

**ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA DE
COOPERATIVA ELÉCTRICA DE CASTELLAR, S.C.V. SOBRE EL ALCANCE
DE DETERMINADAS DISPOSICIONES LEGALES**

Expediente CNS/DE/368/15

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 17 de diciembre de 2015

Vista la consulta de [CONFIDENCIAL], actuando en calidad de Presidente del Consejo Rector de la COOPERATIVA ELÉCTRICA DE CASTELLAR, S.C.V. sobre *“Si el artículo 12 (de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico) que regula la separación jurídica de las actividades, puesto en relación con el artículo 6, regulador de los sujetos intervinientes en la ordenación del suministro, queda referido única y exclusivamente a las empresas mercantiles, excluyendo pues, tanto de hecho como de derecho, la aplicación de su tenor literal a las sociedades cooperativas”*, la Sala de Supervisión Regulatoria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, acuerda lo siguiente:

La Sala de Supervisión Regulatoria, en el ejercicio de las competencia que le atribuyen el artículo 5 (apartados 2 y 3) y el artículo 7.3, ambos de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, acuerda dar la siguiente contestación a la consulta formulada por COOPERATIVA ELÉCTRICA DE CASTELLAR, S.C.V., relativa a:

“Si el artículo 12 (de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico) que regula la separación jurídica de las actividades, puesto en relación con el artículo 6, regulador de los sujetos intervinientes en la ordenación del suministro, queda referido única y exclusivamente a las empresas mercantiles, excluyendo pues, tanto de hecho como de derecho, la aplicación de su tenor literal a las sociedades cooperativas”

1. Antecedentes

Con fecha de 19 de noviembre de 2015 tuvo entrada en la CNMC escrito de [CONFIDENCIAL], actuando en calidad de Presidente del Consejo Rector de la COOPERATIVA ELÉCTRICA DE CASTELLAR, S.C.V., por el que plantea consulta a esta Comisión sobre *“Si el artículo 12 (de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico) que regula la separación jurídica de las actividades, puesto en relación con el artículo 6, regulador de los sujetos intervinientes en la ordenación del suministro, queda referido única y exclusivamente a las empresas mercantiles, excluyendo pues, tanto de hecho como de derecho, la aplicación de su tenor literal a las sociedades cooperativas”*.

2. Naturaleza jurídica del presente acuerdo y competencia de la Sala para dictarlo.

El artículo 5.2 de la Ley 3/2013 atribuye a esta Comisión la función de actuar como órgano consultivo, entre otras, sobre cuestiones relativas al buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. En relación con lo anterior, de conformidad con el apartado 3 del citado precepto, cuando la citada función consultiva verse sobre materia de energía, se estará a lo dispuesto en el artículo 7 de dicha Ley.

El apartado 3. del artículo 7 de la Ley 3/2013, atribuye a esta Comisión la función de supervisar y, en su caso, certificar la separación de las actividades de generación, transporte, distribución y suministro eléctrico, y en particular, su separación funcional y la separación efectiva de cuentas con objeto de evitar subvenciones cruzadas entre dichas actividades.

Por todo ello, el presente acuerdo tiene naturaleza de contestación a una consulta emitido dentro de la función consultiva de la Sala.

Resulta competente esta Sala para dar contestación a la consulta formulada en aplicación de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y 14.1.b del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

3. Normativa de aplicación y contestación a la consulta

Considera la consultante que *“El artículo 12 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, regulador de la separación de actividades, a diferencia del artículo 6 del mismo cuerpo legal, obliga únicamente a las "sociedades mercantiles" a escindir las actividades de transporte, distribución y operación, por un lado, de las de producción y comercialización, por otro. Eximiendo por tanto, a priori, de tal obligación a las sociedades cooperativas. Y así resulta de la interpretación literal o gramatical y sistemática de la Ley, habida cuenta de la referencia expresa a sociedades mercantiles o sociedades*

cooperativas de consumidores y usuarios, hecha ope legis, por el artículo 6.1, apartados e) y f) de la Ley”.

Igualmente entiende que “no cabe atribuir el carácter de mercantil a las sociedades cooperativas, tanto por la expresa dicción legal de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, como por la exclusión, igualmente expresa, llevada a cabo por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, sustentada en todo caso por la previsión expresa llevada a cabo por el vigente Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio; así como, a nivel autonómico, por la redacción del Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que aprueba el texto refundido de la Ley de cooperativas de la Comunitat Valenciana. Y en todo caso, tal exclusión de mercantilidad parece aceptarse por la propia Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que expresamente distingue sociedades mercantiles y sociedades cooperativas”.

En apoyo de su argumentación señala que *“la competencia sobre la regulación en materia cooperativa, especialmente en materia de promoción de la economía social, queda atribuida a la Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social”.* En igual sentido, señala que el apartado 1 del artículo 1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, al regular el concepto y denominación de las cooperativas establece que *“La cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente Ley.”* Añade la sociedad consultante que *“en dicho concepto no se recoge en momento alguno el término de sociedad mercantil. De igual modo, el artículo 2 del Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que aprueba el texto refundido de la Ley de cooperativas de la Comunitat Valenciana, aplicable a la consultante en virtud de lo previsto por el artículo 1 de la misma, establece el concepto legal de cooperativa en términos similares a la normativa estatal”.*

A continuación se desarrollan las consideraciones de esta Comisión sobre la consulta.

Por lo que respecta a las cooperativas, la derogada Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, señalaba en su Disposición Adicional Novena que *“Las sociedades cooperativas de consumidores y usuarios podrán realizar, en los términos que resulten de las leyes que las regulan, las actividades de distribución, de acuerdo con la presente Ley y las disposiciones que la desarrollen.*

Dichas sociedades cooperativas deberán ajustar su contabilidad a lo dispuesto en el artículo 20.1 y sus actividades a lo dispuesto en el artículo 14 de la presente Ley".

En suma, el régimen vigente con anterioridad a la Ley 24/2013 era claro e indubitado respecto de la obligación para las sociedades cooperativas de cumplir con la obligación de separación de actividades recogida en el artículo 14 de la Ley 54/1997, y en tal medida las sociedades cooperativas deberían haber cumplido ya con la referida obligación de separación de actividades durante todo el tiempo de vigencia de la ahora derogada Ley 54/1997.

Respecto al régimen previsto en la nueva Ley actualmente vigente, Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, entiende esta Comisión que la supresión de la antigua adicional novena de la Ley derogada y la ausencia de una disposición equivalente en la nueva Ley, responde a la inclusión en su lugar de manera expresa de un régimen equivalente en su artículo 6, donde se señala que las sociedades cooperativas podrán ser sujetos del sistema, en las letras e y f:

e) Los distribuidores, que son aquellas sociedades mercantiles o sociedades cooperativas de consumidores y usuarios, que tienen la función de distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo y todas aquellas funciones que se recogen en el artículo 40.

f) Los comercializadores, que son aquellas sociedades mercantiles o sociedades cooperativas de consumidores y usuarios, que, accediendo a las redes de transporte o distribución, adquieren energía para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional en los términos establecidos en la presente ley. Reglamentariamente se establecerá el procedimiento y requisitos para ser comercializador de referencia".

La redacción del actual artículo 12 conserva, sin embargo, la misma redacción del derogado artículo 14, refiriéndose pues sólo a las sociedades mercantiles, sin que exista ahora como existía en la Ley 54/1997 una disposición adicional que aclare que el régimen de separación de actividades es de aplicación igualmente a las sociedades cooperativas. Sin embargo, de dicha circunstancia no puede derivarse una consecuencia de inaplicabilidad de las reglas de separación de actividades a las cooperativas, como pretende la consultante.

La normativa actualmente vigente también prevé pues, aunque en un precepto distinto, la posibilidad de que las actividades eléctricas de distribución o comercialización se desarrollen a través de sociedades cooperativas, debiendo entenderse además que pueden hacerlo siempre que cumplan con las reglas generales que en materia de separación de actividades que se recogen en el

artículo 12 de la Ley, así como con las reglas de contabilidad que se recogen en el artículo 20 de la misma.

En efecto, la ausencia de una referencia expresa a las sociedades cooperativas en el artículo 12 no puede interpretarse de manera que dicho régimen se entienda sólo de aplicación a las sociedades mercantiles y no sea de aplicación a todas las sociedades que desarrollan actividades de distribución y comercialización, máxime cuando no existe disposición alguna que de forma expresa exima a las sociedades cooperativas de dicho régimen legal, que por lo demás constituye uno de los elementos esenciales de la regulación del sistema eléctrico.

Lo anterior se desprende igualmente de la circunstancia de que la no mercantilidad de las sociedades cooperativas no ha sido una cuestión totalmente pacífica en la doctrina del Derecho Mercantil español, pues aunque las sociedades cooperativas no se consideran ni devienen de manera automática por su forma (como otras como la anónima o la limitada) en sociedades mercantiles, no faltan hoy autores que subrayan desde una perspectiva material (que atiende a la realidad y no a la mera forma adoptada por la sociedad en su constitución) el carácter de mercantilidad de las mismas, atendiendo a que sí tendrían, al menos algunas de ellas y bajo dichas interpretaciones doctrinales, una suerte de ánimo de lucro.

En suma, lo anterior permite subrayar de nuevo que la referencia a “mercantiles” en el artículo 12, no puede interpretarse de manera que se deduzca sin más, en ausencia de ninguna otra referencia expresa, la existencia de una voluntad tácita y sobreentendida del legislador de excluir de dicho régimen a las cooperativas, por cuanto tal consecuencia automática y sobrevenida -pretendida por la consultante- sólo sería posible en un contexto general de entendimiento incontrovertido de que las cooperativas merecen, por su especial configuración societaria, un tratamiento específico en esta materia que supusiera eximirlas de un régimen de tal importancia como el de la separación de actividades.

No sólo dicho entendimiento de tratamiento específico no es expreso en la nueva Ley, sino que la interpretación de la misma, a la luz del régimen anterior, conduce exactamente a la consecuencia opuesta, pues la antigua sí señalaba de manera expresa el sometimiento de las cooperativas a la obligación de separación de actividades. Por lo cual, si el legislador hubiera pretendido excluir a las cooperativas de tal régimen, lo habría señalado de manera expresa, a fin de subrayar la modificación con respecto al régimen normativo derogado, y esto no aparece en ningún sitio ni en el Preámbulo de la Ley ni en su texto normativo.

Adicionalmente, entiende esta Comisión que cualquier interpretación de la norma interesada meramente en eximir a las cooperativas de una obligación

legal basándose en la mera literalidad de la norma sin atender al contexto normativo y a su finalidad, es incorrecta.

Por este motivo, resulta necesario acudir a otras pautas interpretativas de entre las permitidas por el artículo 3 del Código Civil. Conforme a este precepto *“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social el tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella”*.

La finalidad de la norma y las razones que inspiraron la aplicación de dicho régimen de separación de actividades a las cooperativas en la Ley 54/1997, persisten en la actualidad con la Ley 24/2013, a fin de dotar de mayor transparencia el desarrollo por un mismo grupo de sociedades, ya sean mercantiles o cooperativas, de actividades libres y reguladas, evitando la aparición de subsidios cruzados entre las diferentes actividades, y de que quede garantizada de tal modo la ausencia de ventajas competitivas para las sociedades liberalizadas del grupo en el desarrollo de sus actividades.

Dentro de las guías de interpretación de las normas jurídicas que el artículo 3 del Código Civil nos permite cobra especial relevancia la interpretación conforme a la normativa comunitaria. La obligación de separación jurídica que la Ley española impone a los distribuidores de energía eléctrica procede de la previsión contenida en el artículo 26.1 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE¹, que establece lo siguiente:

1. Si el gestor de la red de distribución forma parte de una empresa integrada verticalmente, deberá ser independiente de las demás actividades no relacionadas con la distribución, al menos en lo que se refiere a la personalidad jurídica, la organización y la toma de decisiones. Estas normas no darán lugar a ninguna obligación de separar la propiedad de los activos del sistema de distribución de la empresa integrada verticalmente.

Nótese que la Directiva hace recaer las obligaciones de separación e independencia sobre las empresas², no sobre una forma societaria concreta. Carecería de sentido jurídico e iría en contra del texto de la propia Directiva, el sostener que la obligación de separación jurídica en España le resulta exigible

¹ Nótese que la Directiva 2003/54/CE (artículo 15) transpuesta por la Ley 17/2007 ya regulaba en términos similares la obligación de separación jurídica de los gestores de las redes de distribución.

² A estos efectos, la Directiva 2009/72/CE, en su artículo 2.35 define como “empresa eléctrica”, cualquier persona física o jurídica que realice al menos una de las funciones siguientes: generación, transporte, distribución, suministro o compra de electricidad, y que lleve a cabo las tareas comerciales, técnicas o de mantenimiento relacionadas con estas funciones, pero sin incluir a los clientes finales.

a las sociedades de capital y, sin embargo, no les sea aplicable a las sociedades cooperativas.

Por todo ello, cabe entender que resulta aplicable a las sociedades cooperativas el régimen de separación de actividades regulado por el artículo 12 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico. En este sentido, cabe señalar que las autoridades nacionales, en el ejercicio de las funciones que les correspondan, están obligadas a interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho europeo, por virtud del denominado principio de *interpretación conforme*, principio construido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como corolario del principio de supremacía del Derecho europeo.

Ha de señalarse que la primacía o supremacía del Derecho europeo se predica respecto de las disposiciones y actos de la Unión de carácter obligatorio, tanto si constituyen derecho originario (tratados) como derivado (reglamentos y directivas, en especial), y al margen de la naturaleza o rango que tenga la disposición de Derecho nacional de que se trate.

Derivado de este principio de primacía, resulta el principio de interpretación conforme, que obliga a las autoridades nacionales, en el ejercicio de la labor que les corresponda (y que, de alguna forma, implique la interpretación o aplicación del Derecho europeo), a hacer todo lo posible para que, a la vista de lo dispuesto en las normas europeas, se respete la finalidad a que obedecen dicha normas y se alcance su resultado. Con ello, de entre las varias interpretaciones que se pudiera dar a una norma nacional, se ha de acoger aquélla que mejor se corresponda con las finalidades a que responden las normas europeas. En este sentido, de una forma característica, este principio de interpretación conforme ha desplegado su eficacia en relación con las directivas, como disposiciones del Derecho de la Unión que, conforme a lo previsto en el Tratado de Funcionamiento, obligan en cuanto al resultado a conseguir.

La enunciación del principio de interpretación conforme se contiene, de forma destacada, en las sentencias del Tribunal de Justicia referidas a los asuntos *von Colson* y *Marleasing*, que destacan que este principio afecta a todas las autoridades públicas de un Estado miembro (en el ejercicio de la labor que les corresponda), y que tales autoridades han de hacer “todo lo posible” (en el ejercicio de esa labor que les corresponde conforme al Derecho nacional) para respetar las finalidades y resultados a que se refiere una directiva europea.

Existen por último, argumentos interpretativos derivados de la propia legislación sobre cooperativas. No tiene sentido, a juicio de esta Comisión, eximir a las sociedades cooperativas de uno de los elementos esenciales de la liberalización y regulación del sistema eléctrico español, que colocaría a esas sociedades en una situación de ventaja respecto del resto de competidores, sin que ello pueda estar justificado en la especial naturaleza de las sociedades cooperativas, por cuanto esas sociedades cooperativas (de consumidores y

usuarios) aun cuando constituyan una forma de asociación en un régimen que se propone satisfacer las necesidades de sus socios, (así se la define en el apartado 1 del artículo 1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, que señala que *“es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente Ley”*) pueden, de conformidad con lo previsto en el artículo 88.2 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, *“realizar operaciones cooperativizadas con terceros no socios, dentro de su ámbito territorial, si así lo prevén sus Estatutos”*.

En tal medida, en sus relaciones “ad extra” desenvuelven sus actividades en el mercado junto a otros competidores y compiten por la captación de clientes frente a otras sociedades no cooperativas, lo que justifica no ya la conveniencia sino la necesidad de someterlas a las mismas reglas de transparencia, objetividad y no discriminación que al resto de competidores, y en ese contexto, someterlas a uno de los pilares fundamentales del nuevo régimen de libre competencia en el desarrollo de la actividad de comercialización, como es la separación jurídica y contable de tal actividad respecto a otras actividades reguladas.

4. Conclusión

Por todo lo anterior, las sociedades cooperativas estarían, a juicio de esta Comisión, sometidas a las reglas de separación de actividades recogidas en los artículos 12 y 20 de la citada Ley 24/2013, sin perjuicio de la exención respecto a las obligaciones de separación funcional recogidas en el apartado 2 del artículo 12 para las distribuidoras que tengan menos de 100.000 clientes, según recoge el apartado 4 del referido artículo 12.

Asimismo, resulta de aplicación a las sociedades cooperativas el régimen transitorio contenido en la disposición transitoria cuarta de la misma Ley:

“Separación jurídica de actividades.

Las empresas distribuidoras con menos de 100.000 clientes conectados a sus redes que a la entrada en vigor de la presente ley no cumplieran con lo dispuesto en el artículo 12 que le sea de aplicación dispondrán de un periodo de tres años desde la entrada en vigor de la presente ley para el cumplimiento de dichos requisitos”.