

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES
de
DERECHO

***LA REPERCUSION NEGATIVA SOBRE LOS
CONSUMIDORES DE LAS LIMITACIONES
COMPETENCIALES DE LA COMISION
NACIONAL DE ENERGÍA Y DE LA TRAMITACION
DE LA REGULACION DE LOS CONTRATOS
SOBRE INSTALACIONES RECEPTORAS
COMUNES***

MANUEL ROMEO BLANCO

Universidad de Murcia

Resumen.- *El objetivo del presente estudio reside en analizar los principales factores o causas, que propician la incorporación a nuestro Ordenamiento jurídico de una aún vigente regulación contractual de consumo, a pesar de ser incongruente con la normativa protectora de los consumidores. Analizaremos las limitaciones competenciales del regulador de la energía, contrastándolas con las previsiones de la normativa europea. Verificaremos su grado de transposición y si le impiden o no al regulador evitar el advenimiento de esa regulación, o exigir una alteración de su contenido, en aras de velar y garantizar así por la protección de los contratantes a los que afecta. Examinaremos los informes consultivos de su tramitación, determinando si contribuyen o no a impedir que reproduzca los excesos y abusos de contratación y cobro, ya identificados en la anterior práctica contractual de las IRC de algunas empresas del sector de Distribución. Concluiremos delimitando cómo repercute todo ello en el grado de vinculación de los contratantes de IRC a su regulación sectorial.*

Palabras clave: *Contratación, Instalaciones Receptoras Comunes de gas, Déficit competencial. Desprotección, consumidores y usuarios de IRC.*

“The impact on consumers of the processing incidents of the regulation of contracts between distributors and users on common gas receiving facilities”.

Abstract:

The objective of this study is to analyze the main factors or causes, which lead to the incorporation into our legal system of a still current consumer contractual regulation, despite being inconsistent with consumer protection regulations. We will analyze the competence limitations of the energy regulator, contrasting them with the forecasts of European regulations. We will verify its degree of transposition and whether or not they prevent the regulator from preventing the advent of that regulation, or demanding an alteration of its content, in order to ensure and guarantee the protection of the contracting parties it affects. We will examine the advisory reports of its processing, determining whether or not they contribute to prevent it from reproducing the excesses and abuses of contracting and collection, already identified in the previous contractual practice of the IRCs of some companies in the Distribution sector. We will conclude by defining how all this affects the degree of linkage of C.F.R contractors to their sectoral regulation.

Keywords: *Contracting, Common Gas Receiving Facilities, Competence deficit. Unprotect consumers and users of CRF.*

SUMARIO¹: I. INTRODUCCIÓN. II.- EL TRATAMIENTO INICIAL DE LA CNE DEL PROBLEMA DE LAS IRC. III.- LAS INCIDENCIAS DE TRAMITACIÓN DEL RD 942/2005, 29 JULIO. 3.1.- El informe 6/2005 de la cne de 31 mayo 2005. 3.2.- el dictamen del consejo de estado 1069/2005, de 7 julio. IV.- LA DISTORSIÓN ENTRE COMPETENCIAS Y FUNCIONES DE LA CNE. V.- EL DESEQUILIBRIO ENTRE LAS FUNCIONES DE LA CNE Y LAS PREVISIONES COMPETENCIALES DE LA DG 2003/55/CE, 26 JUNIO. VI.- LAS COMPETENCIAS DEL REGULADOR DE LA ENERGÍA EN LA DIRECTIVA DEL GAS 2009/73, 13 JULIO. VII.- LA NO TRANSPOSICIÓN DE LAS EXIGENCIAS COMPETENCIALES DE LA CNE PREVISTAS EN LA DG 2009/73/CE, 13 JULIO. 7.1.- La Ley 2/2011, de 4 marzo de economía sostenible.- 7.2.- la ley 3/2013, de 4 junio de creación de la CNMC.- 7.2.1.- las funciones del regulador de la energía en la directiva de gas 2009/73/ce y en la ley 3/2013, de 4 junio. 7.2.2.- el no cumplimiento en la contratación y cobro de irc de las funciones protectoras de la CNMC: 7.2.2.1.- la perseguida duración excesiva de los contratos de irc; 7.2.2.2.- la forzada falta de transparencia de los contratos de irc; 7.2.2.3.- la incrementada falta de competencia efectiva en los contratos de irc; 7.2.2.4.- la imposibilidad de comparar precios en los contratos de irc.- VIII.- EL ESCENARIO PROTECTOR DEL RD LEY 1/2019, DE 11 ENERO. IX.- LA CARENCIA PROTECTORA POR EL REGULADOR DE LOS CONTRATANTES DE IRC. 9.1.- La colisión con la ley 44/2006, 29 diciembre; 9.2.- El incumplimiento de las obligaciones protectoras de los contratantes de irc; 9.3.- condiciones reglamentarias de la contratación de irc.- X.- CONCLUSIÓN. XI.- BIBLIOGRAFÍA. XII.-DOCUMENTACIÓN. XIII.- JURISPRUDENCIA.

I.- INTRODUCCION. En pocas ocasiones confluyen un tan escaso conocimiento contractual y una tan masiva y negativa repercusión sobre unos consumidores y usuarios,² como en el caso de los contratos de IRC,³ concertados directamente con las Comunidades de propietarios, -en viviendas de edificios que no disponían de esa infraestructura comunitaria, para poder acceder a la posterior contratación de un suministro-, o bien con promotoras-vendedoras de viviendas, -en edificios en fase de construcción-. La grave entidad y proyección plural del problema de los contratos y

¹ El presente trabajo se enmarca en la investigación llevada cabo en la etapa de elaboración de la Tesis «La desprotección de los consumidores y usuarios en la contratación y el cobro de Instalaciones Receptoras Comunes», (IRC), perteneciente a la Línea de Investigación «La protección de los consumidores y usuarios», del programa de doctorado de la Facultad de Derecho de la UM.

² La CNE indica en su Expediente Informativo de 3/03/2005 sobre prácticas anticompetitivas en el cobro de las IRC, -disponible en URL <https://www.cnmc.es> -, (Buscador CNE/07/05) -pág. 24-, que la modalidad más agresiva de contratar y de cobrar las IRC «representaba del total de los 1.471.000 nuevos consumidores captados en el periodo 2000-2003, 445.000...lo que supone una cuota media del 30,2% del total de captaciones de nuevos consumidores de gas». En el año 2003 remarca que son 922.909 los consumidores así afectados, -p. 98^a-. La regulación sectorial de la contratación de IRC del año 2005 al amparar esa misma modalidad de contratar y cobrar IRC, la generaliza a todas las distribuidoras y crea un efecto llamada permitiéndonos vislumbrar el gran impacto en la población de la cuestión analizada.

³ La Instalación Receptora Común de Gas, (IRC), como elemento común de edificios en régimen de propiedad horizontal, es definida en el apartado 1º del art. 30 bis RD 1434/2002, de 27 diciembre, como una conducción y accesorios comunes del gas, que discurre desde la llave de entrada del gas al edificio o acometida y hasta la llave de la Instalación Receptora Individual, (IRI), de cada vivienda. La contratación de la construcción de la instalación de una acometida, y de una IRC, en principio tienen un carácter comunitario y son previas y estrictamente necesarias para poder dar lugar a contrataciones individuales de suministros de gas. Los contratos de IRC comienzan a reclamar la atención del observador jurídico, al producirse el advenimiento por parte de ciertas empresas e incluso al margen de la previa normativa sectorial, de unas prácticas pluralmente sobredimensionadas de contratación y de cobros de IRC, con las que pretenden incrementar los costes y la duración de la subsiguiente contratación de suministro, hasta terminar afectando así a la propia realidad de la distinta contratación y facturación de este suministro.

cobros relacionados con las IRC, ha venido pasando hasta ahora prácticamente inadvertida para la literatura jurídica. Los contratos de IRC aún no han sido estudiados desde la perspectiva de la contratación de consumo y, mucho menos aún, desde una más amplia perspectiva de análisis, integradora de la normativa sectorial de energía y del derecho de consumo.⁴ Sólo existe constancia de alguna aislada y superficial referencia doctrinal, pero desde un exclusivo enfoque administrativista y, a nivel contractual, ya desviado hacia el ámbito de su eventual repercusión en la distinta y posterior contratación de suministro,⁵ al existir, como decimos, una carencia de análisis de los contratos de IRC, desde la prioritaria óptica de la protección de los usuarios que los conciertan.⁶ Por tal motivo, consideramos que es necesario llevar a cabo un análisis de las causas que han interactuado entre sí, para dar lugar a una regulación sectorial, a pesar de que contraviene el criterio contrario a la misma de la propia CNE, y de incorporarse de forma incongruente en nuestro ordenamiento jurídico, por su incidencia negativa en la protección contractual de los usuarios contratantes de las IRC.

La razón principal de la que deriva la necesidad de focalizar el presente estudio en la CNE, reside en la necesidad de arrojar una luz esclarecedora, encaminada a discernir si la regulación sectorial de los contratos de I.R.C es o no una consecuencia indirecta, del hecho de haberse concebido la creación de la CNE,⁷ con un déficit competencial y si éste déficit se subsana o no a lo largo de todo el período de su actividad, hasta que desaparece como tal CNE con la Ley 3/2013, 4 junio de creación de la CNMC.⁸

⁴ La exigencia de análisis de la materia a través de la prioritaria protección de los consumidores, ya la imponía el anterior art. 2.2 LGDCU y actual art. 9 TRLGDCU. Ahora bien, unos contratos de IRC regulados de forma ajena a esa protección, no pueden superar el nivel protector mínimo del TRLGDCU que el art. 59.2º TRLGDCU exige respetar a toda regulación sectorial de contratos con consumidores.

⁵ Es el caso del trabajo de SANCHEZ GUTIÉRREZ M^a M. (2005). «La posición de la Comisión Nacional de la Energía sobre los problemas jurídicos que plantea la realización por empresas distribuidoras de gas natural de actividades relacionadas con las instalaciones receptoras comunitarias». *Revista General de Derecho Administrativo, RGDA*, N^o. 10.

⁶ No debe perderse la obligada perspectiva de análisis de los contratos de IRC que ofrece el art. 9 TRLGDCU, que circunscribe esa prioridad protectora a bienes o servicios de «uso común, ordinario y generalizado», al estar ante contratos de obra sobre el bien de una instalación de gas y ante contratos de servicios relacionados con esa instalación, y, por tanto, incluidos dentro de la relación que efectúa el art. 148 TRLGDCU, respecto de la que algún autor indica que «no debe caber duda alguna acerca de que los servicios definidos en el art. 148 TRLGDCU, se identifican con servicios de «uso común, ordinario y generalizado». En este sentido, PEÑA LÓPEZ F. (2015), «Comentario art. 9 TRLGDCU», en *Comentario del TRLGDCU y otras Leyes Complementarias*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 95-111, en concreto, pág. 101.

⁷ La CNE se crea por la DA 11ª de la Ley 34/1998, 7 octubre del Sector de Hidrocarburos, sustituyendo a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (CNSE), como ente regulador de los sistemas energéticos, aprobándose el reglamento de la CNE por el Real Decreto 1339/1999, de 31 julio.

⁸ El apartado tercero de la DA 11ª Ley 34/1998 contenía una aparentemente extensa relación de funciones de la CNE, con la que se pretende crear una inicial apariencia de suficiencia competencial de la CNE. Ahora bien, esa apariencia pronto se desdibuja, al constar, de forma muy reveladora, que ninguna de esas funciones llevaba aparejada, -ni siquiera las preceptivas-, un carácter vinculante que permitiese a la CNE otorgarles por sí misma una eficacia propia. No menos llamativo resulta el hecho, de que en esa DA 11ª ya no se conectasen esas funciones con una repercusión favorable para los consumidores, a los que ni siquiera se menciona de forma explícita a lo largo de su amplia redacción. Cabe preguntarse si ya estábamos asistiendo así a una implícita y anticipada declaración de intenciones, sobre la escasa vocación protectora de los consumidores, anudada a las funciones atribuidas a la CNE. Su desarrollo reglamentario nos confirmará la inicial apariencia de esa escasa vocación protectora con la que es concebida la CNE.

Ahora bien, lo que no desaparece, sino que aún continúa estando y estará plenamente vigente durante una amplia proyección temporal, es el contenido y los efectos de los contratos de I.R.C;⁹ unos contratos, respecto de los que debe aclararse si la CNE ha podido o no primero evitar su regulación, así como después y ya en sede de tramitación de la aprobación de esa iniciativa reguladora, influir de forma más decisiva en su contenido y efectos, para que el propio Consejo de Estado, -que veremos que se limita a adherirse al criterio de la CNE con su dictamen-, pudiese percibir y objetar la necesidad de evitación de los excesos y abusos que incorporaba y que ya previamente había identificado la CNE en su Informe de 3/032005, y, además, en la misma modalidad de contratación y cobro que pretendía aprobarse como regulación sectorial de las IRC.

Por tal motivo, será necesario precisar lo que la limitación competencial de la CNE le impedía o no llevar a cabo, y si por tanto el carácter no vinculante y eficaz de su criterio contrario a la actividad de las empresas distribuidoras sobre las IRC, era también el único motivo de la no referencia final por la CNE a tales excesos y abusos, en cuanto necesario e infranqueable límite de regulación, pero que, por los motivos que se analizarán, en este caso no termina siéndolo. Deberá analizarse cómo exactamente ha repercutido la normativa nacional reguladora de la CNE, para que esta CNE no haya terminado velando ni garantizando la protección y el beneficio de los consumidores y usuarios de las IRC.¹⁰ Ante todo, se necesita determinar si los contratos de IRC que se

⁹ La plena actualidad del presente estudio no sólo está conectada al elevado coste del acceso a un suministro de gas, y que la aún actual vigencia de la regulación sectorial de los contratos de IRC sigue agravando con el amplio umbral de efectos de contratación y de cobro de las IRC que persigue; sino con el hecho de ser contratos regulados con una vocación de renovada duración excesiva de veinte años, ya que la DT1ª del RD 942/2005 establece como un, -supuesto-, deber de las empresas Distribuidoras, el adaptar contratos y cobros anteriores de I.R.C en el plazo de seis meses, -desde el 4/08/2005 al 4/02/2006-, para que con una proyección de duración de unos adicionales veinte años exigida por el artículo 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre, sean adaptados al desviado contenido contractual que predetermina ese art. 30 bis. En la DT1ª RD 942/2005 se incluye una engañosa apariencia de exigencia de adaptación retroactiva de los contratos y cobros anteriores de IRC a lo previsto en el art. 30 bis RD 1434/2002. Ahora bien, quién realmente ya nace adaptado a esa previa forma de contratar y de cobrar las IRC es ese propio art. 30 bis. A los usuarios se les traslada así la creencia engañosa de que deben adaptar unos contratos y cobros a una disposición administrativa de reciente creación, que no sólo reproduce el mismo contenido y efectos de contratación que ya venían padeciendo, sino también sin preverse que reciban información alguna acerca de la irregularidad contractual y de cobro que se supone provoca la necesidad de esa adaptación y sin ofrecerles tampoco ninguna otra opción alternativa de regularización contractual y de cobro, sobre todo, más ajustada a su conveniencia o interés, tal y como así podría la que fuese procedente en función del concreto estado de ejecución de esos contratos y de lo ya cobrado en concepto de I.R.C hasta el advenimiento de esa regulación sectorial. Los primeros y más antiguos contratos de IRC así transitoriamente adaptados, aún estarán vigentes hasta una fecha incluida dentro del período del 4 de agosto del año 2025 al 4 febrero del año 2026. En buena lógica, esa vigencia se prolongará aún más hacia el futuro respecto de todos aquellos nuevos contratos de IRC que se vienen concertando después del RD 942/2005, 29 julio en aplicación directa del artículo 30 bis y ya al margen del contexto transitorio de aplicación de esa DT1ª. En este sentido, se ha llegado a constatar la existencia de contratos de IRC, que aún en el año 2019, -trece años después de haber sido prohibida legalmente por la Ley 44/2006, 29 diciembre-, continúan aplicando las veinte anualidades de duración excesiva del RD 942/2005, 29 julio y que, por tal motivo, pretenden prolongar su duración y vigencia hasta el año 2039.

¹⁰ El art. 3 RD 1333/1999 -función 12ª apartado tercero DA11ª Ley 34/1998-, ya resultaba de entrada internamente contradictorio. En efecto, dado que difícilmente podría velar la CNE de una forma eficaz por el beneficio de los consumidores, (ahora ya sí se mencionan en ese art. 3), si el resultado de sus investigaciones sólo puede reflejarlo en un dictamen no vinculante y limitarse a dar traslado del mismo a

regulan sectorialmente, surgen al tráfico jurídico como consecuencia de una regulación sectorial que se prevale de limitaciones competenciales de esa CNE, en cuanto impositivas de ese indicado objetivo concreto de velar y garantizar. En este sentido, deberemos tener en cuenta los principales factores identificables en el actuar de la CNE y que hayan podido ser susceptibles de contribuir a facilitar que se terminase incorporando a la regulación de las I.R.C, una consecuencia reguladora final de nula protección.¹¹ La finalidad última residirá en determinar, si el RD 952/2005, 29 julio procede a llevar a cabo un objetivo real y verdadero de regulación de la contratación de IRC entre empresas distribuidoras y usuarios, o, por el contrario, si sólo se limita a enmascarar bajo la apariencia externa y formal de una regulación sectorial, un encubierto y limitado objetivo de simplemente reproducir reglamentariamente, el previo e íntegro contenido y efectos de los anteriores contratos de I.R.C de algunas de esas empresas; un contenido y efectos de contratación empresarial de las IRC que, en este último caso, ya pasaría a elevarse a la categoría de regulación sectorial en virtud de ese RD 942/2005, 29 julio. Será necesario por tanto valorar qué repercusión final se provoca en la prelación y vinculación de esa regulación sectorial, como una pretendida fuente de derecho reguladora del contenido y efectos de la contratación de las I.R.C entre sus usuarios y las empresas del específico sector empresarial de distribución.

II.- EL TRATAMIENTO INICIAL DE LA CNE DEL PROBLEMA DE LAS IRC

Una vez perfilado el escenario regulador y contractual que motiva la necesidad del presente estudio, corresponde ahora ampliar la perspectiva de análisis remontando el curso de los acontecimientos, para situarnos en el origen del problema de la contratación

otros organismos. La concreción de este hecho puede constatarse a la perfección en la pág. 121ª de su Informe sobre las IRC de 3 marzo 2005, en la que se alude a que la CNE sólo puede dar traslado de sus apreciaciones conclusivas al por aquel entonces Servicio de la Defensa de la Competencia y al Instituto Nacional de Consumo. De ahí, la facilidad con la que se ha podido eludir ese informe de la CNE y su posterior Informe de fecha 31 mayo 2005, -preceptivo pero no vinculante-, y así no tener en consideración uno y otro al aprobar la regulación contractual de las IRC con el RD 942/2005, 29 julio. No se prevé que los informes de la CNE tengan que ser tomados en consideración por otros organismos, pero, en cambio, sí se prevé lo contrario en el art. 5.5º RD 1333/1999; es decir, que ésta CNE sí tenga que tomar en consideración otros informes: tanto internos, (de su propio asesor jurídico), como externos, (del órgano consultivo competente por razón de la materia) y que, además, deba adjuntarlos como Anexos a sus propios Informes, para poder verificar fácilmente si han sido o no tenidos en cuenta en los Informes de la propia CNE. Nada cambia en el sentido de ese así previsto doble control interno y externo de la CNE con el Real Decreto 3487/2000, de 29 de diciembre que modifica ese art. 5 RD 1333/1999. La llamativa paradoja que se constata de ese modo, reside en el hecho de que la CNE, como Autoridad Reguladora Nacional, (ARN), que era y que se supone que debería funcionar como tal, deja de ser así un organismo de control efectivo del funcionamiento de los sistemas energéticos, para ser ella misma excesivamente controlada, limitada y condicionada en su propia competencia y capacidad de actuación.

¹¹ Nos referimos a factores como: 1.- El análisis competencial del regulador -CNE-, que limitaba o restringía su posibilidad de proteger de forma efectiva y eficaz a los consumidores y usuarios; 2.- A su posterior intervención pasivamente protectora, en unión a la del Consejo de Estado, en la tramitación de la aprobación de la regulación sectorial de la contratación de IRC; 3.- A la prolongada continuidad de esa pasividad protectora de la CNE, a pesar de las exigencias y evidencias normativas sobrevenidas, -Ley 44/2006, 29 diciembre-, que objetivaban que con el RD 942/2005 se había consolidado una desprotección de los usuarios contratantes de IRC; 4.- A la también prolongada inadaptación de las competencias de la CNE, a las exigencias comunitarias, y que continuaban maniatando su capacidad de reacción respecto a esa ya prolongada desprotección; 5.- Al invariable posicionamiento final de la CNMC, respecto a no activar competencias protectoras de los usuarios contratantes de IRC, incluso a partir del momento en el que ya sí se había experimentado una mejoría competencial del regulador de la energía en ese sentido.

y cobro de las IRC,¹² si bien, dejando al margen del presente este estudio, la cuestión subrayada por la CNE acerca de la posibilidad o no del actuar de distribución sobre las IRC y relacionada con el principio de separación de actividades.¹³ Las repercusiones negativas sobre la protección de los consumidores nos obligan ahora a girar la mirada hacia la realidad competencial de la CNE, tanto de forma retrospectiva como incluso actual. Debe verificarse si sólo a una cuestión de limitaciones competenciales puede atribuirse el motivo, tanto por el cual la CNE no ha finalmente velado o tratado de impedir la no incorporación en el RD 942/2005, 29 julio, de unos mismos efectos negativos de contratación y cobro de las IRC, -a pesar de ya haberlos previamente constatado la propia CNE para la misma modalidad de contratación y cobro que se termina regulando-, como el motivo por el que tampoco la CNE y después la CNMC, han acertado a reaccionar con posterioridad a ese RD de ningún concreto e identificable modo protector, respecto de los afectados por la contratación y/o cobro de las IRC.¹⁴

¹² En su Informe de 3 marzo 2005 sobre las IRC, la CNE consideraba incompatible la actividad de Distribución con la actividad de contratación y cobro de las IRC, -principio de separación de actividades-, y, a su vez, concluía en que no existía previsión normativa alguna por aquel entonces, -antes del RD 942/2005, 29 julio-, respecto a ese actuar de distribución sobre las IRC y, finalmente, la CNE describía una serie de repercusiones negativas o desfavorables para los consumidores y usuarios, derivadas de la concreta forma de contratar y de cobrar las IRC llevada a cabo por algunas, -no todas-, empresas distribuidoras: prácticas anticompetitivas, actividades comerciales agresivas, contratación con duración contractual injustificadamente extensa o prolongada, cobros de importes no equitativos de precios por el uso de las IRC, en relación con la inversión constructiva en la IRC que esas empresas habían efectuado, carencias graves de información precontractual, etc. Es sobre estos efectos, contemplados desde la perspectiva de protección de los consumidores y usuarios afectados por la contratación y cobro de las IRC, sobre el que nos interesa proyectar en este trabajo el análisis de la repercusión del déficit competencial de la CNE, así como su llamativo posicionamiento informante y el del Consejo de Estado, con ocasión ya de la tramitación de la aprobación de su regulación sectorial ex RD 942/2005, 29 jul.

¹³ El análisis del principio de separación de actividades excede del objetivo del presente trabajo, por no representar la separación de actividades por sí sola, una causa de desprotección de los consumidores, si no va acompañada su eventual infracción o no, de la articulación o regulación de medidas de contratación y cobro que provoquen tal efecto. En cualquier caso, baste indicar que algún autor remarca que: «La regla básica es que un mismo sujeto no debe realizar simultáneamente actividades reguladas y liberalizadas». SERRANO GONZÁLEZ, M.(2007), «Principios básicos de la regulación energética», -2. V Edición del Curso ARIAE de Regulación Energética Cartagena de Indias, 19 noviembre 2007, pág. 9ª. El hecho de que la contratación y cobro de las IRC sea una actividad liberalizada, ya lo refería la propia CNE en su informe de 22 enero 2004: Consideraciones generales sobre la problemática de las Instalaciones Receptoras Comunitarias (IRC) y de los derechos de alta: Disponible en: <https://www.cnmc.es>. (Buscador cne/13/04. «Las actividades relativas a la tenencia de las IRC son actividades sujetas al derecho común, no estando incluidas en el régimen de las actividades reguladas [...]»). -pág. 7ª-.

¹⁴ A pesar de que muchos de esos usuarios ya venían padeciendo una desprotección conectada a los contratos y cobros de I.R.C previos al RD 942/2005 y de que se trataba de contratos y cobros de I.R.C de una más que cuestionable validez y ello ya tan sólo por el nada favorable contexto normativo para las empresas del sector de Distribución en el que se conciertan o inician; la DT1ª RD 942/2005 elude afrontar las posibles consecuencias para las Distribuidoras, que sin aparente amparo normativo alguno a tal efecto, incursionan en la contratación y cobro de las IRC, en cuanto a las implicaciones en la posible infracción de sus propias obligaciones de limitar y condicionar su actuar sólo a lo que se ajuste o esté conforme a las disposiciones aplicables y a lo que esté autorizado, -art. 10.3 c) RD 1434/2002 y art. 74.1 a) LSH. Algún autor SANCHEZ GUTIÉRREZ Mª M. «La posición...cit, pág. 10ª, a pesar de evitar ser tan explícito sobre el particular, termina admitiendo que antes del RD 942/2005, 29 julio estábamos ante el problema de «la ausencia de una regulación suficiente sobre esta materia»-. Ahora bien, -añadimos nosotros-, no se trata de que existiese una regulación insuficiente, sino que no existía ninguna previsión sobre la posibilidad misma de actuación de las empresas del sector de distribución sobre las IRC. Al aparentar una insuficiencia de regulación se transmite la engañosa creencia de que algo sí estaba regulado al respecto, a pesar de no ser realmente así. Se pretende opacar de esa forma que el problema

III.- LAS INCIDENCIAS DE TRAMITACION DEL RD 942/2005, 29 JULIO.

Después de subrayado el singular contexto previo de contratación y cobro de las IRC, en el que se tiene a bien idear una sobrevenida regulación contractual de la contratación y cobro de las IRC; no puede dejar de sorprender que habiéndose constatado por la CNE en su Informe sobre las IRC de fecha 3/03/2005, unas tan graves y plurales anomalías de contratación y de cobro de las IRC y conectadas a una muy específica forma de contratar y de cobrar las IRC; todo ello vuelva a ser incorporado al proyecto de RD 942/2005, 29 julio, tanto con la DT1ª de ese RD, como a través del nuevo art. 30 bis que adiciona al RD 1434/2002, 27 diciembre y a cuyo contenido contractual reenvía esa DT1ª la regulación transitoria contratación y cobro de las IRC. Procedamos a continuación a detenernos, siquiera brevemente, en la llamativa intervención de la CNE y del Consejo de Estado en ese Expediente, en cuanto que resulta sorprendente, que ninguno de esos dos organismos termine objetando realmente nada, -la CNE sólo intenta aparentar que objeta algo,¹⁵ pero el Consejo de Estado ya indica de forma clara en su Dictamen de 7 julio 2005 que no objeta nada-, respecto de lo que no parecen terminar de percibir, que se trataba de objetar o no objetar nada, a la ya constada desprotección de los contratantes de IRC mediante una línea contractualmente continuista de excesos y de abusos de contratación cobro y que la propia CNE ya había detectado en la exacta misma forma de contratar y de cobrar las I.R.C, al ya pretenderse consolidar a nivel reglamentario como parte integrante de una regulación sectorial.

sobre la actividad de Distribución contratando y cobrando I.R.C era aún mayor, al afectar a una dimensión obligacional de las empresas de distribución, en relación a las limitaciones y condicionantes que deben cumplir en el desarrollo de su actividad. La regulación sectorial de las IRC sólo persigue salvaguardar las excesivas consecuencias contractuales y de cobro de las IRC, a las que habrían accedido tales empresas a costa de sobrepasar la propia previsión normativa de su actuar. Incluso cabría decir que no resulta del todo afortunada ni la denominación del RD 942/2005, 29 julio, «por el que se modifican determinadas disposiciones en materia de hidrocarburos», ni la alusión de su parte Introductoria a que «se clarifica la regulación en la materia relativa a las instalaciones receptoras comunitarias», ya que parece evidente que no podía interpretarse como modificada ni clarificada una materia, que hasta entonces ni siquiera existía prevista como tal en la normativa aplicable respecto a empresas de distribución, más allá del hecho objetivo de que se fuese la modificación del RD 1434/2002 para incluir en el mismo la regulación contractual de la materia de las IRC, incluso con una aparente incoherencia interna en la sistemática de su ubicación, al antojarse que debería responder más a un artículo 33 bis, -por ya referirse ese artículo 33 a las Instalaciones Receptoras-, que a un artículo 30 bis.

¹⁵ Entre las pp. 31ª y 34ª de su Informe de 31/05/2005, la CNE realiza una síntesis de las conclusiones Informe de 3/03/2005, -Informe que ni se incluye en el expediente de tramitación del RD, ni la CNE lo anexa a ese Informe de 31/05/2005-, aludiendo al «posible abuso de posición de dominio», pero silenciando que en la pág. 109ª de ese Informe sí especificaba que esa posición de dominio consistía en la imposición de precios no equitativos por servicios de usos de IRC, -contratación y cobro de servicios que vuelve a imponer el apartado 3º art. 30 bis, como modalidad de contratar las IRC-, «bastante alejados» del coste de la propia IRC, -respecto del que no se prevé información precontractual ni contractual en ese art. 30 bis y de los que sí dispone información la CNE-, y de más que innecesario cobro durante las veinte anualidades de un período de amortización de la IRC, para lo que sólo debería ser abonar ese coste de la obra de IRC, -período de amortización que vuelve a imponer el apartado 2º art. 30 bis-. Si la CNE tenía fehaciente constancia de que así ya se venían materializando excesos y abusos de contratación y cobro de IRC; cabe preguntarse: 1.- Por qué la CNE guarda un sobrevenido y llamativo silencio, al visualizar que el borrador de RD reproducía todo ello, y 2.- Por qué tampoco exige que a los usuarios contratantes se les informe precontractual y contractualmente del coste de la IRC, para poder protegerse evitando que se les siga imponiendo la asunción contractual y no transparente de un elevado sobrecoste de esa IRC, -contratando y abonando servicios de IRC-, si la CNE ya había verificado e identificado, que ese era el principal problema y exceso de esa forma de contratar y cobrar las IRC que se pretendía regular.

3.1.- El Informe de la CNE núm. 6/2005 de 31 mayo 2005.¹⁶

Después de haber informado la CNE en fecha 3 marzo 2005 de modo contundente y totalmente contrario sobre la posibilidad misma de contratar IRC las distribuidoras, y de haber subrayado el incisivo y excesivo modo de contratar y cobrar esas IRC de algunas de esas empresas; la incógnita residía en comprobar, cómo iba a reaccionar la CNE con ocasión de tener que Informar el proyecto de un Real Decreto, con el que, de entrada y en apariencia, ya se desautorizaba su propio criterio mayoritario sobre esos dos aspectos relacionados con la contratación de IRC por distribuidoras. En síntesis, la CNE se limita en ese Informe a sólo reiterar su criterio sobre la incompatibilidad de la actividad de distribución en el mercado de contratación y cobro de las IRC, -en virtud del principio de separación de actividades ex art. 63 LSH-, aludiendo a que era necesario una reforma normativa sobre el particular para que pudiese subsanarse esa incompatibilidad.

3.2.- El Dictamen del Consejo de Estado núm. 1069/2005, de 7 julio.

El Consejo de Estado se hace eco de algo especialmente llamativo: que en el expediente de tramitación no se evalúan sus impactos negativos sobre los consumidores de la regulación proyectada, y que, además, se excluye del mismo el único documento que sí ya contenía esa evaluación de afectación: el previo Informe de la CNE sobre las IRC de 3 marzo 2005.¹⁷ A la vista de ese Informe de la CNE y del Dictamen del Consejo de Estado, se comprueba su inoperancia respecto a no tratar de evitar que se incorporasen al RD 942/2005, 29 julio los mismos excesos y abusos de contratación y cobro de las IRC, que ya constaban objetivados en el Informe de la CNE sobre las IRC de 3 marzo 2005 y que además ambos organismos conocían. Esto ya aconsejaba observar más prudencia y no tanta urgencia tramitadora, dado que el RD 942/2005, 29 julio se termina aprobando, sin valorar ni tener en cuenta todas las posibles incidencias negativas sobre la protección de los contratantes de IRC, por lo que vuelven a ser integradas en la regulación sectorial de los contratos de IRC.¹⁸ Esta pretendida

¹⁶ Informe 6/2005 de la CNE «sobre la propuesta de Real Decreto por el que se adapta a la normativa relativa al sector de Hidrocarburos, a lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad.». Disponible en <https://www.cnmc.es>. (Buscador CNE-0062005)

¹⁷ El Consejo de Estado admite que él sí había accedido a ese Informe, -«El informe (que no se ha incorporado al expediente, pero está publicado en www.cne.es)...», y, a pesar de ello, prescinde de subrayar o de hacerse eco de la evidencia que no le podía resultar ajena y relativa a que con el borrador sometido a su informe se volvían a reproducir todas y cada una de las mismas anomalías de contratación y de cobro de las IRC. El Consejo de Estado incluso se muestra aparentemente sobrepasado técnicamente por la cuestión de las IRC y termina incurriendo en una implícita, pero muy visible, contradicción interna: por una parte, considera que la cuestión de la contratación de I.R.C reviste «*un carácter marcadamente técnico*», y que, por ello, prefiere deferir su valoración sobre el proyecto de Real Decreto al propio criterio de la propia CNE, al mismo tiempo que, contradictoriamente, concluye «que no plantea objeción alguna a la regulación proyectada», obviando que la CNE a cuyo criterio se adhiere, sí planteaba alguna objeción, aunque eludiese las más importantes objeciones que podían propiciar de una forma decisiva la protección de los contratantes de las IRC. Disponible en https://www.boe.es/buscar/consejo_estado.php. (Buscador: nº Expediente 1069/2005 y fecha aprobación 7/07/2005).

¹⁸ El texto final aprobado del Real Decreto 942/2005, 29 julio, ni siquiera refleja la única recomendación esencial que efectúa la CNE, -introducir reformas en el art. 63 LSH referidas al principio de separación de

regulación sectorial, no sólo se abstrae de sus repercusiones negativas para la protección de esos contratantes de unas IRC, sino que incluso pretende opacarlas y desviarse de las mismas, al tratar de justificarse como adecuada, pero ya sólo para propiciar la extensión de otra contratación distinta: «con el fin de extender el suministro de gas natural», - apartado 2º art. 30 bis RD 1434/2002,-. Ante esa desviada justificación de regulación que así se constata,¹⁹ cabe preguntarse por qué ese art. 30 bis tiene a bien abstraerse de toda referencia a los efectos internos y supuestamente positivos de su regulación para los usuarios contratantes de I.R.C y ya procede a exhibirla como favorecedora de una mayor extensión de otra distinta contratación de suministro.²⁰ Aunque el Consejo de

actividades-, para habilitar la actividad de distribución sobre las IRC. Sin embargo, algún autor, -aunque sin efectuar concreción alguna al respecto-, sí parece considerar que alguna parte del Informe de la CNE fue seguida por el Real Decreto 942/2005, 29 julio, al indicar sobre el particular que: «El informe de la CNE no fue seguido, en su integridad, por el Gobierno, pues, tras ese informe, introdujo en el régimen de las IRC unos cambios, donde las distribuidoras quedaron autorizadas a promover la construcción de IRC...». DEL GUAYO CASTIELLA, I. «Separación de actividades, competencia y garantía del suministro, en el sector del Gas Natural». *Cuadernos de energía*, N.º. Extra 2, 2010 (Ejemplar dedicado a: Separata del número 28), págs. 3-44, en concreto, Apartado 3.4 «La incompatibilidad entre las actividades gasistas reguladas, y la comercialización de gas natural, con otras actividades gasistas. El problema de la IRCs». -pp. 20 y 21-. Otros autores, incluso intentan justificar el haberse apartado el Gobierno, -con la aprobación del RD 942/2005, 29 julio-, del Informe de la CNE sobre las IRC, al considerar que era más acertado el criterio de los Consejeros discrepantes, que el de los Consejeros que conforman el criterio mayoritario de la CNE finalmente aprobado el 3 marzo 2005. Este es el caso de SANCHEZ GUTIERREZ Mª M.. «La posición ...»... cit. No obstante, cabe precisar que, en general, los Consejeros discrepantes obviaron el análisis de los efectos negativos sobre los consumidores y usuarios, ya objetivados por la CNE. Sólo el vicepresidente de la CNE, MARTÍ SCHARFHAUSEN, F.- <https://www.cnmc.es>, alude con claridad en su breve voto particular de una página, a la necesidad de evitar «los posibles abusos e inconvenientes mencionados en el informe...» de la CNE de 3 marzo 2005, aunque prescindiera de explicitarlos. Por tal motivo, entendemos que lo que sí resulta meritorio del Informe del Consejo de Estado de 7/07/2005, es que pone en evidencia que esos «posibles abusos e inconvenientes», ni siquiera han sido evaluados en la tramitación del expediente de tramitación, ni, -añadimos nosotros-, finalmente evitados con la aprobación del RD 942/2005, 29 julio.

¹⁹ El art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre, contiene una contradictoria y confusa justificación de su regulación contractual: 1.- *Contradictoria*, porque antes incluso de habilitar a las distribuidoras para la actividad sobre las IRC, y de describir los predeterminados y excesivos términos de esa realidad contractual que regula, ya se apresura a emitir un implícito juicio de valor sobre la supuesta bonanza de esa regulación contractual, pero, como decimos, para otra contratación distinta y posterior de suministro, al mismo tiempo que vuelve a abstraerse, -es la tercera abstracción sobre el particular, después de la ya examinada de la CNE y del Consejo de Estado-, de los verdaderos y reales efectos negativos de la contratación de IRC que está regulando; 2.- *Confusa*, porque si bien en la Introducción del RD 942/2005, 29 julio, se anuncian los objetivos de «clarificación» financiadora de IRC de la regulación contractual de las IRC; sin embargo, es la propia CNE la que ya en su informe sobre las IRC de 3 marzo 2005 había verificado, que esa concreta forma de contratar y de cobrar las IRC, no se venía utilizando para «financiar» las IRC, sino para cobrar precios no equitativos por su uso y durante un tiempo muy superior y alejado del necesario para recuperar las Distribuidoras su inversión constructiva en las IRC.

²⁰ Del Dictamen núm. 1069 de 7 julio 2005 del Consejo de Estado pueden desprenderse las siguientes conclusiones: **1ª.**- Que este Consejo de Estado acepta y se adhiere a las objeciones que planteaba la CNE, -«La actividad de construcción de las IRC no está incluida dentro de la actividad regulada de distribución» -página 32ª Informe 6/2005 de la CNE-, **2ª.**- Que, además, el Consejo de Estado no considera como suficiente por sí solo, -en contra de lo que vemos que parece querer derivarse del apartado 2º art. 30 bis-, el argumento de que la construcción de IRC por las distribuidoras pueda implicar un incremento del mercado del gas.-**3ª.**- Por último, ya hemos indicado que es el propio Consejo de Estado el que subraya una de las carencias principales de la tramitación del Expediente de tramitación del proyecto de RD: la falta de una evaluación de su impacto o incidencia sobre los consumidores y usuarios. El Consejo de Estado se pronunciaba así al respecto: «Sin embargo, no constan en las memorias más datos que la mera descripción de las medidas a adoptar y las modificaciones de las normas que incorporan estas medidas, sin que pueda deducirse de estos datos una evolución del impacto del proyecto en la realidad social,

Estado alude a varios obstáculos argumentales, susceptibles de sustentar al menos alguna objeción a la regulación proyectada, concluye afirmando que: «...no plantea objeción alguna a la regulación proyectada».²¹ No se objeta así nada a la alteración de la prioridad protectora que inspira la regulación contractual de las IRC, adquiriendo una especial relevancia y gravedad ex art. 9 TRLGDCU.²² Esta llamativa circunstancia, representa el punto de partida del presente estudio, al necesitarse identificar los aspectos que han influido en esa alteración final protectora, como causa determinante de la regulación sectorial de la contratación de IRC, y de su prolongada vigencia hasta la actualidad. Comenzaremos analizando la evolución del ámbito competencial del regulador de la energía, en relación comparativa con la exigencia de sus competencias por el Derecho comunitario, en aras de constatar si su función de velar por la protección de los usuarios contratantes de IRC, se ha visto o no mermada en este caso particular, por los déficits competenciales con los que se concibe y mantiene a lo largo del tiempo. Analizaremos lo que termina sucediendo con las funciones de la CNE y lo que sucede a nivel competencial desde que es creada la CNMC. Todo ello, desde la prioritaria perspectiva de la protección de los usuarios intervinientes en la contratación y cobro de las IRC, al ser evidente que se ha apartado de la misma la regulación sectorial de IRC.

IV.- LA DISTORSION ENTRE COMPETENCIAS Y FUNCIONES DE LA CNE

Para tratar de objetivar la constatación de una anomalía competencial de la CNE, necesitamos analizar la evolución o involución competencial de la CNE, respecto de la anterior Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, (CNSE).²³ Al carácter no

jurídica y económica en la que se aplicará (...). La importancia de las medidas propuestas, *su incidencia en los consumidores* y su relevancia para la economía en general, puestas de manifiesto a lo largo de la tramitación, *hubieran aconsejado incorporar esta valoración al expediente...* -apartado II, Tramitación del Expediente, Dictamen Consejo de Estado nº 1069/2005, de fecha 7 julio del año 2005.

²¹Tanto el Consejo de Estado como la CNE parecen compartir un tácito y común criterio, sobre la supuesta no relevancia de valoración de efectos sobre los consumidores y usuarios de esa pretendida regulación sectorial de contratos IRC, al no considerar su carencia como un obstáculo para la aprobación de ese Real Decreto. La tramitación y aprobación final del Real Decreto 942/2005, 29 julio, se descontextualiza así de una finalidad protectora de los intereses de los usuarios de las IRC y parece encaminarse a salvaguardar otros distintos intereses. La CNE refería en su Informe 6/2005, que: ...«lo dispuesto por esta propuesta de R.D. relativo a las IRC, (art. 30 bis 5º: las IRC no tienen consideración de instalaciones de distribución), viene a solventar la posible inseguridad jurídica que pudiera haber para el desarrollo por el distribuidor de la actividad de promover la construcción y explotar IRC». Ahora bien, además de ser revelador que no se persiga también la «seguridad jurídica» de los usuarios afectados por tal propuesta de Real Decreto; lo llamativo, es la inconsistencia y obviedad del argumento en el que así se apoya de forma sobrevenida la CNE para realizar esa afirmación, porque ese no carácter de instalaciones de distribución de las IRC ya lo indicaba esa misma CNE en su Informe 3/03/2005, -pp. 12ª y 97ª-, por lo que tal aspecto no era una novedad, ni propia, ni aclaratoria, ni justificativa de esa regulación sectorial, y nada parece tener realmente que ver con esa seguridad jurídica, porque con ese previo Informe la CNE sí rechazaba de forma contundente la actividad de distribución sobre las IRC y no se mostraba tan ambigua.

²² La protección prioritaria que exige observar a los poderes públicos en relación con «bienes o servicios de uso o consumo común». -art. 9 TRLGDCU-, está ausente en el art. 30 bis RD 1434/2002, al limitarse a reproducir con su redacción los excesos y abusos de contratos anteriores de IRC de algunas empresas del sector de distribución. Aunque la referencia a los «poderes públicos» es propia del TRLGDCU, la doctrina ya consideraba que el anterior art. 2.2 LGDCU del que deriva el art. 9 TRLGDCU ya se refería a ese mandato dirigido a tales poderes públicos. MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C, «Comentario del art. 2 LGDCU», en *Comentarios a la LGDCU*, Bercovitz R. Civitas, Madrid, 1.992, p. 62.

²³ Debe verificarse si la CNE ha sido revestida de las competencias o funciones necesarias, para llevar a cabo ese tan relevante y genérico objetivo. Tal y como ya se ha apuntado, a la CNE se la concibe,

vinculante, se suma la ausencia del carácter preceptivo de muchos de los Informes de la CNE, siendo ese el caso del Informe de la CNE de fecha 3/03/2005 sobre las I.R.C.²⁴ La CNE se ve imposibilitada de evitar por su propia iniciativa y sin depender de otros organismos, la realidad de los efectos negativos reales sobre los consumidores y usuarios contratantes de las I.R.C, a pesar de que esa propia CNE ya los había corroborado como excesos y abusos de contratación y cobro de la IRC. Al menos de forma inicial, la actuación de la CNE no puede redundar en algún beneficio directo y concreto para los consumidores y usuarios, al exigirse que su realidad deba depender de actuaciones adicionales de otros organismos. En la regulación sectorial de los contratos de IRC, el poder ejecutivo no ha decidido apoyarse en la no vinculante actividad consultiva de la CNE, como un objetivo parámetro de criterio reglamentario a adoptar respecto a la actividad de distribución sobre las IRC, y ha optado por reproducir la ya previa modalidad de contratación y de cobro de las IRC de algunas empresas Distribuidoras. En palabras de algunos autores, esa regulación sectorial ha preferido al respecto no «liberarse del apoyo técnico interesado, que los agentes del sector han prestado históricamente a los políticos para la toma de decisiones».²⁵ Cabe preguntarse,

básicamente, como un órgano meramente consultivo, con capacidad de emitir informes, pero no vinculantes y por tanto carentes de propia eficacia real práctica, -apartado 3º DA 11ª LSH y art. 4 RD 1339/1999, 31 julio-. En principio, parece existir un desajuste entre los grandilocuentes objetivos asignados a la CNE y las reducidas funciones que se le atribuyen para poder alcanzarlos. Las funciones de la CNE se exhiben sin ser muy verosímil que con las mismas pueda velar por una competencia efectiva, objetividad y transparencia del funcionamiento de esos sistemas energéticos, ya que, a tal efecto sólo se prevé que pueda emitir «en su caso» un Informe no vinculante y por tanto sin posibilidad de incorporar por sí mismo alguna eficacia propia en ese sentido. Ahora bien, el carácter no vinculante del Informe de la CNE sobre las IRC de 3/03/2005, no colisionaba con el hecho de que sí fuese realmente necesario incorporarlo al Expediente de tramitación del proyecto del RD 942/2005, al proyectarse regular la misma forma de contratar y de cobrar las IRC en la que la CNE ya había apreciado anomalías de excesos y abusos de contratación y cobro, además de ser el único estudio ya realizado sobre esa materia.

²⁴ Este carácter preceptivo de un Informe de la CNE se reserva para casos no coincidentes con los de su Informe de 3/03/2005 sobre las IRC, al asociarse sólo a los solicitados o referidos a asuntos remitidos por el Ministerio de Industria, o a propuestas de resolución ministeriales en expedientes de autorización de nuevas instalaciones. Fuera de ese contexto, si la CNE pretendía actuar por iniciativa propia en esas materias, queda reducida a ser una emisora de simples propuestas y su conveniencia incluso debe justificarla debidamente y disponer al respecto del criterio del Consejo Cultivo competente. En ese precario escenario de actuación propia o autónoma, se aprecia una excesiva dependencia ministerial en el actuar de la CNE, no pudiendo desempeñar por sí misma y de forma eficaz, funciones «en beneficio de...los consumidores», pasando de ser un organismo vigilante y controlador de indebidas dinámicas de actuación de los sistemas energéticos, y un hipotético garante de su objetividad y transparencia, a ser la propia CNE, -como ya se ha anteriormente indicado-, un Organismo él mismo excesivamente controlado y limitado en el ejercicio de su función y, por tanto, desprovisto de la posibilidad de dispensar una protección real a los consumidores afectados por el funcionamiento de los sistemas energéticos.

²⁵ Es el caso de ATIENZA SERNA, L. y QUINTO ROMERO J. (2004), “Reorientar la CNE” apartado 7.12, *Regulación y competencia en el sector del gas natural en España. Balance y propuestas de reforma*, Documento de trabajo 55/2004, Madrid, Fundación Alternativas pp. 73 y 74, -que hacían referencia así a la necesidad de que la CNE estuviese dotada de más independencia y especialización, para evitar que puedan influir en la toma de decisiones normativas, criterios de sectores afectados e interesados en que se les dé una concreta orientación y dirección a esas decisiones normativas y a que «es importante velar para que estas comisiones sean independientes, es decir, no sean capturadas por sus regulados y que en la medida de lo posible, guarden cierta independencia de criterio respecto del poder político». Se pronuncian también acerca de esa misma dualidad de necesaria independencia otros autores como SEGURA SANCHEZ, J. (2018), «Los organismos supervisores independientes en economías avanzadas», en *Reguladores y Supervisores económicos independientes: el caso español*, Madrid, Edit. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, -pp. 33 y 42-. Alude a la «independencia respecto al poder político», e

si no deja de ser una simple declaración de intenciones sin verdadera aplicación real, la función de la CNE de velar por el «beneficio de los consumidores», por la competencia efectiva, la objetividad y la transparencia, a la que se refiere el contenido del art. 3 del Reglamento de la CNE, y, por otro lado, también debemos preguntarnos acerca de si un diferente escenario protector de los consumidores y usuarios se podría haber generado en la materia de la contratación y cobro de las IRC, sí la CNE, debido a su endémica limitación competencial, no se hubiese visto limitada a dar traslado de su Informe sobre las IRC y pudiese haberle otorgado por sí misma alguna eficacia vinculante propia.

V.- EL DESEQUILIBRIO ENTRE LAS FUNCIONES DE LA CNE Y LAS PREVISIONES COMPETENCIALES DE LA DG 2003/55/CE, 26 JUNIO

Después analizar la precariedad funcional con la que se concibe desde el principio la actividad de la CNE, debemos ahondar en el contraste entre lo ya analizado sobre las funciones genéricas inicialmente atribuidas a la CNE y las previsiones competenciales del derecho de comunitario, en relación a las funciones que deberían ser atribuidas a los reguladores de cada Estado nacional. A tal efecto, podemos comenzar verificando el tratamiento competencial, que la DG 2003/55/CE, de 26 junio prevé para el regulador nacional de cada Estado miembro y analizar si al tiempo de efectuar el Informe de la CNE de 3/03/2005, concurría o no en nuestra CNE ese nivel competencial y si con posterioridad se han adaptado las funciones y competencias de la CNE a lo previsto en esa Directiva 2003/55/CE.²⁶ Encontramos así una primera distorsión a nivel nacional

incide «*la independencia respecto a los supervisados*» –cursiva del autor-, precisando que: «Los supervisados suelen ser empresas grandes que disponen de cuantiosos recursos para lograr que la regulación se alinee con sus intereses y la supervisión sea tolerante con sus prácticas usuales». –p. 33-, y añade que: «...la propia administración pública y los gobiernos, con frecuencia, no están convencidos de la necesidad de su existencia, por considerar que les hurtan competencias y que ellos serían más eficaces –y poderosos–, en el desarrollo de sus funciones, pese a la abundante evidencia en contra acumulada», –p. 42-. En este sentido, también resulta muy gráfica la reflexión de BETANCORT RODRÍGUEZ, A. “Mínimos reguladores, mínima regulación, mínima restricción y mínima distorsión del los Mercados”. *Círculo cívico de opinión*, 2012, –www.circulocivicodeopinion.es–: «La independencia de los reguladores se mueve entre la colonización política y la captura por los intereses regulados...». –p. 36-. Otros autores, con ocasión de comentar la Ley 2/2011, de 4 marzo de Economía de Sostenible, inciden en el mismo aspecto: «Lo que avala la labor de este tipo de entidades es su independencia respecto a la Administración Pública y los agentes participantes en el sector, evitando de esta manera que se consolide su captura por parte de los regulados, lo cual no puede ser garantizado en su totalidad, porque siempre existirá algún tipo de interés ya sea político o de algún regulado, que pueda interferir con dicha labor». –ORTIZ LAVERDE S.M. *Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC*”. Tesis doctoral dirigida por José Eugenio Soriano García (dir. tes.). Univ. Complutense de Madrid (2014). Tesis en acceso abierto en: E-Prints Complutense, pág. 344.

²⁶ El Informe de la CNE sobre las IRC de 3/03/2005, incluía un apartado «Sobre la posible existencia de prácticas anticompetitivas, de abuso de posición de dominio o de confusión», –página 109ª y 110ª-. El Considerando 2º DG 2003/55/CEE refería que aún subsistían deficiencias importantes y la necesidad de garantizar condiciones equitativas, reducir el riesgo de posiciones dominantes y prácticas abusivas, velando por la protección de derechos de los pequeños clientes y de los vulnerables. El art. 3.3 aludía a que los Estados miembros...garantizarán un elevado nivel de protección del consumidor, respecto de la transparencia de las condiciones contractuales generales, la información general. El Considerando 19 al deber de garantizar la transparencia y la seguridad jurídica. El art. 25.1 h) indicaba que: las autoridades reguladoras «serán totalmente independientes de los intereses del sector del gas». «Se encargarán... como mínimo, de garantizar...una auténtica competencia y un funcionamiento eficaz del mercado, supervisando, en particular: h) el nivel de transparencia y competencia». Se aprecia así la función activa de un plural «garantizar», y no una función de carácter más pasivo de limitarse a velar por todo ello.

respecto de esa exigencia comunitaria, ya que la función de «garantizar» no se asociaba a la actividad de la CNE, sino la genérica e inferior función de sólo «velar» por la competencia efectiva, la transparencia y la protección de los consumidores.²⁷

En lo que se refiere al caso concreto de la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC, no parece haber estado precedida por una posibilidad de la CNE de exigir que se ajuste a esos parámetros comunitarios de regulación, al no vislumbrarse que haya tenido en cuenta la importancia de velar o de garantizar un mínimo nivel de protección de los usuarios contratantes de las IRC: ni respecto de la existencia de condiciones equitativas, ni en relación con el nivel mínimo de transparencia y competencia efectiva en la contratación de la IRC, -art. 25. 1 h), DG 2003/55/CE-, en cuanto que no habría podido garantizar esos aspectos en los contratos de IRC, al dejarse reglamentariamente sin efecto la detallada supervisión que la CNE lleva a cabo con su extenso y trabajado Informe de 3/0/2005, acerca de la actuación sobre las IRC de algunas distribuidoras.²⁸

Al no reiterar la CNE en su Informe de 31 mayo del 2005 las más importantes objeciones de su previo Informe sobre las IRC de 3 marzo 2005, no ha intentado evitar que se reprodujesen con la regulación de los contratos de IRC, unas anteriores las prácticas excesivas y abusivas de contratación y cobro que ya el art. 25.8 de la Directiva 2003/55/CE exigía que era necesario evitar. Al respecto, consideramos acertada aquella doctrina que se hacía eco de los déficits de previsión competencial y funcional de la CNE.²⁹ Otra doctrina de muy diferente tenor, parece querer sostener un criterio distinto

²⁷ El art. 25.1 h) de la DG 2003/55/CEE, ya elevaba la exigencia de la más endeble previsión nacional de función de la CNE referida a un «velar», a un «garantizar». Ahora bien, si la CNE ni siquiera puede llevar a cabo por sí misma esa inferior función de «velar» con las limitadas funciones que le son atribuidas, en buena lógica, menos aún parece que pueda llevar a cabo una más elevada función de ya garantizar por sí sola esa transparencia y competencia. El advenimiento del RD 942/2005 viene a confirmarlo así, al incluso desautorizar el criterio de la CNE reflejado en su Informe de 3/03/2005.

²⁸ El RD 942/2005, 29 julio confirma la ausencia de eficacia real de la actuación de vigilancia, supervisión y control de la CNE sobre el mercado de contratación de las IRC, al no representar una medida reglamentaria apta para garantizar que la CNE desempeñe con eficacia y celeridad sus funciones, sino que más bien parece haberse aprobado para todo lo contrario: impedir con una extraordinaria celeridad, -en el tiempo que media entre el Informe de la CNE sobre las IRC de 3 marzo 2005 y el RD 942/2005, de 29 julio 2005-, que pueda ir anudada una eficacia real al criterio mayoritario que aprueba la CNE sobre la actividad de Distribución en la contratación de las IRC. -art. 25.7 DG 2003/55/CE-. Tampoco parece que la regulación sectorial de la contratación de IRC pretenda ser un mecanismo oportuno y eficaz de regulación, control y transparencia, destinado a evitar los abusos de posición dominante, -especialmente en detrimento de los consumidores-, así como toda práctica abusiva. -art. 25.8 DG 2003/55/CE-, sino que ha incidido aún más, en el fortalecimiento de la ya preexistente realidad de su falta de transparencia y competencia efectiva, al referirse sólo a contratación de IRC por distribuidoras y silenciar la contratación de IRC de instaladoras. Desde la perspectiva del art. 25.12 DG 2003/55/CE, tampoco parece que la CNE haya podido contribuir a establecer la novedosa aplicación de condiciones equitativas, ya que antes del RD 942/2005, 29 julio es la CNE la que confirma su inexistencia en la contratación de IRC, y al no serlo tampoco las reguladas en el art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre.

²⁹ Resulta especialmente ilustrativa la reflexión de algunos autores, que por ello merece ser reproducida en su literalidad. ATIENZA SERNA, L, Y QUINTO ROMERO, J. «Reorientar»... cit. pp. 73 y 74: «En el lado negativo, cabe señalar que esta Comisión ni es reguladora ni es independiente. En efecto, la Ley de Hidrocarburos creó la CNE y la define como ente regulador de los mercados energéticos, teniendo por objeto velar por la competencia efectiva en los mismos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos mercados y de los consumidores. Tan elevados objetivos e intenciones quedan drásticamente disminuidos, desde el momento en que se enumeran detalladamente sus funciones, su capacidad para aprobar normas (sólo circulares interpretativas

respecto de las competencias atribuidas a las IRC, pretendiendo negar que existiese un déficit competencial en la CNE, a pesar de que la Directivas comunitarias ya venían evidenciando por aquel entonces todo lo contrario.³⁰ Ahora bien, a nuestro juicio, lo relevante es determinar si las competencias mínimas son suficientes para alcanzar el cumplimiento de los objetivos asignados a la CNE, al no poder ser analizadas de forma genérica y en abstracto unos estándares de mínimos competenciales, -sino sólo de mínimos protectores, -art. 59.2 TRLGDCU-, y ser necesario reconducirlos y ponerlos en relación con supuestos concretos del mercado gasista, tal y como así es el caso de la contratación y cobro de IRC. Desde una perspectiva generalizada, la cuestión de la suficiencia de las funciones de la CNE en relación a los objetivos que se le asignan, puede constatarse que éstos quedan «drásticamente disminuidos», lo que constituía un campo abonado para desoír, y además de forma jurídicamente inmotivada, el Informe de la CNE de 3/03/2005³¹, y optar por volver a incidir con el RD 942/2005, 29 julio, en los

de normas del Ministerio), su capacidad inspectora y sancionadora, (sólo puede elevar expedientes al Ministerio o a las CC AA), etc. Por ello, los poderes de la CNE son menores incluso que los de la anterior comisión, (la CNSE), y sus funciones son más bien informativas, asesoras, propositivas...y escasamente legislativas o ejecutivas. Su papel co-regulatorio, como instrumento para impulsar la transparencia y la participación en el proceso regulatorio ha quedado muy devaluado. Su proceso de nombramiento no parece haber conseguido en todos los casos asegurar ni el conocimiento técnico, ni la solidez política, ni la independencia de criterio requeridos». Otros autores también ponen de relieve que no se haya fortalecido a la CNE como «verdadero regulador competente e independiente». PÉREZ ARRIAGA, I. C. BATLLÉ, C. VAZQUEZ, M. RVIER y P. RODILLA, (2005): *Libro Blanco sobre la Reforma del Marco Regulatorio de la Generación Eléctrica en España. Instituto de Investigación Tecnológica (IIT)*. Madrid, Universidad Pontificia de Comillas.

³⁰ Nos referimos al análisis realizado por SORIANO GARCÍA JOSÉ E, y SANCHEZ GUTIERREZ M^a M., (2007), en su artículo «La adaptación del Derecho español a las Directivas sobre el mercado interior del gas natural. Especial referencia a la transposición de la Directiva 2003/55/CE», *Revista Noticias de la Unión Europea*, Wolters Kluwer, nº 271-272, agosto-septiembre 2007, pp. 45 y 46. Estos autores se pronuncian en unos, -cuando menos cuestionables y excesivamente genéricos-, términos de sólo correspondencia de las competencias de la CNE con los mínimos marcados por la Directiva 2003/55/CE. Ahora bien, respecto al objetivo que debería tener la CNE según la DG 2003/55/CEE de garantizar una auténtica competencia y un funcionamiento eficaz del mercado, sólo aluden a que «a la CNE se le atribuyen...funciones de defensa de la competencia y funciones inspectoras» y ya se pasa a concluir: «por lo que pueden entenderse que cumple la primera de esas competencias mínimas». pág. 46, con reenvío en la nota a pie de página nº 16, a lo mismo expuesto en el previo trabajo de Sánchez Gutiérrez «La regulación del sector del gas natural...» pp. 417 y 418-. Ahora bien, -añadimos nosotros-, no parece verosímil considerar que la CNE podría así «garantizar» por sí misma, -que es lo que sí exigía la DG 2003/55/CE-, una auténtica competencia, al estar sometida en el desarrollo de sus funciones a una externa influencia de petición o resolución, -función duodécima del apartado tercero de la D.A 11ª LSH-. Otros autores, sí se hacen eco de las limitaciones de actuación de la CNE: LASHERAS MERINO M.A. «La Autoridad reguladora nacional en el sector de la Energía: la experiencia española», en *Reguladores y Supervisores económicos independientes: el caso español*. SEGURA SANCHEZ J. Coordinador. Madrid, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 253 y 254: «La Comisión no pudo fomentar la competencia, como entidad independiente». -pág. 272-. ...«en 2017, la independencia de las ARN no está consolidada en Europa, sus competencias no están tan siquiera plenamente adaptadas al paquete legislativo europeo de 2009...» -pág. 275-. «Lo que ha faltado en estas dos décadas de vida, es un convencimiento real desde el gobierno y desde el poder legislativo de la conveniencia de una institución efectivamente independiente, que actúe como un sistema de control y equilibrio en la elaboración y ejecución de la política y de la regulación energética por el Gobierno». -pág. 281-. La supervivencia de las ARN... hay que atribuirla...particularmente a las Directivas Europeas, por más que estas se hayan traspuesto tardía y, en ocasiones, parcialmente a nuestro ordenamiento jurídico». -pág. 282-.

³¹ El RD 942/2005, a pesar de las elevadas repercusiones de contratación y de cobro que persigue, sólo opta por una justificación económica de regulación, -favorecer la extensión del suministro-, y no jurídica. Además, al indicar que «se clarifica la regulación en la materia relativa a las IRC», tampoco identifica

mismos aspectos negativos de la situación contractual y de cobros de las IRC, que habían conducido a la realización de dicho Expediente Informativo. A la vista de ello, a nuestro juicio es más acertada y ajustada a la verdadera realidad competencial de la CNE, la transcrita conclusión final a la que llegaban algunos autores, en cuanto a que el papel regulador de la CNE ha quedado ciertamente devaluado, haciéndose eco de una necesidad de «reorientar la CNE».³² Parece terminar de corroborar este último criterio doctrinal, la condena a España por no transponer debidamente la DG 2003/55/CE, 26 junio, en el asunto C-357/05 y a través de la STJE de 16 noviembre 2006.³³

VI.- LAS COMPETENCIAS DEL REGULADOR DE LA ENERGÍA EN LA DIRECTIVA DEL GAS 2009/73/CE, DE 13 JULIO

La DG 2009/73/CE de 13 julio-, se hacía eco de la aún escasa eficacia de la actuación de los organismos reguladores, - Considerando 4º-, y acentuaba más que en la DG 2003/55/CE, de 26 junio, la exigencia de dotar de un mayor ámbito competencial al

qué regulación anterior se supone que se pretende así clarificar, al ser la propia CNE la que ya indicaba que ni siquiera existía esa regulación anterior e incluso que era imposible que existiese.

³² La indicada necesidad de «reorientar la CNE» a nivel competencial a la que se referían ATIENZA SERNA L, Y QUINTO ROMERO, J. no parece haberse percibido como necesaria hasta el RDL 1/2019, de 11 enero, de medidas urgentes, para adecuar las competencias de la CNMC a las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/2009, sobre el mercado interior de la electricidad y el gas.

³³ Asunto C357/05: Recurso interpuesto el 23/09/2005 contra el Reino de España por la Comisión de la CE -DOC 281 de 12.11.2005-, Código CELEX: C2005/281/27. ECLI: EU:C: 2006:718, de 16/11/2006. El TSJUE (Sala Quinta). Respecto al argumento de España, -añadimos nosotros-, relativo a que se están «elaborando medidas para completar la adaptación a la Directiva», todo parece apuntar a que así se aludía a lo que pronto vendría a ser la Ley 12/2007, 2 julio de adaptación de la LSH a la DG 2003/55/CEE 26 junio. Ahora bien, respecto a la ampliación del ámbito competencial e independencia de la CNE, esa Ley 12/2007, 2 julio ha resultado infructuosa, al continuar reduciendo a la CNE a ser una simple supervisora, - «supervisará los siguientes aspectos en el sector del gas natural», entre otros-, h) el nivel de transparencia y competencia.», (según el apartado 4 del art. 3 LSH», ya suprimido por el apartado uno del artículo 2 del R.D.-ley 13/2012, de 30 de marzo). Por tanto, nada nuevo sobre un reforzamiento de la posibilidad de la CNE de llevar a cabo una mayor protección de los consumidores, ya que aún seguía estando lejos de la realidad de verdadero garante de esos aspectos que exigía la DG 2003/55/CEE. Una adaptación por tanto algo más que tardía e insuficiente a la DG 2003/55/CE, dado que si el RD 942/2005, 29 julio ya se había prevalido del déficit competencial de la CNE para aprobar una habilitación reglamentaria de actuación del sector de Distribución sobre las IRC; la Ley 12/2007, 2 julio por la que se adapta la LSH a la DG 2003/55/CE, vuelve a aprovechar una persistencia de ese déficit competencial de la CNE, para ya elevar a un derecho legal esa posibilidad de actuación de distribución sobre las IRC. Continúan sin contemplarse «las medidas necesarias» para adaptar el nivel de competencias de la CNE a las exigencias de la DG 2003/55/CE, por lo que no termina de comprenderse que en ese contexto de no adaptación, pueda haberse utilizado esa Directiva como un fundamento normativo de refuerzo de una actividad de distribución sobre las IRC, -art. 75 d) LSH-, al ser la consecuencia de un déficit competencial de la CNE, que sigue sin variar con esa Ley. La CNE incluso subrayaba en su Informe de 3/03/2005 que la nueva situación creada por la DG 2003/55/CE, propiciaba el contexto normativo más contrario a la actividad de distribución sobre las IRC: «A la luz de esta nueva situación, la actividad de cesión de uso de las IRC no cabe que pueda ser realizada desde la actividad regulada de distribución». -p. 105ª-. A pesar de ello, la Ley 12/2007, 2 julio sí utiliza a esa Directiva como un válido instrumento normativo con el que reforzar esa actividad de distribución sobre las IRC. Desde la perspectiva del art. 59.2º TRLGDCU, también queda descartado que esa Directiva pueda servir para hacer prevalecer la regulación sectorial de la contratación de IRC, al no ser ese art. 75 d) LSH el resultado de la adaptación de la actividad de Distribución sobre las IRC a unas exigencias de tal Directiva, dado que no se detecta en ese sentido ninguna en la misma.

Ente regulador nacional.³⁴ Nos interesa una lectura de la Directiva 2009/73/CE desde la perspectiva del tratamiento que le otorga nuestro ordenamiento jurídico a la regulación sectorial de la contratación y cobro de las IRC. La precariedad y el déficit competencial de la CNE, que se desprende de la comparación entre la Directiva 2003/55/CE y lo previsto en nuestro Derecho interno al respecto, vuelve a confirmarse con los Considerandos 29 a 34 DG 2009/73/CE.³⁵ La DG 2009/73/CE cierra el debate acerca de la suficiencia competencial de la CNE, al exigir que se le reconozca una capacidad y autonomía de actuación, de la que hasta entonces aún venía careciendo esa CNE.³⁶

VII.- LA NO TRANSPOSICION DE LAS EXIGENCIAS COMPETENCIALES DE LA CNE PREVISTAS EN LA DG 2009/73/CE, 13 JULIO.

Si en relación con la DG 2003/55/CE, de 13 julio ya hemos constatado la reticencia, cuando no negativa, respecto a querer transponerla correcta e íntegramente a nuestro Derecho interno, sobre todo en los aspectos más relevantes y relacionados con la garantía de transparencia, competencia y protección de los consumidores y usuarios; más de lo mismo vuelve a suceder con la DG 2009/73/CE. Veamos a continuación cómo reacciona nuestro Derecho interno en relación con esa necesaria transposición, y

³⁴ El interés de la DG 2009/73/CE, 13 julio en resaltar la importancia del reforzamiento de las ARN, se desprende de la propia sistemática y extensión de tratamiento de esta cuestión en la Directiva, al dedicarle la práctica totalidad del Capítulo VIII, -«Autoridades reguladoras nacionales»-, arts. 39 a 44.

³⁵ A partir de las Directivas de gas y de electricidad del 2009, la independencia del Regulador del Gobierno debe equivaler a tomar decisiones por sí mismo y sin solicitar ni aceptar instrucciones o sin depender de una decisión ajena, -Considerando 33 y el art. 39.4º y 5º -. Es ejemplo de todo lo contrario, el Informe de la CNE de 3/03/ 2005, al sólo poder limitarse la CNE a dar traslado de sus conclusiones a la CNC y al INC. El Considerando 34 alude a la necesidad de «investigaciones adecuadas y suficientes», - no ha podido ser el caso de ese Informe, al no haber sido considerado por el RD 942/2005, ni como adecuado ni como suficiente-. El Considerando 48 y 49 exigen reforzar y garantizar los derechos de los consumidores con más transparencia para beneficiarse de un mercado competitivo, exigiendo velar por la aplicación de sus derechos y favorecer su información clara y comprensible en relación con el sector energético. Sin embargo, la CNE no ha velado por la información clara de los contratantes de IRC.

³⁶ El art. 40 de la DG 2009/73/CEE subraya la función de cada ARN de «asegurar el beneficio de los clientes mediante el funcionamiento eficiente de sus mercados nacionales, promover una competencia efectiva y contribuir a *garantizar la protección del consumidor*»; -art. 40 g-. El art. 41.1 0) alude a la función de contribuir a garantizar, junto con otras autoridades, que *las medidas de protección de los consumidores*, incluidas las establecidas en el anexo I, sean efectivas y se cumplan; -art. 41.1 o; «Controlar el nivel de transparencia, incluido el de los precios al por mayor, y velar por que las empresas de gas natural cumplan las obligaciones de transparencia», -art. 41 i-; Controlar el grado y la *efectividad ...de las reclamaciones de los consumidores domésticos*, así como cualquier falseamiento o restricción de la competencia; -art. 41. 1 j)-. Si extrapolamos esas previsiones comunitarias, a lo que sucede años antes con los usuarios contratantes de una IRC, puede afirmarse que con la regulación contractual del art. 30 bis RD 1434/2002: 1.- No se asegura su beneficio contractual; 2.- No se promueve una competencia efectiva entre empresas en la contratación de las IRC; 3.- No se contribuye en nada a garantizar la protección del consumidor y usuario contratante de IRC; 4.- No se asegura que los consumidores puedan beneficiarse de precios justos de las IRC; 5.- No se convierte a la protección de los consumidores, ni en la prioridad, ni en el núcleo o centro de su regulación; 6.- No se considera necesario reforzar ni garantizar los derechos de los consumidores en relación a las IRC; 7.- Tampoco se prevé un mayor grado de transparencia económica e informativa en la contratación de IRC. Al igual que las competencias de la CNE, la regulación sectorial de los contratos IRC también va a contracorriente de las directrices comunitarias de mayor transparencia y protección de los consumidores. A la función de «garantizar», -DG 2003/55/CE-, se suma la exigencia de una autonomía de decisión y, además, se reviste del carácter de obligación del regulador, -DG 2009/73/CE-; sin embargo, en nuestro Derecho interno continuaba sin reconocérsele a la CNE esa capacidad de decisión propia o autónoma, para contribuir a garantizar que las distribuidoras cumplieren sus obligaciones de protección de los usuarios contratantes de IRC ex art. 74.1º m) LSH.

en todo lo que afecta a las funciones de la ARN sobre la posibilidad de garantizar la realidad de esa transparencia, competencia y protección de los consumidores. Debe delimitarse si el déficit de protección de los consumidores y usuarios contratantes de IRC, está conectado sólo a una insuficiencia competencial y, por tanto, a una imposibilidad de nuestro regulador de la energía de cumplir con las obligaciones que se le imponen y en orden a preservar esa protección de los consumidores y usuarios, o si está conectado a un eventual incumplimiento del regulador de esas obligaciones, por ni siquiera intentar advertir posteriormente de los efectos negativos de desprotección, conectados a la regulación contractual de las IRC del RD 942/2005, 29 julio.³⁷

7.1.- La ley 2/2011, de 4 marzo de economía sostenible.

El apartado III de su Preámbulo indica respecto del Título I que el Capítulo II aborda la reforma de los organismos reguladores, introduciendo por primera vez en nuestro ordenamiento un marco horizontal común a todos ellos, que asume sus características de independencia frente al Gobierno y frente al sector correspondiente, y su actuación de acuerdo con principios de eficiencia y transparencia.³⁸ La Ley determina su ámbito de aplicación a la CNE..., (Capítulo II del Título I derogado por la letra h), de la disposición derogatoria de la Ley 3/2013, 4 de junio).

7.2.- La Ley 3/2013, de 4 junio de creación de la CNMC.

Esta Ley 3/2013 entra pisando fuerte en lo que respecta a los integrantes de las diferentes Comisiones reguladoras, ordenando su cese y su sustitución anticipada, por el simple hecho de quedar refundidos a partir entonces en una única CNMV. Menos de dos años después de que la Ley de Economía sostenible reforzase la independencia de la CNE, vuelve a resentirse con el pretexto de la creación de la CNMC.³⁹ Por otra parte,

³⁷ Tal y como venimos refiriendo, este RD 942/2005, 29 julio expone a los usuarios contratantes de IRC, a los mismos excesos y abusos que ya venían padeciendo, al no exigir a las distribuidoras cumplir con sus deberes de transparencia informativa, al mismo tiempo que continúa persistiendo la falta de previsión de que la CNE pueda adoptar autónomas medidas razonables, -art. 40 g) DG 2009/73/CEE-, para «beneficio de los clientes», «promover una competencia efectiva y contribuir a garantizar la protección del consumidor». Nuestro Derecho interno evita adaptarse al salto cualitativo que debería haberse producido de un «velar», al propio ya de una función de «garantizar» la protección de los consumidores con todas las medidas que sean «razonables». Las condiciones reglamentarias de contratación de IRC, -artículo 30 bis-, no resisten una relación comparativa, con las previsiones competenciales del regulador para cumplir con esas obligaciones, al no poder: «promulgar decisiones vinculantes para las empresas de gas natural»; -art. 41.4 a) DG 2009/73/CE, ni «efectuar investigaciones sobre el funcionamiento de los mercados del gas para imponer cualquier medida necesaria y proporcionada, con el objeto de promover la competencia efectiva y asegurar el adecuado funcionamiento del mercado». -art. 41.4 b) DG 2009/73/CE-.

³⁸ Se hace eco de este hecho, LASHERAS MERINO M.A, «La Autoridad...» cit. pp. 230 y 231. «... en estos más veinte años, se ha avanzado lo justo en la configuración de un marco legal y formal reconociendo la independencia de la ARN de energía respecto del Gobierno y se ha hecho más por la obligación de adaptarse a la legislación comunitaria, que por un impulso firme y convencido de nuestros gobiernos o de nuestro Parlamento»...«Ante esta cicatería legal, no es de extrañar que la independencia de la Comisión reguladora en energía respecto del Gobierno, siga en la agenda política de asuntos pendientes transcurridos veintidós años desde que se constituyera la primera CSEN.»

³⁹ Alude a esta espinosa cuestión LASHERAS MERINO M.A, «La Autoridad...» cit. p. 240, con nota al pie nº31 de la STJUE: Sala Segunda, de 19 de octubre de 2016, que establece, que no son supuestos que puedan incluir el cese anticipado del mandato de Consejeros y Presidente el «mero hecho de una reforma institucional consistente en fusionar una ARN (...) con otras autoridades nacionales de regulación para crear un organismo de regulación multisectorial». El autor refiere que: «...con motivo de

las modificaciones que a lo largo del tiempo fue experimentando la D.A 11^a, hasta su desaparición por la Ley 3/2013 de 4 junio de creación de la CNMC, -que deroga la D.A. 11^a excepto el apdo. 6-; no parecen representar ningún incremento relevante de competencia decisoria o ejecutiva de la CNE.⁴⁰ Se trata de justificar en ese preámbulo la desaparición de la CNE, -entre otros Organismos-, y su integración o absorción por la CNMC a través de varios argumentos.⁴¹ El apartado I del Preámbulo, concluye informando del objeto de la Ley, que no es otro que el de crear la CNMC para simplemente agrupar, -que no aumentar, ni actualizar-, funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados de organismos como la CNE.

la creación de la CNMC, en sustitución de las comisiones sectoriales de energía, telecomunicaciones y competencia...se sustituyeron todos los consejeros anticipadamente...». Algún otro autor, también alude a la imposibilidad de que los directivos de organismos independientes sean cesados, salvo «en condiciones muy tasadas». SEGURA SANCHEZ, J. cit..., «Los organismos...», «si el gobierno pudiera cesarles cuando lo deseara, como ocurre con los cargos de confianza, la independencia sería imposible». -pág. 32-. ...«la independencia personal de los ejecutivos máximos de estos organismos, que exige...la imposibilidad de cese gubernamental discrecional...», -pág. 42-. A nuestro juicio, podría decirse que la decisión de cesar de forma anticipada a todos los Consejeros con la creación de la CNMC, no deja de ser un ataque a su independencia. Todo apunta a que se da un paso atrás en esa independencia, dado que en el art. 16 de la Ley 2/2011, de 4 junio de Economía Sostenible ya se había incluido la delimitación de unas causas tasadas de cese de los miembros Directivos de los organismos reguladores, y que significaban un evidente reforzamiento de su independencia.

⁴⁰ El preámbulo de la Ley 3/2013, 4 junio ofrece por primera vez en el Ordenamiento Jurídico español, una explicitación de la justificación legal de la necesidad de ser independientes los reguladores, aunque, a nuestro juicio, no deja de ser una paradoja el exhibir a la nueva CNMC como independiente, a pesar de que nunca se había permitido que lo fuera realmente la CNE y que esa propia CNMC extingue. El art. 3.1 Ley 3/2013, 4 junio confirma el reconocimiento, -al menos con carácter formal-, de esa independencia. Resulta ilustrativa al respecto, la aportación que efectúa en su momento la Vicepresidenta de la CNMC, FERNÁNDEZ PÉREZ M^a. «La CNMC: Conferencia ofrecida el 29 de octubre de 2014 con motivo de la inauguración del curso académico 2014-2015 del Club Español de la Energía». *Cuadernos de energía*, N^o. 43, 2014, págs. 5-9. <https://www.enerclub.es/>. La autora subraya que la regulación sectorial «tiene su principal justificación en la existencia de «fallos de mercado»», -pág. 6-, o de una «información imperfecta o asimétrica (en el mundo energético los pequeños consumidores no tienen información completa sobre las mejores alternativas de ahorro y eficiencia energética)», calificando la ausencia de regulación como «un fallo del sector público en sí»,...«la regulación sectorial debe garantizar, principalmente, la existencia de competencia...» -pág. 6-. Esa reflexión cobra un redoblado significado extrapolándola a las anomalías informativas con las que se regula sectorialmente la contratación de las IRC, pero que aún no han motivado una actuación al respecto del regulador de la energía.

⁴¹ La justificación de la desaparición de la CNE se fundamentaba, básicamente, en un argumento de seguridad jurídica, evitación de duplicidades innecesarias y decisiones contradictorias sobre la misma materia, una ventajosa visión integrada de la regulación, para evitar estrechas relaciones y el riesgo de captura del regulador, tanto por el sector privado como por el gobierno, reduciéndolo con autoridades multisectoriales. Ahora bien, cabe preguntarse si de la experiencia previa en lo que se refiere a la CNE y respecto a la contratación y cobro de IRC, ya no se podía hablar de duplicidades de actuación, debido al vaciamiento de actuación propia y la dependencia del actuar de otros organismos en el que venía estando sumida, aunque la posterior pasividad del regulador entrase en contradicción con las evidencias contenidas en su Informe previo de 3/03/2005. También debemos cuestionarnos, si era o no ya indiciario de una supuesta «captura» del regulador, la sobrevenida no alusión por la CNE, -con ocasión de emitir su Informe de 31 mayo 2005 al borrador del proyecto de RD-, a todos y cada uno de los principales efectos negativos sobre los consumidores y usuarios, que la propia CNE ya había previamente detectado,- Informe 3 marzo 2005-, en la misma forma de contratar y de cobrar las IRC que se proponía regular con el RD 942/2005, 29 julio. Igualmente podemos preguntarnos, si es o no un indicio de una velada pretensión de silenciamiento de la voz de ese regulador, el sorprendente hecho, - constatado por el propio Consejo de Estado-, de la exclusión de toda referencia o constancia documental del Informe de la CNE sobre las IRC de 3 marzo 2005, en la documentación incluida en el expediente de tramitación del borrador del que finalmente sería ese Real Decreto 942/2005, 29 julio, a pesar de que, -reiteramos-, era el único estudio existente sobre la actividad de distribución en relación a las IRC que se deseaba regular.

Sin embargo, la Ley 3/2013, de 4 junio no parece plantearse ningún horizonte competencial más amplio del que ya venía ostentando la CNE.

7.2.1.- Las funciones del regulador en la DG 2009/73/CE y Ley 3/2013, 4 junio.

Aunque a estas alturas la conclusión ya se vislumbra de forma anticipada como evidente; debe verificarse si podemos detectar o no en esta Ley 3/2013, de 4 junio, una correlación con lo dispuesto en la DG 2009/73/CEE. A la vista de lo ya indicado, partimos de un contexto de actuación de la CNMC, en el que dentro de un insuficientemente reforzado nivel competencial,⁴² esta CNMC viene a sumarse a la previa ausencia de reacción informante de la CNE, en relación a la desprotección de los usuarios afectados por la regulación sectorial de la contratación de I.R.C que tramitaba.

7.2.2.- El no cumplimiento en la contratación y cobro de las IRC de las funciones protectoras de la CNMC.

El incumplimiento al que se alude en el título de este apartado, entronca con el hecho de que en la Ley 3/2013, 4 junio, ni siquiera se contempla como una verdadera y real obligación de la CNMC, el contribuir a garantizar el control y cumplimiento empresarial de la transparencia, la efectividad y las medidas de protección de los consumidores; a pesar de que esa sí ya era la previsión del art. 41.1 i) y o) de la DG 2009/73/CE. La inexistencia de una previsión de esas obligaciones del regulador, va acompañada de una correlativa reducción de atribución competencial sobre esas materias, en relación con las que sí ya se exigían en esa Directiva de Gas del año

⁴² La DG 2009/73/CE exige, entre otros particulares, que exista un regulador que sea mucho más activo, y con capacidad de decisión propia y que ésta sea vinculante, y que pueda llevar a cabo una actividad realmente efectiva y de obligado cumplimiento, y no sólo una actividad meramente consultiva o supervisora. La Ley 3/2013, de 4 junio sigue sin concebir a la CNMC según las exigencias comunitarias de actuación funcional y competencial. A la vista de las funciones genéricas de la CNMC, -art. 5 Ley 3/2013 4 junio-, se detecta una primera y llamativa diferencia, dado que para «garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios»; -lo mismo que se indicaba en el art. 40 g) DG 2009/73/CE-, en vez de atribuirle a la CNMC la capacidad de adoptar por sí misma las medidas razonables para contribuir a hacer realidad esos objetivos y, por tanto, para garantizar la protección de los consumidores; ese art. 5.1 la reduce, entre otras funciones: a una simple función de «supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos», -art. 5.1 a)-; a una función arbitral, -art. 5.1 b)-; a una función de aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, 3 julio en materia de conductas que impidan, restrinjan o falsean la competencia, -art 5.1 c)-, a una función de promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales, -art. 5.1 h)-. El art. 5.2 restringe a la CNMC a ser un órgano consultivo «sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos», pero sin prever la reserva de una posibilidad de actuación propia y vinculante de la CNMC en ese sentido, tal y como en cambio así estamos comprobando que ya exigía la DG 2009/73/CE, de 13 julio. Asistimos a una transposición de la DG 2009/73/CE insuficiente a nivel competencial, al excluir del ámbito funcional de la CNMC la capacidad de adoptar por su propia iniciativa, «medidas razonables» con las que poder contribuir a garantizar por sí misma la efectiva realidad de esos objetivos genéricos. La CNMC continúa limitada a una labor supervisora, consultiva o de simple cooperación con esos otros organismos, en lo que no deja de ser una especie de más de lo mismo de déficit competencial o funcional.

2009.⁴³ Constatemos a continuación ese comparativo déficit competencial que se decide transponer, examinando a través del art. 7 de la Ley 3/2013, 4 junio las limitadas funciones de la CNMC de «supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural»; resultando llamativo no sólo la reducción funcional de la CNMC a un mero supervisar y controlar, sino, como decimos, el objetivable incumplimiento de incluso esas reducidas funciones en lo que se refiere a la específica contratación de las IRC, lo que no deja de traducirse en la definitiva consolidación indirecta a través de la evolución normativa sectorial, de las anomalías en la contratación y cobro de las IRC:

7.2.2.1.- La pretendida duración excesiva en los contratos de I.R.C.-

La CNMC tiene la función de *«Velar por el respeto a la libertad contractual respecto de los contratos de suministro interrumpible y de los contratos a largo plazo, siempre que sean compatibles con la legislación vigente y el Derecho de la Unión Europea»*. – art. 7.8, Ley 3/2013, de 4 junio-. Por tanto, esa función se proyecta también sobre el respeto de la «libertad contractual» en contratos distintos a los de suministro y que sean «a largo plazo» y que, además, «sean compatibles con la legislación vigente».⁴⁴

La primera evidencia que sobreviene al respecto, es que el regulador nacional tampoco viene velando desde la Ley 3/2013 de 4 junio por el respeto a la libertad contractual respecto de los contratos relacionados con las I.R.C «a largo plazo», a pesar de que ya conocemos que no eran compatibles con la legislación vigente, desde al menos la Ley

⁴³ En la Ley 3/2013, 4 junio continúa sin preverse la posibilidad de la CNMC de adoptar decisiones vinculantes para las empresas de gas natural, con la finalidad de garantizar la realidad efectiva de una transparencia, como respecto a que sus investigaciones e informes puedan ir acompañados, de la imposición por parte de la CNMC de cualquier medida necesaria, proporcionada o razonable, para promover la «competencia efectiva y asegurar el adecuado funcionamiento del mercado», como así podría ser el caso particular del concreto mercado de contratación y cobro de las IRC. Todo ello, a pesar de que el propio término añadido de «garantizar» utilizado en el art. 5.1, ya demandaba, de por sí, la atribución a la CNMC de una capacidad de decisión y de actuación propia, que en cambio continúa sin serle atribuida en la Ley 3/2013 de 4 junio, dentro de una misma línea de defectuosa transposición. Al regulador continúa impidiéndosele adoptar, por sí solo, todas aquellas medidas razonables, decisiones autónomas y vinculantes para las empresas de gas, así como el realizar Informes que sean por sí mismos suficientes y adecuados a tal fin y sin la necesidad de una complementaria actuación de otros organismos, dificultándole por tanto proporcionar un beneficio real a los consumidores y usuarios.

⁴⁴ Constituye un claro ejemplo de uno de esos «contratos a largo plazo» y diferente a los contratos de suministros y no compatibles con la legislación vigente, los contratos de ejecución de la obra de una IRC, que en su versión ya transformada de contratos de servicios de IRC de tracto sucesivo o continuado, regula el artículo 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre, -apartado 3º art. 30 bis-. El art. 30 bis alude a un «período de amortización» de las IRC, -apartado 2º art. 30 bis-, a pesar de que la CNE había verificado que era económicamente innecesario y temporalmente injustificado para recuperar las empresas distribuidoras la inversión inicial efectuada en la construcción de las IRC. El criterio principal a tener en cuenta para calificar una duración como excesiva y legalmente prohibida, es el de su «razonabilidad o necesidad» para que las distribuidoras recuperen esa inversión. La SAP Burgos Sección 3ª de 24/06/2016, -Roj: SAP BU 560/2016- ECLI: ES:APBU: 2016:560. Ponente, JOSE IGNACIO MELGOSA CAMARERO, es extrapolable al sector de contratación de las IRC que nos ocupa, y ya clarificaba los criterios aplicables para calificar una duración como excesiva y legalmente prohibida. La STS 17/09/2019 del Pleno, - Ponente RAFAEL SARAZA JIMENA, -Roj: STS 2795/2019 - ECLI: ES: TS: 2019:2795- nº R. casación 3743/2019-, dictada en relación a contratos de mantenimiento de ascensores, fija la doctrina aplicable a la calificación de una determinada duración contractual como excesiva. El TS establece, -apartado 9º FD7º-, que «Resulta razonable [...] un tiempo mínimo de duración del contrato que permita recuperar el gasto que supone el desembolso que se haya tenido tenga que realizar...».

44/2006, 29 diciembre de medidas de mejora de protección de los consumidores y usuarios, ya que desde esta Ley la duración excesiva es objeto de una prohibición legal ex art. 12.3 LGDCU, (actual art. 62.3 TRLGDCU), y ello con total independencia de que además pueda tener o no un carácter también abusivo ex art. 87.6 TRLGDCU.⁴⁵

7.2.2.2- La falta de transparencia en los contratos de I.R.C.

El art. 7.14 Ley 3/2013, 4 junio, alude a la función de la CNMC de «Garantizar la transparencia y competencia en el sector eléctrico y en el sector del gas natural... y de velar por que las empresas de gas y electricidad cumplan las obligaciones de transparencia». Regresando al contenido de la regulación sectorial de la contratación de IRC, como parámetro de ponderación del grado de cumplimiento efectivo de esa función por parte de la CNMC y antes por la CNE; volvemos a constatar el mismo escenario de nula traducción en la práctica de una realidad efectiva de tal atribución. Los contratos «en relación» a las I.R.C tal y como se regulan en el artículo. 30 bis, no podían presentar más importantes lagunas de transparencia informativa de carácter económico, resultando revelador al respecto, que en ese artículo 30 bis se discipline de forma distorsionada un predeterminado y obligado contenido contractual, -apartado 3º art. 30 bis-, pero no de unos contratos de ejecución de obra de unas instalaciones concertados con empresas distribuidoras, -a pesar de que se las habilita para llevar a cabo la promoción constructiva de las IRC ex apartado 2º y 6º art. 30 bis-, sino de unos ya transformados contratos de servicios de IRC.⁴⁶ La desviación de pago sectorialmente regulada para estos contratos de IRC, se sustenta así en una dual falta de información

⁴⁵ Una prohibición legal y abuso de duración contractual, de la que la CNE ya estaba advirtiendo de forma anticipada, aunque velada, en su informe de 31/05/2005: «...sería conveniente dar a los consumidores la posibilidad de reducir el plazo máximo de reversión de la IRC, en función de sus intereses...», -pág. 33ª. Con independencia del aparente desliz en el que así incurre la CNE, al evidenciar que esa duración se fija sólo en función de los intereses de las empresas contratantes; lo que sí resulta algo más que llamativo, es que la actual CNMC aún continúe sin vislumbrar el carácter excesivo de la duración contractual de veinte anualidades de contratación de las IRC, a pesar de que, como decimos, su no compatibilidad con la legislación vigente viene representando desde ya la Ley 44/2006, 29 diciembre el presupuesto principal de activación de la aplicación del art. 7.8, Ley 3/2013, de 4 junio. Se agrava así el hecho de la aún no activación de la función de la CNMC de «velar por el respeto a la libertad contractual» en estos contratos de IRC, ya que si la Ley lo exige para los contratos sí compatibles con la legislación vigente, -art. 7.8 Ley 3/2013-, resulta aún más exigible para aquellas duraciones contractuales excesivas, que no sólo no son compatibles con tal legislación vigente, sino incluso prohibidas por la misma ex art. 62.3 TRLGDCU.

⁴⁶ En ningún caso se engloba ni se prevé dentro de esa dualidad contractual, información sobre algo tan básico y necesario como es que los usuarios contratantes de esas IRC puedan acceder en la respectiva fase precontractual, -art. 60 TRLGDCU-, e incluso contractual de cada una de esas modalidades contractuales, a la información de alguna variable relacionada con la realidad económica de la propia obra de IRC contratada. Hay una implícita pretensión de desviar de forma nada transparente su obligación de pago de la obra de una IRC, hacia el cobro de unos diferentes servicios de IRC, también excluidos de toda información precontractual. La regulación del art. 30 bis representa el paradigma de una contradictoria falta de transparencia; contradictoria, porque si bien las IRC no son consideradas instalaciones de distribución, lo que se persigue con esa regulación, -ex apartado 2º art. 30 bis-, es que las distribuidoras sí puedan acceder en los casos de esta contratación con usuarios y en condiciones de nula transparencia informativa a la propiedad sobre las IRC, para poder así transformar como ya propietarias de la IRC, los contratos de obra de IRC en contratos prolongados de servicios de IRC y para que el abono de servicios de IRC durante veinte anualidades sea una injustificada y no transparente condición de contratación de un suministro. Se pretende evitar el pago de la obra de IRC, y, a tal efecto, ya no se prevé información económica sobre la misma, ya que su efectivo abono permitiría desvincular la contratación de un suministro de la contratación de la IRC y de sus excesos y abusos regulados en el art. 30 bis.

precontractual. Siempre según el apartado 2º art. 30 bis RD 1434/2002 las distribuidoras tienen la facultad de llevar a cabo la actividad de promoción constructiva de la obra de las IRC, pero no el deber de informar sobre la realidad económica de esa propia obra, ya que nada se prevé al respecto en la regulación contractual de ese art. 30 bis.⁴⁷

7.2.2.3.- La falta de competencia efectiva en la contratación de I.R.C.

Respecto a la función de la CNMC de «Supervisar el grado y la efectividad de la apertura del mercado y de competencia,...». –art. 7.15-; decir que si ya hemos comprobado cómo en la tramitación de la aprobación del RD 942/2005, 29 julio, se ha forzado la desaparición documental y de toda repercusión en ese Real Decreto, del relevante y no poco extenso Informe de la CNE de 3/03/2005 sobre posibles prácticas anticompetitivas en la contratación y cobro de las IRC de algunas empresas distribuidoras; ahora debemos enfrentarnos al hecho objetivo y objetivable, de que con la regulación sectorial de estos contratos lo que se ha terminado llevando a la práctica es potenciar la falta de competencia efectiva, al haberse provocado que se concentrase el mercado de esta contratación de las IRC, sólo y exclusivamente en las empresas del sector de distribución.⁴⁸ Con el artículo 30 bis RD 1434/2002 se traslada a los usuarios contratantes de las IRC la engañosa y plural apariencia, de que únicamente es posible contratar la construcción de las IRC con las empresas del sector de distribución.⁴⁹

A su vez, con la DT1ª RD 942/2005, 29 julio, se traslada también a los usuarios contratantes de las IRC y de forma tácita e igualmente engañosa, que no es posible desvincularse de ningún modo de esa contratación de servicios, sino que, -

⁴⁷ Sobre la base de esa nula información económica previa, como decimos, se pretende que los consumidores y usuarios adopten decisiones sobre sus propios derechos de titularidad sobre las IRC, - apartado 2º art. 30 bis-, y que asuman una realidad económica de pago distinta al pago de la obra de IRC que contratan, -apartado 3º a) art. 30 bis-. El regulador de la energía permanece ajeno a toda esa anómala realidad contractual así regulada, y decide no prever ninguna medida para «garantizar la transparencia» económica en los contratos de IRC, y para velar por el hecho de que las empresas cumplan las obligaciones de transparencia en esos contratos de IRC. Se afectan y alteran así derechos de información, de propiedad y económicos de los contratantes de IRC. Una tan plural y prolongada afectación negativa a esos derechos y que así se conecta a los efectos a largo plazo de la regulación sectorial de los contratos de IRC, no parece que pueda ser conciliable con la exigencia, -ya desde la DG 2009/73/CE-, de tener que reforzarse los derechos de los consumidores, -Considerando 48 y 49, art. 40 y 41-, sino todo lo contrario.

⁴⁸ Dos son los principales motivos que avalan la desaparición de la competencia efectiva con la regulación sectorial de los contratos de IRC: 1.- Se regulan los contratos de IRC, pero sólo para cuando los usuarios los concierten con empresas Distribuidoras, al mismo tiempo de que no se hace mención alguna en el art. 30 bis, a su posibilidad alternativa de contratar tales IRC con otro tipo de empresas, -empresas Instaladoras, para las que ni siquiera se prevén las exigentes condiciones de contratación de esas IRC que predetermina. 2.- Al crear así una engañosa apariencia de única posibilidad de contratación de las IRC con empresas distribuidoras, reviste una aún mayor gravedad haber regulado la restricción de un contenido contractual y la indicada pretensión de exhibirlo como de obligado o debido cumplimiento, - apartado 3º art. 30 bis-, o de debida adaptación contractual, -DT1ª RD 942/2005, 29 julio.

⁴⁹ En su Informe de 3/03/2005, la CNE ya desmentía que las IRC sólo pudiesen contratarse con distribuidoras, pero en su Informe de 31 mayo 2005 no hace alusión alguna a la necesidad de incluir en el art. 30 bis al menos una referencia a la alternativa posibilidad de contratar las IRC con Instaladoras, a pesar de ser las únicas competentes a tal efecto, de ahí que sólo se haya podido facultar a las empresas distribuidoras para promocionar esa construcción ex apartado 2º art. 30 bis y art. 75 d) LSH, pero no para contratar directamente las IRC: «De acuerdo con las disposiciones vigentes, corresponde a las empresas instaladoras efectuar la construcción o reparación de las instalaciones receptoras (IRC)...», -p. 14ª-.

supuestamente-, deben volver a adaptarse transitoriamente a la misma contratación. En ambos casos se transmite a los consumidores y usuarios la creencia errónea de que resulta inevitable aceptar esa concertación y adaptación contractual y, además, con el ya transformado contenido que regula ese art. 30 bis, a pesar de que no se ajusta a la realidad de la contratación de IRC ninguna de esas concatenadas y no poco engañosas apariencias, de las que así quiere hacerse eco su regulación sectorial.⁵⁰

7.2.2.4.- La imposibilidad de comparar precios en la contratación de I.R.C

Respecto a la función de la CNMC del art. 7.25 Ley 372013, 4 junio,⁵¹ debe precisarse, que si también la extrapolamos a la regulación sectorial de contratos de IRC, fácilmente podremos concluir que en lo que se refiere a los contratos de IRC y a la protección de los consumidores y usuarios que los contratan, desde una perspectiva externa de contratación no se prevé posibilidad alguna de comparar precios de IRC entre diversas empresas, -entre diferentes distribuidoras o entre distribuidoras e instaladoras-, ni tampoco desde una perspectiva interna de contratación se prevé la posibilidad de comparar el precio de la obra de la IRC que debe contratarse, respecto del precio individual y conjunto de los desviados servicios de esa IRC, que el art. 30 bis pretende que se terminen contratando y abonando periódicamente durante veinte años.⁵²

VIII.- EL ESCENARIO PROTECTOR DEL RD LEY 1/2019, 11 ENERO

El RDL 1/2019, de 11 enero supone el ansiado despertar del letargo competencial de la Autoridad Reguladora de la energía, a pesar de la creciente y prolongada exigencia comunitaria de su regeneración competencial. Este Real Decreto Ley desautoriza las voces doctrinales que consideraban que la CNE ya ostentaba las competencias mínimas que exigía la Directiva 2003/55/CE,⁵³ y, de algún modo, también desautoriza al propio preámbulo de la Ley 3/2013, de 4 junio, que se aventuraba a indicar que «No obstante,

⁵⁰ El contenido contractual regulado en el art. 30 bis, sólo persigue que sea realmente debido u obligado para los usuarios contratantes de IRC, ya que para las empresas distribuidoras no podía ser más querido y perseguido, al responder a los mismos parámetros de contenido y de efectos de sus previos contratos de IRC. El art. 30 bis no pretende regular los contratos de IRC desde una perspectiva de libre competencia entre empresas instaladoras y distribuidoras contratantes de IRC, a la vez que transforma una actividad liberalizada de contratación de estas instalaciones y que debería depender sólo de libres pactos entre las partes contratantes, en una actividad adaptada a la misma forma exigente de contratar y de cobrar las IRC, que ya venían llevando a cabo una gran mayoría de empresas distribuidoras antes del RD 942/2005.

⁵¹ -«En materia de protección al consumidor, gestionar el sistema de comparación de los precios del suministro de electricidad y gas natural sobre la base de las ofertas que realicen las empresas comercializadoras, así como la elaboración de informes que contengan la comparación y evolución de los precios del suministro de electricidad y gas y de los mercados minoristas»

⁵² No se regula la realidad contractual obligada de ejecución de la obra de una IRC, sino sólo la opcional y ya desviada de arrendamientos de servicios de IRC. El apartado 3º art. 30 bis llega al extremo de ni siquiera regular contratos de IRC, al referirse sólo a contratos relacionados con las IRC, -«en relación con las IRC»-, que son los que se prevén como únicos posibles y de contenido ya predeterminado, -«deberán incluir al menos los siguientes datos», pero sin ir asociados a alguna información precontractual.

⁵³ Es el caso de la reseña que realizábamos respecto a SORIANO GARCIA JOSÉ E y SANCHEZ GUTIERREZ Mª M. «La adaptación...» cit. Los autores sostenían en el año 2007 que en la CNE ya concurrían las competencias exigidas para el regulador en esa Directiva. Ahora bien, obviando así que el Reino de España ya había sido condenado el año anterior precisamente por todo lo contrario.

las competencias de las comisiones en España son más amplias que las requeridas por la normativa europea...». El RDL 1/2019, 11 enero contiene en su parte introductoria toda una declaración de intenciones, en cuanto al objetivo de realizar «un reparto de competencias respetuoso con el marco comunitario, dotando a la CNMC, de la independencia necesaria para el ejercicio de sus funciones». En buena lógica, se está admitiendo implícitamente así, que hasta entonces las competencias de la CNMC no respetaban las exigencias comunitarias y que carecían de la necesaria independencia en el ejercicio de sus funciones.⁵⁴ El Gobierno, apremiado por la amenaza de un nuevo procedimiento por incumplimiento de las Directivas del 2009,⁵⁵ aprueba el RDL 1/2019, 11 enero con el que se objetivan las carencias competenciales de una lastrada CNMC, y que, -al menos en apariencia-, así se liberaba al fin, de la injerencia y dependencia del Gobierno, con más funciones en el sector eléctrico y en el del gas.⁵⁶

Ahora bien, para el específico objeto del presente estudio, ese RDL 1/2019, de 11 enero no representa ninguna relevante ni significativa aportación de protección adicional.⁵⁷

⁵⁴ Mucho antes del RDL 1/2019, 11 enero, algún autor ya había evidenciado que la CNE no era un verdadero organismo independiente. NAVARRO RODRIGUEZ, P. (2008). *La CNE, naturaleza, régimen jurídico y funciones*, DEL GUAYO CASTIELLA, I. (Dir. Tesis). Univ. Almería. Edit. Marcial Pons. La propia autora subrayaba la necesidad de una reforma de la CNE, para dejar de ser un organismo consultivo y dependiente políticamente de cada Gobierno, y transformarse en una auténtica comisión reguladora independiente, reclamando un reforzamiento de sus potestades reguladoras. Incide también en la cuestión de la posibilidad o no de la regulación y las competencias, ORTIZ LAVERDE, SANDRA M. «Entre regulación y competencia...Al hacer referencia a «potestad de asesoramiento» de la CNE la autora indica que: «Vale la pena precisar, que el Gobierno puede apartarse de los informes que esta Comisión realice sin que medie motivación, aspecto cuestionado, por lo que parece necesario que se instara al Gobierno justificar las razones porque se aparta de los criterios y recomendaciones dadas por parte del organismo técnico». -p. 309-. Al respecto debe precisarse que ninguna justificación se ha podido identificar en el Real Decreto 942/2005, 29 julio para haber decidido apartarse con su regulación de la materia de las IRC del criterio de la CNE reflejado en su Informe de 3 marzo 2005 sobre las IRC, sorprendiendo incluso en este sentido que sólo el Consejo de Estado se haya hecho eco de su exclusión del expediente de tramitación del RD y no también la propia CNE como autora de ese Informe.

⁵⁵ Algún autor subraya la razón que está detrás de este endeble convencimiento, en cuanto que sobre un organismo que sea real y efectivamente regulador, «los gobiernos carecen de competencias de control y dirección», -pág. 17-, ya que «La supervisión del cumplimiento de la regulación no es una función política...» Concluye el autor aludiendo a la falta de tradición en España de este tipo de organismos independientes, no sólo por la corta trayectoria democrática, sino por la existencia de una «administración burocrática, unitaria y piramidal». -p. 20-. SEGURA, SANCHEZ, J. «Los organismos...cit. pp. 17 y 20.

⁵⁶ Este RDL 1/2019, 11 enero no implica ninguna mejora real en la protección de los consumidores y usuarios contratantes de IRC, tal y como así se desprende del hecho de que la actuación del regulador de la energía no se ha visto finalmente reforzada, para llevar a cabo los aspectos de su genérica función protectora antes comentados. Adviértase en este sentido el revelador hecho, de que la modificación de la Ley 3/2013, 34 junio ya comienza por las funciones del art. 7, dejando intacto el contenido del ya antes comentado art. 5 de la Ley 3/2013, 4 junio, y los aspectos incluidos en el mismo relativos a las genéricas materias de la necesaria transparencia, competencia efectiva y protección o beneficio de los consumidores y usuarios; materias, que ya se ha analizado que se incorporan a esa Ley de forma deficitaria o incompleta, respecto a lo que se exigía sobre esos particulares en la DG 2009/73/CEE. Por tal motivo, cabe ahora dar por reproducido en este punto, lo ya expuesto con ocasión de analizar la relación comparativa entre el art. 40 y 41 DG 2009/73/CEE y el art. 5 de la Ley 3/2013, de 4 junio. En lo que ya se refiere a las funciones de la CNMC del art. 7 Ley 3/2013, los ya comentados apartados 8, 14, 15 y 25 de ese art. 7, tampoco experimentan ninguna modificación en virtud de ese RDL 1/2019, 11 enero.

⁵⁷ El Real Decreto Ley 1/2019, 11 enero, sí mejora la atribución competencial de la CNMC, en cuanto a fijación en el año 2019 de hasta 13 circulares sobre diferentes materias: metodología, estructura, para

IX.- LA CARENCIA PROTECTORA POR EL REGULADOR DE LOS CONTRATANTES DE IRC

Desde una perspectiva amplia de análisis, el art. 1.2 de la Ley 3/2013, 4 junio alude a que: «La CNMC tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios».⁵⁸ La aún vigencia actual de la regulación de las condiciones reglamentarias de contratación de las IRC, -artículo 30 bis RD 1434/2002-, parece estar representando una especie de freno u obstáculo, para que el regulador de la energía adopte alguna medida garante o preservadora de los objetivos asignados a la CNMC, en aras de propiciar una competencia efectiva, una transparencia y el correcto funcionamiento del mercado de contratación de IRC, en beneficio de los consumidores y usuarios contratantes de esas IRC. No obstante, a nuestro juicio, esa aún vigente regulación sectorial no puede justificar la prolongada inacción o abstención del regulador de la energía al respecto, no articulando medida alguna para interrumpir la dinámica de excesos y de abusos de

calcular diferentes tipos de peajes, cánones, retribuciones de operadores del mercado, determinar régimen económico de diferentes derechos económicos, retribuciones anuales a empresas del sector, por cánones de acceso a instalaciones y aplicables para cada período regulatorio, etc. Para ahondar más sobre estas Circulares de la CNMC, SERRANO GONZÁLEZ, M. «Nueva regulación de la distribución de energía eléctrica en las Circulares de la CNMC». *Cuadernos de energía*, N.º. 60, 2019, pp. 26-31. La independencia funcional de la CNMC exige, que «sus decisiones no tengan que ser refrendadas por el gobierno». SEGURA SANCHEZ, J, «Los organismos...» cit p. 42 en sus conclusiones. Sobre el análisis del incremento de la potestad normativa de la CNMC con el RDL 1/2019, 11 enero, JOVER, J. M (2020). «La potestad normativa de la CNMC». *Revista de Administración Pública, (RDAP)*, 211, 71-110. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.211.03>. El autor pone el acento en las nuevas Circulares, que califica como «uno de los ejercicios más relevantes de dicha potestad, tanto por el amplio ámbito de materias reguladas como por la importancia de las normas aprobadas», -pág. 73-.

⁵⁸ Respecto a la contratación y cobro de IRC, no se ha detectado ninguna actuación de la CNE o de la CNMC, destinada a «garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva», en lo que respecta al específico mercado de contratación y de cobro de las IRC, y «en beneficio de los consumidores y usuarios» contratantes de esa IRC. La escasa trascendencia práctica de carácter protector de la aplicación del control administrativo del uso de cláusulas abusivas, -art. 49.1 i) TRLGDCU-, es el verdadero problema de fondo que subyace y que agrava la pasividad de los organismos reguladores, respecto a no intentar al menos evitar en su momento, que se incorporase a nuestro Ordenamiento jurídico una regulación sectorial de la contratación de IRC, a pesar de que estaba más preocupada de garantizar la continuidad protectora de unos mismos y ya preexistentes intereses empresariales de contratación y de cobro de unas instalaciones, que en evitar que se continuase perjudicando de similar modo a unos consumidores y usuarios con contratos y cobros de IRC. Algún autor aborda un clarificador e ilustrativo análisis de las posibles causas de esa limitada eficacia del control administrativo preventivo del uso de cláusulas abusivas. SANCHEZ-VENTURA MORER, I. «Dos modelos de control administrativo de las cláusulas abusivas: España y Reino Unido». *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, N.º. 2 (abril-junio, 2018), 2018, págs. 243-272. La autora se hace eco, -pág. 250-, de la STS núm. 1557/2017, de 16 de septiembre, que fija como doctrina legal la «no necesidad de declaración judicial civil previa, para que la Administración pueda imponer sanciones por el uso de cláusulas abusivas», subrayando que esa sentencia deja sin resolver «si el principio de tipicidad debe regir el ejercicio de la potestad sancionadora». -pág. 251-, y tenerse en cuenta los parámetros del carácter abusivo de las cláusulas, -art. 82 TRLGDCU-, con independencia de si aparecen o no en el listado del art. 85 a 90 TRLGDCU. Concluye apuntando que sería necesario reforzar medidas administrativas, que permitan el ejercicio de un control más preventivo que sancionador, -pág. 264-, en cuanto que, a su juicio, así se garantizaría una mayor eficacia protectora de los consumidores, -pág. 267-. Esta prevención del uso de cláusulas abusivas en los contratos de IRC, es a la que no coadyuvaban de ninguna forma activa en su momento ni la CNE ni el Consejo de Estado, aunque sí pasivamente en un sentido contrario.

contratación y cobros de IRC, en necesario y prioritario beneficio de los consumidores y usuarios, que vienen estando y que continuarán estando afectados por las realidades contractuales de IRC.⁵⁹ Al margen de las analizadas funciones renovadas del artículo 7 Ley 3/2013, 4 junio, -desatendidas en lo que se refiere a la específica contratación IRC- varias son las principales razones aparentes que pueden sustentar esa carencia de justificación de la prolongada pasividad del regulador de la energía, en cuanto a no velar ni garantizar en ningún momento previo o posterior al RD 942/2005, 29 julio por la protección de los consumidores y usuarios contratantes de IRC:

9.1.- La colisión con la Ley 44/2006, 29 diciembre.

Esta Ley 44/2006, 29 diciembre pronto iba a dejar en evidencia, que la regulación sectorial de la contratación de IRC no cumplía con el obligado condicionamiento de «respetar el nivel de protección dispensado» en la LGDCU, -art. 59.2º TRLGDCU-,⁶⁰ dado que debe valorarse si el art. 30 bis RD 1434/2002 refleja lo que son excesos, prohibiciones y abusos legales de contratación de las IRC. Esa Ley 44/2006, 29 diciembre viene a otorgar un indirecto refrendo legal al Informe de la CNE sobre las IRC de 3 marzo 2005, y que a nivel reglamentario, -RD 942/2005, 29 julio-, se le había previamente denegado. Dicha Ley provoca que sobresalgan con aún más nitidez las incidencias negativas sobre la protección de los consumidores y usuarios contratantes de IRC, ya constatadas por la propia CNE en ese Informe sobre las IRC y, además, con

⁵⁹ Menos aún puede justificarse la reiterada inacción gubernamental, respecto a no incluir en algún plan anual a la regulación sectorial de las I.R.C, para ser sometida a una revisión ex art. 130 LPACAP y ello no sólo por la incongruencia jurídica que incorpora con la normativa protectora de los consumidores, sino también por el incremento injustificado y excesivo que viene provocando de la facturación del suministro de gas natural, en la que se integran sus excesivas consecuencias contractuales, -apartado 4º art. 30 bis-, y, sobre todo, dentro de un contexto actual, en el que asistimos a una batería de disposiciones administrativas, (RDL 6/2022, 29 marzo por el que se adoptan medidas para el sector eléctrico y para la generación de energía eléctrica con fuentes renovables; RDL 14/2022, de 1 de agosto, de...medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural; RDL 18/2022, de 18 de octubre, por el que se aprueban medidas de refuerzo de la protección de los consumidores de energía y de contribución a la reducción del consumo de gas natural...), y que, al menos en apariencia, están predeterminadas a reducir los costes de esos suministros y, en general, de la energía, pero que no dejan de entrar en colisión y contradicción, con la subsistencia de una regulación sectorial, que ya viene provocando desde hace años justo todo lo contrario: incrementar la facturación del suministro.

⁶⁰ Sobre el obligado respeto por toda regulación sectorial del nivel mínimo de protección del TRLGDCU, algún autor, -CAMARA LA PUENTE S. «Comentarios al art. 59 TRLGDCU». pp. 475-483, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Madrid, Colex, 2.011-, ya se hace eco de lo que hemos apuntado, en cuanto a que una normativa sectorial relativa a contratos de consumo no puede excluir datos de información precontractual del art. 60 TRLGDCU, -pág. 479-, y que la aplicación de esa regulación sectorial no es posible que prevalezca, si el TRLGDCU resulta más beneficioso para el consumidor, -p. 481-. Otros autores, CORDERO LOBATO E. ¿Protección sectorial y protección consumerista general? de mínimos y de máximos. Sobre la reforma del artículo 59.2 del TRLGDCU. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº. 9, 2014 (Ejemplar dedicado a: La Ley 3/2014, por la que se modifica la LGDCU), pp. 1-8, ponen el acento en el hecho de que «la regulación sectorial ha de respetar el nivel de protección dispensado en el TRLCU». -pág. 6-. La autora precisa que «el régimen contractual del TRLCU es aplicable en cualquier lugar y en cualquier sector, salvo que existan normas sectoriales (o especiales) que establezcan un nivel de protección superior...». -pág. 7-, representando el TRLGDCU un mínimo protector que no puede rebajarse a través una norma sectorial.

<https://revista.uclm.es/index.php/cesco/index>

datos económicos proporcionados por las propias empresas distribuidoras.⁶¹ Las empresas Distribuidoras sí se habían mostrado voluntariosas para aceptar la adaptación reglamentaria al art. 30 bis RD 1434/2002 de sus previos contratos y cobros de IRC, - DT1ª RD 942/2005, 29 julio-, al verse favorecidas por ese mandato reglamentario contractualmente adaptativo, por inspirarse y ajustarse éste a la misma modalidad de contratación y cobro de las IRC detectada en los contratos de IRC de algunas distribuidoras, y que ellas mismas describen ante la CNE a lo largo de su Expediente Informativo de 3/03/2005 y que vuelve a reflejar el artículo 30 bis RD 1434/2002, al que la DT1ª RD 942/2005 reconduce dicha adaptación. No obstante, esas mismas empresas no mostraron posteriormente la misma predisposición de acatar el mandato legal y también contractualmente adaptativo de la DT1ª Ley 44/2006, 29 diciembre.⁶²

⁶¹ La reiteración reguladora de esas anomalías protectoras ya objetivadas por la propia CNE, la obligaba a velar por el cumplimiento de la DT1ª de esa Ley 44/2006, en cuanto al deber legal de las Distribuidoras de adaptar los efectos de los contratos anteriores de IRC que pudieran ser contrarios a las modificaciones de esa Ley, para que, en caso contrario, puedan ser declarados nulos de pleno derecho. Una de las primeras sentencias en aplicar esa DT1ª es la SAP Murcia (Sección 5ª), de 9/01/2007, N° de Recurso: 389/2006 N° de Resolución: 4/2007. Ponente: JOSE JOAQUIN HERVAS ORTIZ. ROJ: SAP MU 317/2007-ECLI:ES: APMU: 2007:317. La adecuada interpretación jurisprudencial de esa DT1ª Ley 44/2006 la lleva a cabo la Sección 5ª en Cartagena de la A.P de Murcia: SAP Murcia Sección 5ª de 16 febrero 2010, -Roj: SAP MU 296/2010 ECLI: ES: APMU: 2010:296. Con ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de la DT 1ª de la Ley 44/2006 a un contrato de mantenimiento de ascensores trae a colación su sentencia de 12/01/2010. Y en su F.D 2º y con cita de la indicada SAP de 9/01/2007: ...«estamos en presencia de un contrato de tracto sucesivo, de tal manera que las modificaciones legales que puedan producirse, *deben ser aplicables a los periodos posteriores a la entrada en vigor de la norma...*». En el mismo sentido, la S.A.P Murcia, Secc. 5ª, de 5/04/2010- FD2º, Roj: SAP MU 657/2010 - ECLI: N° de Recurso: 71/2010 N° de Resolución: 108/2010 Ponente: JOSE MANUEL NICOLAS MANZANARES. - ECLI: ES: APMU: 2010:657 y la S.A.P Murcia, 31/07/2012, Roj: SAP MU 1997/2012 - ECLI: ES: APMU: 2012:1997.

⁶² A diferencia de esa adaptación a unos propios contratos de empresas Distribuidoras de la DT1ª RD 942/2005; la DT1ª Ley 44/2006 sí exige una adaptación contractual a las medidas legales de mejora de protección de los consumidores y usuarios, de ahí, que la voluntarista predisposición empresarial a la adaptación prevista en la DT1ª RD 942/2005 se debilita e incluso en muchos casos desaparece, a la hora de cumplir con la posterior adaptación contractual de la DT1ª Ley 44/2006, 29 dic. A la CNE y a la CNMC le habría resultado relativamente sencillo, adoptar la medida razonable de requerir a las empresas Distribuidoras que informasen si habían adaptado o no los contratos de IRC a las medidas de mejora de protección de la Ley 44/2006, 29 diciembre, pero han preferido continuar instaladas en la inacción de supervisar, velar y garantizar la ausencia de anomalías en el funcionamiento del mercado de contratación de las IRC y de las repercusiones negativas para los contratantes de IRC, a pesar de que su seguridad jurídica sí era estrictamente necesaria y prioritaria preservarla, ya que desde antes incluso del RD 942/2005, 29 julio venían estando expuestos, -y aún lo continúan estando en la actualidad-, a las consecuencias desfavorables de plurales excesos y abusos de contratación: 1.- La privación de derechos precontractuales de información, -art. 60 TRLGDCU-; 2.- Faltas graves de la necesaria transparencia económica, que sustentan unos desequilibrios importantes de derechos y obligaciones derivadas del contrato, -art. 82.1 TRLGDCU-, como es el caso de imposiciones de privación de derechos de titularidad de IRC, -artículo 86 y 86.7 TRLGDCU en relación apartado 2º art. 30 bis-; 3.- Nada transparentes sobrecargas económicas, conectadas a esa falta de transparencia y a duraciones contractuales legalmente prohibidas, -art. 62.3 TRLGDCU-, y abusivas, -art. 87.6 TRLGDCU-; 4.- Así como una no previsión de un procedimiento para poner fin al contrato, -art. 62.4 TRLGDCU-; 5.- Imposición abusiva de costes de IRC a compradores de viviendas, -actual art. 89.3 d) TRLGDCU en relación al párrafo 2º DT1ª RD 942/2005, 29 julio-, etc. Sobre el caso concreto de la mencionada dificultad o imposibilidad para poner fin a un contrato de servicios, es de interés la aportación de FIDALGO LÓPEZ A. «Ley de mejora en la protección de Consumidores y Usuarios: modificación de la LGDCU». *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, (USC)*, Vol. 16, N° 1, 2007 (Ejemplar dedicado a: Volumen especial "in memoriam" Prof. Dr. JM Lete del Rio (1938-2007), pp. 125-140. La autora ya incidía por aquel entonces en la necesidad de verificar si realmente se garantizaba con el nuevo art. 12 LGDCU, -

9.2.- El incumplimiento de las obligaciones de protección de los usuarios de I.R.C.

Al margen de las propias obligaciones limitativas y condicionantes de su actuación, - art. 10.3 c) Real Decreto 1434/2002, 27 diciembre y art. 74.1 a) LSH-, las empresas distribuidoras también están obligadas a cumplir con otra obligación condicionante y limitativa de su actuar: «Aplicar las medidas que se establezcan en relación a la protección de consumidores que tengan la consideración de esenciales» -art. 74.1 m) LSH-, en relación al art. 37.1 LSH.⁶³

9.3.- Las precipitadas condiciones reglamentarias de contratación de las I.R.C.

La tercera razón que evidencia la falta de justificación de la realidad de una actuación protectora del regulador de la energía respecto de los consumidores y usuarios contratantes de IRC, se conecta con la forma en la que posteriormente se reconoce a las empresas distribuidoras, su derecho legal de promoción constructiva de las IRC, -art. 75 d) LSH, en virtud de la Ley 2/2007, 2 julio, de adaptación de la LSH a la Directiva Gas 2003/55/CE, de 26 junio.⁶⁴ Con independencia de discrepar con cualquier valoración positiva de la regulación sectorial de las I.R.C., -lo contrario implicaría valorar de forma positiva todos los excesos y abusos que incorpora-; el hecho de que entre la regulación reglamentaria de esta contratación, - RD 942/2005, 29 julio-, y la previsión legal del reconocimiento del derecho de promoción constructiva de las IRC por las Distribuidoras, se intercale la Ley 44/2006, 29 diciembre, viene a dinamitar toda posibilidad de compatibilidad con la legislación vigente, -en términos del art. 7.8 Ley

actual art. 62 TRLGDCU-, el derecho a poner fin al contrato,...«habrá que esperar un tiempo para ver si la medida es realmente efectiva, porque el problema en la práctica es la prueba del derecho a poner fin al contrato...». -pág. 128-. Extrapolando esa reflexión a la regulación de contratos de IRC, parece que aún no ha resultado efectiva esa garantía, por la persistente falta de previsión en el aún vigente artículo 30 bis entre los datos mínimos de contratación, del relativo a la información del actual art. 62.4 TRLGDCU.

⁶³ El regulador de la energía debía haber velado y garantizado, que las empresas del sector de distribución cumplieren de forma efectiva en el desarrollo de su actividad sobre las IRC, con una de sus obligaciones legales ex art. 74.1 m) LSH: con la obligación de aplicar las medidas esenciales de protección de los consumidores y usuarios contratantes de IRC. En este caso, es la norma legal protectora de los mismos y no esa regulación sectorial, la que debe servir de referencia comparativa del grado de cumplimiento por esas empresas, de sus indicadas obligaciones de hacer conciliable el ejercicio de su actividad con el principio de protección de esos consumidores y usuarios. Algún autor alude conclusivamente a estos déficits de protección de los consumidores y a la insuficiente actuación de los poderes públicos al respecto. Es el caso de REYES LÓPEZ, M^a J. «El principio constitucional de protección de los derechos de los consumidores y usuarios». *Actualidad jurídica iberoamericana*, N^o. 10, 2019, pp. 366-399: «[...]siguen siendo muchas las situaciones que quedan todavía por contemplar [...] que requiere además de una importante y activa protección y protagonismo por parte de los poderes públicos.» -pág. 399-.

⁶⁴ Ese art. 75 d) LSH se desentiende de las previas condiciones reglamentarias de contratación de las IRC, al aludir al derecho de las distribuidoras de «Promover la construcción de instalaciones receptoras comunes...de acuerdo a las condiciones que reglamentariamente se determinen», a pesar de que ya estaban precipitadamente determinadas en el art. 30 bis, al ni siquiera existir una anterior previsión legal que desarrollar. Este hecho incluso ha recibido la velada crítica de algún autor, SANCHEZ GUTIERREZ, M^a M. (2005). «El posicionamiento... cit. pág. 19^a. A pesar de valorar de forma positiva la regulación de las IRC, concluye: « [...] queremos destacar la idea de que, en nuestra opinión, los cambios de las normas reguladoras del sector gasista, tanto de la LH como de sus reglamentos de desarrollo, deben introducirse con la aprobación de las normas que sean estrictamente imprescindibles».

3/2013, de 4 junio-, de esa regulación sectorial de las IRC.⁶⁵ Al haberse limitado esa regulación sectorial a reproducir una ya anterior modalidad empresarial de contratar y cobrar las IRC, -evidenciando de ese modo la exacta prioridad protectora que la inspira- se constata tanto con el análisis del contenido del Informe de la CNE sobre las I.R.C de 3/03/ 2005 y a través de algunas posteriores sentencias recaídas en la materia de las IRC, que evidencian la coincidencia entre una previa y empresarialmente consolidada forma de contratar y cobrar IRC, y la que después se tiene a bien regular sectorialmente como contratación y cobro de IRC por el RD 942/2005, 29 julio, que, en realidad, no regula ni clarifica nada en relación a la contratación de las IRC de unas empresas, al limitarse a reproducir su misma modalidad de contratar y de cobrar esas I.R.C. ⁶⁶

X.- CONCLUSION

El regulador de energía, -CNE-, se concibe con un visible déficit funcional, -sólo velar y no garantizar el beneficio y protección de los consumidores-, y competencial, -no actuación autónoma y vinculante a tal efecto, sino dependiente y controlada por otros organismos-, que le impiden actuar de forma eficaz al respecto, contraviniendo las

⁶⁵ Con el simple pretexto desviado de tratar de favorecerse la contratación de suministros, lo único que se termina validando reglamentariamente, es una regresión protectora de los consumidores y usuarios, contraria a la exigencia del necesario fortalecimiento de su protección ya desde la DG 2009/73/CE, 13 julio al mandato de su prioridad protectora ex artículo 9 TRLGDCU. Cabe afirmar, por último, que los contratantes de un suministro no pueden llegar a ser realmente beneficiarios de algún efecto favorable como tales, si para ello se necesita sacrificar su protección como previos usuarios contratantes de I.R.C.

⁶⁶ En ese Informe de la CNE, algunas distribuidoras detallan el contenido de sus contratos de IRC, coincidente con el posterior artículo. 30 bis, -pp. 38 a 58: **1º** Refieren como «práctica habitual», retener la propiedad de las IRC que contratan, por ser lo más adecuado para facilitar la extensión del gas natural, -pág. 39-, siendo lo mismo que después exige el apartado 2º del artículo 30 bis-; **2º**.- Aluden a que así tratan de evitar la dificultad económica de costes elevados de IRC, a base de cobrarles en sustitución de la obra de la IRC, un «alquiler» de 20 años por su uso, pero sin informar del sustituido precio de la obra de IRC. El apartado 3º a) art. 30 bis también exige un cobro e información sólo del precio de servicios de IRC, pero no del precio de esa obra.-. **3º**.- En los contratos de 6/04/ 2004 y de 5/02/2004 que dan lugar a las SSAP Coruña (Secc. 6) núm. 5/2015, de 16/01/2015, Ponente Leonor Castro Calvo, -Roj: SAP C 259/2015 -ECLI: ES: APC: 2015: 259-, y nº 93/2016 de 15/03/2016. Ponente Cid Carballo-. Roj: SAP C 645/2016- ECLI: ES: APC: 2016:645, (ninguna recurrida en casación), se aprecia: **3.1.**- Una cláusula 3ª, -«xxx mantendrá la propiedad de las instalaciones por ésta última realizadas, [...], durante la vigencia del presente contrato»-, que anticipaba en el año 2004 la redacción literal del apartado 2º art. 30 bis, -«Durante el período de amortización de estas, mantendrán su titularidad...» y usando incluso la misma y anterior expresión de «mantener la titularidad». **3.2.**- Su cláusula 6ª alude a información del «precio de servicios que se pactan», y no del precio de la obra de IRC; **3.3.**- El apartado 2º y 6º del art. 30 bis refiere que la titularidad de IRC y esos importes serán acordados, aunque se desconoce cómo podrían serlo sin conocer el precio o costes de la obra de IRC. **3.4.**- La duración contractual de 20 años de la retención de esa propiedad y cobro de servicios, la vuelve a imponer el art. 30 bis con un «período de amortización» de la IRC, -apartado 2º- y un «plazo de reversión» de tal titularidad,-apartado 3º c)-. La duración contractual en esos contratos judicializados ya era de 18 años; **3.5.**- La actualización del importe por servicios de uso de IRC, -apartado 3º a) art. 30 bis-, ya se incluía en las cláusulas 7ª y 8ª de esos contratos; **3.6.**- La facturación conjunta de servicios IRC y del suministro, -apartado 4º art. 30 bis-, se reflejaba en la cláusula 9ª de tales contratos. En definitiva, el art. 30 bis RD 1434/2002, 27 diciembre no regula nada nuevo de las IRC, que ya no viniese siendo aplicado en la contratación y cobro de IRC por algunas Distribuidoras, limitándose a elevar el agresivo contenido de contratos de IRC de esas empresas, a lo que ya se pretende que sean unas generalizadas condiciones reglamentarias de ejercicio de la contratación y cobro de las IRC y aplicables por igual a todas esas empresas distribuidoras, incluso a las que ni siquiera venían acudiendo a esos tan agresivos excesos y abusos de contratación y cobro que así se terminan regulando.

respectivas exigencias en ese dual sentido de la DG 2003/55/CE, 26 junio y DG 2009/73/CE, 13 julio. La CNMC continúa sin adaptarse a la DG 2009/73/CE y reducida a una simple actividad consultiva, de supervisión, de control y cooperación con otros organismos, hasta que el RDL 1/2019, 11 enero aumenta sus competencias y funciones.

-Hasta la fecha, ni la CNE ni el CNMC han activado ninguna iniciativa encaminada a garantizar, preservar y promover la libertad contractual en los contratos a largo plazo de IRC, ni su transparencia de precios, ni la competencia efectiva en ese mercado de contratación. Si bien el déficit competencial de la CNE le impide evitar inicialmente la desprotección de los contratantes de IRC con su Informe de 3/03/2005, sin embargo, no le impedía advertir con su Informe de 31/05/2005, que pretendían regularse y aprobarse los mismos excesos y abusos de contratación y cobro de I.R.C, que ya había verificado y que incluso parecen pasar inadvertidos para el propio Consejo de Estado, al adherirse al criterio de la CNE, pero sin hacerse eco de lo que ésta CNE sí objetaba al respecto.

-Aún menos justificado está que la CNE no exigiese con su Informe de 31/05/2005, la inclusión en el borrador de proyecto de RD del deber de información previa acerca del precio o coste de las IRC, si con su Informe de 3/03/2005 ya había comprobado que algunas empresas venían prevaliéndose de la ausencia de esa información para imponer duraciones contractuales excesivas de servicios de usos de IRC, -pronto legalmente prohibidas-, y cobros de esos servicios no equitativos, por alejados de un desconocido coste de la IRC, cobrando así un elevado y nada transparente sobreprecio por cada IRC.

-La diferencia principal entre la DT1ª Ley 44/2006 y la DT1ª RD 942/2005, reside en que mientras la primera sólo trata de aparentar que obliga a las distribuidoras a una adaptación de sus previos contratos de I.R.C al contenido contractual del art. 30 bis, -a pesar de que ser este art. 30 bis el que él mismo ya nace adaptado a esos anteriores contratos-; la DT1ª Ley 44/2006 sí obliga a una real y verdadera adaptación de los efectos de su anterior contratación y cobro de las IRC, a las medidas de mejora de protección que impone, bajo sanción de nulidad de pleno de derecho de su eficacia.

-Aunque la regulación de I.R.C pretenda transmitir una creencia contraria, los afectados por contratos y/o cobros de IRC no tenían el deber de cumplir la DT1ª RD 942/2005, ni de contratar las IRC con distribuidoras; podían contratarlas con instaladoras, a las que no se aplican las condiciones de contratación del art. 30 bis. Ninguna empresa puede exigir contratar IRC con esas condiciones, -menos aún sin transparencia informativa-, al implicar en relación a la DT1ª: una infracción inicial del art. 2.2 LGDCU, y sobrevenida de los arts. 9, 59.2º, 60, 62.3º, 82, 86, 87.6, 89.3º d) TRLGDCU y del art. 74.1º m) LSH.

-La regulación sectorial de las I.R.C es una iniciativa reglamentaria irreconciliable e incongruente con la normativa protectora de los consumidores, por lo que carece de toda prevalencia de aplicación. Cabe preguntarse por qué esta regulación aún no ha sido objeto de una revisión ex art. 130.1º LPACAP, al no estar justificados ni debidamente cuantificados sus exigentes condicionantes de contratación y de cobro, terminando por agravar y prolongar así una preexistente desprotección de sus usuarios contratantes.

XI.- BIBLIOGRAFIA

- ATIENZA SERNA, L. y QUINTO ROMERO, J. (2004). «Reorientar la CNE». *Regulación y competencia en el sector del gas natural en España. Balance y propuestas de reforma. Documento de trabajo 55/2004*, Madrid, Fundación Alternativas, apartado 7.12. pp. 73 y 74. [Lab. ALTERNATIVAS 55/2004 \(fundacionalternativas.org\)](http://www.fundacionalternativas.org)
- BETANCORT RODRÍGUEZ, A. (2012) «Mínimos reguladores, mínima regulación, mínima restricción y mínima distorsión del los Mercados». *Círculo cívico de opinión. Cuadernos. Documento 4.pág. 36*. URL www.circulocivicodeopinion.es. (Acceso 5/10/2022).
- CAMARA LAPUENTE, S. (2011). «Comentarios al art. 59 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*”, Madrid, Edit. Colex. pp. 475-483.
- CORDERO LOBATO, E. (2014). «¿Protección sectorial y protección consumerista general? de minimis y de maximis. Sobre la reforma del artículo 59.2 del TRLGDCU». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº. 9, 2014. pp. 1-8. (Acceso 25/09/2022).
<https://doi.org/10.18239/RCDC>. URL
<http://www.revista.uclm.es.php/cesco>
- DEL GUAYO CASTIELLA I. (2010) «La incompatibilidad entre las actividades gasistas reguladas, y la comercialización de gas natural, con otras actividades gasistas. El problema de la IRCs», en «Separación de actividades, competencia y garantía del suministro en el sector del Gas Natural». *Cuadernos de energía*, Nº. Extra 2, 2010, (Ejemplar dedicado a: Separata del número 28), págs. 3-44, en concreto, pp. 20-21. <http://www.enerclub.es> (Acceso 24/09/2022).
- FERNÁNDEZ PEREZ, M. (2014). «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)»: Conferencia ofrecida el 29 de octubre de 2014 con motivo de la inauguración del curso académico 2014-2015 del Club Español de la Energía *Cuadernos de energía*, pp. 5-9. URL <http://www.enerclub.es> (20/09/2022)
- FIDALGO LOPEZ, A. (2007). «Ley de mejora en la protección de Consumidores y Usuarios: modificación de la Lgdcu» *Dereito: Revista Xurídica Da USC*, nº 1. pp. 125-140. URL <http://hdl.handle.net/10347/7869>. (Acceso 15/09/2002).
- JOVER, JOSÉ. M^a. (2020). «La potestad normativa de la CNMC». *Revista de Administración Pública*, 211, 71-110. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.211.03>. (Acceso 5/09/2002).
- LASHERAS MERINO, M.A. (2018) «La Autoridad reguladora nacional en el sector de la Energía: la experiencia española», en *Reguladores y Supervisores económicos independientes: el caso español*». SEGURA SANCHEZ J. Coordinador. Madrid, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces. pp. 221 a 281. Descarga disponible en <https://www.fundacionareces.es/>
- MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C, «Comentario del art. 2 LGDCU», en Bercovitz R. en *Comentarios a la LGDCU*, Edit. Civitas, Madrid, 1.992, p. 62.
- NAVARRO RODRIGUEZ, P. (2008). *La CNE, naturaleza, régimen jurídico y funciones* Íñigo del Guayo Castiella, (Dir. Tesis). Univ. Almería. Edit. Marcial Pons.
- ORTIZ LAVERDE SANDRA M. (2014). «Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC».

Tesis doctoral dirigida por José Eugenio Soriano García (dir. tes.). Universidad Complutense de Madrid. Tesis en acceso abierto en: E-Prints Complutense.

-PEÑA LOPEZ, F. (2015): «Comentario art. 9 TRLGDCU», en *Comentarios del TRLGDCU y otras Leyes Complementarias*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 95-111.

-PEREZ ARRIAGA I. C. BATLLÉ, C. VAZQUEZ, M. RVIER y P. RODILLA, (2005): *Libro Blanco sobre la Reforma del Marco Regulatorio de la Generación Eléctrica en España*. Instituto de Investigación Tecnológica (IIT). Universidad Pontificia de Comillas, Madrid. <http://hdl.handle.net/11531/7645>, (Acceso 3/09/2022).

-REYES LÓPEZ, M^a J. (2019). «El principio constitucional de protección de los derechos de los consumidores y usuarios». *Actualidad jurídica iberoamericana*, N^o.10. pp. 366-399.

-SANCHEZ GUTIERREZ, M^a MATILDE. (2005). «La posición de la Comisión Nacional de la Energía sobre los problemas jurídicos que plantea la realización por empresas distribuidoras de gas natural de actividades relacionadas con las instalaciones receptoras comunitarias». *Revista General de Derecho Administrativo, RGDA* N^o. 10. pp. 1-20

-SANCHEZ-VENTURA MORER, I. (2018). «Dos modelos de control administrativo de las cláusulas abusivas: España y Reino Unido». *Revista de Derecho Civil. (RDC) Estudios*. Vol. V, núm. 2, (abril-junio, 2018), pp. 243-272.

-SEGURA SANCHEZ, J. «Los organismos supervisores independientes en economías avanzadas», en *Reguladores y Supervisores económicos independientes: el caso español*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2018, pp. 33 y 42- Disponible descarga en <https://www.fundacionareces.es/>

-SERRANO GONZÁLEZ, M. (2019). «Nueva regulación de la distribución de energía eléctrica en las Circulares de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia». *Cuadernos de energía*, N^o. 60. pp. 26-31. <https://www.enerclub.es/>

-SERRANO GONZALEZ, M. (2007). «Principios básicos de la regulación energética-2. V Edición del Curso ARIAE de Regulación Energética Cartagena de Indias, 19 noviembre 2007». Disponible en URL <https://www.arie.org/servicio-documental/principiosbásicos-de-la-regulación-energética-2>. (Acceso 20/09/2002).

-SORIANO GARCÍA, J. E. y SANCHEZ GUTIÉRREZ M^a M. (2007). «La adaptación del Derecho español a las Directivas sobre el mercado interior del gas natural. Especial referencia a la transposición de la Directiva 2003/55/CE». *Revista Noticias de la Unión Europea*, Wolters Kluwer, n^o 271-272, agosto-septiembre, pp. 45 y 46.

XII.- DOCUMENTACION

-COMISION NACIONAL DE LA ENERGÍA, (2005), «Expediente Informativo sobre posibles prácticas anticompetitivas y vulneración del principio de separación de actividades, que se ponen de manifiesto con el cobro realizado por algunas distribuidoras de gas natural, en concepto de Instalaciones Receptoras Comunitarias, (I.R.C)». URL <https://www.cnmc.es/>. (Acceso 1/10/2022). Buscador: CNE/07/05.

- COMISION NACIONAL DE LA ENERGÍA, (2005). Informe 6/2005 de la CNE «sobre la propuesta de Real Decreto por el que se adapta a la normativa relativa al sector de Hidrocarburos, a lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad.». Disponible en <https://www.cnmc.es>. (Buscador CNE-0062005)
- COMISION NACIONAL DE LA ENERGÍA (2004), «Informe Consideraciones generales sobre la problemática de las Instalaciones Receptoras Comunitarias (IRC) y de los derechos de alta». URL <https://www.cnmc.es/> (Buscador CNE /13/04).
- CONSEJO DE ESTADO, (2005). Dictamen de 7 julio 2005, N° 1069/2005 sobre el borrador del Proyecto del Real Decreto 942/2005, 29 julio.
URL https://www.boe.es/buscar/consejo_estado.php. (Buscador: n° expediente 1069/2005; fecha aprobación 7/07/2005. (Acceso 28/09/2022).
- MARTÍ SCHARFHAUSEN, F. (2005) Vicepresidente de la CNE, Voto particular Informe CNE 3 marzo 2005. Disponible en: <https://www.cnmc.es>. – Buscador Expediente CNE/07/05. (Archivo: VP-CNE/07/05 PDF 39.63 KB).

XIII.- JURISPRUDENCIA.-

-TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

-STJE, de 16 noviembre 2006, (Sala Quinta), Asunto C-357/05/. Recurso interpuesto el 23 septiembre 2005 contra el Reino de España por la Comisión de las CE-DOC 281 de 12/11/2005, Código CELEX: C2005/281/27. ECLI: EU: C: 2006:718.

-NACIONAL.-

-STS 17/09/2019 del Pleno, - Ponente RAFAEL SARAZA JIMENA, -Roj: STS 2795/2019 - ECLI: ES: TS: 2019:2795- Id Cendoj: 28079119912019100024, n° R. casación 3743/2019-, -apartado 9º FD7º-,

-S.A.P Murcia (Sección 5ª), de 9/01/2007, N° de Recurso: 389/2006 N° de Resolución: 4/2007. Ponente: JOSE JOAQUIN HERVAS ORTIZ. ROJ: SAP MU 317/2007-ECLI:ES: APMU: 2007:317id. CENDOJ: 30016370052007100009.

--S.A.P Murcia (Sección 5ª) de 16 febrero 2010, Ponente, MATIAS MANUEL SORIA FERNANDEZ-MAYORALA. N° de Recurso: 403/2009 N° de Resolución: 50/2010 -Roj: SAP MU 296/2010 ECLI: ES: APMU: 2010:296, Id Cendoj: 30016370052010100086

-S.A.P Murcia, Secc. 5ª, de 5/04/2010- Roj: SAP MU 657/2010 - ECLI: N° de Recurso: 71/2010 N° de Resolución: 108/2010 Ponente: JOSE MANUEL NICOLAS MANZANARES. - ECLI: ES: APMU: 2010:657 Id Cendoj: 30016370052010100186

-S.A.P Murcia, 31/07/2012, N° de Recurso: 339/2012 N° de Resolución: 287/2012 Procedimiento: CIVIL Ponente: MATIAS MANUEL SORIA FERNANDEZ-MAYORALAS. Roj: SAP MU 1997/2012 - ECLI: ES: APMU: 2012:1997 - Id Cendoj: 30016370052012100438.

-SAP de A Coruña (Secc. 6) núm. 5/2015, de 16/01/2015, Ponente LEONOR CASTRO CALVO, -Roj: SAP C 259/2015 -ECLI: ES: APC:2015: 259 Id Cendoj:15078370062015100007-,

-S.A.P Coruña (Sección 6ª), núm. 93/2016, de 15/03/2016. Ponente CID CARBALLO-. Roj: SAP C 645/2016- ECLI: ES: APC: 2016:645.Id Cendoj: 15078370062016100148-

-S.A.P Burgos Sección 3ª de 24/06/2016, -Roj: SAP BU 560/2016- ECLI: ES:APBU: 2016:560 Id Cendoj: 09059370032016100159-, Ponente, JOSE IGNACIO MELGOSA CAMARERO.