

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE QUE FORMULA LA CONSEJERA IDOIA ZENARRUTZABEITIA BELDARRAIN RELATIVO AL ACUERDO DE LA SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA DE FECHA 13 DE JUNIO DE 2017 SOBRE IPN/CNMC/006/17 INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE REGULAN DIVERSOS ASPECTOS DEL SISTEMA DE GAS NATURAL.

La abajo firmante, en relación con el informe arriba mencionado, considera que el contenido reflejado en la propuesta inicial de los servicios técnicos en el apartado 3.1 de “Consideraciones generales” recoge y proyecta mejor la reflexión y propuestas en el ámbito competencial de las autoridades reguladoras a la luz de la normativa comunitaria en materia de gas natural, motivo por el cual presenta este voto particular concurrente. El texto que se considera más adecuado es el que se transcribe a continuación:

3. “Consideraciones generales

3.1 Sobre la modificación de la estructura de peajes de transporte y regasificación

La Propuesta de Real Decreto introduce la definición de nuevos peajes de acceso a las infraestructuras de regasificación y transporte, mediante la modificación en la disposición final primera del Real Decreto 949/2001. La Memoria que acompaña a la Propuesta de Real Decreto motiva la introducción de dichos peajes, pese a la transitoriedad del marco legal vigente, por el impacto beneficioso sobre el sistema gasista y emplaza a la CNMC a definir la metodología de asignación de costes a los peajes y cánones de acceso a las infraestructuras gasistas, conforme al marco establecido en la Ley 34/1998.

Al respecto, se considera necesario señalar los siguientes aspectos:

En primer lugar, tal y como se ha señalado en sucesivos informes, el último de ello el elaborado con objeto de la actualización de los peajes y cánones para el ejercicio 2017¹, se reitera que la modificación introducida es contraria a la normativa comunitaria² teniendo en cuenta el expediente abierto contra el Reino de España por la incorrecta transposición de las Directivas de Gas y Electricidad al ordenamiento jurídico español³.

Desde el punto de vista de la normativa europea, la Autoridad Regulatoria

¹ Informe disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/1365162_21.pdf

² La Nota Interpretativa de la Comisión Europea de 22 de enero de 2010 relativa a las Autoridades Reguladoras precisa que la función de la ARN de establecer la metodología de cálculo de los peajes constituye una de las funciones nucleares del regulador. Disponible en https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf

³ La nota de prensa de la CE sobre dicho asunto se encuentra disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-16-3125 es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3125_es.htm).

Independiente, que de acuerdo con el artículo 4 del Estatuto Orgánico de la CNMC ostenta esta institución, debe determinar la retribución de las actividades reguladas que se financian con cargo a peajes, la estructura de tarifas, las condiciones de aplicación de las mismas y las reglas de asignación de la retribución a los precios regulados.

Cabe señalar la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 2009 sobre el Asunto C-474/08⁴, que aunque relativa a la Directiva 2003/54/CE es plenamente aplicable en este caso. En dicha sentencia se declaró que el Reino de Bélgica había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo, al haber conferido a una autoridad distinta de la autoridad reguladora la competencia para definir elementos decisivos para calcular las tarifas, como la determinación de la depreciación y el margen de beneficio de las instalaciones de transporte de electricidad.

En segundo lugar, se señala que recientemente ha sido aprobado, y publicado el DOUE de 17 de marzo de 2017, el Reglamento (UE) 2017/460 de la Comisión, de 16 de marzo de 2017, por el que se establece un código sobre la armonización de las estructuras tarifarias de transporte de gas, por lo que los peajes de transporte definidos en el proyecto de Real Decreto incumplirían dicho reglamento.

El citado reglamento, si bien únicamente es aplicable a la actividad de transporte, no modifica, con carácter general, las competencias atribuidas a la autoridad reguladora, sino que clarifica el alcance de las citadas competencias. Por tanto, las competencias que el citado reglamento atribuye a la autoridad reguladora en la actividad de transporte, son extensibles al resto de las actividades reguladas, esto es, actividad de regasificación, distribución y almacenamiento subterráneo.

En aplicación de la conocida jurisprudencia del TJUE sobre primacía del Derecho europeo sobre los Derechos nacionales, el Derecho nacional que vulnere una disposición europea como el citado Reglamento, vería suspendido su carácter obligatorio y las autoridades de los Estados miembros deben aplicar la disposición europea.

En tercer lugar, la necesidad de adecuar la normativa nacional a la normativa comunitaria es reconocida en la propia Memoria que acompaña a la Propuesta de Real Decreto, dado que la misma recoge:

“El objetivo de lo dispuesto al respecto en el presente real decreto es establecer la estructura y condiciones mínimas necesarias de aplicación de ciertos peajes para poder ofrecer los servicios y la flexibilidad que el mercado reclama. En caso de no hacer nada, habría que, probablemente esperar a un cambio normativo a nivel de Ley y posterior desarrollo mediante circular de la CNMC para poder ofertarlos [...]”

⁴ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62008CJ0474>

En relación con lo anterior, es preciso recordar que la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2012⁵, de 13 de enero, considera que a la hora de estimar si existe presupuesto habilitante para la utilización del Real Decreto-ley, es necesario analizar los siguientes factores: (i) elemento temporal (el patente retraso en la transposición de las directivas correspondientes), (ii) elemento causal (la existencia de procedimientos de incumplimiento contra el Reino de España), (iii) elemento material (importancia de la materia).

Por tanto, no se considera adecuada la justificación del previsible retraso en la tramitación de la Ley que atribuya las competencias anteriormente referidas a la CNMC, para la aprobación de una modificación de la estructura de peajes, dado que se cumplen los requisitos citados que justificarían la utilización de un Real Decreto-Ley para adecuar la normativa nacional a la comunitaria en lo relativo a las competencias tarifarias que las Directivas 72 y 73 de 2009 atribuyen a las ARN

En cuarto lugar, teniendo en cuenta la transitoriedad del marco regulatorio en lo relativo al establecimiento de los peajes y cánones de acceso a las infraestructuras gasistas, aspecto recogido en la propia Memoria, no se considera adecuado emplazar a la CNMC a definir la metodología de asignación de costes a los peajes y cánones de acceso a las infraestructuras gasistas, conforme al marco establecido en la Ley 34/1998, cuando este marco no cumple con los preceptos de la normativa comunitaria.

En quinto lugar, cabe señalar que si bien en la Memoria se justifica la introducción de los nuevos peajes por el impacto beneficioso sobre el sistema al incentivar el uso de las infraestructuras existentes, en la misma no se incluye una valoración económica de dicho impacto.

Finalmente, no se justifica ni en la Propuesta de Real Decreto ni en la Memoria que la acompaña la modificación parcial de la estructura de peajes vigentes, cuando la estructura de los peajes de transporte y distribución y del canon de almacenamiento subterráneo definidas en el Real Decreto 949/2001 no se corresponden con la estructura establecida en la normativa europea, en el primer caso, ni con los peajes actualmente aplicables en el segundo caso. En concreto, desde el punto de vista de la normativa europea el término de conducción del peaje de transporte y de distribución debería estar compuesto por la suma del peaje de salida de la red de transporte y el peaje de distribución, mientras que los términos del canon de almacenamiento subterráneo establecidos en el artículo 32 del Real Decreto 949/2001⁶ no se corresponden con los actualmente aplicables (introducidos en la Orden ITC/3802/2008).

⁵ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-2138>

⁶ El artículo 32 del Real Decreto 949/2001 establece para el canon de almacenamiento subterráneo un término fijo aplicable a la capacidad de almacenamiento contratada y un término variable por la cantidad de gas inyectada o extraída, mientras que la Orden ITC/3802/2008 establece un término fijo aplicable a la capacidad de almacenamiento contratada, un término variable por la cantidad de gas inyectada y un término variable por la cantidad de gas extraída.

Es más, algún peaje de los propuestos por el proyecto de Real Decreto no es aplicable en la actualidad. Tal es el correspondiente al peaje de almacenamiento en el Punto Virtual de Balance (PVB) puesto que no existe aún un servicio de almacenamiento de gas en el PVB tal como contempla el artículo Decimoséptimo de la Circular 2/2015, de 22 de julio, de la CNMC. A mayor abundamiento, corresponde a la CNMC, la definición de dicho servicio, directamente ligado al balance de gas en el sistema de transporte, tal como impone el artículo 7.1.e) de la Ley 3/2013, de 4 de junio; de conformidad, asimismo, con la regulación europea, Reglamento (CE) nº 312/2014 de la Comisión, por el que se establece un código de red sobre el balance de gas en las redes de transporte, que impone a la autoridad reguladora nacional la responsabilidad sobre su aplicación.

En consecuencia, se propone suprimir en el proyecto de Real Decreto la Disposición final primera, en lo relativo a peajes y cánones, en la medida en que dicha modificación es abiertamente contraria a la normativa comunitaria.”

Madrid, a 13 de Junio de 2017.

Fdo.: Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain