

2-2012
Abril, 2012

NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 13/2012, PARA LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE MERCADOS INTERIORES DE ELECTRICIDAD Y GAS

El 31 de marzo se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado (“BOE”) el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista (“**Real Decreto-ley 13/2012**”).

La entrada en vigor de este Real Decreto-ley 13/2012 se ha producido, al día siguiente de su publicación en el BOE, esto es, el 1 de abril de 2012¹.

Mediante el presente Real Decreto-ley se aprueban medidas de diversa naturaleza para los sectores de la energía, gas y telecomunicaciones. La presente nota se centra, única y exclusivamente, en los aspectos principales de la transposición de las Directivas referentes al mercado interior de la electricidad y el gas. Además, el Real Decreto-ley 13/2012 contiene otras medidas para corregir el desajuste entre ingresos y costes de los sistemas eléctrico y gasista y para la transposición de Directivas comunitarias en el sector de comunicaciones electrónicas que son objeto de análisis en notas separadas.

1. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Lisboa, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, habilita a la Comisión para solicitar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la imposición de importantes sanciones económicas de manera acelerada, si los Estados Miembros incumplen el plazo de transposición de las Directivas Comunitarias.

¹ Ello no obstante, el nuevo artículo 63 ter de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, relativo a la certificación como gestores de red de transporte de gas de empresas de países no pertenecientes a la Unión Europea, entrará en vigor el día 3 de marzo de 2013.

Así, España se había retrasado en la transposición de algunas Directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas que para su incorporación al Derecho interno requieren una norma con rango de ley. Para evitar la imposición de las multas establecida en los Tratados europeos, el Gobierno ha considerado procedente realizar la transposición de las citadas Directivas a través de este Real Decreto-ley.

En este contexto, el Real Decreto-ley 13/2012 incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las siguientes Directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas: i) 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 (en lo sucesivo, **Directiva 2009/72/CE**); ii) Directiva 2009/73/CE, de 13 de julio de 2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE (en lo sucesivo, **Directiva 2009/73/CE**) y; iii) Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE(en lo sucesivo,**Directiva 2009/28/CE**).

Esta nota resume las principales modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 13/2012 en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (“**LSE**”) y en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (“**LSH**”) para incorporar a nuestro derecho interno la normativa comunitaria a la que se ha hecho mención.

2. MODIFICACIONES A LA LEY DEL SECTOR ELÉCTRICO

2.1 Objetivos y principios generales

Con la trasposición de la Directiva 2009/072/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, se incorporan al ordenamiento jurídico español nuevos preceptos para lograr una separación efectiva de las actividades de suministro y generación de las actividades de red, planteando diferentes opciones para llevar a cabo dicha separación entre actividades. Se refuerza el papel de las autoridades reguladoras nacionales, contemplando la creación de una única autoridad reguladora a escala nacional, jurídica y funcionalmente independiente de cualquier otra entidad pública o privada, y se fijan los objetivos, obligaciones y competencias de las autoridades reguladoras.

Por otro lado, se refuerzan las obligaciones de servicio público en el sector eléctrico, con referencia, entre otros, al acceso de los consumidores a sus datos de consumo, los precios asociados los costes del servicio, así como a la información relativa a las vías de solución de conflictos.

En cuanto a la Directiva 2009/028/CE, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, debe notarse que su transposición ya se había realizado, casi íntegramente, mediante la Ley de Economía Sostenible y otras disposiciones de rango reglamentario. Ello no obstante, se modifica la LSE con el fin de habilitar a la

Administración General del Estado para la puesta en marcha de mecanismos de cooperación internacional para el cumplimiento de los compromisos de penetración de energías renovables contemplados en la Directiva.

2.2 Comisión Nacional de la Energía

Se modifica la LSE dando cumplimiento a la obligación contenida en la Directiva 2009/72/CE consistente en que cada Estado miembro designe formalmente a una única autoridad reguladora a escala nacional, jurídica y funcionalmente independiente de cualquier otra entidad pública o privada. A estos efectos, España cuenta con la Comisión Nacional de la Energía (“CNE”) como autoridad reguladora de la energía en el ámbito nacional, si bien, como se expondrá a continuación, con las modificaciones introducidas en la LSE por el Real Decreto-ley 13/2012 se regulan de forma detallada las nuevas competencias y funciones de esta autoridad reguladora, reforzando las que ya estaban establecidas en legislación vigente y, concretamente, en la LSH.

Así, en primer lugar, se habilita a la CNE, dentro de su ámbito de actuación y de las funciones que tiene encomendadas, para imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en el ámbito de sus competencias y en relación con los incumplimientos de resoluciones jurídicamente vinculantes o requerimientos de la CNE, modificándose a estos efectos el régimen de infracciones y sanciones de la LSE.

Por otro lado, se incrementan las funciones que tiene asignadas este organismo², que pasará a ser el encargado de establecer mediante circulares, previo trámite de audiencia y con criterios de eficiencia económica, transparencia, objetividad y no discriminación:

- La metodología para el cálculo de la parte de los peajes de acceso a las redes de electricidad correspondientes a los costes de transporte y distribución, de acuerdo al marco tarifario y retributivo establecido en la LSE y en su normativa de desarrollo. A estos efectos, se entenderá como metodología de cálculo de los peajes, la asignación eficiente de los costes de transporte y distribución a los consumidores y generadores.

Hasta que la CNE establezca la metodología para el cálculo de la parte de los peajes de acceso a las redes de electricidad correspondientes a los costes de transporte y distribución de energía eléctrica, la aprobación de los peajes de acceso se realizará de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17 de la LSE.

- La metodología relativa al acceso a las infraestructuras transfronterizas, incluidos los procedimientos para asignar capacidad y gestionar la congestión, de acuerdo con el marco normativo de acceso a las infraestructuras y de funcionamiento del mercado de producción de energía eléctrica y a los criterios que se determinen reglamentariamente.

² Téngase en cuenta que el establecimiento de las nuevas funciones de la CNE se realiza a través de la modificación de la LSH, que es la norma en la que se establecen las funciones de este organismo regulador.

- Las metodologías relativas a la prestación de servicios de equilibrio entre sistemas gestionados por distintos operadores del sistema, que desde el punto de vista de menor coste, de manera justa y no discriminatoria, proporcionen incentivos adecuados para que los usuarios de la red equilibren su producción y consumo, de acuerdo con el marco normativo para el correcto funcionamiento del sistema eléctrico.

2.3 Suministro

El Real Decreto-ley 13/2012 modifica la LSE para introducir nuevas medidas en materia de protección de los consumidores que ya estaban contempladas en la normativa comunitaria incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de esta norma. A continuación se resumen las principales modificaciones operadas en la LSE con la finalidad apuntada:

- 1º Se introduce la referencia al consumidor vulnerable, contemplando que es aquél que cumple las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen. En todo caso, se circunscribirá a personas físicas en su vivienda habitual.

La definición de los consumidores vulnerables y los requisitos que deben cumplir, así como las medidas a adoptar para este colectivo, se determinarán reglamentariamente por el Gobierno. Transitoriamente, hasta que no definan los consumidores vulnerables, se considerará como tales a aquellos consumidores que, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2009, tienen derecho a acceder al bono social.

- 2º En el plazo de tres (3) meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 13/2012, las empresas comercializadoras deberán poner a disposición de los consumidores un servicio de atención telefónica y un número de teléfono, ambos gratuitos, para atender las solicitudes de información sobre los aspectos relativos a la contratación y suministro.
- 3º Se introduce una habilitación legal para que reglamentariamente se establezcan: i) medidas de protección del consumidor que deberán recogerse en las condiciones contractuales de los contratos de suministro de los comercializadores con aquellos consumidores que por sus características de consumo o condiciones de suministro requieran un tratamiento contractual específico; ii), los mecanismos de contratación y las condiciones de facturación de los suministros, incluyendo los procedimientos de cambio de suministrador (que se realizará en un plazo de tres semanas), y de resolución de reclamaciones. En el desarrollo reglamentario se considerará el establecimiento, por parte de las Administraciones competentes, de puntos de contacto únicos en coordinación con la CNE para ofrecer a los consumidores toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y a los procedimientos de solución de conflictos de que disponen en caso de litigio.

- 4º Se establecen las siguientes obligaciones para los comercializadores en relación con el suministro de energía:
- Tener a disposición del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, la CNE, la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Europea 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. En caso de que los organismos anteriormente mencionados necesiten acceder a datos conservados por entidades que entren en el ámbito de aplicación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, la CNMV les facilitará los datos necesarios.
 - Informar a sus clientes sobre sus derechos respecto de las vías de solución de conflictos de que disponen en caso de litigio. Asimismo, para el suministro a consumidores finales deberán disponer de un servicio de atención a sus quejas, reclamaciones, solicitudes de información o comunicaciones de cualquier incidencia en relación al servicio contratado u ofertado, poniendo a su disposición una dirección postal, un servicio de atención telefónica y un número de teléfono, ambos gratuitos, y un número de fax o una dirección de correo electrónico al que los mismos puedan dirigirse directamente. Los prestadores comunicarán su dirección legal si ésta no coincide con su dirección habitual para la correspondencia.
 - Cumplir los plazos que se establezcan reglamentariamente para las actuaciones que les corresponden en relación con los cambios de suministrador. Esta obligación se establece igualmente para las empresas distribuidoras.
- 5º El incumplimiento de las obligaciones que se establecen para las empresas comercializadoras en relación al suministro en los párrafos a), b) y h) del artículo 45.1 LSE³, o el incumplimiento de los plazos que se establezcan otras obligaciones de pago frente al sistema eléctrico, serán motivo suficiente para que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo determine, previo trámite de audiencia y de forma motivada, objetiva y transparente, el traspaso de los clientes de dicho comercializador a un comercializador de último recurso (“CUR”). Asimismo, determinará el CURal que los clientes se traspasan y las condiciones de suministro de dichos clientes, sin perjuicio de las sanciones que puedan derivarse de acuerdo con la LSE.

³ A saber: i) adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones; ii) Contratar y abonar el peaje de acceso correspondiente a la empresa distribuidora y; iii) prestar, en su caso, las garantías que reglamentariamente correspondan por el peaje de acceso de sus clientes

2.4 Designación y certificación del gestor de la red

La sociedad mercantil que actúe como OS será autorizada y designada como gestor de la red de transporte por el Ministro de Industria, Energía y Turismo. Ello no obstante, con carácter previo a la designación, la CNE deberá certificar que dicha sociedad mercantil puede cumplir con las funciones que se atribuyen al OS en el artículo 34.2 de la LSE.

Una vez sea realizada la primera designación y autorización del gestor de la red de transporte, la CNE controlará que dicha sociedad se mantiene en el cumplimiento de los requisitos establecidos utilizando el procedimiento de certificación establecido. Estas certificaciones que se realicen en relación con el mantenimiento de los requisitos podrán dar lugar a una nueva designación y autorización del gestor de la red de transporte.

Las designaciones del gestor de red de transporte se notificarán a la Comisión Europea a efectos de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (“DOUE”). La CNE iniciará el procedimiento de certificación por medio de (i) solicitud o notificación por la empresa interesada (ii) solicitud motivada del Ministerio de Industria, Energía y Turismo o de la Comisión Europea, o (iii) a iniciativa propia en aquellos casos en los que tenga conocimiento de posibles transacciones que puedan dar o hayan dado lugar al incumplimiento de los requisitos establecidos en relación a la separación de actividades.

A partir de este momento, la CNE adoptará una resolución provisional de forma motivada sobre la certificación en el plazo máximo de cuatro meses previa audiencia al interesado. Si en dicho plazo no se hubiese emitido la certificación provisional se considerará concedida. Dicha resolución será comunicada a la Comisión Europea, con el fin de que emita el correspondiente dictamen previo a la adopción de la resolución definitiva. Asimismo, remitirá copia del expediente al Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

De no emitir un dictamen la Comisión Europea en el plazo previsto al efecto en la legislación comunitaria, se considerará que no pone objeciones a la resolución provisional de la CNE.

Con posterioridad, en el plazo de dos meses desde la recepción del dictamen emitido por la Comisión Europea, o agotados los plazos previstos al efecto en la legislación comunitaria, la CNE resolverá con carácter definitivo sobre la certificación, dando cumplimiento a la decisión de la Comisión Europea. La certificación no surtirá efectos hasta su publicación en el BOE y en el DOUE.

Por otra parte, se faculta a la CNE para la certificación de los gestores de la red de transporte que queden bajo control de una o varias personas de uno o más países no pertenecientes a la Unión Europea. A estos efectos, el gestor de la red de transporte notificará a la CNE cualquier circunstancia que pueda dar lugar a que se produzca este hecho y, por su parte, la CNE notificará a la Comisión Europea tal circunstancia.

En tal caso, la CNE iniciará el proceso de certificación de acuerdo con el procedimiento y plazos que ha sido descrito anteriormente y denegará la certificación si en el marco de este procedimiento no se demuestra que:

- La entidad en cuestión cumple los requisitos establecidos en el artículo 34 de la LSE para el OS.
- La concesión de la certificación no pondrá en peligro la seguridad de suministro nacional y de la Unión Europea, teniendo en cuenta los derechos y obligaciones de España y de la Unión Europea con respecto a dicho tercer país, y otros datos y circunstancias específicos del caso y del tercer país de que se trate.

En la notificación de la propuesta de resolución a la Comisión Europea, la CNE solicitará un dictamen específico sobre si la entidad en cuestión cumple los requisitos de separación de actividades, y si la concesión de la certificación no pondría en peligro la seguridad del suministro en la Unión Europea. Sustanciado dicho trámite, la CNE resolverá sobre la certificación, teniendo en cuenta el dictamen de la Comisión. En caso de que la decisión adoptada por la CNE difiriera del dictamen de la Comisión Europea, se harán pública la motivación de la misma.

2.5 Separación de actividades

Con objeto de reforzar las obligaciones establecidas en la LSE en materia de separación de actividades, el Real Decreto-ley 13/2012 introduce en la LSE nuevas medidas dirigidas a limitar la participación en empresas y toma de control de las mismas con el objetivo de garantizar la independencia entre las actividades de red y las actividades de generación y suministro.

A continuación se resumen las principales modificaciones operadas en la LSE con la finalidad apuntada:

- 1º Se establecen nuevas obligaciones o criterios de independencia para aquellos casos en que los que un grupo de sociedades desarrolle, a través de sociedades diferentes, algunas de las actividades reguladas.

De este modo, las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades reguladas (a saber, la operación del sistema, el transporte y la distribución) no podrán participar en estructuras organizativas del grupo empresarial que sean responsables, directa o indirectamente, de la gestión cotidiana de actividades de generación, comercialización o de servicios de recarga energética. Adicionalmente, y sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 35.2 de LSE⁴ en materia de transportista único y de exclusividad de desarrollo de la actividad de transporte, el responsable de administración de la red de distribución no podrá participar en la gestión cotidiana de las actividades de transporte.

⁴ Artículo 35.2 LSE: “En todo caso el gestor de la red de transporte actuará como transportista único desarrollando la actividad en régimen de exclusividad en los términos establecidos en la presente Ley. No obstante lo anterior, se habilita al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio para autorizar expresa e individualizadamente, previa consulta con la Comisión Nacional de Energía y la Comunidad Autónoma en la que radique la instalación, que determinadas instalaciones de hasta 220 kV de tensión, por sus características y funciones, sean titularidad del distribuidor de la zona que se determine”.

- 2º Las sociedades que realicen actividades reguladas establecerán un código de conducta en el que se expongan las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de separación de actividades. El código de conducta establecerá obligaciones específicas de los empleados, y su cumplimiento será objeto de la adecuada supervisión y evaluación por la persona u órgano competente designado por la sociedad a tal efecto, que será independiente y tendrá acceso a toda la información de la sociedad y de cualquiera de sus empresas filiales que requiera para el desempeño de su función. Anualmente, el encargado de supervisión presentará un informe al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la CNE, que será publicado en el BOE, indicando las medidas adoptadas para lograr el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la LSE en materia de separación de actividades.
- 3º Se establece la obligación para las empresas distribuidoras que formen parte de un grupo de sociedades que desarrollen actividades reguladas y libres en los términos previstos en la LSE, de no crear confusión en su información y en la presentación de su marca e imagen de marca respecto a la identidad propia de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización; todo ello sin perjuicio del régimen de infracciones y sanciones previsto en la normativa vigente a este respecto.
- 4º Se modifican las condiciones a las que debe ajustarse el régimen societario del Operador del Sistema (en adelante, también, “OS”), que deberá ajustarse a las siguientes condiciones:
- a) Ninguna persona física o jurídica tendrá derecho:
 - A ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o comercialización⁵, y simultáneamente ejercer control, de manera directa o indirecta o ejercer ningún derecho en el operador del sistema, ni
 - A ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre el operador del sistema y simultáneamente ejercer control, de manera directa o indirecta o ejercer ningún derecho en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o comercialización.
 - b) Ninguna persona física o jurídica tendrá derecho a nombrar a los miembros del órgano de administración del operador del sistema si, directa o indirectamente, ejerce control o ejerce derechos en una empresa que realice cualquiera de las actividades de generación o comercialización.

⁵ A estos efectos, se incluyen dentro del concepto de “empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o comercialización” a aquellas que realicen las actividades de producción y comercialización en el sector del gas natural.

- c) Ninguna persona física o jurídica tendrá derecho a ser miembro del órgano de administración, simultáneamente en una empresa que realice cualquiera de las actividades de generación o comercialización y en el operador del sistema.
- d) Los derechos indicados en los puntos a) y b) anteriores, incluirán, en particular:
- La facultad de ejercer derechos de voto en relación con los órganos de administración o gobierno de las sociedades;
 - La facultad de designar a miembros del órgano de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, o
 - La posesión de participaciones accionariales mayoritarias conforme se establece en el artículo 42.1 del Código de Comercio.

5º Para el ejercicio de las funciones correspondientes al operador del sistema y gestor de la red de transporte, Red Eléctrica de España, S.A.U. (“**REE**”) deberá crear dentro de su estructura una unidad orgánica específica que ejercerá en exclusiva dichas funciones con la adecuada separación contable y funcional, dando cumplimiento a los criterios establecidos para la separación de actividades en la LSE, respecto del resto de actividades que lleva a cabo la empresa REE.

Así, por un lado, el director ejecutivo de la unidad orgánica específica será nombrado y destituido por el Consejo de Administración de la sociedad “Red Eléctrica Corporación, S.A. ”, con el visto bueno del Ministro de Industria, Energía y Turismo y, por otro, el personal adscrito a dicha unidad que ejerza las funciones como operador del sistema y gestor de la red de transporte suscribirá el código de conducta al que se ha hecho mención anteriormente, garantizando su independencia respecto al resto de unidades del grupo empresarial.

A la sociedad matriz le serán igualmente de aplicación las disposiciones que han sido detalladas anteriormente en relación con el régimen societario al que deberá ajustarse el OS y, además, tendrá las siguientes limitaciones:

- Podrá participar en cualquier persona física o jurídica, siempre que la suma de su participación directa o indirecta en el capital de esta sociedad no supere el 5 por ciento del capital social ni ejerza derechos políticos por encima del 3 por ciento. Estas acciones no podrán sindicarse a ningún efecto.
- Aquellos sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico y aquellas personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital de dichos sujetos con una cuota superior al 5 por ciento, no podrán ejercer derechos políticos en dicha sociedad matriz por encima del 1 por ciento, sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el apartado 2 del artículo 34 de LSE para generadores y comercializadores.

Las limitaciones anteriores no serán aplicables a la participación correspondiente a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, que mantendrá, en todo caso, una participación en la sociedad matriz Red Eléctrica Corporación, S.A., no inferior al 10 por ciento.

La Comisión Nacional de Energía estará legitimada para el ejercicio de las acciones legales tendentes a hacer efectivas las limitaciones impuestas en este precepto. A efectos de computar la participación en dicho accionariado, se atribuirán a una misma persona física o jurídica, además de las acciones y otros valores poseídos o adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo, tal y como éste se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (“LMV”), aquellas cuya titularidad corresponda: i) a las personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquélla, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión. Se entenderá, salvo prueba en contrario, que actúan por cuenta de una persona jurídica o de forma concertada con ella los miembros de su órgano de administración; ii) a los socios junto a los que aquélla ejerza el control sobre una entidad dominada conforme a lo previsto en el artículo 4 de la LMV. En todo caso, se tendrá en cuenta tanto la titularidad dominical de las acciones y demás valores como los derechos de voto que se disfruten en virtud de cualquier título.

Los derechos políticos correspondientes a las acciones u otros valores que posean las personas que participen en el capital de la sociedad matriz Red Eléctrica Corporación, S.A., que excedan los límites máximos señalados anteriormente, quedarán en suspenso desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 13/2012, en tanto no se adecuen a dichos límites.

Por último, se imponen las siguientes limitaciones a Red Eléctrica Corporación, S.A.: (i) no podrá transmitir a terceros las acciones de las filiales que realicen actividades reguladas y (ii) tendrá prohibida la realización de actividades distintas de la operación del sistema, el transporte y la gestión de la red de transporte a través de las filiales reguladas incluida la toma de participación en sociedades que realicen otras actividades.

2.6 Mecanismos de cooperación internacional para el cumplimiento de los compromisos derivados de la directiva de energías renovables

A través del Real Decreto-ley 13/2012 se modifica la LSE para habilitar a la Administración General del Estado para la puesta en marcha de mecanismos de cooperación internacional que tienen como finalidad establecer un marco común europeo para el fomento de la energía procedente de fuentes renovables con el fin de limitar las emisiones de gases de efecto invernadero así como para promover la eficiencia energética y reducir la contaminación debida al transporte. Dentro de los mecanismos de cooperación internacional que, de esta forma, podrá facilitarse se incluirán, al menos, los siguientes: (i) las transferencias estadísticas entre Estados miembros de cantidades determinadas de energía procedente de fuentes renovables; (ii) la puesta en marcha de proyectos conjuntos con otros Estados miembros; (iii) la puesta en marcha de proyectos conjuntos con terceros países y, (iv) la coordinación con los sistemas de apoyo a las energías procedentes de fuentes renovables instaurados en otros Estados miembros.

La puesta en marcha de los correspondientes proyectos o actuaciones singulares estará supeditada a su aprobación por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo que, a tal fin, tendrá en cuenta la afección a las estructuras de transporte de energía y la planificación energética en su conjunto.

3. MODIFICACIONES A LA LSH

3.1 Objetivos y principios generales

Con la trasposición de la Directiva 2009/073/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el concepto de separación patrimonial, entendiéndose por tal una situación en la que el propietario de la red es designado gestor de la red y es independiente de cualquier empresa con intereses en la producción y el suministro. Asimismo, se profundiza en los objetivos y funciones que contribuyan a garantizar la efectividad y aplicación de las medidas de protección a los consumidores e introduce la referencia al consumidor vulnerable.

3.2 Ámbito de aplicación

Se incluye en el ámbito de aplicación de la LSH, al biogás, al gas obtenido de la biomasa y a otros tipos de gas, siempre que sea técnicamente posible su inyección en la red de gas natural.

3.3 Comisión Nacional de la Energía

Se incrementan las funciones que tiene asignadas este organismo, atribuyéndosele numerosas facultades de supervisión del sector gasista, y se establece que será el organismo encargado de establecer mediante circulares, previo trámite de audiencia y con criterios de eficiencia económica, transparencia, objetividad y no discriminación:

- La metodología para el cálculo de los peajes y cánones de los servicios básicos de acceso a las instalaciones gasistas: transporte y distribución, regasificación, almacenamiento y carga de cisternas, dentro del marco tarifario y retributivo definido en la LSH, y en su normativa de desarrollo.

Hasta que la CNE establezca la metodología para el cálculo de los peajes y cánones de los servicios básicos de acceso a las instalaciones gasistas, serán de aplicación los criterios recogidos en la LSH así como lo dispuesto en el Real Decreto 949/2002, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural y las órdenes de desarrollo

- La metodología relativa a la prestación de servicios de balance de forma que proporcionen incentivos adecuados para que los usuarios de la red equilibren sus entradas y salidas del sistema gasista dentro del marco normativo de acceso y funcionamiento del sistema definido en la LSH y en su normativa de desarrollo.

- La metodología relativa al acceso a las infraestructuras transfronterizas, incluidos los procedimientos para asignar capacidad y gestionar la congestión, dentro del marco normativo de acceso y funcionamiento del sistema definido en la LSH y en su normativa de desarrollo.

Adicionalmente, la CNE es investida con potestad sancionadora así como con capacidad para dirigir decisiones vinculantes a las empresas en el ámbito de las competencias que dicho organismo tiene atribuidas, modificándose a estos efectos el régimen de infracciones y sanciones de la LSH.

Finalmente, el Real Decreto-ley 13/2012 modifica la LSH estableciendo los objetivos generales y relación de la CNE con la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y con los Organismos Reguladores del resto de Estados miembros de la Unión Europea.

3.4 Suministro

El Real Decreto-ley 13/2012 modifica la LSH para introducir nuevas medidas en materia de protección de los consumidores que ya estaban contempladas en la normativa comunitaria incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de esta norma. A continuación se resumen las principales modificaciones operadas en la LSH con la finalidad apuntada:

- 1º Se habilita al Ministerio de Industria, Energía y Turismo para establecer condiciones específicas de suministro para determinados consumidores que, por sus características económicas, sociales o de suministro, tengan la consideración de clientes vulnerables.
- 2º Las Administraciones competentes, en coordinación con la CNE, establecerán puntos de contacto únicos para ofrecer a los consumidores toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y las vías de solución de conflictos de que disponen en caso de litigios.
- 3º Se añade un nuevo artículo 57.bis en el que se detallan profusamente los derechos de los consumidores en su relación con el suministro. Entre otros, cabe destacar los siguientes: i) libertad de elección de suministrador para la compra de gas natural; ii) suscripción de un contrato con el comercializador con el contenido mínimo que se establece en la LSH; iii) recepción de información transparente sobre los precios, tarifas y condiciones generales aplicables al acceso y al uso de los servicios de gas; iv) cambiar de suministrador sin coste alguno; v) acceder a las instalaciones propiedad de terceros, de almacenamiento, transporte y distribución, en los términos previstos en la LSH y normativa que la desarrolle.
- 4º Se establecen nuevas obligaciones para los comercializadores en relación con el suministro de gas:
 - Mantener a disposición del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, de la CNE, la Comisión Nacional de la Competencia y de la Comisión Europea, durante al menos cinco años, los datos pertinentes sobre todas las transacciones

de los contratos de suministro de gas y los derivados relacionados con el gas suscritos con los clientes mayoristas y los gestores de redes de transporte, así como con los gestores de almacenamientos y de redes de GNL.

- Informar a los clientes sobre los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos de los que dispone y la forma de acceso a los mismos.
 - Cumplir los plazos que se establezcan reglamentariamente para las actuaciones que les corresponden en relación con los cambios de suministrador. El plazo que se establezca reglamentariamente no podrá ser superior en ningún caso a las tres semanas.
 - En el plazo de tres (3) meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 13/2012, las empresas comercializadoras deberán realizar las adaptaciones necesarias para disponer, respecto de sus consumidores finales, de un servicio de atención a sus quejas, reclamaciones, solicitudes de información o comunicaciones de cualquier incidencia en relación al servicio contratado u ofertado, poniendo a su disposición una dirección postal, un servicio de atención telefónica y un número de teléfono, ambos gratuitos, y un número de fax o una dirección de correo electrónico al que los mismos puedan dirigirse directamente.
- 5° Finalmente, se establece que tendrán la consideración de comercializadores las sociedades mercantiles que realicen la venta de gas natural licuado (GNL) a otros comercializadores dentro del sistema gasista o a consumidores finales. Por su parte, pasan a tener la consideración de consumidor final a los efectos previstos en la LSH, las empresas que suministren gas natural, biogás o gases manufacturados para su uso como carburante en estaciones de servicio, siempre que se suministren de un comercializador.

3.5 Redefinición de la red básica de gas natural

De acuerdo con lo dispuesto en el 59 de la LSH, el sistema gasista comprenderá las siguientes instalaciones: i) las incluidas en la red básica, ii) las redes de transporte secundario, iii) las redes de distribución y, iv) los almacenamientos no básicos y demás instalaciones complementarias. En este contexto, debe notarse que el Real Decreto-ley 13/2012 modifica la LSH redefiniendo las instalaciones que forman parte de la red básica de gas natural, que pasa a estar integrada por:

- a) Los gasoductos de transporte primario de gas natural a alta presión. Se considerarán como tales aquellos cuya presión máxima de diseño sea igual o superior a 60 bares, diferenciándose entre:
 - Red troncal: Gasoductos de transporte primario interconectados esenciales para el funcionamiento del sistema y la seguridad de suministro excluyendo la parte de los gasoductos de transporte primario utilizados fundamentalmente para el suministro local de gas natural. En todo caso se considerarán incluidas las conexiones internacionales del sistema gasista español con otros sistemas, las

conexiones con yacimientos de gas natural en el interior o con almacenamientos básicos, las conexiones con las plantas de regasificación, las estaciones de compresión y los elementos auxiliares necesarios para su funcionamiento.

- Red de influencia local: Gasoductos de transporte utilizados fundamentalmente para el suministro local de gas natural.
- b) Las plantas de regasificación de gas natural licuado que puedan abastecer el sistema gasista y las plantas de licuefacción de gas natural.
- c) Los almacenamientos básicos de gas natural, que puedan abastecer el sistema gasista.

Adicionalmente, se incluye una definición de “almacenamientos no básicos de gas natural” señalando que son las estructuras de almacenamiento de gas natural en el subsuelo y las instalaciones de superficie que se requieran, con carácter temporal o permanente, para el desarrollo de la actividad de explotación del almacenamiento subterráneo de gas natural, incluidos los gasoductos de conexión entre el almacenamiento y la red básica de gas natural. Estas instalaciones quedarán excluidas del régimen retributivo del sistema de gas natural.

3.6 Gestor de la red de transporte

El Real Decreto-ley 13/2012 modifica la LSH incluyendo la definición de gestor de la red de transporte, estableciendo que tendrán tal consideración aquellas sociedades mercantiles autorizadas para la construcción, operación y mantenimiento de instalaciones de la red troncal y certificadas de acuerdo con el procedimiento que se establece a estos efectos en el nuevo artículo 63 bis de la LSH.

Por su parte, se establece que tendrán la consideración de gestores de red independientes aquellas sociedades mercantiles que gestionan instalaciones de la red troncal de las que no son propietarios y están autorizadas para la construcción, operación y mantenimiento. Para ello, el gestor de red independiente deberá: i) demostrar que dispone de los recursos humanos, técnicos, financieros y físicos necesarios para llevar a cabo sus funciones y; ii) disponer de capacidad para cumplir con las obligaciones que impone el Reglamento (CE) n.º 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1775/2005, incluida la cooperación de los transportistas en los ámbitos europeo y regional.

Las funciones que deberá llevar a cabo el gestor de red independiente en relación con las instalaciones de la red troncal cuya gestión le hayan sido encomendadas serán:

- a) Conceder y gestionar las solicitudes de acceso a las instalaciones.
- b) Firmar los contratos y recaudar los peajes correspondientes al acceso de terceros a las instalaciones.

- c) Explotar, mantener y desarrollar la red de transporte de acuerdo con lo previsto en la planificación obligatoria, en la presente Ley y su normativa de desarrollo.
- d) Planificar las infraestructuras necesarias para el correcto funcionamiento de las instalaciones que gestionan, tramitar las autorizaciones correspondientes y construir las mismas, siempre y cuando las instalaciones no sean objeto de adjudicación directa.
- e) Adoptar las medidas necesarias para dar cobertura a las responsabilidades correspondientes a sus funciones en relación con los activos cuya gestión le hayan sido cedidos.

Adicionalmente, los gestores de red independientes tendrán que cumplir las obligaciones establecidas en el artículo 68 LSH para los titulares de autorizaciones para la regasificación, transporte y almacenamiento de gas natural, en lo que les sea de aplicación.

Por su parte, los propietarios de instalaciones de la red troncal que hayan cedido su gestión a un gestor de red independiente deberán:

- a) Cooperar y apoyar al gestor de red independiente para el desarrollo de sus funciones, incluida la aportación de toda la información necesaria.
- b) Adoptar las medidas necesarias para dar cobertura a la responsabilidad derivada de sus activos, exceptuando la correspondiente a las funciones del gestor de red independiente.
- c) Financiar las inversiones decididas por el gestor de red independiente y aprobadas por la CNE, o dar su consentimiento para que sean financiadas por cualquier parte interesada, incluido el gestor de red independiente. Los correspondientes mecanismos de financiación deberán ser aprobados por la CNE, que previamente deberá consultar al propietario de los activos junto con otras partes interesadas.
- d) Aportar las garantías necesarias para facilitar la financiación de cualquier ampliación de la red, con excepción de las inversiones para cuya financiación por cualquier parte interesada haya dado su consentimiento.
- e) No serán competentes para la concesión y gestión del acceso de terceros a las instalaciones cedidas ni de la planificación de inversiones.

A estos efectos, el gestor de red independiente y el propietario de las instalaciones de la red troncal firmarán un contrato, que deberá ser aprobado por la CNE, en el que se detallen las condiciones contractuales así como responsabilidades de cada uno. La CNE controlará que el propietario de la red de transporte y el gestor de red independiente cumplen las obligaciones que les corresponden, pudiendo solicitar a estos efectos la información que considere necesaria para el ejercicio de sus funciones y realizar inspecciones, incluso sin previo aviso, de las instalaciones tanto del titular de las instalaciones de transporte como del gestor de red independiente.

La CNE actuará como órgano de resolución de conflictos entre el titular de la instalación de transporte y el gestor de red independiente, cuando uno de ellos lo reclame.

3.7 Certificación de los gestores de la red de transporte

Los gestores de la red de transporte, incluyendo los gestores de red independientes, deberán obtener previamente una certificación de cumplimiento de los requisitos de separación de actividades, de acuerdo con el nuevo procedimiento que, a estos efectos, se establece en el artículo 63.bis si para el caso de que el procedimiento de certificación sea de una empresa de un país de la Unión Europea o, en su caso, en el 63. ter, si se trata de una empresa de un país no perteneciente a la Unión Europea.

Por lo que se refiere al detalle de los trámites de los procedimientos de certificación del gestor de la red de transporte regulados en dichos preceptos, véase el apartado 2.4 de la presente nota⁶.

3.8 Separación de actividades

Con objeto de reforzar las obligaciones establecidas en la LSH en materia de separación de actividades, así como articular un régimen específico de separación de actividades para los gestores de la red de transporte, el Real Decreto-ley 13/2012 introduce en la LSH las siguientes medidas:

- Al gestor de la red de transporte se le exige la separación efectiva de las actividades de transporte, por un lado, y de las actividades de suministro y producción, por otro. A estos efectos, se modifica el régimen de separación de actividades regulado en el artículo 63 LSH para incluir el siguiente modelo de separación patrimonial:
 - i) Las empresas propietarias de instalaciones pertenecientes a la red troncal de gasoductos deberán operar y gestionar sus propias redes, o ceder la gestión de las mismas a un gestor de red independiente en los casos previstos en LSH.
 - ii) Los gestores de red de transporte deberán cumplir las siguientes condiciones:
 - Ninguna persona física o jurídica que ejerza control, de manera directa o indirecta, sobre el gestor de red de transporte podrá ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo actividades de producción o comercialización de gas natural, ni viceversa.
 - Ninguna persona física o jurídica que sea miembro o tenga derecho a nombrar a los miembros del Consejo de Administración o de los órganos que representen legalmente al gestor de la red de transporte, podrá ejercer

⁶ A este respecto, téngase en cuenta que el procedimiento que se ha establecido en la LSE para la certificación del gestor de la red de transporte de energía eléctrica es homogéneo, en cuanto a trámites, plazos y autoridades intervinientes, al que se ha establecido en la LSH para la certificación del gestor de la red de transporte de gas.

control o derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o comercialización de gas natural. Tampoco podrá transferir personal del gestor de red de transporte a empresas que realicen funciones de producción o suministro.

A estos efectos se considerará que una sociedad ejerce el control de otra en los términos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

- iii) No obstante lo anterior, aquellas empresas transportistas, que fuesen propietarias de instalaciones de la red troncal con anterioridad al día 3 de septiembre de 2009 y que por formar parte de un grupo empresarial al que pertenezcan sociedades que desarrollen actividades de producción o comercialización no den cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo anterior, podrán optar por mantener la propiedad de las instalaciones de la red troncal siempre y cuando cedan su gestión a un gestor de red independiente.

A estos efectos propondrán un gestor de red independiente entre las empresas que hayan obtenido la certificación de cumplimiento de los requisitos de separación de actividades de transporte y solicitarán al Ministro de Industria, Energía y Turismo su aprobación. Dicha designación estará supeditada a la aprobación de la Comisión Europea y podrá ser denegada en caso de que el gestor de red independiente no cumpla alguno de los requisitos establecidos en la LSHy su normativa de desarrollo.

Las empresas transportistas titulares de instalaciones de la red troncal deberán realizar las adaptaciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los apartados i) a iii) anteriores antes del día 3 de octubre de 2012.

- En relación con las actividades reguladas (a saber, la regasificación, el almacenamiento básico, el transporte y la distribución), las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades de distribución no podrán participar en estructuras organizativas del grupo empresarial que sean responsables, directa o indirectamente, de la gestión cotidiana de la actividad de transporte, y viceversa.
- ENAGAS, S.A. no podrá realizar a través de las filiales a las que se refiere la disposición adicional trigésima primera de la LSH actividades distintas de la gestión técnica del sistema, el transporte y la gestión de la red de transporte. Del mismo modo dichas filiales reguladas no podrán adquirir participaciones en las sociedades con objeto social distinto.
- En el caso de las sociedades que tengan por objeto la realización de actividades reguladas, llevarán en su contabilidad cuentas separadas para cada una de ellas que diferencien entre los ingresos y los gastos estrictamente imputables a cada una de dichas actividades. Asimismo, los gestores de red independientes llevarán en su contabilidad cuentas separadas para cada empresa gestionada, diferenciando los ingresos y gastos imputables a dicha gestión.
- Las entidades que actúen en el sistema gasista deberán proporcionar a la Administración competente la información que les sea requerida, en especial en relación con los contratos de abastecimiento y suministro de gas que hubieran

suscrito y con sus cuentas anuales que habrán de auditarse de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas y las disposiciones que la desarrollan. La auditoría verificará en particular que se respeta la obligación de evitar discriminaciones y subvenciones cruzadas entre actividades reguladas, y entre éstas y las actividades liberalizadas.

Adicionalmente, y en línea con la modificación que se realiza a este respecto en la LSE, el Real Decreto-ley 13/2012 modifica la LSH estableciendo la obligación para las empresas distribuidoras que formen parte de un grupo de sociedades que desarrollen actividades reguladas y no reguladas en los términos previstos en la LSE, de no crear confusión en su información y en la presentación de su marca e imagen de marca respecto a la identidad propia de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización, sin perjuicio de las infracciones previstas en la normativa vigente a este respecto.

3.9 Acceso a la red de transporte

El Real Decreto-ley 13/2012 introduce una serie de modificaciones en el artículo 70 de la LSH, en el que se regula el acceso a las instalaciones de transporte, con una doble finalidad: i) regular el acceso a los almacenamientos no básicos incluidos con carácter indicativo en la planificación y, ii) establecer los presupuestos para la concesión de la exención de acceso de terceros a nuevas infraestructuras o ampliaciones de las ya existentes.

- En relación con el acceso a los almacenamientos no básicos, resultarán de aplicación las siguientes reglas:
 - El acceso será negociado con base en criterios transparentes, objetivos y no discriminatorios. Las instalaciones quedarán excluidas del régimen retributivo del sistema de gas natural.
 - Los titulares de los almacenamientos no básicos presentarán a la CNE la metodología de asignación de capacidad a sus instalaciones y las metodologías para el cálculo de los cánones con objeto de que ésta pueda verificar que se cumplen los criterios de transparencia, objetividad y no discriminación a los que se ha hecho mención.
 - Asimismo, los titulares de los almacenamientos no básicos habrán de comunicar a la CNE y al Ministerio de Industria, Energía y Turismo las principales condiciones comerciales, servicios ofrecidos, contratos que suscriban, relación de precios por la utilización de las instalaciones, así como las modificaciones que se produzcan en los mismos, en un plazo máximo de tres meses. La CNE hará pública la parte de esta información que no sea sensible a efectos comerciales

- En relación con el acceso de terceros a nuevas infraestructuras o ampliaciones de las ya existentes, se establece que, con carácter excepcional, se podrá exceptuar de la obligación de acceso de terceros en relación con determinadas instalaciones nuevas o las modificaciones de instalaciones existentes que supongan aumento significativo de capacidad o que permitan el desarrollo de nuevas fuentes de suministro de gas que por sus características singulares así lo requieran, siempre que las mismas cumplan las siguientes condiciones:
 - La inversión debe reforzar la competencia en el suministro de gas y potenciar la seguridad de suministro.
 - El nivel de riesgo inherente a la inversión es tal que ésta no se llevaría a cabo de no concederse la exención.
 - La infraestructura será propiedad de una entidad distinta, al menos en la personalidad jurídica, de los transportistas en cuyas redes vaya a construirse la infraestructura.
 - Se cobrarán cánones a los usuarios de la infraestructura.
 - La exención no va en detrimento de la competencia, ni del funcionamiento eficaz del mercado interior del gas de la Unión Europea, ni del funcionamiento eficiente de la red regulada a la que esté conectada la infraestructura.

El procedimiento para el otorgamiento de la exención de acceso de terceros a nuevas infraestructuras o ampliaciones de las ya existentes se regula en el artículo 71 de la LSH, introducido en virtud del Real Decreto-ley 13/2012.

La presente publicación contiene información de carácter general, sin que constituya opinión profesional ni asesoría jurídica.

©Abril 2012. J&A Garrigues, S.L.P., quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra, sin autorización escrita de J&A Garrigues, S.L.P.