus funciones

En el apartado Seis del APL, al regularse la ordenación del funcionamiento de la CNE en el **epígrafe 5 del nuevo artículo 7** se establece que *“los datos e informaciones obtenidos por la Comisión Nacional de Energía en el desempeño de sus funciones, que tengan carácter confidencial por tratarse de materias protegidas por el secreto*

*comercial, industrial o estadístico, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 94.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, sólo podrán ser cedidos al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y a las Administraciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias. El personal de la Comisión Nacional de Energía que tenga conocimiento de estos datos estará obligado a guardar sigilo respecto de los mismos. [...]*”.

Sin perjuicio de la necesidad obvia de asegurar la confidencialidad en relación con la información de que dispone la CNE, es evidente que **no sólo el MITYC o las Administraciones autonómicas correspondientes, sino también la CNC, pueden necesitar conocer estos datos y extremos para desarrollar las funciones que les han sido asignadas**. Esa información es esencial para el funcionamiento adecuado del régimen de colaboración y cooperación entre ambos organismos previsto tanto en la LDC y la LSH como, en particular, en otros puntos del presente APL, y su ausencia impediría de hecho un correcto ejercicio por parte de la propia CNE de las funciones que a este respecto tiene establecidas, con arreglo al art. 17.2.a) LDC anteriormente citado (“*Los reguladores sectoriales pondrán en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, [...] aportando **todos los elementos de hecho a su alcance** [...]*”).

El necesario respeto al secreto comercial, industrial o estadístico que debe garantizar la CNE en el ejercicio de sus funciones no puede conllevar que el ejercicio por parte de la CNC de las funciones que le son propias, y por tanto la aplicación horizontal de la normativa de defensa de la competencia, pueda verse perjudicado por una interpretación inadecuada del precepto en cuestión. Por otro lado, los mecanismos previstos en la LDC para el adecuado tratamiento de la información de carácter confidencial eliminan el riesgo de revelación de secretos comerciales.

En consecuencia, **se demanda que en el párrafo en cuestión se incluya a la CNC entre las entidades que pueden acceder a tal información confidencial**, junto al MITYC y las correspondientes administraciones autonómicas.

### **Once. Nuevo apartado 3 del artículo 14 LSE**

La Directiva 2009/72/CE establece en su artículo 26.3 que los gestores de red de distribución integrados verticalmente no podrán crear confusión en su información y en la presentación de la marca, respecto a la identidad separada de la filial suministradora de la empresa integrada verticalmente. En consecuencia, el APL modifica la LSE, incluyendo un nuevo artículo 14.3 en el que se señala que las sociedades que desarrollen actividades reguladas y libres “evitarán” crear confusión en su información y

en la presentación de su marca e imagen de marca respecto a la identidad de sus filiales.

Sin perjuicio de la valoración positiva que merece el considerar la diferenciación entre las imágenes corporativas de las distintas empresas como un elemento que refuerza la separación de funciones de las distribuidoras integradas en grupos que desarrollen ambos tipos de actividades, se considera que el respeto del espíritu de efectiva separación funcional que impregna la Directiva que se transpone aconseja una redacción más tajante, que impida taxativamente la realización de esta conducta. Se estima que, de acuerdo con lo puesto de manifiesto en sede de observaciones generales, el APL debe ser excepcionalmente cauteloso en no desviarse de lo dispuesto por la Directiva en este punto. Así, el art. 26.3 de la Directiva establece:

*“Cuando el gestor de la red de distribución forme parte de una empresa integrada verticalmente, los Estados miembros garantizarán el control de sus actividades por parte de las autoridades reguladoras u otros organismos competentes, de manera que no pueda aprovecharse de su integración vertical para falsear la competencia. En particular, los gestores de red de distribución integrados **verticalmente no crearán confusión**, en su información y en la presentación de la marca, respecto a la identidad separada de la filial suministradora de la empresa integrada verticalmente”.*

Consecuentemente, se debe aludir a que estas empresas distribuidoras **“no crearán confusión”**, en lugar de a que **“evitarán crear confusión”**, reforzándose así el carácter imperativo del precepto.

Asimismo, y con independencia de la redacción que se decida para este apartado 6, debería añadirse un inciso que salvaguardase la aplicación de la normativa en vigor relevante. Por consiguiente, **se recomienda introducir al final del párrafo una oración del siguiente tenor: “[...], sin perjuicio de las infracciones previstas en la normativa vigente a este respecto.”**

### **Diecisiete. Nueva redacción del art. 18 LSE**

De acuerdo con el apartado 1 del art.18 LSE las tarifas de último recurso se definirán como los *precios revisables* que podrán cobrar los comercializadores que asuman las obligaciones de suministro de último recurso.

Esta redacción contrasta con la futura definición de la TUR en el caso del sector del gas natural, que las considera como el precio “máximo y mínimo” que podrán cobrar los CUR a los consumidores que tengan derecho a acogerse a ella. Por su parte, el

vigente artículo 3 del *Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica*, define igualmente la TUR como el precio máximo y mínimo que podrán cobrar los CUR a los consumidores que se acojan a dicha tarifa. Partiendo pues de la configuración actual de la TUR como tarifa fija para todos aquellos consumidores que se acojan a la misma, que actúa por tanto como un precio tanto máximo como mínimo, es decir, único, aplicable a los clientes con derecho a ella, no es claro el alcance de la nueva definición propuesta como “precio revisable”. Sin perjuicio de que debería precisarse si existe alguna diferencia entre este nuevo concepto y los mecanismos de revisión de la TUR que ya existen en la actualidad, sería conveniente en todo caso que la TUR se defina de forma similar a la establecida en el Real Decreto 485/2009, y a como se definirá en el sector del gas natural. En consecuencia, el precio al que se refiere el precepto que cobrarán los CUR ha de ser único, es decir, el correspondiente a la TUR.

Entendemos que en esta reforma no cabe cuestionar tal carácter, toda vez que la TUR fue diseñada como tarifa “refugio” por parte del legislador, con el propósito de incentivar al máximo el cambio al mercado libre. Ello se conseguirá más fácilmente (siempre que dicha TUR esté orientada a costes, como ya defendió la CNC en su IPN 24/09 relativo a la transposición de la Directiva de Servicios al sector eléctrico) si la TUR no permite ulteriores descuentos, ya que esta posibilidad supondría un desincentivo adicional a que los consumidores cambien de suministrador.

Asimismo, y como consecuencia de lo anteriormente mencionado, **la referencia en el último inciso a que los comercializadores de último recurso (CUR) “podrán cobrar”, debería modificarse, indicando que los CUR “cobrarán” la TUR**, puesto que la TUR es el único precio que estos comercializadores pueden cargar a sus clientes.

Por todo ello se propone la siguiente redacción alternativa para el artículo 18.1:

*“La tarifa de último recurso será el **precio máximo y mínimo** que **cobrarán** los comercializadores que, de acuerdo con lo previsto en el apartado f del artículo 9, asuman las obligaciones de suministro de último recurso, a los consumidores que, de acuerdo con la normativa vigente para estas tarifas, se acojan a la misma”.*

Por otra parte, en relación con la TUR, es necesario mencionar la **reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2011**, por la que se anula el artículo 2 del *Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica* en el que se establecían las empresas que asumirían la obligación de suministro de último recurso de energía eléctrica en todo el territorio nacional. En la mencionada sentencia, el TS

considera que no se había configurado una base normativa suficiente que regulara los presupuestos o criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios que permitiera determinar a qué empresas se les establecía esta obligación de suministro de último recurso. En atención a lo anterior, **sería conveniente que en el APL se detallen los criterios que se van a tener en cuenta para determinar qué comercializadores pueden ser CUR, criterios que en todo caso deben ser transparentes, objetivos y no discriminatorios, y que a la mayor brevedad se proceda, en el vehículo normativo adecuado, a clarificar qué comercializadores pueden ser CUR.**

#### ***Veintinueve. Modificación del artículo 38 LSE.***

El apartado 3 de este art. 38 LSE establece que el operador del sistema, como gestor de la red de transporte, sólo podrá denegar el acceso a la red en caso de que no disponga de la capacidad necesaria. Se establece asimismo que la denegación deberá ser motivada, atendiendo a las exigencias que a estos efectos se establezcan reglamentariamente.

Tal redacción coincide con la del vigente art. 38.2 LSE, modificado por la Ley 17/2007, de 4 de julio. Sin perjuicio de ello, y a la luz de la experiencia acumulada en otros subsectores energéticos, en los que se ha sancionado por abuso la negativa de acceso, convendría recoger que esta regulación de las condiciones de denegación de la negativa es **“sin perjuicio de las infracciones previstas a este respecto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia”**.

#### ***Treinta y cuatro. Modificación del artículo 45 LSE***

El APL incorpora un nuevo apartado j) al artículo 45 LSE, que es el que regula las obligaciones y derechos de las empresas comercializadoras en relación al suministro. Este nuevo apartado establece que las comercializadoras deben *“Tener a disposición del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, la Comisión Nacional de Energía y la Comisión Nacional de la Competencia a efectos del cumplimiento de sus cometidos respectivos, durante al menos cinco años, los datos sobre todas las transacciones de los contratos de suministro de electricidad y los derivados relacionados con la electricidad suscritos con los clientes mayoristas y los gestores de redes de transporte, de acuerdo a lo que reglamentariamente se determine”*.

Esta previsión, junto con la inclusión expresa de la CNC en la misma, se valora muy positivamente. Sin embargo, sería muy conveniente que tal obligación no se limitase a los datos relativos a contratos suscritos con clientes mayoristas, sino que también se extendiese a los clientes minoristas, toda vez que no parece ésta una información cuyo mantenimiento por parte de los comercializadores resulte especialmente gravosa, de

cara a su puesta a disposición de los organismos públicos referidos. Por lo tanto, en ausencia de justificación en contrario, **se propone que se elimine la precisión de “mayoristas” del precepto, de forma que la obligación en cuestión se refiera a los datos de todos “los clientes”, sin distinción.**