

IPN 25 /09. REALES DECRETOS ÓMNIBUS. HIDROCARBUROS

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en su reunión de 29 de octubre de 2009, ha aprobado el presente informe, relativo al *Proyecto de Real Decreto XX/XXXX, por el que se adaptan determinadas disposiciones relativas al Sector de Hidrocarburos a lo dispuesto en la Ley XX/XXXX, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley .../... sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*. Dicho informe se aprueba 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.

La solicitud de informe fue remitida por la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, y recibida en la CNC en fecha 15 de octubre de 2009, instando a la CNC a la emisión del mismo en el plazo establecido para la tramitación mediante el procedimiento de urgencia.

I. ANTECEDENTES

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, pretende conseguir la consolidación de un mercado interior de servicios en la Unión Europea. La necesidad de transponer esta norma comunitaria ha motivado que los legisladores nacionales promuevan medidas de eliminación y reducción de cargas administrativas y cambios de normas que limitan el desarrollo de los mencionados servicios, bien porque limitan la libertad de establecimiento o bien porque restringen la prestación de servicios. Estas iniciativas tienen por misión realizar las reformas necesarias dirigidas al funcionamiento efectivo del mercado interior de servicios.

En el ámbito estatal y desde un punto de vista legislativo, por un lado, se ha impulsado la promulgación de una ley horizontal, la futura Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (*Ley Paraguas*), donde se establecen las líneas generales por las que se regirá la regulación de las actividades de servicios, con la finalidad de inspirar la mejora global del marco regulatorio del sector. Y por otro, se ha optado por complementar la transposición de dicha Ley con la futura promulgación de la llamada *Ley Ómnibus*, que efectúa las adaptaciones sectoriales necesarias para asegurar, caso por caso, un marco normativo claro y simplificado en los principales sectores afectados por la norma europea.

Además de estas modificaciones legales, aún en fase parlamentaria, también es necesario adecuar determinadas normas de rango reglamentario del ámbito de distintos Ministerios a la mencionada Directiva de Servicios, proceso de adaptación que debe concluir el 28 de diciembre de 2009. El Real Decreto objeto del presente informe responde a dicho objetivo.

II. CONTENIDO

El Real Decreto en cuestión tiene por objeto modificar diversos Reales Decretos relativos al Sector de Hidrocarburos para dar cumplimiento a la *Ley Ómnibus*. Más en concreto se produce la modificación del *Real Decreto 1085/1992, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la actividad de distribución de gases licuados del petróleo*, el *Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto regulador de las actividades de distribución al por mayor y de distribución al por menor mediante suministros directos a instalaciones fijas, de carburantes y combustibles petrolíferos*, y el *Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural*.

En relación con el *Real Decreto 1085/1992, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la actividad de distribución de gases licuados del petróleo*, el principal cambio consiste en la sustitución de autorización administrativa por comunicación de inicio de actividad a las personas jurídicas que quieran actuar como operadores al por mayor y comercializadores al por menor de gases licuados del petróleo (GLP), figura esta última que sustituye a la anteriormente llamada “empresa suministradora de GLP” y que realiza el servicio de almacenamiento, mezcla, transporte y comercialización al por menor de GLP a granel. Se produce igualmente la actualización de los requisitos relativos a la capacidad técnica, legal y financiera exigibles a los operadores al por mayor. Otra mejora destacable es la eliminación de la presentación de una previsión de las actividades correspondientes a los tres años siguientes a la solicitud de inscripción para poder actuar como operador de GLP. Por último, se elimina la exigencia de que las empresas suministradoras de GLP deban inscribirse en el Registro de empresas suministradoras de GLP, suprimiéndose igualmente la obligación de aportar al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio determinados planos, el programa de instalación y la relación de equipos a utilizar y los servicios proyectados.

En el caso del *Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto regulador de las actividades de distribución al por mayor y de distribución al por menor mediante suministros directos a instalaciones fijas, de carburantes y*

combustibles petrolíferos, la primera innovación consiste en la eliminación de la obligación de que los distribuidores se inscriban en el Registro de Operadores o Registro de Distribuidores. En segundo lugar se procede a la actualización de los requisitos de capacidad legal, técnica y financiera para poder ejercer las actividades de distribución al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos. Con respecto a la seguridad de los suministros se elimina la necesidad de previsión de actividades a medio plazo para el caso de los operadores al por mayor. Asimismo se sustituye la autorización previa para operadores al por mayor por comunicación de inicio de actividad, en concordancia con la modificación realizada por la *Ley Ómnibus* en la *Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos*.

Por último, en relación al *Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural*, se contempla por una parte la eliminación de la obligación de los titulares de instalaciones de transporte de gas natural de inscribirse en el Registro Administrativo de Instalaciones de Transportistas de Gas, e igualmente desaparece el Registro Administrativo de distribuidores, comercializadores y consumidores directos en el mercado, en la parte correspondiente a comercializadores y consumidores directos en el mercado, pasando a denominarse “Registro de distribuidores de combustibles gaseosos por canalización”. Por otra parte se produce la sustitución de la autorización previa para ejercer la actividad de comercialización por una comunicación de inicio de actividad ya prevista en la *Ley Ómnibus*. Finalmente se realizan otros cambios de ámbito más limitado como son la eliminación de la obligatoriedad de que las empresas titulares de instalaciones de la red básica de gas natural tengan como único objeto social la actividad de transporte y se modifican y actualizan los requisitos necesarios para realizar la actividad de comercialización.

III. OBSERVACIONES

La eliminación de restricciones a la competencia incluidas en el marco regulatorio de los servicios guarda una estrecha relación con la erradicación de las limitaciones a la libre circulación de servicios y a la libertad de establecimiento que pretenden conseguirse mediante la transposición de la Directiva. Así, un marco normativo en el que se potencien dichas libertades contribuye a que existan menos barreras a la entrada de operadores y menos limitaciones a la prestación de servicios y por tanto, contribuye a potenciar la competencia en los mercados. Es por ello que resulta conveniente aprovechar esta oportunidad para adoptar un enfoque ambicioso que

permita eliminar, en profundidad, las restricciones a la competencia que resulten injustificadas por ser innecesarias o desproporcionadas.

Tal ejercicio de identificación de las restricciones a la competencia presentes en la regulación, así como la justificación de la necesidad y proporcionalidad de dichas restricciones y, en su caso, la utilización de alternativas regulatorias menos restrictivas de la competencia, es lo que propone la CNC a las Administraciones Públicas en su *Guía para la elaboración de memorias de competencia*. Esta metodología puede resultar particularmente útil en el contexto de transposición de la Directiva de Servicios, dada la finalidad de dicha norma.

Si bien las observaciones realizadas en el presente informe versan fundamentalmente sobre las modificaciones a las normas originales planteadas en el Proyecto de Real Decreto en cuestión, adicionalmente pueden ponerse de manifiesto aspectos restrictivos de la competencia presentes en dichas normas originales, que resultan injustificadas en opinión de la CNC y que, en consecuencia, resultaría conveniente modificar o suprimir a propósito de la revisión proyectada. Evidentemente ello no agota las posibles recomendaciones que pudieran derivarse de una revisión integral de la regulación del sector que pudiera acometer la CNC en el futuro.

III.1 Observaciones generales

Desde el punto de vista de competencia, el proyecto sometido a análisis, elimina ciertas restricciones a la competencia previamente existentes, resultando en una regulación más procompetitiva.

En concreto, la eliminación de determinadas autorizaciones administrativas previamente existentes en los Reales Decretos de referencia viene a satisfacer en gran medida el objetivo contenido en la *Ley Paraguas* de que el régimen general de establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios sea el de no sujeción a autorización previa, facilitándose con ello el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios. En este sentido, su sustitución por declaraciones responsables o comunicaciones de inicio de actividad es capaz de garantizar el control de la actividad en el Sector de Hidrocarburos sin generar efectos tan perniciosos sobre los agentes que participan en el mercado, a la vez que suponen una reducción de las cargas administrativas a las que estos deben hacer frente.

Todo ello, junto con la eliminación de la necesidad de estar inscrito en ciertos registros administrativos para determinado tipo de operadores, debe ser valorado positivamente en la medida en que se reducen trabas injustificadas o desproporcionadas previamente existentes y mejoran el marco regulatorio del Sector de Hidrocarburos.

Sin perjuicio de lo anterior, debe también decirse que las modificaciones tienen un ámbito limitado, y que el proyecto sometido a análisis no agota todas las posibilidades de mejora regulatoria. En relación con el contenido de los Reales Decretos que se ven modificados parcialmente por el PRD en cuestión, existen vías de mejora que se consideran oportunas desde el punto de vista de competencia y que además resultan particularmente procedentes en este esfuerzo de apertura de las condiciones de acceso a los mercados que supone la transposición a la Directiva de Servicios. En este sentido es posible identificar una serie de aspectos que son susceptibles de mejora, y que se enumeran a continuación.

De manera común a todos los Reales Decretos modificados procede hacer una consideración acerca del **tratamiento de la capacidad legal que tienen que acreditar los operadores para entrar al mercado**, esto es, su forma societaria y, en algunas ocasiones, el objeto social único que se exige para poder realizar las distintas actividades.

En relación con la cuestión de la forma societaria se exige que la forma jurídica sea la *sociedad mercantil*. Sin perjuicio de que, a la postre, las figuras jurídicas escogidas para la constitución de operadores en este mercado va a tener la forma de alguna de las sociedades mercantiles, lo cierto es que podrían existir otras formas jurídicas para desarrollar dichas actividades, que se ven sin embargo impedidas. A este respecto, cabe recordar que la futura Ley de acceso a las actividades de servicios y su ejercicio prevé que todo requisito de acceso a la actividad que implique una determinada forma jurídica deberá ser evaluado en su justificación y proporcionalidad. Se requiere, en este sentido, dicha justificación.

La misma justificación se requiere también en cuanto a las limitaciones del objeto social presentes en algunas actividades (por ejemplo, comercialización de gas natural). Tal limitación constituye una restricción de la libertad de empresa que limita la capacidad autoorganizativa de los operadores, debiendo estar suficientemente justificada.

Un comentario más detallado merece el tratamiento del **acceso a la actividad para empresas nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea**. En primer término, la modificación que se produce en *el Real Decreto 1085/1992 de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la actividad de distribución de gases licuados del petróleo*, exige a los operadores al por mayor y al por menor de GLP en los artículos 6 y 11 respectivamente, un requisito de capacidad legal consistente en que sean sociedades mercantiles de nacionalidad española, o en su caso, de otro Estado miembro de la Unión Europea.

Esta redacción contrasta con la modificación realizada en el *Real Decreto 1434/2002* por el proyecto de Real Decreto objeto de análisis, en el que se permitirá bajo determinados supuestos que países no miembros puedan actuar como empresas comercializadoras de gas natural.

Más en concreto en este último Real Decreto, se modifica el artículo 14 relativo a los requisitos necesarios para realizar la actividad de comercialización de gas natural afirmándose que *“en el caso de que la empresa que quiera actuar como comercializadora o la sociedad dominante del grupo al que aquella pertenezca, tenga la nacionalidad de un país no miembro de la Unión Europea en la que no estén reconocidos derechos análogos, será necesario obtener una autorización administrativa previa para el ejercicio de la actividad otorgada por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que podrá ser condicionada, previo informe de la Comisión Nacional de la Energía”*.

Teniendo en cuenta que mediante el proyecto de Real Decreto se intentan eliminar restricciones injustificadas o desproporcionadas al acceso a la actividad, sería deseable que en el caso de abordar requisitos de capacidad legal, incluso para empresas no comunitarias, cualquier traba al establecimiento de los operadores se justifique razonablemente y, en consecuencia, se opte por la alternativa más favorable a la entrada dentro de aquellas que aseguren la satisfacción de la finalidad de interés general que subyace a la restricción. En este sentido, la opción más favorable para la competencia sería la establecida en el artículo 14 del *Real Decreto 1434/2002*, en su nueva redacción, que permite operar libremente a los operadores de gas natural de países miembros de la UE o no miembros en los que estén reconocidos derechos análogos. Sólo en caso de que nos encontremos ante operadores de Estados no miembros en los que no estén reconocidos derechos análogos sería necesaria obtener una autorización administrativa previa para el ejercicio de la actividad otorgada por el MITyC, que podría ser condicionada, previo informe de la CNE. Este tratamiento facilitaría que potencialmente pudieran actuar en el mercado un número mayor de operadores que si se opta por el requisito de capacidad legal de los artículos 6 y 11 del *Real Decreto 1085/1992*, que únicamente permite la actuación de operadores de nacionalidad española o de otro Estado miembro de la UE.

En caso de que se optara por mantener un requisito de capacidad legal distinta para ambos Reales Decretos se debería facilitar algún tipo de justificación de las razones que recomiendan un trato diferenciado.

Por último, y como se señalará más adelante a propósito de las observaciones particulares, es preciso recordar que la autorización del MITyC a la que se refiere el artículo 14 del *Real Decreto 1434/2002* y que se propone también como régimen

aplicable al *Real Decreto 1085/1992*, debería tender al cumplimiento de los requisitos establecidos en la *Ley Paraquas* relativos a los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones. En concreto, éstos han de ser claros e inequívocos, objetivos, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación. Por todo lo anterior sería conveniente concretar en mayor medida los criterios para la obtención de la autorización administrativa previa por el MITyC, y en su caso los criterios para el condicionamiento de la misma por parte de la CNE.

En segundo lugar, y siguiendo el mismo razonamiento de que la regulación del sector hidrocarburos regule el acceso a la actividad de la manera menos restrictiva de la competencia que resulte posible, se observa una divergencia de criterios en relación a los **requisitos de capacidad técnica** establecidos en el *Real Decreto 1085/1992* y el *Real Decreto 1434/2002*, que no parece estar justificada.

Así, las modificaciones realizadas en los artículos 6 y 11 del *Real Decreto 1085/1992* mantienen un requisito de capacidad técnica consistente en que los operadores acrediten de forma alternativa cualquiera de estos requisitos: el haber ejercido la actividad durante al menos los últimos tres años; contar entre sus accionistas con al menos un socio que participe en el capital social con un porcentaje igual o superior al 25%, o bien que pueda acreditar su experiencia durante los últimos tres años en la actividad; o, finalmente, tener suscrito un contrato de asistencia técnica con alguna entidad que cuente con experiencia suficiente en la actividad. Con esta última previsión, se facilita el acceso de los nuevos entrantes a la actividad.

Este planteamiento actualmente está vigente también el *Real Decreto 1434/2002* en lo relativo a la actividad de comercialización (no así en lo relativo a transporte y distribución), si bien, en lugar de la suscripción de un contrato de asistencia técnica, se establece la posibilidad de presentar una memoria explicativa en la que se detallen y justifiquen los medios técnicos y personales que se van a emplear. Sin embargo, el proyecto de Real Decreto objeto de análisis modifica el art.14.2, estableciendo que “*la capacidad técnica se acreditará mediante el cumplimiento de los requisitos técnicos necesarios para poder operar en el sistema gasista así como los exigibles en las Normas de Gestión Técnica del Sistema Gasista*”. A este respecto, se considera necesario que en el precepto se defina con mayor precisión qué se entiende por “requisitos técnicos necesarios para poder operar en el sistema gasista”. Si por tales requisitos se entienden aquéllos necesarios para poder operar en transporte o distribución, al no referirse el Real Decreto en esos puntos (artículos 5 y 9, respectivamente) a la posibilidad de acreditar la capacidad técnica mediante otras formas distintas a la experiencia, lo que se está produciendo es una reducción de las posibilidades de entrada en la actividad de comercialización.

No se trata de demandar tratamientos homogéneos en los requisitos de capacidad técnica para actividades que resultan claramente diferentes, sino de justificar adecuadamente dicha diferencia de tratamiento, en particular cuando, como es el caso, se endurece el tratamiento a nuevos entrantes en relación con otras actividades de comercialización, tales como la venta al por menor de GLP a granel. En ausencia de dicha justificación, se considera que la previsión presente en la formulación actual del art. 14.2, que incluye la posibilidad de acreditar la capacidad técnica mediante la presentación de una memoria explicativa, debería mantenerse.

Adicionalmente, el *Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural* establece en su artículo 5 una serie de requisitos que los sujetos deben satisfacer para el ejercicio de la actividad de transporte. En el caso de la capacidad técnica se otorga un trato diferenciado a operadores existentes y nuevos entrantes para su acreditación. A estos últimos se les exige una memoria explicativa en la que se detallen los planes, sistemas y medios técnicos y personales, mientras que este requisito se entiende satisfecho para operadores que hayan prestado estos servicios durante los últimos tres años o cuenten con un socio que participe en el capital social con un porcentaje igual o superior al 25% y haya prestado esta actividad también durante los últimos tres años.

En este sentido resultaría conveniente, en aras de evitar aplicaciones discrecionales que reduzcan las posibilidades de entrada al mercado, que se precisasen los criterios que se van a tener en cuenta para estimar la capacidad técnica, a la manera de lo establecido en otra regulación relativa al sector eléctrico o de hidrocarburos.

Otra de las posibles restricciones a la competencia presentes en las normas en cuestión tiene que ver con la **suscripción de proyectos de instalaciones por técnicos competentes y el posterior visado de los Colegios Profesionales del proyecto**. Así, por ejemplo, el art. 17 del Real Decreto 1085/1992, a propósito de los depósitos e instalaciones receptoras de GLP, establece que las instrucciones técnicas correspondientes *“definirán los supuestos en que la instalación precisará para su ejecución o ampliación la realización de un proyecto suscrito por técnico competente y visado por el correspondiente Colegio Oficial”*.

En este sentido, tanto la obligación de que el proyecto sea suscrito por un técnico competente como la obligación de visado colegial implican sendas reservas de actividad, la primera a favor de un determinado colectivo de profesionales y la segunda a favor del respectivo Colegio. En primer lugar, debe recordarse que la futura Ley Ómnibus en principio impondrá, para el establecimiento de reservas de actividad, un determinado rango normativo que las instrucciones técnicas correspondientes, que es

donde se va a precisar concretamente el ámbito y extensión de dicha reserva, deberían cumplir.

Sin perjuicio de lo anterior, en segundo lugar, procedería dejar especificado en este Real Decreto, en relación con la realización del proyecto por un técnico competente, que la necesidad de que sean técnicos con determinadas titulaciones los que realicen dicho proyecto, y no otros, debe quedar clara y explícitamente justificada por una razón de imperioso interés general aplicable a este caso concreto.

De la misma manera, en relación con el visado colegial, en el propio Real Decreto donde se establece genéricamente esta obligación debería figurar la justificación de la necesidad de dicho visado con arreglo al objetivo que el mismo pretende, justificación que, de existir, debería servir para acotar estrictamente el contenido del mismo. Por añadidura, debería justificarse en este Real Decreto la razón por la cual dicho visado sólo puede ser realizado dentro de un determinado Colegio profesional y no por profesionales no adscritos a dicho Colegio. Finalmente, debería establecerse en el Real Decreto la razón por la que el visado corresponde realizarlo a Colegios de un determinado ámbito territorial, frente a otros que no podrían realizarlo, sin que se establezcan discriminaciones innecesarias con arreglo a los objetivos que dicho visado pretende perseguir.

Asimismo, debe señalarse que el reciente *Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio, por el que se regula la Oficina de Cambios de Suministrador* modifica, en su Disposición Adicional 3ª, el artículo 43.2 del Real Decreto 1434/2002, estableciendo entre otros aspectos el **tratamiento de la información contenida en las bases de datos de puntos de suministro**, así como las obligaciones de las empresas distribuidoras en relación con el acceso a dicha información por parte de los comercializadores y consumidores. Se considera que debería aprovecharse esta ocasión para eliminar toda expresión que pueda dar lugar a dudas sobre la compatibilidad plena del acceso a los datos del Sistema Integrado de Puntos de Suministro con la legislación en materia de protección de datos de carácter personal, haciendo hincapié en dicha compatibilidad para evitar una interpretación contraria de la norma por parte de los distribuidores obligados a dar acceso al SIPS. Así, sería conveniente añadir al principio del apartado 2 de dicho artículo 43 las aclaraciones pertinentes sobre la compatibilidad con la Ley Orgánica de Protección de Datos, del siguiente modo:

“De conformidad con la LOPD, las empresas distribuidoras...”.

Por otra parte, también en el *Real Decreto 1434/2002*, y tal como se propondrá en las observaciones particulares a propósito del artículo 19 (precepto que sí se ve afectado por el Proyecto de Real Decreto remitido), se considera que debería afinarse la

redacción de determinados preceptos en orden a disminuir en mayor medida los **costes de cambio de suministrador** que tienen que soportar los usuarios del servicio.

Así, en su redacción actual, el artículo 44.2 d) de este Real Decreto, que no se ve afectado por las modificaciones del PRD remitido, recoge lo siguiente: “2. *las solicitudes de cambio de suministrador deberán recoger al menos la información siguiente: [...]d) Conformidad del cliente con el cambio de suministrador*”.

Sin embargo, no se señala en este Real Decreto, la forma concreta en que deba demostrarse tal conformidad, lo que en ocasiones ha generado una interpretación restrictiva de la misma, limitando el acceso de los comercializadores al mercado de suministro, en el que están presentes las comercializadoras de grupos verticalmente integrados que cuentan con empresas de distribución, encargadas de realizar el cambio de suministrador.

Esta interpretación ha sido evitada, sin embargo, en normas de rango reglamentario inferior a Real Decreto, a propósito del suministro de último recurso. A este respecto, la Disposición Adicional Primera de la *Orden ITC/2309/2007, de 30 de julio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de gas natural*, establece que “se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo”.

Por su parte la *Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica*, es mucho más precisa en la regulación de este aspecto al señalar lo siguiente: “se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo. [...] El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente.[...] La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para verificar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad”.

Por otra parte, debe señalarse que la posibilidad de contratar electrónica o telefónicamente, que es en última instancia lo que impediría la mencionada interpretación restrictiva de los medios de prestación de la conformidad con el cambio de suministrador, está prevista en el *Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de*

la contratación. Dicho Real Decreto resultaría de aplicación a la contratación del suministro de energía, dado que este sector no se encuentra excluido del ámbito de aplicación del citado Real Decreto.

Por tanto, se propone aclarar en el apartado 44.2 d) del Real Decreto 1434/2002 los medios a través de los cuales se debe demostrar la conformidad del cliente con el cambio de suministrador, aceptando, entre otros, la contratación telefónica.

Concretamente, se propone añadir al final de dicho apartado d) lo siguiente:

d) Conformidad del cliente con el cambio de suministrador. Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo.

El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente

La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para verificar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad”.

Por último, en materia de **autorización de instalaciones para la red básica de gas natural**, el artículo 71 del Real Decreto 1434/2002 establece que estas autorizaciones deberán ser otorgadas preferentemente por el sistema de concurrencia. No obstante lo anterior, de concurrir circunstancias excepcionales, las empresas interesadas en acometer alguna nueva instalación de la red básica de gas natural por considerar justificada la necesidad de la misma y para la que no se hubiese iniciado aun el procedimiento de concurrencia a que se hace referencia en el punto anterior, podrán solicitar les sea otorgada de forma directa la autorización de dicha instalación. A este respecto, se hace notar que esta forma de acceso debería ser verdaderamente excepcional, tal como se expresa en el precepto, sin que dicha excepcionalidad haya de pervertir el régimen general de acceso competitivo. De lo contrario, se aconseja la eliminación de dicha posibilidad.

III.2 Observaciones particulares

Preámbulo

El quinto párrafo del preámbulo del proyecto de Real Decreto objeto de análisis hace referencia a los distintos informes y trámites de los que el mismo ha sido objeto a lo largo de su procedimiento de elaboración, sin que se haga una mención expresa al presente informe realizador por la Comisión Nacional de la Competencia. Por ello se solicita la modificación del mismo proponiéndose la siguiente redacción:

“El presente real decreto ha sido informado por la Comisión Nacional de la Competencia, por la Comisión Nacional de la Energía y, a través de su Comité Consultivo de Electricidad, objeto del preceptivo trámite de audiencia. Asimismo ha sido informado por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.”

Artículo primero. Modificación del Reglamento de la actividad de distribución de gases licuados del petróleo, aprobado por Real Decreto 1085/1992, de 11 de septiembre

El nuevo artículo 4 en su apartado 1 señala que la Comisión Nacional de la Energía publicará en su página web un listado de los operadores al por mayor de GLP y de los comercializadores al por menor de GLP a granel que incluirá aquellas sociedades que hayan comunicado al Ministerio el ejercicio de estas actividades.

Este cambio debe ser valorado muy positivamente en la medida que supone un incremento de la transparencia existente, favoreciendo la posibilidad de que clientes y consumidores puedan disponer de información sobre los agentes que operan en el mercado. En la medida de lo posible se recomienda la extensión de este cauce de información a todos los mercados liberalizados del sector de hidrocarburos.

En segundo término, el nuevo artículo 6 relativo a la capacidad legal, técnica y financiera de los sujetos que realicen o vayan a realizar la actividad de operador al por mayor de GLP señala como uno de los requisitos a satisfacer el que los operadores dispongan de unos recursos propios afectos a la actividad que superen los 2.000.000 euros, cantidad que se podrá actualizar por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio mediante orden ministerial. En este sentido se considera preferible un mayor automatismo en dicha actualización, de cara a fomentar la predecibilidad y transparencia de la regulación, en beneficio de la seguridad jurídica de los operadores. Por ejemplo, se podría incluir una mención que aclare que la actualización será en relación a la evolución en el periodo del Índice de Precios al Consumo.

Por último, refiriéndonos al nuevo artículo 11 del Reglamento de la actividad de distribución de gases licuados del petróleo, se aprecia que se fijan como requisitos

exigibles a los sujetos que realicen o vayan a realizar la actividad de comercializador al por menor de GLP los mismos que los establecidos para los operadores al por mayor.

Si bien los requisitos de capacidad legal y técnica pueden ser adecuados, en el caso de la capacidad financiera esto implica que, para poder operar como comercializador de GLP al por menor, se exige que dispongan de unos recursos propios afectos a la actividad que superen los 2.000.000 euros.

Esta cuantía, que puede resultar apropiada en el caso de operadores al por mayor, parece excesiva para el caso de operadores al por menor, donde el volumen del granel negociado, inversiones necesarias, capacidad financiera, etcétera, es en principio más reducido. Ello incrementa las dificultades para acceder al mercado de las empresas de menor tamaño, que sin embargo podrían estar en disposición técnica y económica de funcionar como comercializadores al por menor. Por ello, se considera que debería justificarse la proporcionalidad de tal restricción en relación con la finalidad perseguida por el requisito de disposición de recursos propios, y en caso de no encontrarse proporcionado dicho umbral económico, valorar una posible rebaja de esta cantidad para facilitar que nuevos operadores puedan acceder al mercado, generándose con ello efectos positivos sobre la competencia en el sector.

Artículo tercero. Modificación del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural

En relación con lo establecido en la primera observación de carácter general, el artículo 14 señala que en el caso de operadores que quieran actuar como comercializadores y pertenezcan a un país no miembro de la UE en la que no estén reconocidos derechos análogos, será necesario obtener una autorización administrativa previa para el ejercicio de la actividad otorgada por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que podrá ser condicionada, previo informe de la Comisión Nacional de la Energía.

Éste régimen de capacidad legal aplicable a los comercializadores de gas natural debe ser valorado muy positivamente en la medida en que satisface las exigencias establecidas por la Ley Paraguas relativas a la libertad de acceso y ejercicio para operadores de cualquier Estado miembro de la UE, e incluso va más allá al facilitar un cauce por el cual operadores de Estados no miembros pueden acceder al mercado.

No obstante, los criterios en los que se sustenta la obtención de la autorización administrativa previa y que justifican el posible condicionamiento de la misma no aparecen de forma expresa en el texto. A este respecto, el artículo 6 de la *Ley Paraguas* señala que los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones deberán ser claros e inequívocos, objetivos, transparentes,

proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación. Si bien es cierto que dicho precepto no tiene por qué aplicarse en el caso de autorizaciones previas a terceros Estados, el carácter ambicioso del proceso de transposición de la *Directiva de Servicios* hace aconsejable su extensión a los mismos. Por todo ello sería aconsejable la identificación en mayor medida de los requisitos necesarios para la obtención de la mencionada autorización administrativa.

También en línea con lo manifestado a propósito de las observaciones generales, el artículo 19 relativo a los derechos y obligaciones de los comercializadores se propone la inclusión de un nuevo epígrafe con la finalidad de simplificar los trámites a los que los clientes deben hacer frente para el cambio de operador de gas natural.

En este sentido se ha constatado que, de hecho, las facilidades de las que disponen los consumidores finales para el cambio de operador resultan menores que en otros mercados energéticos. Los problemas provienen de la manifestación de consentimiento para el cambio entre empresas comercializadoras, confirmándose que los operadores en ocasiones ponen trabas a un cambio autorizado por el consumidor final por medios telefónicos o telemáticos por considerar que el consentimiento no se ha manifestado de forma fehaciente.

Con la finalidad de solventar la situación se propone la inclusión de un epígrafe en la parte relativa a las obligaciones de las empresas comercializadoras en el siguiente sentido:

“g) Reconocer la conformidad de los clientes con el cambio de suministrador cuando ésta sea acreditada por medios telefónicos o electrónicos.”