



Comisión

Nacional

de Energía

**RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE TRAMITADO
POR LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA, A
INSTANCIA DE ENAGAS, S.A., SOLICITANDO
AUTORIZACIÓN PARA LA DENEGACIÓN DEL
ACCESO A GAZ DE FRANCE, DE CONFORMIDAD
CON EL ARTÍCULO 70.4 DE LA LEY 34/1998, DE 7
DE OCTUBRE, DEL SECTOR DE
HIDROCARBUROS**

**RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE TRAMITADO POR LA COMISIÓN
NACIONAL DE ENERGÍA, A INSTANCIA DE ENAGAS, S.A., DE
CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 70.4 DE LA LEY 34/1998, DE 7 DE
OCTUBRE, DEL SECTOR DE HIDROCARBUROS**

ANTECEDENTES DE HECHO

- I. Con fecha 18 de abril de 2001 tiene entrada en la Comisión Nacional de Energía escrito de la sociedad ENAGAS S.A., en el que se solicita la previa conformidad de la Comisión Nacional de Energía para proceder a la denegación de acceso a su red de transporte a la sociedad GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A., en virtud del artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y el artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía. ENAGAS S.A. señala en su escrito que la mencionada empresa suministradora de gas radica en un país en el que no están reconocidos derechos análogos y considera que puede resultar una alteración del principio de reciprocidad para las empresas a las que se requiere el acceso en los términos previstos en los citados preceptos.

Los argumentos esgrimidos por ENAGAS S.A. en el escrito reseñado en el párrafo anterior son los siguientes: la cláusula de reciprocidad presente en el artículo 70.4 de la Ley de Hidrocarburos así lo establece; la cláusula de reciprocidad está incluida también, en el artículo 19 de la Directiva 98/30/CE, de 22 de junio de 1998, relativa a las reglas comunes para el mercado interior de gas natural. El artículo 19, anticipándose al hecho de que los Estados miembros pueden adoptar distintos grados de liberalización para sus respectivos mercados de gas, introduce la cláusula

de reciprocidad para evitar desequilibrios en la apertura de los mercados, permitiendo la denegación de acceso a la red con el fin de evitar que distintos niveles de apertura de mercado resulten en competencia desleal y desequilibrios en el acceso al mercado. Francia no ha transpuesto la mencionada Directiva, a pesar de existir dicha obligación por parte de los Estados miembros antes del 10 de agosto de 2000. Por otro lado, GAZ DE FRANCE ha establecido y hecho pública la normativa y peajes para el acceso a sus redes para suministro a clientes con consumo superior a 25.000.000 m³(n)/año, pero la misma no aporta ninguna seguridad, al no estar refrendada por la legislación.

Entre la documentación aportada por ENAGAS S.A., destaca la solicitud formal de acceso y reserva de capacidad para suministro a clientes industriales de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. de fecha 26 de marzo de 2001.

- II. Con fecha 27 de abril de 2001 tiene entrada en la Comisión Nacional de Energía escrito de ENAGAS, S.A. por el que da traslado a este Organismo de la comunicación remitida por ésta a GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. en la que señala que la petición de acceso ha sido remitida a la Comisión Nacional de Energía para consulta.
- III. Con fecha 24 de mayo de 2001 tiene entrada en la Comisión Nacional de Energía escrito de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. en el que solicita se tenga por personada a esta sociedad como parte interesada en este expediente administrativo, así como que se le dé acceso a dicho expediente al amparo del artículo 35 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Entre la documentación aportada por GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. destaca, la solicitud de autorización de comercialización de gas natural y de inscripción en el Registro

Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Cualificados ante la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Economía, así como la autorización provisional otorgada para desarrollar la actividad de comercialización de gas natural en todo el territorio nacional y proceder a la inscripción provisional de la misma en el Registro Administrativo antes citado.

- IV.** Con fecha 6 de junio de 2001 la Comisión Nacional de Energía remite escrito a GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. dando traslado de la documentación presentada por ENAGAS S.A. ante este Organismo, y emplazando a GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. para que, en un plazo de diez días, formule cuantas alegaciones considere oportunas, y proporcione información sobre la situación de implementación de la Directiva 98/30/CE, de 22 de junio, en el Estado Francés, o la legislación francesa que ampara las medidas de acceso de terceros a las redes gasistas.
- V.** Con fecha 7 de junio de 2001 la Comisión Nacional de Energía remite escrito a la Vicepresidenta, Comisaria de Relaciones con el Parlamento y Comisaria de Transportes y Energía de la Comisión Europea, en el que solicita información sobre la situación de transposición en el Estado Francés de la Directiva 98/30/CE, de 22 de junio, o, en su defecto, la legislación francesa que ampara las condiciones de acceso de terceros a las redes gasistas.
- VI.** Con fecha 8 de junio de 2001 la Comisión Nacional de Energía solicita a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Economía copia del expediente administrativo tramitado ante la citada Dirección General relativo al otorgamiento de la autorización provisional a GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. para desarrollar la actividad de comercialización de gas natural.

VII. Con fecha 19 de junio de 2001 tiene entrada en la Comisión Nacional de Energía escrito de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. en el que formula alegaciones y, solicita que se deniegue la petición de previa conformidad, cursada por ENAGAS S.A. por haber precluido el plazo previsto al efecto, y subsidiariamente, por no concurrir las causas previstas en el artículo 70.4 de la Ley del Sector de Hidrocarburos. Así, sostiene esta sociedad que la solicitud de acceso a la red de transporte fue remitida por GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. a ENAGAS S.A. mediante fax de fecha 7 de febrero de 2001. Por tanto, el plazo de un mes previsto en el artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, para la denegación del acceso a redes finalizó el día 7 de marzo de 2001. Si se tuviese por fecha de presentación de la solicitud formal de acceso la del 26 de marzo de 2001, el plazo de un mes para la denegación del acceso habría concluido el 26 de abril de 2001, por no ser dicho plazo susceptible de interrupción ni prórroga, resultando extemporánea y nula de pleno de derecho toda denegación posterior. Se refiere expresamente la sociedad, al artículo 5 del Proyecto de Real Decreto por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural. Asimismo, considera GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. que el pronunciamiento de la Comisión Nacional de Energía ha de producirse necesariamente en el citado plazo de un mes. En cuanto al fondo del asunto, esta sociedad sostiene que el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, establece un reenvío en blanco a la Directiva comunitaria en materia de alteración del principio de reciprocidad. No crea, por tanto, una causa autónoma de negativa de acceso sino que da por reproducidas las de la Directiva. El artículo 70 de la Ley del Sector de Hidrocarburos tiene por objeto el "acceso a la redes de transporte" y no el "suministro a clientes cualificados". En la Directiva, las causas de denegación del acceso a redes se encuentran reguladas

exhaustivamente en los artículos 17 y 23. En los mismos, ni se prevé la reciprocidad ni se prevé la exigencia de doble cualificación. Por lo tanto, ni la reciprocidad, ni la doble cualificación pueden servir de base para la denegación de acceso. La reciprocidad recogida en el artículo 19 de la Directiva viene referida literal, expresa y exclusivamente a la posibilidad de prohibir contratos de suministro de gas, y no a la denegación de acceso a redes, por lo que no resultaría de aplicación en el presente procedimiento. Además, considera GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. que no concurrirían, en todo caso, los presupuestos materiales necesarios para que procediera la aplicación de la excepción prevenida en el artículo 19 de la Directiva, habida cuenta de que los consumidores franceses de consumo equivalente al de los consumidores españoles a los que GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. desea suministrar, gozan en Francia de la condición de cliente cualificado. El marco jurídico en el que deben ejercer su derecho a elegir suministrador libremente ofrece garantías suficientes para asegurar su respeto y ello en base no sólo al dispositivo antes referido, sino también a la aplicación directa de las disposiciones de la Directiva que recogen este derecho, y a la inaplicabilidad de cualquier norma nacional que pudiera resultar contraria a las mismas.

El escrito de alegaciones se acompaña, entre otros, de los siguientes documentos: solicitud de acceso de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. de fecha 7 de febrero de 2001; Proyecto de Real Decreto por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural; documento sobre condiciones de acceso de terceros a la red de GAZ DE FRANCE; y documento de la DG TREN de la Comisión Europea "TPA conditions of major European gas transmission operators".

- VIII.** Con fecha 27 de junio de 2001 se pone de manifiesto el expediente a las partes interesadas por término de diez días hábiles, en cumplimiento del trámite de audiencia previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
- IX.** Con fecha 5 de julio de 2001 tiene entrada en la Comisión escrito de la Dirección General de Política Energética y Minas por el que remite copia del expediente administrativo relativo a la autorización provisional otorgada a GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. para ejercer la actividad de comercialización de gas natural.
- X.** Con fecha 6 de julio de 2001 tiene entrada en la Comisión escrito de la Vicepresidenta, Comisaria de Relaciones con el Parlamento y Comisaria de Transportes y Energía de la Comisión Europea, en el que se señala:

“Efectivamente, Francia no ha incorporado todavía en su ordenamiento jurídico interno la mencionada directiva, pese a haber expirado el plazo legal para su ejecución en el Derecho nacional. Como consecuencia de ello, la Comisión inició un procedimiento de infracción que ha dado lugar a una decisión adoptada el 8 de mayo pasado de demandar a Francia por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Las autoridades francesas, aún reconociendo que la adopción de una ley sobre el gas es indispensable, consideran que ciertas medidas adoptadas por las empresas francesas que operan en el sector (GDF, CFM y GSO) deben ser consideradas como <<medidas transitorias de acceso a la red>> en favor de determinados clientes elegibles. Sin embargo, estas medidas son estrictamente voluntarias. La Comisión considera que estas medidas son totalmente insuficientes al carecer de fuerza legal y obligatoria para asegurar unas condiciones de competencia descritas en la propia directiva y, por tanto, no pueden ser consideradas como medidas de trasposición de la directiva, tal y como lo han reconocido las autoridades francesas.”

- XI.** Con fecha 6 de julio de 2001, y en el marco del trámite de audiencia del expediente reseñado en el Expositivo VIII anterior, la Comisión Nacional de Energía remite a ENAGAS S.A. y GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A., copia de los documentos citados en los Expositivos IX y X anteriores.
- XII.** Con fecha 9 de julio de 2001 tiene entrada escrito de alegaciones de ENAGAS S.A. En relación con las cuestiones procedimentales planteadas, ENAGAS S.A. señala que la solicitud formal de acceso de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. debe entenderse efectuada el 26 de marzo de 2001. Esta sociedad entiende que la situación que se produce cuando un transportista, en este caso ENAGAS, recibe una solicitud de acceso a sus instalaciones que puede incurrir en el supuesto previsto en el artículo 70.4 de la Ley de Hidrocarburos, carece de un desarrollo procedimental suficiente, pudiendo afirmarse que existe una laguna legal cuya integración es preciso hacer teniendo en cuenta la normativa aplicable tanto a las partes privadas interesadas como a la Comisión Nacional de Energía. Esa necesidad de que la intervención preceptiva de la CNE vaya acompañada de cuantas garantías procedimentales previene la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, hace que el plazo de un mes que fija el artículo 15.1 del Real Decreto 1339/1999 sea insuficiente para permitir el desarrollo y finalización de cuantas actuaciones son precisas. Asimismo, ENAGAS sostiene que nada está contemplado en la reglamentación vigente acerca de la imperatividad del plazo y los efectos de su incumplimiento. Por lo anterior, ENAGAS concluye que, de entenderse producida la extemporaneidad de la respuesta, ello no implicaría en absoluto ni la aceptación de la solicitud ni tampoco la ineficacia de dicha respuesta. En cuanto a las cuestiones de fondo, ENAGAS S.A. sostiene la aplicabilidad del artículo 19 de la Directiva 98/30/CE, dado que el mismo permite a los Estados miembros prohibir contratos de suministro con "consumidores cualificados" suscritos

por un proveedor de otro Estado miembro en el que dichos consumidores no se consideran cualificados. Conforme al artículo 18 de la Directiva, los consumidores que se consideran "consumidores cualificados" tienen "capacidad jurídica para contratar o adquirir gas natural con arreglo a los artículos 15 y 16". Los consumidores considerados cualificados por la legislación española no son considerados de hecho como consumidores cualificados de acuerdo con la legislación francesa, dado que la Directiva no ha sido transpuesta en Francia. A tenor del artículo 19 de la Directiva, puesto que los derechos de acceso a la red existen sólo con el fin de conseguir los citados contratos de suministro, la prohibición de los contratos de suministro hace que no exista el derecho de acceso a la red. A su vez, ENAGAS S.A. sostiene que las condiciones comerciales adoptadas por GAZ DE FRANCE no constituyen normas vinculantes que logren la transposición de la Directiva y no hacen surgir ningún derecho legalmente exigible; de hecho, como en ellas mismas se prevé, podrían ser modificadas unilateralmente por GAZ DE FRANCE en cualquier momento, o bien dejar de aplicarse. Adicionalmente, ENAGAS S.A. manifiesta que la Directiva no tiene efecto directo ya que no es lo suficientemente precisa y clara como para permitir a un Tribunal hacer cumplir los hipotéticos derechos de los particulares derivados de la misma. Finalmente, esta sociedad sostiene que, incluso si se considerase que la Directiva tiene efecto directo en este sentido, este efecto no releva a Francia de su obligación de transposición correcta de la Directiva. Así, GAZ DE FRANCE, como emanación o parte del Estado francés, no puede invocar que la doctrina del efecto directo confiere derechos de acceso a los consumidores en el mercado francés y que, en consecuencia, hace surgir una obligación de ENAGAS de permitir un acceso recíproco en España.

- XIII.** Con fecha 9 de julio de 2001 tiene entrada escrito de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A., en el que reitera las alegaciones formuladas

en el escrito presentado ante este Organismo el 19 de julio de 2001 referido en el Expositivo VII anterior.

- XIV.** Con fecha 13 de julio de 2001 tiene entrada escrito de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. por el que solicita se declare la caducidad del procedimiento, al amparo del artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por cumplimiento del término previsto en el artículo 15 apartado 1 en relación con el artículo 6 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio.
- XV.** El Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, previa tramitación del expediente administrativo de conformidad con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ha procedido, en su sesión de 17 de julio de 2001, a adoptar la presente Resolución, basando la misma en los fundamentos jurídicos que a continuación se exponen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURIDICO-PROCESALES

I.- Competencia de la Comisión Nacional de Energía para resolver el presente procedimiento.

La Comisión Nacional de Energía, tiene atribuida por la Disposición Adicional Undécima, Tercero, 1, función Decimotercera, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la función de resolver los conflictos que le sean planteados respecto de los contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y, en su caso, distribución. Esta función se desarrolla reglamentariamente en los artículos 14 a 16 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, estableciendo estos preceptos, las características y trámites

inexcusables del procedimiento que han de seguirse, así como los plazos en que ha de sustanciarse.

Dentro de esta regulación de la función resolutoria de conflictos que cabría calificar como *genérica*, se contempla y explicita en las normas, un supuesto específico y singular, cual es, la denegación de acceso a la red de transporte por falta de reciprocidad, previéndose, en este caso, la emisión de conformidad por la Comisión Nacional de Energía, con carácter previo, a la denegación del titular de la instalación, en los términos previstos en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, así como artículo 15.1 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía.

La presente Resolución se dicta, pues, al amparo de lo establecido en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, así como artículo 15.1 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía.

Dentro de la Comisión Nacional de Energía corresponde a su Consejo de Administración aprobar esta Resolución, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 19 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de este Organismo.

II. Procedimiento aplicable al presente expediente

II.1 *Sobre la naturaleza e identificación del presente procedimiento: Trámites y plazos para su sustanciación.*

El artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, establece:

*“Podrá, asimismo, **previa conformidad de la Comisión Nacional de Energía**, denegarse el acceso a la red, cuando la empresa suministradora de gas, directamente o por medio de acuerdos con otras empresas suministradoras, o aquéllas a las que cualquiera de ellas esté vinculada, radique en un país en el que no estén reconocidos derechos análogos y se considere que pueda resultar una alteración del principio de reciprocidad para las empresas a las que se requiere el acceso, ello sin perjuicio de los criterios a seguir respecto de empresas de Estados miembros de la Unión Europea conforme a la legislación uniforme en la materia que ésta establezca.”*

El artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, prevé en su apartado primero, párrafo segundo, lo siguiente:

*“En todo caso, la denegación del derecho de acceso a las redes de transporte de gas natural, motivada en la aplicación del principio de reciprocidad a que se refiere el artículo 70.4 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, requerirá la **previa conformidad de la Comisión Nacional de Energía**”.*

Son, pues, estos preceptos, los que propician y otorgan fundamento legal y reglamentario a la actuación de la Comisión Nacional de Energía, y resulta, por ello, obligado a partir de los mismos, definir la identificación y naturaleza del presente procedimiento, máxime cuando las alegaciones de las partes interesadas, descritas en los Expositivos VII y XII de la presente Resolución han versado sobre citada materia.

La Comisión Nacional de Energía, tiene atribuida por la Disposición Adicional Undécima, Tercero, 1, función Decimotercera, de la Ley 34/1998, de 7 de

octubre, la función de resolver los conflictos que le sean planteados respecto de los contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y, en su caso, distribución. Asimismo, la citada Disposición en su apartado 2, función segunda le otorga, en relación con el sector eléctrico, la facultad de resolver los conflictos que le sean planteados en relación con la gestión económica y técnica del sistema y del transporte. Finalmente, y en relación con el sector gasista, de conformidad con el apartado 3 de la misma Disposición, la función de resolución de conflictos que le sean planteados en relación con la gestión del sistema.

Esta función se desarrolla reglamentariamente en los artículos 14 a 16 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, estableciendo estos preceptos, las características y trámites inexcusables del procedimiento que han de seguirse, así como los plazos en que ha de sustanciarse.

Dentro de esta regulación de la función resolutoria de conflictos, calificada como *genérica* en el Fundamento Jurídico I anterior, se prevé en nuestro ordenamiento un supuesto específico y singular, cual es la denegación de acceso a la red de transporte por falta de reciprocidad, previéndose la ya reseñada actuación concreta de la Comisión Nacional de Energía, esto es, la emisión de conformidad por este Organismo, con carácter previo, a la denegación del titular de la instalación. La necesidad de dicha previa conformidad tiene su origen en el apartado 4 del artículo 70 de la propia Ley 34/1998, de 7 de octubre.

Cuando concurre el supuesto de hecho previsto en este precepto, el titular de las instalaciones que se plantea denegar el acceso solicitado por un tercero por falta de reciprocidad, en este caso ENAGAS S.A., viene obligado a requerir la conformidad de la Comisión Nacional de Energía antes de proceder a tal denegación. Debe hacerse notar, por la importancia que luego se señalará,

que, en este momento, aún no se ha producido formalmente la denegación del acceso. Ante esta circunstancia, corresponde a la Comisión Nacional de Energía tramitar este procedimiento especial y específico previsto en la Ley, encaminado exclusivamente a la determinación de la existencia o no de la reciprocidad consultada, en aras a pronunciarse sobre la conformidad o disconformidad, a petición del titular de la instalación, ENAGAS S.A.

Es éste, por tanto, un supuesto específico que adquiere en las normas carta de naturaleza propia y se diferencia de la “típica o común” denegación por falta de capacidad prevista tanto en la legislación eléctrica como gasista. El objetivo de este procedimiento especial es la determinación de la existencia de reciprocidad y, en consecuencia, derechos análogos, a fin de que no se produzca una alteración del citado principio, en los términos previstos en las normas legales y reglamentarias antes mencionadas.

A la vista de lo anterior, cabe ya afirmar que estamos ante un procedimiento con sustantividad propia, y dado que el mismo exige la manifestación de este Organismo a través de un acto administrativo, acto de conformidad o disconformidad, deviene imperativo tramitar la solicitud de ENAGAS, S.A., mediante un procedimiento que otorgue las garantías jurídicas suficientes y necesarias.

La tramitación del procedimiento debe ajustarse a los principios generales establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que este Organismo sujeta su actividad cuando ejerce potestades administrativas, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Undécima, primero, 2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

El plazo para la sustanciación del presente procedimiento es el previsto, en ausencia de norma específica, en la normativa administrativa general, esto es,

el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo de tres meses. Este plazo se computa desde el momento en que tuvo entrada en el registro de este Organismo, la solicitud de ENAGAS S.A. A estos efectos, procede señalar que no resulta aplicable el plazo de dos meses previsto en los artículos 15 y 16 del Real Decreto 1339/1999, por los motivos que ya se han expuesto: se trata de un procedimiento específico y con sustantividad propia, distinto al procedimiento previsto para la resolución de conflictos por denegación de acceso a terceros.

Finalmente, en cuanto a los efectos del silencio administrativo, procede señalar que no existe norma específica sobre los efectos de la falta de resolución expresa dentro del plazo, por lo que es de aplicación directa la Disposición Adicional Octava de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, según la cual el efecto del silencio administrativo es negativo. Una vez señaladas las características y elementos esenciales del procedimiento, que constituyen premisa básica rectora del presente fundamento jurídico, procede entrar a analizar las alegaciones concretas de las partes en esta materia.

II. 2- Consideración especial del plazo de un mes previsto en el artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, y sus efectos jurídicos.

GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. sostiene, entre sus alegaciones, dos argumentos con respecto al plazo máximo de un mes establecido en el número 1 del artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio. Con carácter previo al análisis de este plazo y sus efectos jurídicos, procede señalar sobre el mismo, que éste se ha configurado esencialmente para aquellos supuestos de denegación de carácter *típico o común*, la falta de capacidad, en los que el sujeto titular de la instalación puede denegar *por sí solo* el derecho de acceso, sin que se requiera la conformidad previa de la Comisión Nacional de Energía. En el caso que nos ocupa de carácter especial,

ante la imprecisión o ausencia de determinación normativa concreta, y con objeto de garantizar la protección jurídica del solicitante, este plazo debe entenderse referido a la *intención* de denegar el acceso por el titular, dado que la decisión propiamente denegatoria no surge formalmente hasta que goza de la *ratificación o sanción administrativa* prevista en el artículo 70 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y en el artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio.

Entrando en las alegaciones de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A esta sociedad, en primer lugar, viene a considerar que el titular de las instalaciones requerido está obligado a resolver sobre la solicitud formal de acceso en ese plazo de un mes y que, por ello, forzosamente ha de producirse dentro de este mes la confirmación de la Comisión Nacional de Energía en los casos en los que la denegación se base en la falta de reciprocidad del artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

El argumento frente a esta cuestión resulta claro y se desprende de forma natural del apartado anterior del presente Fundamento Jurídico: la comunicación a la Comisión Nacional de Energía, dirigida por el titular de las instalaciones de su *intención* de denegar el acceso por falta de reciprocidad, desencadena, necesariamente, el inicio de un procedimiento administrativo con todas las garantías que, a falta de regulación expresa, debe resolverse en el plazo de los tres meses. Más aún, el plazo de actuación de la Comisión Nacional de Energía como órgano administrativo no puede venir condicionado por la actividad del sujeto privado. De admitirse la tesis de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. podría suceder que, si el titular de las instalaciones agotara ese plazo de un mes y no remitiera hasta la víspera su escrito a la Comisión Nacional de Energía para la confirmación de la denegación de acceso por falta de reciprocidad, a este Organismo le restaría únicamente un día para pronunciarse sobre una cuestión tan compleja y

trascendente. Es por ello forzoso concluir que la comunicación del titular de la instalación a esta Comisión de su intención de denegar el acceso, basado en causa de reciprocidad, suspende el plazo del mes analizado, para dar paso al inicio de un procedimiento administrativo que se sustanciará en los términos y plazos antes descritos. Así, en el momento que el titular de la instalación, en este caso ENAGAS S.A., recaba la conformidad del Organismo por medio de escrito de 18 de abril de 2001, y comunica esta decisión al solicitante del acceso, por medio de escrito 25 de abril de 2001, el plazo previsto en el artículo 15 agota su funcionalidad, y en consecuencia, sus efectos jurídicos.

Es esta la única interpretación que permite conciliar y compatibilizar los comportamientos y acciones de los sujetos que actúan en el mundo Derecho Privado, con la intervención de un Organismo público que, por mandato legal, cuando ejerce potestades administrativas, como es la adopción de un acto de conformidad o disconformidad con la decisión de un sujeto, debe ajustar su actuación al Derecho Administrativo. La Ley 34/1998, de 7 de octubre, y el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, entienden que la denegación, basada en motivos de reciprocidad, no puede ser adoptada por el sujeto titular de la instalación *por sí solo*, así exigen ambas *la ratificación o sanción administrativa* de esa decisión, que debe adoptarse conforme al ordenamiento jurídico público que rige la actuación del Organismo con carácter general.

En segundo lugar, GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A., considera que el transcurso del plazo de un mes previsto en el artículo 15 sin que ENAGAS S.A. haya comunicado la denegación, supone la aceptación de la solicitud de acceso, entendiendo GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. precluido el derecho de ENAGAS, S.A. para resolver negativamente la petición de acceso.

Pues bien, esta aseveración no se sostiene en ningún fundamento jurídico. En primer lugar, para que así fuera, esta consecuencia debería estar legalmente prevista. En modo alguno, puede ser invocado el proyecto de Real Decreto por el que se regula el acceso de terceros a instalaciones gasistas por tratarse, precisamente, de un Proyecto. Si bien el artículo 5 del citado Proyecto prevé la aceptación de la solicitud, ante la no contestación en los plazos establecidos, resulta obvio que un Proyecto de norma no puede ser invocado como derecho aplicable al caso. A este respecto, debe ponerse de manifiesto lo ya señalado por la Comisión Nacional de Energía, en su Informe 8/2001, sobre el citado artículo 5: “En cuanto a la indicación expresa del efecto jurídico del silencio del titular de la instalación, contemplada en el último párrafo del apartado 2 de la disposición comentada, se estima que la afirmación en una norma del efecto positivo del silencio del titular no ofrece solución a la posible actitud obstruccionista de éste en cuanto a la firma del contrato de acceso. Es por ello que debe contemplarse, la posibilidad de que el peticionario de acceso acuda a la CNE si el contrato no se formaliza en un plazo determinado.” Así, este Organismo proponía en el propio Informe 8/2001: “a) Modificar dicho párrafo cambiando el sentido del silencio del titular, al objeto de que el peticionario que no reciba contestación expresa en el plazo de un mes, pueda instar la actuación de la CNE, para formalizar el derecho de acceso, con remisión expresa al artículo 15 del Reglamento CNE.” Se proponía así, una solución semejante a la adoptada, con respecto al sector eléctrico, por el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, en sus artículos 53 y 57.

Del texto del artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, puede deducirse que éste establece *obligaciones de comunicación* de la denegación de acceso en el plazo máximo de un mes, dirigidas en un doble sentido: de una parte, frente a la Comisión Nacional de Energía y, de otra, frente al propio solicitante. El incumplimiento de la obligación formal de comunicación frente a la Comisión Nacional de Energía podría ser considerado, en su caso, como un

incumplimiento de carácter administrativo, a tenor de lo establecido en el Título VI de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. Ahora bien, la norma no prevé qué consecuencias sustantivas comporta el incumplimiento de la obligación de comunicar la denegación al solicitante. Dicho de otra manera, la norma no establece las consecuencias y efectos jurídicos del transcurso de este plazo en cuanto al acceso pretendido, y de ahí, que no pueda considerarse que se trata de un plazo de carácter sustantivo, esto es, que reconozca derechos.

GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. pretende colegir de la citada norma efectos de silencio administrativo positivo. Sin embargo, aunque el acceso de terceros a las redes goce de regulación y efectos administrativos, no debe olvidarse que el silencio administrativo sólo es predicable respecto de las resoluciones que emanen de órganos de las Administraciones Públicas, y nunca de sujetos de derecho privado. Silencio administrativo que, en cualquier caso, y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Octava de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, tiene carácter negativo. Además, debe recordarse nuevamente que, en el presente expediente, la denegación del acceso por el titular ha de contar con un requisito previo, la conformidad de la Comisión Nacional de Energía, condición legal y reglamentariamente impuesta, que deviene preceptiva y vinculante, por lo que nunca sería posible deducir la pretendida aceptación de la solicitud de acceso, sin el cumplimiento de la citada condición.

II.3. Análisis de los efectos jurídicos de las solicitudes dirigidas por GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. con fechas 7 de febrero de 2001 y 26 de marzo de 2001 a ENAGAS S.A.

Basándose en los argumentos expuestos en el apartado anterior respecto del plazo de un mes del artículo 15, GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA,

S.A. mantiene, que el plazo en el que ENAGAS S.A. debió haber comunicado su negativa de acceso habría expirado, en todo caso, el día 26 de abril de 2001. Se basa para ello en considerar que el *dies a quo* en el que dicho plazo habría empezado a contar sería la fecha del primer escrito de petición formal, de 7 de febrero de 2001 o, a lo sumo, el recordatorio dirigido el día 26 de marzo de 2001. Entiende, por consiguiente, que cualquier denegación posterior a aquella fecha sería extemporánea y nula de pleno derecho. Con respecto a los escritos remitidos por GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A., debe recordarse que ENAGAS S.A. únicamente consideró al segundo de éstos, de fecha 26 de marzo de 2001, como una petición formal de acceso a redes, refiriéndose a ella en los citados términos.

A los efectos de proceder a la calificación del reseñado escrito de 7 de febrero, debe señalarse que el artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, no determina qué requisitos debe tener una solicitud para que pueda considerarse como "*petición formal*", sin que, en este caso, puedan entenderse aplicables los requisitos que deben conformar las solicitudes administrativas establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. No puede entenderse que el término *formal* se remita a la citada Ley, puesto que ésta no resultaría aplicable en las relaciones entre sujetos privados. La interpretación del precepto que debe darse, a falta de normativa expresa que la regule es, que la solicitud debe contener una petición clara y manifiesta con toda la información y datos que fueran necesarios para que el titular de las instalaciones pueda pronunciarse sobre el acceso. Sobre esta materia, este Organismo, en su Informe 8/2001 ya señaló: "se considera conveniente el establecimiento de un modelo normalizado de petición formal de acceso en el que se indiquen todos los datos necesarios que debe aportar el solicitante. La existencia de un modelo normalizado de petición formal permite diferenciar claramente una petición formal de acceso de una consulta informativa sobre la existencia de capacidad. Es deseable que el modelo de petición formal sea único para el

acceso a instalaciones del mismo tipo, independientemente de su titular, por lo que debe contemplarse en este Real Decreto el desarrollo de un modelo oficial de solicitud de acceso por parte del Ministerio de Economía, previo informe de la CNE.” Desde esta perspectiva de distinción entre “consulta informativa” y “petición formal de acceso”, procede señalar, que lo que sí resulta del análisis de los documentos que obran en el expediente administrativo es que entre la fecha de 7 de febrero de 2001 y 26 de marzo de 2001, existieron reuniones entre ambas partes que fueron concretando y definiendo los términos de la solicitud de acceso. A estos efectos, la carta de 7 de febrero debe ser considerada como el inicio de unos tratos preliminares. Así, los términos finales del acceso solicitado se recogen en la petición de 26 de marzo de 2001, en la que sí se habla de “petición formal”, modificándose a su vez los términos iniciales del acceso. Por ello, procede entender que esta petición sustituye a la anterior de 7 de febrero, que debe ser considerada como una “consulta informativa” en los términos anteriormente expuestos.

En todo caso, la cuestión básica que en este apartado se quiere analizar es independiente de cuál de los dos escritos se tome en consideración. Sea cual fuere la fecha de la petición formal, lo que es evidente es -como ya ha sido señalado en el apartado anterior del presente Fundamento Jurídico- que la no contestación en plazo no confiere al solicitante el acceso pretendido, máxime cuando la decisión del titular de la red debe estar necesariamente precedida por la conformidad de este Organismo. Por ello, cabría hablar de incumplimientos de obligaciones de información de carácter administrativo, pero no de concesión de acceso. En cualquier caso, debe señalarse que en la hipótesis de ausencia de contestación por parte del titular de la instalación, el solicitante del acceso puede siempre acudir a la Comisión Nacional de Energía, instando la intervención de ésta en los términos legal y reglamentariamente previstos. El escrito de ENAGAS S.A. a la Comisión Nacional de Energía de fecha 18 de abril de 2001 que da inicio al presente expediente persigue

textualmente “la *previa conformidad de la Comisión Nacional de Energía para la denegación de acceso, conforme preceptivamente establece la Ley de Hidrocarburos*”, lo que pone en marcha un procedimiento especial en los términos expuestos en este fundamento jurídico. Ha de señalarse, igualmente, que ENAGAS dirigió a GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. una comunicación de fecha 25 de abril de 2001, en la que le informaba que la petición había sido remitida para consulta a la Comisión Nacional de Energía.

II. 4. *Sobre la declaración de caducidad del procedimiento solicitada por GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. el pasado 13 de julio de 2001.*

GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. solicita la declaración de caducidad del procedimiento mediante escrito de fecha 13 de julio de 2001 reseñado en el Expositivo XIV de la presente Resolución, al amparo de lo establecido en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Entiende esta sociedad que el plazo máximo, en el que debe emitir su conformidad este Organismo, plazo de un mes previsto en el artículo 15.1 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, ha transcurrido. Asimismo, señala que, de acuerdo con el artículo 6 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, la CNE debería haber emitido su conformidad en el plazo de diez días que prevé el citado precepto, y siempre dentro del plazo del mes antes reseñado.

Sin perjuicio de que las cuestiones planteadas por GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A., se hallan suficientemente analizadas en los apartados anteriores del presente Fundamento Jurídico, procede la realización de determinadas consideraciones y precisiones adicionales. En primer lugar, debe ponerse de manifiesto la contradicción existente en los argumentos de la sociedad GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A., dado que entiende caducado, de forma automática, un procedimiento administrativo con carácter

previo a su existencia. Así, según esta sociedad, el plazo del mes podría haberse entendido finalizado el pasado 7 de marzo de 2001. En este momento, todavía no se había iniciado el presente procedimiento, ni este Organismo tenía conocimiento del acceso solicitado. En segundo lugar, llama la atención que GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. se persone como parte interesada en un procedimiento, formule alegaciones de forma sucesiva, etc. en un procedimiento que entiende, desde un principio, caducado. Los propios actos de la sociedad contradicen la solicitud ahora formulada. En tercer lugar, esta sociedad señala la necesidad de tramitación de un procedimiento administrativo conforme a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y exige su tramitación completa en el plazo de diez días, cuestión de imposible cumplimiento. Además, este plazo de diez días se encuentra comprendido, a su juicio, dentro de otro plazo de un mes, plazo del que la Administración actuante no tiene conocimiento de su inicio.

Pues bien, puestas de manifiesto las contradicciones existentes, debe señalarse, además, que nos hallamos ante un procedimiento iniciado a instancia de parte. El escrito de ENAGAS S.A. de fecha 18 de abril de 2001 da inicio al mismo, desencadenando la actuación de este Organismo en los términos ya expuestos. Es por ello, que no resulta de aplicación el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuya aplicación procede exclusivamente en los procedimientos iniciados de oficio. La existencia de un tercero interesado no altera el carácter del procedimiento a estos efectos.

Con respecto a la aplicación del plazo de diez días previsto en el artículo 6 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, debe señalarse que tampoco resulta de aplicación en el presente caso. Este plazo es el previsto, con carácter general, para la emisión de informes por la Comisión Nacional de Energía, en el ejercicio de su función consultiva, como Órgano consultivo que es, de la Administración, en materia energética. Lo anterior, se desprende clara y

simplemente de la ubicación del precepto, Capítulo II *Objeto y Funciones de la Comisión Nacional de Energía*, Sección 1ª *Función de Propuesta e Informe*. Resultando, pues, únicamente aplicable a la citada función. Pero, aún es más, el plazo se establece exclusivamente para la emisión de *informes*, no resultando evidentemente ser este el caso. Esta cuestión ha sido admitida por la propia GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A., cuando se refiere a la decisión de conformidad de este Organismo, reiteradas veces en su escrito, como “autorización administrativa”, no como “informe”. Es obligado por ello concluir la inaplicabilidad de este plazo al caso analizado, dado que no estamos, ante la emisión de un informe, ni ante el ejercicio de la función consultiva de este Organismo.

Por todo lo expuesto en el presente Fundamento Jurídico, procede rechazar la solicitud de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. de declaración de caducidad del procedimiento tramitado por este Organismo, dado que, es este un procedimiento iniciado a instancia parte, y en ningún caso, ha transcurrido el plazo máximo legal para resolver el mismo.

FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

III. Sobre el derecho de acceso de terceros a la red de transporte en la Ley 34/1998, de 7 de octubre.

III.1. Consideraciones previas

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, establece el marco normativo de este derecho. La configuración jurídica del derecho de acceso en la propia Ley se induce de las prescripciones contenidas en los artículos 60.4 y, tratándose en este caso de acceso a redes de transporte, 70 de la Ley de Hidrocarburos:

- a) Conforme al texto del artículo 60.4, *“Se garantiza el acceso de terceros a las instalaciones de la red básica y a las instalaciones de transporte y distribución en las condiciones técnicas y económicas establecidas en la presente Ley”*.
- b) En coherencia con dicha configuración legal, el artículo 70 define en su apartado 1, en los términos más amplios los sujetos que son titulares del derecho de acceso, en su apartado 2 establece que reglamentariamente se regularán las condiciones, y define en su apartado 3 y 4 los límites materiales del mismo:
- “1. Los titulares de las instalaciones deberán permitir la utilización de las mismas a los consumidores cualificados, a los comercializadores y a los transportistas que cumplan las condiciones exigidas, mediante la contratación separada o conjunta de los servicios de transporte, regasificación y almacenamiento, sobre la base de principios de no discriminación, transparencia y objetividad. El precio por el uso de las redes de transporte vendrá determinado por los peajes reglamentariamente aprobados.*
 - 2. Reglamentariamente se regularán las condiciones de acceso de terceros a las instalaciones, las obligaciones y derechos de los titulares de las instalaciones relacionadas con el acceso de terceros, así como las de los consumidores cualificados, comercializadores y transportistas. Asimismo, se definirá el contenido mínimo de los contratos.*
 - 3. Podrá denegarse el acceso a la red en caso de insuficiente capacidad o cuando el acceso a la red impidiera cumplir las obligaciones de suministro que se hubieran impuesto o debido a dificultades económicas y financieras graves que pudieran*

derivarse de la ejecución de los contratos de compra obligatoria, en las condiciones y con el procedimiento que reglamentariamente se establezca siguiendo los criterios de la legislación uniforme comunitaria que se dispongan.

- 4. Podrá, asimismo, previa conformidad de la Comisión Nacional de Energía, denegarse el acceso a la red, cuando la empresa suministradora de gas, directamente o por medio de acuerdos con otras empresas suministradoras, o aquéllas a las que cualquiera de ellas esté vinculada, radique en un país en el que no estén reconocidos derechos análogos y se considere que puede resultar una alteración del principio de reciprocidad para las empresas a las que se requiere el acceso, ello sin perjuicio de los criterios a seguir respecto de empresas de Estados miembros de la Unión Europea conforme a la legislación uniforme en la materia que ésta establezca.”*

Del texto del artículo 70, se infieren, pues, los límites materiales del derecho de acceso reconocido por la norma, límites que se explicitan en el establecimiento de unas causas tasadas de denegación, que, como limitativas que son de un derecho legalmente reconocido, deben ser interpretadas de forma restrictiva. A estos efectos, cabría distinguir, como ha sido señalado en el Fundamento Jurídico II anterior, entre aquellas causas de denegación, en las que el titular de la red tiene capacidad para decidir por sí solo, la concurrencia de las mismas, véase lo señalado en el apartado 3 del propio artículo 70; de aquella causa, en la que el legislador requiere que la decisión denegatoria vaya precedida de la *ratificación o sanción administrativa*, esto es, la denegación por falta de reciprocidad. La especialidad del mencionado motivo denegatorio se manifiesta así de forma expresa en la Ley y, a su vez, en el artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio.

Conforme a los principios generales establecidos, el presente Fundamento Jurídico tiene por objeto examinar la concurrencia de la causa denegatoria prevista en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre. Los sujetos del sistema afectados por la misma resultan ser, en el presente caso, ENAGAS, S.A., como titular de las instalaciones a las que se solicita el acceso, y, GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A., como empresa comercializadora de gas natural autorizada provisionalmente e inscrita en el Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Cualificados, conforme al artículo 2 del Real Decreto-Ley 15/1999, de 1 de octubre, por el que se aprueban medidas de liberalización, reforma estructural e incremento de la competencia en el sector de hidrocarburos.

Es por ello, que antes de proceder al análisis de la concurrencia de la mencionada causa denegatoria, dos cuestiones previas deben ser abordadas. En primer lugar, la determinación del país de origen del grupo empresarial al que pertenece la sociedad GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A., presupuesto de hecho exigido por la norma, y de obligada concurrencia previa. En segundo lugar, la afectación e incidencia en el motivo denegatorio de carácter especial contemplado, de la autorización para comercializar gas natural con carácter provisional otorgada a GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A., circunstancia referida por esta sociedad en sus escritos de alegaciones.

Con respecto a la primera cuestión previa, debe señalarse que, de acuerdo con la documentación presentada por GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. Unipersonal, esta sociedad fue constituida con arreglo a la legislación española con fecha 2 de noviembre de 2000.

La matriz y único socio de la sociedad es G.D.F. Internacional, sociedad anónima constituida y existente con arreglo a la legislación francesa, con domicilio social en Paris, Francia.

G.D.F. Internacional es a su vez filial al 100 % de Gaz de France sociedad anónima constituida y existente con arreglo a la legislación francesa, con domicilio social en Paris, Francia.

GAZ DE FRANCE es actualmente una institución pública, resultado de la nacionalización en 1946 de la producción, transporte, distribución, importación y exportación del gas natural en Francia. Dado que GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. pertenece a un grupo empresarial radicado en Francia, para la aplicación del principio de reciprocidad, resulta obligado analizar la situación de la elegibilidad en el mercado de gas en Francia.

Con respecto a la segunda cuestión previa, referente a la posibilidad de denegar el acceso en virtud del criterio de reciprocidad, a una empresa autorizada provisionalmente para actuar como comercializadora de gas natural, debe reiterarse que GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. tiene otorgada autorización administrativa provisional para actuar como comercializador de gas natural. Esta autorización ha sido concedida con fecha 27 de diciembre de 2000 por la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Economía, al amparo de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 34/1988, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y del artículo 2 del Real Decreto-Ley 15/1999, de 1 de octubre.

La autorización prevista en el citado artículo 80 tiene carácter reglado, y será otorgada, conforme previene la Ley, atendiendo a los requisitos que se establezcan reglamentariamente, entre los que se incluirá la capacidad legal, técnica y económica del solicitante. Entre los criterios señalados, no se prevé la denegación de la autorización por falta de reciprocidad en el país de origen del solicitante. En el expediente administrativo tramitado ante la Dirección General de Política Energética y Minas, GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A.

ha acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 80. (Folios 288 a 724 del expediente).

El artículo 82 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, establece los derechos de los comercializadores, y entre ellos, menciona en el punto c), el de “*acceder a las instalaciones de terceros en los términos establecidos en este Título*”.

Cabría, por ello, preguntarse si la denegación de acceso a un comercializador basada en la falta de reciprocidad a que se refiere el artículo 70. 4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, tendría el efecto de cercenar un derecho legalmente reconocido por el artículo 82 de la propia Ley.

Pues bien, debe entenderse y predicarse la compatibilidad entre los artículos 70 y 82 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre. Por una parte, puesto que el artículo 82 reconoce a los comercializadores el tantas veces mencionado derecho de acceso “*en los términos establecidos en este título*”. De esta última mención cabe inferir que sólo cumpliéndose los presupuestos establecidos en el Título IV, (en el que se encuentra el artículo 70), cabe reconocer el derecho subjetivo establecido en el artículo 82. Más aún, si el acceso fuera denegado por otro de los motivos recogidos por el artículo 70, por ejemplo, por insuficiente capacidad, no parece haber motivo alguno para que el comercializador, por el hecho de disponer de una autorización legal, pueda entender vulnerado su derecho subjetivo. Desde esta perspectiva, no cabe pues discriminar y establecer distinciones entre las distintas causas de denegación previstas en nuestro ordenamiento. Asimismo, debe distinguirse entre la atribución de un derecho y el establecimiento de los límites materiales antes referidos que condicionan su ejercicio. Resulta, por ello, obligado concluir que ambos artículos abordan cuestiones distintas y son perfectamente compatibles. El artículo 82 establece la norma de atribución subjetiva del derecho de acceso a favor de los comercializadores, y el artículo 70 regula las

condiciones de ejercicio del mismo, siendo éstas de aplicación a todos los sujetos mencionados en su número 1, consumidores cualificados, comercializadores y transportistas.

Este criterio ha sido expresamente mantenido por la Dirección General de Política Energética y Minas en el informe de fecha 27 de diciembre de 2000, que forma parte del expediente administrativo tramitado ante dicha Dirección General para la autorización provisional a GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. como comercializador. Copia de este informe obra en el expediente administrativo tramitado por esta Comisión, folios 290 y 291.

Una vez analizadas las cuestiones previas planteadas, procede abordar el examen de la causa de denegación de acceso establecida en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

III.2.Sobre la existencia de una causa de denegación de acceso basada en el principio de reciprocidad establecido en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre.

Alega GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. que *“la legislación española en materia de acceso a la red española de transporte por parte de empresas de Estados miembros de la Unión Europea no crea una causa autónoma de negativa de acceso por razones de alteración del principio de reciprocidad, sino que realiza en este punto una remisión en bloque a la Directiva 98/30/CE”*.

Y según alega, la Directiva sólo recoge como causas de denegación de acceso *“las que se refieren a situaciones relacionadas con falta de capacidad, imposibilidad de cumplir obligaciones de servicio público, dificultades*

económicas y financieras graves debido a la existencia de contratos de compra garantizada (take-or-pay); incompatibilidad de especificaciones técnicas que no puedan salvarse razonablemente; motivos relacionados con la necesidad de garantizar el abastecimiento de gas y la seguridad de la red”.

Entiende por ello que *“la alteración del principio de reciprocidad no figura entre ellas, y que la directiva no deja a los Estados miembros margen alguno para establecer condiciones más restrictivas o añadir supuestos extraordinarios no previstos de forma taxativa en ella”,* y en consecuencia que, *“la alteración del principio de reciprocidad no puede justificar una negativa de acceso a las redes españolas con respecto a empresas de otros Estados miembros”.*

Y que *“según se desprende del artículo 19.1 de la Directiva, la alteración del principio de reciprocidad puede ser invocada únicamente con respecto a la posibilidad de prohibir contratos de suministro de gas”,* por lo que considera que *“estamos por tanto ante un supuesto distinto del de la negativa de acceso a las redes de transporte cuya aplicación debe ceñirse a los términos y condiciones establecidos en dicho precepto”.*

Por todo lo cual, y en base a una interpretación restrictiva de las causas de denegación del acceso, entiende GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. que *“la pretensión de ENAGAS consistente en denegar acceso a GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. basándose en razones de alteración del principio de reciprocidad carece de fundamento jurídico por no tratarse de un supuesto previsto legalmente”.*

Por su parte, ENAGAS, S.A. sostiene que los motivos establecidos en el artículo 17 de la Directiva no son los únicos motivos para denegar el acceso, pues el artículo 70.4 de la Ley de Hidrocarburos contempla la denegación de acceso a la red basándose en el principio de reciprocidad recogido en la normativa; sostiene también que el artículo 19 de la Directiva se ubica en un

Capítulo relativo al “Acceso a la Red”; y que los contratos de suministro con un consumidor cualificado en el sistema de un Estado miembro conforme a los artículos 15, 16 y 17 ejecutados mediante el acceso a la red pueden prohibirse si el consumidor no goza de la condición de cliente cualificado en el sistema del Estado miembro en el que se sitúa el proveedor, y que por lo tanto, la prohibición de celebrar contratos de suministro implica que no exista derecho de acceso a la red.

Frente a la argumentación de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. cabe oponer que, resulta indudable que la Directiva europea de gas prevé una causa de prohibición de los contratos de suministro de carácter transfronterizo con base en el principio de reciprocidad, y que dicha disposición ha sido plasmada en el derecho español en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, el cual, dentro del ámbito y margen de apreciación que se deja a los Estados miembros para la transposición de la Directiva, materializa la prohibición del contrato de suministro en una causa de denegación de acceso a la red, no contraviniendo otras disposiciones de la Directiva en materia de acceso a redes y sus causas de denegación.

Por otro lado, el derecho de acceso y el derecho a contratar suministros alternativos están indisolublemente ligados, por lo que la prohibición de celebrar los contratos conlleva necesariamente la denegación del acceso.

En suma, no hay falta de fundamento legal alguno para denegar el acceso por parte de ENAGAS, S.A., como alega GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A., pues ello, sería como ignorar completamente el precepto contenido en el número 4 del artículo 70 Ley 34/1998, de 7 de octubre, que debe entenderse acorde con lo dispuesto en artículo 19 de la Directiva, y que no contraviene la regulación de acceso a las redes contenida en la Directiva europea.

IV. Sobre la existencia de un dispositivo transitorio adoptado por GAZ DE FRANCE.

Señala GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. que la condición de consumidor cualificado en Francia, sí se ha producido, por lo que el presupuesto de la falta de doble cualificación no es de aplicación. Considera GAZ DE FRANCE que ha adoptado un dispositivo transitorio que reproduce a nivel nacional las disposiciones de la Directiva 98/30/CE en materia de acceso de terceros a la red básica de transporte y distribución, así como el derecho de los consumidores cualificados a elegir suministrador. Y que con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en el caso Foster (STJCE Foster c. British Gas As. 188/89, en la que se consideró “Estado” a British Gas a efectos de la declaración del efecto directo vertical de una Directiva y la posibilidad de su invocación por un particular frente a dicha empresa en tanto Estado), las medidas adoptadas por GAZ DE FRANCE constituyen una transposición adecuada de la Directiva, por cuanto que dicha empresa es un establecimiento público de naturaleza industrial y mercantil dedicado a la gestión de un servicio de interés económico general.

Y alega igualmente que “la directiva no limita en modo alguno la libertad de los Estados miembros a la hora de decidir en torno a la naturaleza de las disposiciones a adoptar para garantizar en su territorio la condición de cualificado a una determinada categoría de consumidores. De ningún punto de su articulado cabe derivar la exigencia de que tal reconocimiento sea operado mediante la adopción de una categoría de disposiciones específicas, como no podía ser de otra manera puesto que así lo impone el Tratado CE”.

Por su parte, ENAGAS, S.A. rebate las alegaciones de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. entendiendo que con las normas internas no se

cumple la obligación de transposición de la Directiva, dado que aquellas carecen del carácter de disposiciones de naturaleza vinculante, GAZ DE FRANCE no estaría legitimado para adoptar disposiciones con efecto vinculante, y en tal medida no hacen surgir derechos legalmente exigibles de acceso a la red.

Frente a la argumentación realizada por GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. en este punto, cabe oponer reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa al contenido de la obligación para los Estados miembros de incorporar en el derecho interno las directivas.

La Directiva se define en el artículo 249 TCE como un acto que obliga *“al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando sin embargo a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios”*.

En consecuencia, el Estado miembro tiene un margen de libertad amplio, pero no ilimitado, de discrecionalidad para incorporar la Directiva en el derecho nacional, cuyos límites han sido definidos por la citada jurisprudencia.

De acuerdo con la misma, “la libertad concedida a los Estados miembros por el artículo 189 TCEE en cuanto a la elección de la forma y de los medios, les impone la obligación de elegir los más apropiados para la finalidad de asegurar el efecto útil de las Directivas (STJCE de 8 de abril de 1976, Royer, asunto 48/75)”, a cuyo fin, la Directiva debe transponerse por medio de un “acto vinculante de naturaleza legal” (Asunto C-339/87, Comisión contra Países Bajos, (1990) ECR I-851). Obviamente, la situación normativa en el Estado miembro puede hacer innecesaria la incorporación pues:

“Principios generales del derecho constitucional o administrativo pueden hacer superflua la transposición mediante medidas legislativas o reglamentarias específicas, siempre que estos principios garanticen efectivamente la plena aplicación de la Directiva por la Administración nacional (STJCE de 23 de mayo de 1985, Comisión c. Alemania, asunto 29/84; STJCE de 15 de enero de 1987, Comisión c. Italia, asunto 365/85)”.

Situación esta que no se daría en absoluto en el caso de Francia respecto a la Directiva de gas, dado que el resultado previsto en la misma no se vería en modo alguno garantizado mediante la aplicación del contexto normativo vigente.

Pero además, jurisprudencia más reciente ha venido a limitar la práctica de la transposición mediante el contexto normativo vigente, exigiendo la obligación de transponer expresamente la Directiva, aunque el Estado juzgue innecesario hacerlo porque considere que su ordenamiento ya se adapta a la Directiva, y requiriendo igualmente una referencia expresa a la Directiva que se transpone (sentencia de 27 de noviembre de 1997, Comisión c. República Federal de Alemania, asunto C-137/96; sentencia de 18 de diciembre de 1997, Comisión c. España, asunto C-360/95).

En todo caso, las medidas adoptadas por GAZ DE FRANCE no tienen la naturaleza de normas de carácter vinculante, ni han sido adoptadas previa tramitación de un procedimiento de aprobación de disposiciones de carácter general, por lo que no hacen surgir derechos legalmente exigibles por los consumidores franceses, dado que pueden ser modificados de manera unilateral por aquella sociedad.

Adicionalmente, debe señalarse que el ámbito de aplicación de estas medidas está restringido a las propias redes de GAZ DE FRANCE y su filial CFM,

careciendo de fuerza legal y obligatoria para su aplicación al resto de titulares de instalaciones gasistas en el Estado Francés. Así, Gaz de Sud-Ouest, sociedad de capital mayoritariamente privado, ha publicado sus propios peajes y condiciones de acceso, distintos a los aplicados por GAZ DE FRANCE.

Tampoco puede admitirse, como alega GAZ DE FRANCE, que su condición de establecimiento público de carácter industrial y mercantil encargado de la gestión de un servicio de interés económico general, le legitime para adoptar dichas medidas ni para entender que con las mismas se cumple con la obligación de transposición de la Directiva europea de gas, basándose en la doctrina del asunto Foster. En este asunto, el Tribunal extiende el concepto de Estado hasta incluir dentro del mismo a una empresa dedicada a la gestión de un servicio de interés económico general, a semejanza de GAZ DE FRANCE, pero lo hace a efectos de declarar el efecto directo vertical, alegado frente a aquella empresa, de una disposición de una Directiva, pero de ello, no se deduce que dicha empresa pueda cumplir con la obligación de transposición de la Directiva, que incumbe a los órganos investidos de la potestad legislativa o reglamentaria.

A todo ello, hay que añadir consideraciones relacionadas con los límites derivados del principio de seguridad jurídica, de manera que la transposición, además de ser expresa, debe tener carácter imperativo, tener el rango equivalente a las normas que rigen esa materia en el derecho interno (sentencia de 6 de mayo de 1980, Comisión c. Bélgica, asunto 102/79) gozar de publicidad suficiente para permitir a los ciudadanos el conocimiento de sus derechos sin lugar a incertidumbre, otorgando así seguridad jurídica a aquellos.

Ello supone que, no sólo normas internas de una compañía carecerían evidentemente del carácter de norma con la que se procede a la transposición de la Directiva, sino que la simple práctica administrativa que puede ser objeto

de modificaciones discrecionales, no cumpliría tampoco con la citada obligación:

“Según jurisprudencia reiterada, meras prácticas por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada no pueden ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones del Tratado” (*STJCE de 29 de junio de 1995, Comisión c. República Helénica, asuntos acumulados C-109/94; C-207/94 y C-225/94*).

De todo ello, procede concluir que, con las normas internas de la compañía o condiciones de acceso publicadas por GAZ DE FRANCE, no podría ser considerada cumplida la obligación de incorporación de la Directiva en el derecho interno francés.

Así, lo ha entendido igualmente, por otro lado, la Comisión Europea en documento reseñado en el Expositivo X de la presente Resolución, en el que manifiesta:

“Efectivamente, Francia no ha incorporado todavía en su ordenamiento jurídico interno la mencionada directiva, pese a haber expirado el plazo legal para su ejecución en el Derecho nacional. Como consecuencia de ello, la Comisión inició un procedimiento de infracción que ha dado lugar a una decisión adoptada el 8 de mayo pasado de demandar a Francia por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Las autoridades francesas, aún reconociendo que la adopción de una ley sobre el gas es indispensable, consideran que ciertas medidas adoptadas por las empresas francesas que operan en el sector (GDF, CFM y GSO) deben ser consideradas como “medidas transitorias de acceso a la red” a favor de determinados clientes elegibles. Sin embargo, estas medidas son estrictamente

voluntarias. La Comisión considera que estas medidas son totalmente insuficientes al carecer de fuerza legal y obligatoria para asegurar unas condiciones de competencia descritas en la propia directiva y, por tanto, no pueden ser consideradas como medidas de transposición de la directiva, tal y como han reconocido las autoridades francesas”.

Las consecuencias de la argumentación realizada en el presente Fundamento Jurídico no se limitarían a la conclusión sobre el incumplimiento de la obligación de transposición de la Directiva de gas en el derecho francés, cuestión que no constituye el objeto central del presente expediente, sino que, en cuanto a la valoración de la existencia de reciprocidad, conducen igualmente a rebatir, por las mismas razones, la alegación realizada por GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. respecto a la existencia de consumidores cualificados en Francia, por lo que la doble cualificación de los consumidores, en ambos países de Francia y España, no se daría, y podría ser de aplicación la consecuencia prevista en el artículo 70.4 en relación con el artículo 19 de la Directiva, consistente en la denegación de acceso.

V. Sobre las alegaciones de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. relativas al efecto directo de la Directiva y al principio de primacía del Derecho Comunitario.

GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. alega que el derecho para los consumidores franceses de elegir suministrador está *“garantizado jurídicamente en virtud de la eficacia directa a nivel nacional de las disposiciones relevantes de la Directiva y del principio de primacía del derecho comunitario”.*

GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. entiende que el artículo 18 de la Directiva, relativo a la determinación de los consumidores cualificados, es

una disposición precisa e incondicional, por lo que dicha disposición podría ser alegada por los consumidores franceses que reúnan los requisitos mínimos referidos en el artículo 18 de la Directiva, ante el Estado, incluyendo dentro de dicho concepto de Estado a GAZ DE FRANCE, con arreglo a la jurisprudencia Foster antes citada.

Por otro lado, refiere GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. el efecto directo de los artículos 14 a 16 de la Directiva, que obligan a los Estados miembros a tomar medidas necesarias para permitir que las empresas de suministro de gas natural y los clientes cualificados puedan negociar el acceso a la red básica de transporte en el caso de acceso negociado o a conferir a éstas el derecho de acceso con arreglo a las tarifas publicadas en el caso de acceso regulado. Y considera que estos preceptos gozan de la precisión e incondicionalidad necesaria para conferir derechos a terceros invocables ante las jurisdicciones nacionales, que no pueden ser cuestionadas por las excepciones previstas en el artículo 17 y 23 de la Directiva, ni por las posibilidades de opción entre acceso regulado y negociado que la Directiva ofrece a los Estados miembros.

A este argumento, une el relativo al principio de primacía del Derecho Comunitario, que supone la obligación de dejar de aplicar cualquier disposición nacional que resulte contraria al Derecho Comunitario. Estos dos principios así como la existencia de un dispositivo adoptado por GAZ DE FRANCE, conduce, según GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A., a *“disipar cualquier duda en torno al reconocimiento en Francia de la condición de cliente cualificado a una categoría de clientes de consumo superior a 25 mill. de m³-consumo que por otra parte es superado por los clientes a los que GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. desea suministrar en España”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, así como la necesidad de interpretar restrictivamente el principio de reciprocidad, concluye que la posibilidad de invocar la excepción del artículo 19 queda descartada.

Por su parte, ENAGAS, S.A. sostiene, frente a dichos argumentos, que las disposiciones alegadas de la Directiva no tienen efecto directo, y que incluso si se considerase que tienen efecto directo, ello no significa que se logre la liberalización del mercado francés prevista en la Directiva. No tiene efecto directo, según ENAGAS, S.A. porque *“la capacidad jurídica para contratar suministros de gas natural con arreglo a los artículos 15 y 16 depende del establecimiento de procedimientos esenciales de acceso al sistema por parte de Francia”*, pues *“la directiva otorgó expresamente a los Estados miembros la discreción de adoptar uno o ambos sistemas de acceso, negociado o regulado”* y en tal medida, *“un tribunal francés no tendría derecho a suplantar la discreción del Estado francés para elegir qué procedimiento de acceso a la red es adecuado”*. Además, la complejidad técnica y económica del mercado de gas natural requiere, según ENAGAS, de un marco regulatorio apropiado para permitir que las solicitudes de acceso sean atendidas correctamente. Otro argumento de ENAGAS se refiere a la obligación para Francia, en todo caso y aunque la Directiva tuviera efecto directo, de proceder a su transposición, dado que el efecto directo es una garantía mínima que no pretende sustituir la obligación de implementación de aquella, por lo que, refiriéndose a la jurisprudencia del TJCE sostiene que el Estado miembro que no haya implementado la Directiva no puede (en este caso GAZ DE FRANCE como empresa de titularidad pública) oponer a los particulares la obligación de cumplimiento de sus disposiciones.

Frente al argumento de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. sobre el efecto directo de la Directiva y sus consecuencias en este asunto, cabe oponer los siguientes argumentos:

La doctrina del efecto directo de determinadas disposiciones de las directivas tiene como objetivo asegurar la efectividad del Derecho Comunitario, impidiendo que esté sujeto al cumplimiento por los Estados Miembros de sus obligaciones de transposición.

La base de esta doctrina se encuentra en la del efecto útil del Derecho Comunitario, que exige que el mismo se interprete de manera que no lo haga ineficaz. Y en la teoría del *stoppeel*, que supone que el Estado al que se exige la obtención de un resultado no puede prevalerse de su propio incumplimiento y oponerlo a un particular. Así como en otros principios de derecho como el de lealtad comunitaria o el de buena fe.

En este contexto, la doctrina del efecto directo viene a constituir una especie de mecanismo sancionatorio contra el Estado incumplidor y una garantía mínima de la eficacia de la Directiva, que no puede suplantar en ningún caso la obligación de transposición de la misma en derecho nacional.

Además, el objetivo de la doctrina del efecto directo no es otro que el de permitir a un particular invocar ante un juez la aplicabilidad de una disposición clara, precisa e incondicional de una directiva, una vez ha expirado el plazo de transposición de la misma. Es por ello, que su alcance debe limitarse al objetivo que la misma tiene, como garantía de efectividad del derecho comunitario en las relaciones concretas de los particulares frente al Estado que incumple su obligación de transposición. No obstante, no puede extenderse en este asunto para deducir, con base en el posible efecto directo de determinadas disposiciones de la directiva, y con carácter general, la existencia de un concepto genérico de consumidor cualificado en Francia a efectos de la valoración del principio de reciprocidad en su formulación concreta del artículo 19 de la Directiva. Y ello resulta, dado que la eficacia de los derechos otorgados en la Directiva a los consumidores no se ve de esta manera

totalmente garantizada, sin menoscabo del principio esencial de seguridad jurídica y efectividad del derecho comunitario, que sólo se ven plenamente cumplidos con la transposición de la directiva en el derecho nacional, de acuerdo con la jurisprudencia antes citada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Junto a este argumento relativo al ámbito específico y delimitado de la doctrina del efecto directo, concretado en la invocabilidad frente a los jueces de los particulares frente al Estado de determinadas disposiciones de las directivas, como garantía mínima de efectividad del derecho comunitario, cabe igualmente oponer el carácter sancionador de la citada doctrina, frente al Estado que incumple su obligación de transposición en plazo, por lo que el propio Estado, y como extensión del mismo, GAZ DE FRANCE, empresa de carácter estatal, no podría alegar su propio incumplimiento en su beneficio (Asunto C-188/89, Foster, [1990] ECR I-3313, en el que el Tribunal señala que *“es necesario impedir que el Estado se beneficie de su propio incumplimiento de la normativa comunitaria”*).

También en el asunto Marshall (sentencia de 26 de febrero de 1986) se señala que *“sería incompatible con el carácter obligatorio que el artículo 189 confiere a la directiva excluir, en principio, que la obligación que la misma impone puede ser invocada por las personas a quienes concierne. El Tribunal ha llegado a la conclusión de que el Estado miembro que no haya adoptado, en los plazos previstos, las medidas de ejecución impuestas por la directiva no puede oponer a particulares el propio incumplimiento de las obligaciones que aquélla comporta”*, o en el asunto Pretore di Salò (Asunto 14/86, [1987] ECR 2545) en el que sostiene que *“una directiva que no haya sido implementada al ordenamiento interno de un Estado miembro no puede dar lugar a obligaciones de los particulares, ni frente a otros particulares ni, a fortiori, frente al propio Estado”*, razón por la cual se ha negado de manera constante en la

jurisprudencia la existencia de un efecto directo horizontal o vertical inverso de las directivas.

Como conclusión relativa a este Fundamento Jurídico, y con independencia de que las disposiciones referidas tengan o no efecto directo, aún, si asumimos que lo tienen, las mismas no ofrecen de todos modos una garantía de eficacia de los derechos que la directiva pudiera eventualmente reconocer de forma precisa e incondicional a los consumidores, sino sólo una garantía mínima de eficacia del Derecho Comunitario ante el Estado incumplidor, que no puede equipararse, a efectos de la valoración de la reciprocidad, a la que ofrece una norma jurídica de carácter vinculante que cumpla con las obligaciones de transposición de la directiva, ni puede ser esgrimida en su propio beneficio por el propio Estado que la incumple.

VI. Conclusión: Sobre la inexistencia de reciprocidad y la justificación de la denegación de acceso con base en los artículos 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y artículo 19 de la Directiva 98/30/CE.

La Directiva 98/30/CE tiene por objeto la apertura gradual de los mercados gasistas nacionales en aras a la consecución del mercado interior europeo de gas natural, en consonancia, igualmente con el resto de principios que inspiran el Derecho Comunitario. En este marco, el principio de reciprocidad trasladado a la legislación nacional constituye a la vez una excepción y un estímulo a la reseñada apertura de los mercados nacionales. Así, este principio contemplado en la Directiva europea tiene como objetivo evitar los desequilibrios ocasionados por una apertura desigual de los mercados en diferentes países miembros, por lo cual su aplicación debe entenderse con carácter restrictivo, estando plenamente justificada en el presente asunto. Si bien no puede dejar de constatarse que hubiera sido deseable que el Estado Francés hubiera procedido a la transposición de la Directiva, permitiendo, de esta manera, un

reforzamiento de los intercambios de gas de carácter transfronterizo, en aras del desarrollo de la competencia en los mercados francés, español, y europeo, en general, de gas natural.

Como conclusión de los fundamentos jurídico materiales de la presente Resolución, esta Comisión señala que ni el dispositivo transitorio adoptado por GAZ DE FRANCE, ni el posible efecto directo de determinadas disposiciones de la Directiva constituyen elementos suficientes para concluir la existencia de una categoría de consumidor cualificado en Francia, a efectos de la valoración de la reciprocidad, ni para entender aseguradas las condiciones para hacer efectiva la apertura a la competencia del mercado de gas en Francia, de la misma manera que si hubiese sido cumplida la obligación de transposición de la directiva en derecho francés. Obligación, que por lo demás no queda eximida, ni por la adopción de las medidas de GAZ DE FRANCE, ni menos todavía por el eventual efecto directo de determinadas disposiciones.

Por ello, procede rebatir las alegaciones de GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. en el sentido de que *“el marco jurídico en el que deben ejercer su derecho a elegir suministrador libremente ofrece garantías suficientes para asegurar su respeto y ello en base no sólo al dispositivo antes referido, sino también a la aplicación directa de las disposiciones de la Directiva que recogen este derecho, y a la inaplicabilidad de cualquier norma nacional que pudiera resultar contraria a las mismas...”* . Y ello, precisamente porque tanto el efecto directo alegado, como el dispositivo transitorio adoptado, no constituyen, en modo alguno, un marco jurídico adecuado para el ejercicio de los derechos de los consumidores.

Con el citado dispositivo transitorio no se cumplen las exigencias de la Directiva, ni en cuanto al cumplimiento de la obligación de transposición, ni en cuanto a la garantía de unas condiciones de apertura del mercado y de

competencia, a efectos de la aplicación del principio de reciprocidad del artículo 19 de la Directiva.

Las medidas adoptadas por GAZ DE FRANCE no tienen la naturaleza de normas de carácter vinculante, ni han sido adoptadas previa tramitación de un procedimiento de aprobación de disposiciones de carácter general, por lo que no hacen surgir derechos legalmente exigibles por los consumidores franceses, dado que pueden ser modificadas de manera unilateral por aquella sociedad.

En consecuencia, a efectos de la valoración de la reciprocidad, ese dispositivo no asegura, como ya se ha dicho, la garantía de la efectividad, sin que sea vulnerado el principio de seguridad jurídica, de los derechos de los consumidores franceses, tal como se ha argumentado con base en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Tampoco se cumplirían los principios de no discriminación, transparencia, objetividad en el ejercicio del derecho de acceso, al no existir unas normas, ni un procedimiento administrativo, que aseguren con arreglo a dichos principios, la garantía de efectividad de dicho derecho.

En conclusión, y aunque el artículo 19 de la Directiva, relativo al principio de reciprocidad, está concebido para ser aplicado a supuestos en que, habiendo una transposición de la Directiva en dos Estados, y siendo el nivel de apertura del mercado mayor en un Estado que en otro, los consumidores a los que se destina el suministro no sean cualificados en ambos Estados, cabe perfectamente su aplicación a este supuesto en que no hay siquiera transposición de la Directiva en Francia.

Los objetivos que persigue la aplicación de este precepto encuentran más plenamente su justificación en un caso como éste, en el que no sólo no existe una doble cualificación de los consumidores en ambos Estados, sino que, ni

siquiera la Directiva ha sido transpuesta en el ordenamiento francés, por lo que no se dan las garantías de efectividad de los derechos reconocidos a los consumidores franceses en la Directiva.

Por todo ello, en el ejercicio de la función que le atribuye el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, esta Comisión entiende que procede otorgar su conformidad a la denegación de acceso a sus redes comunicada por ENAGAS S.A. a GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A., pues lo contrario resultaría en una alteración del principio de reciprocidad, tal como éste se formula en el artículo 19 de la Directiva Europea de Gas, al que remite el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. Lo anteriormente expresado se entiende, sin perjuicio del derecho de acceso que pueda solicitar la sociedad GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A. a instalaciones del Sistema Gasista para la realización de tránsitos internacionales.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía

ACUERDA

Primero.- Dar conformidad a la decisión de la sociedad ENAGAS S.A. para proceder a denegar la petición formal de acceso a sus instalaciones gasistas formulada el pasado día 26 de marzo de 2001 por la sociedad GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA S.A., al concurrir la causa de denegación prevista en el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Segundo.- ENAGAS, S.A. deberá proceder a comunicar su negativa, de forma motivada, a GAZ DE FRANCE COMERCIALIZADORA, S.A. y a esta Comisión Nacional de Energía, en los términos y plazos reglamentariamente establecidos.

Contra la presente Resolución, que no agota la vía administrativa, podrá interponerse recurso de alzada ante el Ministro de Economía, según lo establecido en la Disposición Adicional Undécima Tercero. 5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la presente Resolución.