

## La regulación de las actividades gasistas

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. UN AÑO DE VIDA DE LA LEY DE HIDROCARBUROS DE 1998 (Y DE SU PARCIAL DEROGACIÓN Y DESARROLLO). 1.2. GRUPO NORMATIVO 1.3. *EXCURSUS* SOBRE LA METODOLOGÍA NECESARIA PARA EL ENJUICIAMIENTO DE LOS RESULTADOS DE LA LEY. 2. LIBERALIZACIÓN, REGULACIÓN Y DESREGULACIÓN DE LA INDUSTRIA DEL GAS NATURAL. 2.1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS. 2.2. LA LIBERTAD PARA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES GASISTAS EN LA LH. 2.3. LA REGULACIÓN PARA LA INTRODUCCIÓN DE COMPETENCIA EN EL MERCADO DEL GAS. 2.4. LA «REGULACIÓN» DE LAS ACTIVIDADES GASISTAS EN LA LH. 2.5. ESPECIALIDAD *VERSUS* GENERALIDAD EN LA REGULACIÓN DE ACTIVIDADES GASISTAS. 3. EL SUMINISTRO DE GAS NATURAL COMO SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL. 3.1. DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS A LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL. 3.2. LA *DESPUBLICATIO* DEL SUMINISTRO DE GAS. 3.3. LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO EN LA DIRECTIVA. 3.4. CONSECUENCIAS DE LA *DESPUBLICATIO*. 4. EL SISTEMA GASISTA (SG). 5. LOS TRANSPORTISTAS. 6. LOS DISTRIBUIDORES. 7. LOS COMERCIALIZADORES. 8. LOS CONSUMIDORES. 8.1. CONSUMIDORES SUJETOS A TARIFA. 8.2. CONSUMIDORES CUALIFICADOS. 9. LA GESTIÓN DEL SG. 10. ADQUISICIONES DE GAS. 11. CONTABILIDAD, INFORMACIÓN Y SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES. 12. ACCESO DE TERCEROS A LA RED BÁSICA Y A LAS REDES DE TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN. 12.1. EL ACCESO EN LA DG. 12.2. LA GARANTÍA DE ACCESO EN LA LH. 12.3. LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO POR REFERENCIA A LOS SUJETOS AUTORIZADOS A ADQUIRIR GAS EN LA LH. 12.4. LA INFLUENCIA DE LA GESTIÓN TÉCNICA DEL SISTEMA EN EL ACCESO. 12.5. REGULACIÓN DEL ACCESO A LAS INSTALACIONES DE TRANSPORTE, REGASIFICACIÓN Y ALMACENAMIENTO EN LA LH. 12.6. ACCESO A LAS REDES DE DISTRIBUCIÓN. 12.7. MEDIDAS DE SEGURIDAD. 12.8. RÉGIMEN SANCIONADOR APLICABLE AL ACCESO. 12.9. PODERES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA EN MATERIA DE ACCESO. 12.10. DESARROLLOS RECIENTES. 13. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LAS PREVISIONES DE LA LH EN MATERIA DE ACCESO. 14. LAS TARIFAS, PEAJES Y CÁNONES DEL GAS NATURAL. 14.1. LA POTESTAD TARIFARIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y DE LA LIBERALIZACIÓN DE ACTIVIDADES TRADICIONALMENTE MONOPOLIZADAS. 14.2. EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS ACTIVIDADES GASISTAS EN LA LH. 14.3. LA FIJACIÓN DE LAS TARIFAS. 14.4. LA FIJACIÓN DE PEAJES Y CÁNONES. 14.5. LA SUSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA CONTRACTUAL DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DE LA CONCESIÓN POR UNA GARANTÍA LEGISLATIVA. 14.6. LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS TARIFAS, PEAJES Y CÁNONES. 14.7. LIBERALIZACIÓN DE LAS TARIFAS. 14.8. EL TÉRMINO DE CONEXIÓN Y SEGURIDAD. 15. VALORACIÓN CONJUNTA DE LA DG Y LA LH.

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. UN AÑO DE VIDA DE LA LEY DE HIDROCARBUROS DE 1998 (Y DE SU PARCIAL DEROGACIÓN Y DESARROLLO)

Se cumple ahora un año de la entrada en vigor de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos —en adelante, LH—<sup>1</sup>. La Ley introdujo importantes novedades en varios ámbitos del sector energético, no sólo por su visión omnicompreensiva de todo el sistema de suministro de hidrocarburos líquidos y gaseosos —una visión que tiene su reflejo en la agrupación en un solo texto legal de la regulación antes dispersa<sup>2</sup>—, sino porque trató de responder a una nueva filosofía liberalizadora de las actividades relacionadas con los hidrocarburos. En efecto, tal y como expuso el legislador en la Exposición de Motivos, «la presente ley tiene por objeto renovar, integrar y homogeneizar la distinta normativa legal vigente en materia de hidrocarburos. Se pretende, por tanto, conseguir una regulación más abierta, en la que los poderes públicos salvaguarden los intereses generales a través de la propia normativa, limitando su intervención directa en los mercados cuando existan situaciones de emergencia. Esta regulación debe permitir, además, que la libre iniciativa empresarial amplíe su campo de actuación y la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de realidades técnicas y mercantiles socialmente asumidas, pero carentes, en este momento, del encaje legal adecuado».

La LH se aprobó, además, a la vista del contenido de la Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural<sup>3</sup> —en adelante, DG—, que los Estados Miembros tendrán que implementar en el plazo de dos años a partir de su entrada en vigor (que tuvo lugar veinte días después de su publicación en el Diario Oficial) (arts. 29 y 30).

### 1.2. GRUPO NORMATIVO

Está constituido, fundamentalmente, por la DG y por la LH. La LH ha sufrido en sus 14 meses de vida varias modificaciones, alguna de ellas de gran relevancia, lo cual suscita dudas sobre la ponderación

<sup>1</sup> B.O.E. núm. 241, de 8 de octubre.

<sup>2</sup> Quedan derogadas, entre otras normas, las siguientes Leyes: 21/1974, de 27 de junio, sobre investigación y explotación de hidrocarburos; 10/1987, de 15 de junio, de disposiciones básicas para un desarrollo coordinado de actuaciones en materia de combustibles gaseosos; y 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero (Disposición Derogatoria Única).

<sup>3</sup> D.O.C.E., Serie L, nº 204 de 21 de julio de 1998.

ejercitada en el trámite de aprobación parlamentaria. Muy tempranamente, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social<sup>4</sup>, introdujo alguna pequeña modificación en el artículo 93 LH (sobre precios de cesión) y en la Disposición Transitoria quinta (que aclara que las cantidades consignadas en la definición de los umbrales tienen carácter anual) (art. 108). Mediante Real Decreto-Ley núm. 6/1999, de 16 de abril, de medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia<sup>5</sup>, se redujeron los umbrales para la determinación de quién es consumidor elegible y se redujo el tiempo de exclusividad en un área geográfica de distribución. Más tarde, y por obra del Real Decreto-Ley núm. 15/1999, de 1 de octubre, por el que se aprueban medidas de liberalización, reforma estructural e incremento de la competencia<sup>6</sup>, se posibilita la entrada de nuevos comercializadores hasta que se proceda al desarrollo reglamentario de la LH. Por último, la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social<sup>7</sup>, ha modificado la LH en materia de nombramiento de vocales de la Comisión Nacional de la Energía y de sus órganos de asesoramiento (art. 71) y en materia de ejercicio de derechos políticos por empresas públicas que controlen empresas energéticas de ámbito estatal (Disposición Adicional vigésimo séptima). También debe mencionarse la posible futura incidencia de la contratación centralizada de las Administraciones Públicas en mercados liberalizados<sup>8</sup>.

### 1.3. EXCURSUS SOBRE LA METODOLOGÍA NECESARIA PARA EL ENJUICIAMIENTO DE LOS RESULTADOS DE LA LEY

El estudioso de la legislación gasista afronta la tentación de analizar formalmente los textos. Es una tentación común al estudio de la legislación de otros sectores económicos estratégicos para la vida nacional, como el eléctrico, el de las telecomunicaciones o el del transporte. En estos campos los textos normativos se han de analizar no sólo desde los objetivos perseguidos por el legislador (por ejemplo, la introducción de competencia) sino desde la realidad técnica, empresarial y económica del sector regulado. El análisis formal es más pro-

<sup>4</sup> B.O.E. núm. 313, de 31 de diciembre de 1998.

<sup>5</sup> B.O.E. núm. 92, de 17 de abril de 1999. Fue convalidado por Resolución de 29 de abril de 1999 del Congreso de los Diputados (B.O.E. núm. 108, de 6 de mayo de 1999).

<sup>6</sup> B.O.E. núm. 236, de 2 de octubre de 1999. Fue convalidado por Resolución de 21 de octubre de 1999 del Congreso de los Diputados (B.O.E. núm. 257, de 27 de octubre de 1999).

<sup>7</sup> B.O.E. núm. 312, de 30 de diciembre de 1999.

<sup>8</sup> Resolución de 17 de enero de 2000, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 1999, por el que se adoptan medidas para mejorar las condiciones de contratación en los nuevos mercados liberalizados (B.O.E. núm. 18, de 21 de enero de 2000).

pio de los estudios de la legislación relativa a la actividad jurídica de la Administración, como la legislación de procedimiento administrativo o la de contratación. En esos ámbitos cabe la construcción de un edificio levantado sobre palabras, a base de relaciones entre textos, que conduzcan a mostrar bien las concordancias, bien las analogías, bien las contradicciones. Por el contrario, el examen de la legislación gasista requiere un esfuerzo adicional. Ha de examinarse hasta qué punto las normas son las adecuadas para alcanzar los objetivos liberalizadores. Ese examen requiere, además, el conocimiento de la economía del gas natural de España y, en concreto, la oferta y la demanda de gas<sup>9</sup>, la estructura empresarial, los costes asociados al suministro, los abastecimientos de la red nacional, la cantidad de infraestructura existente (gasoductos, plantas de regasificación, buques metaneros, etc.) y los precios de los suministros<sup>10</sup>.

## 2. LIBERALIZACIÓN, REGULACIÓN Y DESREGULACIÓN DE LA INDUSTRIA DEL GAS NATURAL

### 2.1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

La liberalización de actividades económicas no es lo mismo que su desregulación o desreglamentación. La liberalización consiste en abrir lo que estaba cerrado, en abrir la puerta al mercado para que donde sólo había un solo operador monopolista o un puñado de operadores oligopolistas, haya más operadores. Los monopolios o los oligopolios tienen su origen bien en una norma jurídica que limita el juego a uno o a unos pocos, bien en ciertas características técnicas, físicas, económicas o geográficas que hacen que la actividad tienda naturalmente al monopolio, es decir, que sea un monopolio natural. Lo normal es que la norma jurídica restrinja la competencia en aquellos sectores que son, precisamente, monopolios naturales.

<sup>9</sup> La expansión del gas natural en España es constante. Tres nuevos gasoductos van a construirse en Andalucía (*Expansión*, 17 de enero de 2000). Eso explica el interés de las empresas norteamericanas en el mercado español de gas (Enron, Edison International, TXU, AES Corporation, PSEG y Entergy): *Expansión*, 26 de enero de 2000.

<sup>10</sup> Por ejemplo, el estudio de esta legislación debe estar en condiciones de entender la decisión adoptada recientemente por Repsol y La Caixa sobre la cesión de la mayoría en Gas Natural a Repsol, la neutralidad de Repsol en el sector eléctrico y la posibilidad de que Gas Natural venda a todas las eléctricas, del que dan cuenta los periódicos del 12 de enero del 2000 (v. gr. *Expansión* y *ABC*). Repsol renuncia, así, a tomar el control de Iberdrola, aunque esa opción no está totalmente descartada (*Expansión*, 20 de enero de 2000), y por eso Endesa y las demás compañías eléctricas piden que el Gobierno frene la incursión de Repsol en el mercado eléctrico (*Expansión*, 4 de febrero de 2000).

La desregulación consiste en la supresión de reglas. Sólo cuando esas reglas limitaban o suprimían la libertad de actuación en un sector, su desaparición implica una liberalización. Sin embargo, existen reglas cuya misión es, precisamente, mantener la competencia en algunos sectores, que, sin tales reglas, tenderían fatal y naturalmente al monopolio (*regulation for competition*<sup>11</sup>). Éste es el caso de las reglas aplicables sobre algunas de las actividades ligadas a redes físicas, como determinadas formas de energía (gas y electricidad) y las telecomunicaciones. Un ejemplo es el conjunto de reglas de acceso de terceras partes a las redes eléctricas de alta tensión o a los gasoductos de alta presión. Existen también numerosas reglas en sectores liberalizados cuya misión es proteger a los usuarios o consumidores. Hay, por tanto, reglas limitativas o impeditivas de la competencia y hay reglas que la favorecen o promueven. En consecuencia, desregular no significa siempre liberalizar, ni, por supuesto, la regulación es sinónimo de falta de libertad o de competencia.

## 2.2. LA LIBERTAD PARA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES GASISTAS EN LA LH

El artículo 54 LH proclama que las «actividades de fabricación, regasificación, almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de combustibles gaseosos para su suministro por canalización podrán ser realizadas libremente en los términos previstos en este Título (...)». La libertad es, en ese contexto, libre competencia entre operadores, tal y como la propia LH reconoce en otro lugar. En efecto, las actividades realizadas por los transportistas, los distribuidores y los comercializadores «se desarrollarán en régimen de libre competencia» (art. 60, 1 LH). Nótese que los transportistas realizan (o pueden realizar) actividades no sólo de transporte, sino también de regasificación de GNL y de almacenamiento de gas natural, y que los distribuidores no sólo distribuyen, sino que también construyen, mantienen y operan las instalaciones de distribución<sup>12</sup>. La importa-

---

<sup>11</sup> «The principal function of economic regulation is, then, to provide a substitute for competition in relation to natural monopolies»: A.I., OGUS, *Regulation. Legal Forms and Economic Theory*, Clarendon Law Series, Oxford 1994, p. 5.

<sup>12</sup> Parece, por tanto, que para dedicarse a actividades de construcción, mantenimiento y operación de redes de distribución hay que tener la condición de distribuidor. Sin embargo, la LH no configura autorizaciones «de actividades», sino de «instalaciones», y, por tanto, puede concebirse -como hipótesis- que una compañía obtenga una autorización para construir un gasoducto de distribución sin que necesariamente deba solicitar al mismo tiempo una autorización para explotar ese gasoducto. Dice, en efecto, el artículo 73, 2 de la LH que «estarán sujetas a autorización administrativa previa, en los términos establecidos en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, la construcción, modificación, explotación y cierre de las instalaciones de distribución de gas natural con independencia de su destino o uso».

ción y la exportación, así como los intercambios comunitarios, pueden realizarse con la misma libertad, sin más requisitos que los que deriven de la normativa comunitaria (art. 54, 2 LH).

En esa proclamación de libertad y de libre competencia consiste, precisamente, la liberalización del sector gasista. Este es el cambio fundamental operado respecto de la Ley del Gas de 1987, en cuya virtud el suministro de gas (y todas las actividades con él relacionadas) era un servicio esencial reservado, es decir, un servicio público.

### 2.3. LA REGULACIÓN PARA LA INTRODUCCIÓN DE COMPETENCIA EN EL MERCADO DEL GAS

La Exposición de Motivos de la LH afirma que la «regulación del sector del gas trata de avanzar en la liberalización del sector». En el ámbito de los tradicionalmente designados como Servicios Públicos (electricidad, agua, gas, telecomunicaciones...), el derecho de libertad de empresa del artículo 38 de nuestra Constitución permanece, en gran medida, inédito, debido a una errónea concepción de lo que el Servicio Público (servicio esencial reservado) significa. Señala también la Exposición de Motivos de la LH que el objetivo de la Ley es «conseguir una regulación más abierta, en la que los poderes públicos salvaguarden los intereses generales a través de la propia normativa, limitando su intervención directa en los mercados cuando existan situaciones de emergencia. Esta regulación debe permitir, además, que la libre iniciativa empresarial amplíe su campo de actuación y la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de realidades técnicas y mercantiles socialmente asumidas, pero carentes, en este momento, del encaje legal adecuado». Recoge aquí el legislador la teoría del *market failure*, según la cual los poderes deben intervenir en los mercados cuando fallan las condiciones de competencia. Desde otro punto de vista, el legislador, al mismo tiempo, recoge el principio de subsidiariedad, puesto que si el Poder intervendrá sólo si el mercado falla, está aceptando que el propio mercado alcanzará mejor los objetivos de calidad, regularidad y continuidad. De alguna manera la teoría del *market failure*, unida a la de los monopolios naturales, muestra en toda su pureza el sentido del principio de subsidiariedad. Sólo en aquellos aspectos de la actividad gasista en que la competencia no sea posible será necesaria la imposición de obligaciones de Servicio Público. Y la regulación será precisa para que la competencia se mantenga.

La Ley perfila el *modus operandi* de la libertad de empresa, cuyo contenido esencial debe respetar. Los Poderes Públicos (v. gr. las Cortes Generales) gozan de suficientes habilitaciones constitucionales para la intervención normativa en el sector económico. Por eso se

dice que el Poder ordena la actividad económica. Se trata de una ordenación heterónoma, porque en el mercado, si es libre, son los propios agentes del mismo quienes autónomamente se regulan. La necesidad de una ordenación externa, ejercida por quienes ostentan el poder democrático, no deriva, por tanto, de la esencia del mercado, sino de otras exigencias constitucionales (de otros valores distintos de la libertad sobre los que también descansa el ordenamiento). Este planteamiento tiene todo el acierto de la tradicional consigna mercado libre con correcciones; pero, al mismo tiempo, lleva en sí mismo la falsedad de lo recibido inercial y acríticamente. La filosofía jurídica del emergente ordenamiento europeo, a cuya luz debe ser interpretada la Constitución económica española (y, dicho sea de paso, sin forzar un ápice el texto de su articulado), arranca de presupuestos distintos, aunque no contradictorios. La intervención pública asume ahora como meta no la corrección o disciplina de un mercado que a veces provoca abusos, desigualdades o injusticias, sino que persigue teleológicamente la reanimación del mercado allí donde, por los motivos que sean, éste haya decaído<sup>13</sup>. Se ha puesto últimamente de relieve que el actual Derecho comunitario europeo no habilita a las Instituciones para crear nuevos mercados (de bienes o servicios determinados) sino, más limitadamente, para liberalizar y armonizar mercados ya existentes. El Poder legislativo interviene, por tanto, en el proceso de concreción del interés público. Pero así como éste, ha señalado PAREJO<sup>14</sup>, «cuenta con una gran libertad, en cuanto opera directamente a partir de la Constitución, el poder ejecutivo y, en particular, la Administración pública intervienen ya —como regla general— sobre la base de la concreción legislativa del interés general y, por tanto, obligadamente dentro de los márgenes que resulten de tal concreción. Ésta puede ser —y de hecho es— diversa, dando lugar a potestades ejecutivas y administrativas de configuración distinta (discrecionales y regladas, ambas en grado variado)».

## 2.4. LA «REGULACIÓN» DE LAS ACTIVIDADES GASISTAS EN LA LH

### 2.4.1. *Actividades gasistas, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente*

Libertad, pues, para el desarrollo de actividades gasistas, que pueden ejercitarse «sin perjuicio de otras disposiciones, y en especial de las fisca-

<sup>13</sup> Uno de los papeles del Estado en la economía es, precisamente, el estímulo de la iniciativa privada: F. GONZÁLEZ NAVARRO, «El Estado Social y Democrático de Derecho» en *Derecho Administrativo Español*, EUNSA, Pamplona 1993, pp. 190-194.

<sup>14</sup> L. PAREJO ALFONSO, «El interés general o público», en *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Ariel, Barcelona 1990, pp. 239-242.

les y de las relativas a la ordenación del territorio y al medio ambiente y de defensa de los consumidores y usuarios». Esta referencia coincide parcialmente con la existente en la Directiva Europea sobre el Gas Natural, precisamente para permitir que los Estados impongan obligaciones de servicio público, en atención a la protección del Medio Ambiente (art. 3, 2 DG). En ambos casos, tanto en la Ley española como en la Directiva, ha de notarse que las limitaciones a la libertad de establecimiento por razón de la Ordenación del Territorio o por razón de la protección del Ambiente Natural, proceden de razones ajenas a la regulación u ordenación del mercado gasista. Salvando todas las distancias, podría decirse que esas dos materias cumplen en el ordenamiento regulador de las actividades gasistas la misma función que tradicionalmente cumplió la cláusula del «orden público». Es decir, que la eventual negativa a autorizar la construcción de un segundo gasoducto, paralelo a otro existente, en atención a la normativa medioambiental o de Ordenación del Territorio, no puede interpretarse nunca como una negativa fundamentada en los Poderes Regulatorios de las Instituciones Competentes en materia de energía, sino en razones ajenas a la actividad gasista misma. Las previsiones sobre infraestructura gasista en los instrumentos de la Ordenación del Territorio no constituyen «regulación» de las actividades gasistas, sino limitaciones provenientes de otros círculos competenciales que el legislador ha reputado prevalentes.

#### 2.4.2. *El carácter «regulado» de determinadas actividades gasistas*

##### A) La indefinición del concepto de «regulación» en la LH

De acuerdo con el artículo 60, 1, párrafo 2, «la regasificación, el almacenamiento estratégico, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas». La comercialización no tiene, sin embargo, el carácter de actividad regulada (art. 60, 2), sino que «se ejercerá libremente en los términos previstos en la presente Ley y su régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes».

Si incluimos en el transporte las actividades que describe el artículo 58, letra a, esto es, regasificación, transporte y almacenamiento, prácticamente todas las actividades de la industria del gas tienen el carácter de actividades reguladas. No se entiende bien qué significa para el autor de la LH que una actividad esté regulada y cómo concibe la competencia entre actividades reguladas<sup>15</sup>. Parece que opone libre competencia a regulación, cosa que es, a todas luces, y tras casi

<sup>15</sup> Se hacen eco de esta confusión A. GALLEGO ANABITARTE y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, en «La nueva regulación del mercado del gas natural», *R.A.P.*, núm. 148 (1999), pp. 41-61.

dos décadas de «regulación para la competencia», una simplificación (conceptual y práctica). Y es que habría que distinguir distintos niveles o grados de regulación, en función de las características de la actividad: en algunos casos –plantas de regasificación– se pueden prestar en competencia; en otros –Red básica– estamos ante un claro monopolio natural. El artículo está mal redactado, pues debería decir que, en principio, se ejercitarán en régimen de libre competencia las actividades enumeradas en el artículo 54. 1 LH, sin perjuicio de las determinaciones contenidas en esta Ley (y no en el art. 58, que no contempla actividades, sino sujetos).

¿Qué significa que sean actividades reguladas? En primer lugar, la calificación de esas 4 actividades como actividades reguladas no significa que no puedan realizarse ni libremente ni en régimen de libre competencia. Pueden ser realizadas tan libremente como la comercialización (art. 54. 1 y art. 60. 1). Que esas 4 actividades estén «reguladas» no significa tampoco que su funcionamiento y régimen económico tenga que ajustarse a la LH, pues tal cosa se exige igualmente en la comercialización, que no es una actividad regulada. No hay, por tanto, criterio ninguno para saber qué conlleva el carácter regulado de la distribución, el almacenamiento, la regasificación y el transporte de gas natural<sup>16</sup>.

#### B) La «regulación» como reducto para la protección del interés general presente en las actividades gasistas

Si bien la LH es confusa en la definición de lo que entiende por «regulación», una atenta lectura de su articulado nos descubre la existencia de determinadas reglas aplicables a la distribución, el transporte, el almacenamiento y la regasificación –reglas inexistentes en el ámbito de la comercialización– cuya razón de ser es, precisamente, el conjunto de obligaciones de servicio público que, según la DG (art. 3, 2), los Estados Miembros pueden imponer sobre las empresas de gas. Dichas obligaciones, impuestas en favor del interés económico general, pueden estar relacionadas con la seguridad (incluyendo la seguridad de suministro), la regularidad, la calidad y los precios de los suministros y la protección del Medio Ambiente. Esas obligaciones –dice también el artículo 3, 2 DG– deben estar claramente definidas, deben ser transparentes, no discriminatorias y verificables.

Parece que la LH identifica «regulación» con «imposición de obligaciones de Servicio Público». En efecto, si se repasa el articulado de la Ley se aprecia que sobre las actividades reguladas (transporte, regasificación, almacenamiento y distribución) se imponen tradicionales

---

<sup>16</sup> ¿Qué decir de la fabricación? No está enumerada entre las actividades reguladas, y puede ser realizada libremente (art. 54. 1 LH), pero «deberá ajustarse a los criterios de planificación en materia de hidrocarburos» (art. 56. 2 LH).

obligaciones de Servicio Público; una imposición encaminada, precisamente, a asegurar la regularidad, la continuidad y la igualdad del suministro (v. gr., Capítulo VIII, arts. 98 a 102: seguridad del suministro). Sin embargo, esa identificación no es correcta. En primer lugar, porque la subsistencia de obligaciones de servicio público no es incompatible con la competencia en el mercado (recuérdese que la LH opone, erróneamente, regulación a competencia). En segundo lugar, porque la regulación persigue, precisamente, la creación de competencia o la eliminación de monopolios, y tal cosa nada tiene que ver con la regularidad, ni con la continuidad, ni con la igualdad.

## 2.5. ESPECIALIDAD *VERSUS* GENERALIDAD EN LA REGULACIÓN DE ACTIVIDADES GASISTAS

Desde hace unos años asistimos a un debate en toda la Unión Europea a propósito de cuál es la Autoridad Reguladora llamada a velar por el mantenimiento de la competencia en el mercado gasista. Este debate tiene lugar en dos ámbitos. El primero es el ámbito de las relaciones entre las Autoridades Comunes de la Unión (en especial, la Comisión Europea) y las Instituciones de los Estados Miembros. A primera vista, el principio de subsidiariedad y el hecho de que las Administraciones nacionales estén llamadas a aplicar de modo prevalente el Derecho comunitario, parecería que abonan las tesis de quienes defienden la intervención prioritaria de las autoridades nacionales. El segundo es el ámbito de las respectivos poderes de los órganos encargados de la vigilancia de la competencia en los mercados (Tribunal de Defensa de la Competencia) y de las Autoridades Reguladoras creadas en ámbitos específicos (como la Comisión Nacional de la Energía). Recientemente, en España se ha agudizado el debate con ocasión del examen a que se ha sometido el Pacto entre Endesa y Gas Natural a finales de 1998<sup>17</sup>. Existen argumentos a favor de una y otra postura. La solución se encuentra, en el caso español, en las normas que regulan las competencias de uno y otro organismo (que es donde se establecen las respectivas competencias), de acuerdo con las modificaciones introducidas por la LH (para el caso de la Comisión Nacional de la Energía), por el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, que aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía<sup>18</sup>, y por el

<sup>17</sup> *El País*, de 24 de mayo de 1999. El Pacto se ha reforzado recientemente, con el anuncio de que La Caixa sale de Hidrocarburo para ganar peso en Endesa (*Expansión*, 26 de enero de 2000). En palabras de Miranda, «según el acuerdo suscrito en 1998, Endesa y Gas Natural sitúan sus centrales en el mismo emplazamiento, pero la propiedad y gestión son separadas. El resto del pacto, que incluye un contrato de suministro de gas a largo plazo, no se modificaría» (*Expansión*, 4 de febrero de 2000).

<sup>18</sup> *B.O.E.* núm. 202, de 24 de agosto de 1999.

Real Decreto-Ley núm. 6/1999, de 16 de abril (que modifica la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en su art. 10, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera)<sup>19</sup>.

### 3. EL SUMINISTRO DE GAS NATURAL COMO SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

#### 3.1. DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS A LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

El Tratado de Amsterdam<sup>20</sup> ha destacado que los servicios de interés económico general ocupan un lugar «entre los valores comunes de la Unión», que juegan un papel «en la promoción de la cohesión social y territorial» y que, en consecuencia, la «Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas (...) velarán porque dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido». Se trata del nuevo artículo 7D, introducido en el Tratado de la Comunidad Europea por el artículo 2, 8 del Tratado de Amsterdam, que es, a su vez, el nuevo artículo 16 de la versión consolidada del Tratado de la Comunidad Europea. La Declaración núm. 14 del Tratado de Amsterdam señala, a propósito de ese artículo 7D, que sus disposiciones «sobre servicios públicos se aplicarán con pleno respeto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre otras cosas en lo que se refiere a los principios de igualdad de trato, calidad y continuidad de dichos servicios».

Frente a una determinada concepción del Servicio Público como actividad monopólica, el ordenamiento comunitario invita a una nueva formulación del contenido de esa categoría, no necesariamente ligada ni al Monopolio, ni a la gestión pública ni a la limitación de la competencia. Tal formulación se encuentra en el artículo 86 del Tratado de Roma. Las reservas de servicios esenciales contempladas en la Constitución española tienen que examinarse a la luz de la liberalización impulsada por el ordenamiento comunitario. Es evidente

<sup>19</sup> Se plantea la duda acerca de si, en lugar de la remisión al TDC, la Comisión debe exigir una autorización previa al Pacto. Ha correspondido recientemente a la «Federal Trade Commission», y no a la «Federal Energy Regulatory Commission», el rechazo a la fusión entre BP Amoco y Atlantic Richfield (*Expansión*, 3 de febrero de 2000). Repsol anuncia ahora una alianza con ENI para formar «un líder mundial del gas» (*Expansión*, 9 de febrero de 2000).

<sup>20</sup> Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 2 de octubre de 1997 (hemos manejado la edición preparada por Ricardo ALONSO GARCÍA, ed. Civitas, Madrid 1998, 1ª ed.).

que determinado entendimiento de las «reservas» contempladas en el artículo 128, 2 de nuestra Constitución es incompatible con la libre competencia que inspira los Tratados y el Derecho derivado. Concretamente, una concepción de la reserva como monopolio es contraria al ordenamiento comunitario. Las actividades que, de un tiempo a esta parte, vienen siendo objeto de liberalización desde el Derecho comunitario no podrían ser monopolizadas.

### 3.2. LA *DESPUBLICATIO*<sup>21</sup> DEL SUMINISTRO DE GAS

El suministro de gas natural deja de ser un servicio público en la LH. Ésta es la principal y más trascendente novedad de la Ley de Hidrocarburos en materia de gases combustibles por canalización. Dice, en efecto, el Párrafo 10 de la Exposición de Motivos, lo siguiente: «Se suprime en el sector del gas la consideración de servicio público. Se considera que el conjunto de las actividades reguladas en esta Ley no requieren de la presencia y responsabilidad del Estado para su desarrollo. No obstante, se ha mantenido para todas ellas la consideración de actividades de interés general que ya recogía la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de Ordenación del Sector Petrolero»<sup>22</sup>.

### 3.3. LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO EN LA DIRECTIVA

El autor de la Directiva considera que «el establecimiento de un mercado de gas natural competitivo constituye un elemento importante de la consecución del mercado interior de la energía» (Considerando 3). Y uno de los principios —el principal— que preside la Directiva es la «realización de un mercado competitivo del gas natural» (art. 3, 1). La Directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros que lo deseen impongan obligaciones de servicio público «para garantizar la seguridad del suministro, la protección del

<sup>21</sup> GALLEGO y RODRÍGUEZ prefieren hablar de privatización en sentido propio. *Vid.* cuanto esos dos autores escriben sobre el marco constitucional de la reforma: A. GALLEGO ANABITARTE y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «La nueva...», o.c., pp. 43-51.

<sup>22</sup> El autor de la LH viene así implícitamente a aceptar una determinada interpretación del artículo 128, 1 de la Constitución, conforme a la cual los servicios públicos no son sino los servicios esenciales reservados. Se trata, a nuestro juicio, de la interpretación adecuada. Esta misma interpretación fue la del autor de la Ley del Gas de 1987, en cuyo articulado se reservaba al Sector Público el servicio esencial de suministro de gas. No obstante, el legislador de 1987 tuvo que hacer unas confusas piruetas legislativas —que no alcanzaron a ocultar una manifiesta contradicción— para cohonestar la reserva que realizó a favor del Estado y de las Comunidades Autónomas con la reserva contenida en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985. Hoy se ha superado la contradicción entre ambas normas mediante la Disposición Derogatoria Única de la LH, cuya letra e deroga «el artículo 86, 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y disposiciones concordantes, en lo que se refiere al suministro de gas».

consumidor y la protección del medio ambiente» (Considerando 12). Estas palabras extraídas de entre los Considerandos de la Directiva se reiteran en el artículo 3, 2: «Los Estados miembros, respetando plenamente las disposiciones pertinentes del Tratado<sup>23</sup>, en particular su artículo 86, podrán imponer a las compañías de gas natural obligaciones de servicio público de interés económico general, que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del abastecimiento, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente».

Estas palabras rezuman mucha confusión, en parte inevitable por las distintas tradiciones jurídicas de los Estados Miembros, ya que algunos conocen el concepto de servicio público (como Francia y España, si bien nunca ha sido la misma cosa aquí y en el país vecino) y otros no (como el Reino Unido o Alemania). Preciso es, no obstante, reconocer que en las tradiciones jurídico-públicas propias de todos los Estados Miembros hay determinadas actividades económicas de carácter estratégico, en el que están implicados intereses generales, con una tendencia natural al monopolio y sobre las que resulta imprescindible, para asegurar la regularidad, la igualdad y la continuidad de la prestación, proyectar un haz de potestades públicas<sup>24</sup>. Por ejemplo, el concepto de Servicio Público español —como servicio esencial reservado al sector público— es inexistente en el Reino Unido, pero también en este país lo público ha invadido el desarrollo de actividades esenciales (agua, gas y electricidad), a veces con forma de propiedad pública (1945-1980), a veces, como ahora, en forma de regulación pública sobre actividades privatizadas y liberalizadas.

La confusión principal que esconden esas palabras —una confusión originada, insistimos, por una Directiva cuyo ámbito de aplicación se extiende sobre ordenamientos tan dispares— estriba en que se opone servicio público a libre competencia. Es cierto que una interpretación francesa —permítasenos el reduccionismo— de servicio público equivale a monopolio, pero en Derecho español el servicio público no ha sido nunca equivalente a monopolio, ni la existencia de las *utilities* británicas es una existencia monopolística —lo fue sólo mientras duró la propiedad pública—, ni, en resumen, la idea de unas garantías públicas de regularidad y continuidad exige el monopolio.

La segunda confusión que se aprecia en esas palabras radica en identificar como obligaciones de servicio público las relativas a «la

---

<sup>23</sup> El Considerando 16 establece que «los Estados miembros, al imponer obligaciones de servicio público a las empresas del sector del gas natural, deberán, por consiguiente, respetar las normas correspondientes del Tratado, tal como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas».

<sup>24</sup> P. BAUBY, «Public Service: Forging a European Conception», en G. HAIBACH (editor), *Services of General Interest in the EU: Reconciling Competition and Social Responsibility*, European Institute of Public Administration, Maastricht 1999, pp. 49-62.

protección del consumidor y la protección del medio ambiente». Son obligaciones de servicio público aquellas que tienen como justificación la consecución de los fines por los cuales una actividad es declarada servicio público. Y esos fines son el aseguramiento de que todos reciben de modo regular y continuo y en condiciones de igualdad la prestación. Es evidente que las normas de protección del Ambiente Natural no entran en esta categoría, porque la prohibición de construcción de nueva infraestructura por razones medioambientales no tiene por finalidad la garantía de la regularidad. De la misma manera, gran parte de la normativa sobre consumidores –salvo, específicamente, la que se refiera a las tarifas y precios– carece de esa finalidad. Cualquier actividad económica está supeditada a la legislación medioambiental y de consumo, no sólo las actividades propiamente de servicio público. Esta confusión se explica por la anterior. En efecto, si se opone servicio público a libertad de empresa o a libre competencia, es fácil concluir que es una obligación de servicio público cualquier carga –del tipo que sea– que pese sobre las empresas gasistas (basta con que imponga un coste adicional).

La tercera confusión es terminológica, porque el Derecho primario de la Unión Europea no menciona nunca la expresión «servicio público». Su inclusión en la Directiva del gas o en la eléctrica es la entrada en el acervo comunitario –y por la puerta falsa– de un concepto que se quiso excluir en el momento fundacional. El artículo 86 del Tratado –al que se remite el artículo 3, 2 y los Considerandos 12 y 13 de la Directiva– no habla de servicios públicos sino de servicios de interés económico general. En un intento de cohonestar ambas cosas el artículo 3, 2 habla de «obligaciones de servicio público de interés económico general». Existe, pues, el riesgo de que los Estados Miembros reacios a introducir competencia en sus mercados de gas, se apunten a la victoria –que presumimos de la posición francesa– y se escuden en una concepción tradicional de servicio público (incompatible con los Tratados fundacionales), frente a la más moderna y no necesariamente monopolística de los servicios de interés económico general.

### 3.4. CONSECUENCIAS DE LA *DESPUBLICATIO*

#### 3.4.1. *Supresión de las concesiones*

Si ya no existe reserva, y si, por tanto, el suministro de gas no es un servicio público, el ejercicio de las actividades relacionadas con ese suministro ya no está sujeto ni a concesión administrativa previa ni a ninguna de las formas de gestión de los servicios públicos. La Disposición Adicional sexta de la LH declara extinguidas las conce-

siones y suprime el derecho de reversión. Se trata de una previsión de gran trascendencia. El tenor literal de esa Disposición es la siguiente: «1. A la entrada en vigor de esta Ley, todas las concesiones para actividades incluidas en el servicio público de suministro de gases combustibles por canalización quedan extinguidas. Dichas concesiones quedan sustituidas de pleno derecho por autorizaciones administrativas de las establecidas en el Título IV de la presente Ley que habilitan a su titular para el ejercicio de las actividades, mediante las correspondientes instalaciones, que constituyeran el objeto de las concesiones extinguidas. 2. Las citadas autorizaciones lo serán por tiempo indefinido quedando expresamente extinguida la reversión de instalaciones a que se refiere el artículo 7.c) de la Ley 10/1987, de 15 de junio». Con esta Disposición, la empresa que goza de posición dominante puede consolidar la propiedad de la red de transporte. La pregunta surge por sí misma: ¿es suficiente con declarar extinguidas las actuales concesiones y sustituidas *ope legis* por una autorización para liberalizar el mercado? La redención a favor de las compañías concesionarias de las inversiones por reversión favorece el afianzamiento de su posición en el mercado.

### 3.4.2. Autorizaciones administrativas

Las antiguas concesiones han sido sustituidas por autorizaciones. Requerirán autorización administrativa previa las siguientes instalaciones destinadas al suministro a los usuarios de combustibles gaseosos por canalización (art. 55, 1): a) Las plantas de regasificación y licuefacción de gas natural y de fabricación de gases combustibles manufacturados o sintéticos o de mezcla de gases combustibles con aire; b) Las instalaciones de almacenamiento, transporte y distribución de gas natural; c) El almacenamiento y distribución de gases licuados del petróleo, combustibles gaseosos manufacturados, y sintéticos y mezclas de gases y aire para suministro por canalización<sup>25</sup>.

Las autorizaciones de construcción y explotación de los gasoductos de transporte objeto de planificación obligatoria, de acuerdo con el artículo 4 de la LH, deberán ser otorgadas mediante un procedimiento que asegure la concurrencia, promovido y resuelto por la autoridad competente.

Existe libertad para realizar las siguientes instalaciones relacionadas con el gas natural, sin más requisitos que los relativos al cumplimiento de las disposiciones técnicas de seguridad y medioam-

---

<sup>25</sup> Son autorizaciones con cláusulas accesorias, en palabras de A. GALLEGO ANABITARTE y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «La nueva...», o.c., p. 51; quienes añaden que no se ha de dar relevancia a una pretendida distinción legislativa entre autorizaciones de la actividad y de la instalación: p. 56.

bientales (art. 55, 2): a) Los tres tipos de autorizaciones antes relacionados, siempre que sean para consumo propio; b) Las relativas a la fabricación, mezcla, almacenamiento, distribución y suministro de combustibles gaseosos desde un centro productor en el que el gas sea un subproducto; c) Las de almacenamiento, distribución y suministro de gases licuados del petróleo y de gas natural de un usuario o de los usuarios de un mismo bloque de viviendas; d) Las líneas directas consistentes en un gasoducto para gas natural cuyo objeto exclusivo sea la conexión de las instalaciones de un consumidor cualificado con el sistema gasista (art. 55, 2). Se entiende por línea directa un gasoducto para gas natural complementario de la red interconectada, para suministro a un consumidor. Los consumidores cualificados podrán construir líneas directas quedando su uso excluido del régimen retributivo que para las actividades de transporte y distribución se establecen en la LH. La construcción de líneas directas queda excluida de la aplicación de las disposiciones en materia de expropiación y servidumbres establecidas en la Ley, sometiéndose al ordenamiento jurídico general. La apertura a terceros del uso de la línea exigirá que la misma quede integrada en el sistema gasista conforme a lo que reglamentariamente se disponga (art. 78 LH).

#### 4. EL SISTEMA GASISTA (SG)

El SG está compuesto por tres tipos de instalaciones destinadas al suministro de gas natural a los usuarios (y de las complementarias de cada una) (art. 59 LH): A) La Red Básica de gas natural, la cual, a su vez, se compone de cinco tipos de instalaciones: a) Gasoductos de transporte primario de gas natural a alta presión (presión máxima de diseño igual o superior a 60 bares); b) Plantas de regasificación de GNL susceptibles de alimentar el SG y las Plantas de licuefacción de gas natural; c) Almacenamientos estratégicos de gas natural, susceptibles de alimentar el SG; d) Las conexiones de la Red Básica con yacimientos de gas natural en el interior o con almacenamientos; e) Las conexiones internacionales del SG con otros sistemas o con yacimientos en el exterior; B) Las redes de transporte (secundario): Las redes de transporte secundario están formadas por los gasoductos de presión máxima de diseño comprendida entre 60 y 16 bares, las estaciones de compresión, y las estaciones de regulación y medida<sup>26</sup>;

---

<sup>26</sup> Asimismo, se consideran elementos constitutivos de la red de transporte todos aquellos activos de comunicaciones, protecciones, control, servicios auxiliares, terrenos, edificaciones y demás elementos auxiliares, necesarios para el adecuado funcionamiento de las instalaciones específicas de la red de transporte (art. 66, 1).

C) Las redes de distribución: Gasoductos con presión máxima de diseño igual o inferior a 16 bares, así como cualquier gasoducto que –con independencia de su presión máxima– tenga por objeto conducir el gas al consumidor a partir de un Gasoducto de la Red Básica o de transporte secundario.

## 5. LOS TRANSPORTISTAS

Son las personas jurídicas titulares de tres tipos de instalaciones: a) Regasificación de GNL; b) Transporte; c) Almacenamiento<sup>27</sup> (art. 58, letra a). Además de desarrollar las actividades que tienen por base esos tres tipos de instalaciones, pueden adquirir gas para su venta a otros transportistas, así como a los distribuidores que estuvieran conectados a sus redes para atender suministros a tarifa a consumidores no cualificados (art. 61, 1). Se entiende por «subsistema de transporte» el conjunto de instalaciones de los transportistas cuando el abastecimiento a través de esas instalaciones supere el 3% del consumo del mercado (art. 58, letra a, segundo párrafo).

## 6. LOS DISTRIBUIDORES

Son distribuidores «aquellas personas jurídicas titulares de instalaciones de distribución, que tienen la función de distribuir el gas natural por canalización, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar el gas natural en los puntos de consumo» (art. 58, letra c, LH). Los artículos 72 a 78 de la LH contienen previsiones específicas sobre la distribución. La actividad de distribución de gas natural puede ser realizada libremente y en régimen de libre competencia –sin perjuicio de las disposiciones vigentes sobre ordenación del territorio, medio ambiente y defensa de los consumidores y usuarios– (arts. 54 y 60, 1 LH), cuyas instalaciones requieren autorización administrativa (art. 55, 1, letra b, LH) y tiene la condición de actividad regulada (art. 60, 1 LH).

De la LH se desprende que los distribuidores sólo pueden vender el gas a los consumidores en régimen de tarifas administrativamente aprobadas, es decir, que no pueden vender gas a los consumidores cualificados. En alguna de la versiones del Proyecto de LH, antes de

---

<sup>27</sup> De la redacción de la LH no se desprende que la condición de transportista se adquiera por la propiedad de instalaciones de esos tres tipos, sino que se deduce lo contrario, y, por tanto, transportista es también la empresa que, por ejemplo, sea exclusivamente titular de instalaciones de regasificación.

ser aprobado definitivamente, se establecía esa limitación expresamente. Esa limitación permanece hoy en el artículo 60, 3, tanto de modo reflejo, pues señala que los consumidores cualificados «adquirirán el gas a los comercializadores» (no prevé que lo adquieran de los distribuidores), como de modo directo, pues establece que «para atender los consumos a tarifa que se realicen en el ámbito de su red, los distribuidores adquirirán gas a los transportistas». La LH, no obstante, es oscura en este punto, pues el artículo 74, 1 establece que es obligación de los distribuidores «efectuar el suministro a tarifa a todo peticionario del mismo (...), suscribiendo al efecto la correspondiente póliza de abono o, en su caso, contrato de suministro». Sólo se contempla el suministro a tarifa, pero la previsión de un «contrato de suministro» como alternativa a la «póliza de abono» parece apuntar a la posibilidad de que el distribuidor venda ocasionalmente a un consumidor cualificado. Sin duda, la figura del «contrato de suministro», a diferencia de la «póliza de abono», parece apuntar a una transacción *spot*. Ahora bien, en ese caso (es decir, si se aceptase que un distribuidor puede vender a un consumidor cualificado), no quedaría mucho espacio para la aparición de comercializadores, dada la configuración actual de la industria gasista española. El régimen de separación de actividades del artículo 63 no arroja muchas luces en esta materia, porque si bien —de acuerdo con el número 1— el transporte, la comercialización y la distribución son actividades que han de desarrollarse separadamente, el número 3 permite que en un grupo de sociedades se desarrollen actividades incompatibles y, por tanto, en un mismo grupo puede haber distribuidores y comercializadores (aunque desarrolladas por sociedades distintas). En definitiva, la Ley no prevé que el distribuidor venda a un consumidor cualificado.

El mantenimiento de la obligación de suministro (art. 57 LH) es, sin duda, una de las manifestaciones de la subsistencia de obligaciones propias de los Servicios Públicos, a pesar de que la LH haya suprimido la reserva. La llamada «garantía del suministro» del artículo 57 LH ilustra en qué consiste que las actividades reguladas en la LH tengan la condición de actividades de «interés general» (como dice la Exposición de Motivos).

Si bien la distribución puede ser desarrollada libremente y en régimen de libre competencia por quien obtenga la pertinente autorización —que recae sobre las instalaciones necesarias—; y si bien la LH establece que «en ningún caso se entenderá concedida en régimen de monopolio ni concederá derechos exclusivos», lo cierto es que en el Derecho transitorio de la Ley se contiene una explícita derogación de esos principios de libertad aunque sea temporalmente (15 años). La Disposición Transitoria decimoquinta dice así:

«Sobre la zona de distribución de gas natural de una concesión que, de acuerdo con la Disposición Adicional sexta de la presente Ley, hubiera devenido en autorización, no podrán concederse nuevas autorizaciones para la construcción de instalaciones de distribución durante un período equivalente al tiempo de vigencia de la concesión original con un máximo de quince años desde la entrada en vigor de la Ley, debiendo cumplir, en este período, las empresas autorizadas, las obligaciones de servicio público de desarrollo y extensión de las redes, impuestas en virtud de la concesión, y salvo saturación de la capacidad de sus instalaciones. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 78 de la presente Ley».

Mediante Real Decreto-Ley núm. 6/1999, de 16 de abril, el plazo máximo ha sido reducido de 15 a 10 años, y en el Preámbulo se explican las razones: «a la vista del rápido desarrollo del sector de gas natural en España y de la conveniencia de favorecer la entrada de nuevos distribuidores e impulsar la competencia, se reduce el período de exclusividad en una zona geográfica concedido a los distribuidores autorizados por la Ley 34/1998, sobre el Sector de Hidrocarburos».

Estas derogaciones a la libertad están contempladas por la DG (arts. 4, 4 y 26, 3 y 4).

## 7. LOS COMERCIALIZADORES

Son las sociedades mercantiles que, accediendo a las instalaciones de terceros, adquieren gas para su venta a consumidores cualificados o a otros comercializadores (art. 58, letra c). La comercialización se ejercerá libremente en los términos previstos en la Ley y su régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes (art. 60, 2 LH). Es una actividad no regulada, a diferencia del transporte, la regasificación, el almacenamiento estratégico y la distribución (art. 60, 1 y 2). Además, pueden adquirir gas (art. 61, 1). El Real Decreto-Ley núm. 15/1999, de 1 de octubre, aprobó medidas de liberalización, reforma estructural e incremento de la competencia<sup>28</sup>, y posibilitó la entrada de nuevos comercializadores hasta que se proceda al desarrollo reglamentario de la LH. La comercialización no es una actividad regulada y, sin embargo, como la propia LH indica, se precisa un Reglamento para determinar quién puede ejercitar la comercialización. Esto es prueba de que regular no es sinónimo ni de liberalización ni de su contrario. En cualquier caso, y frente a las proclamas liberalizadoras de la LH, lo cierto es que la Ley no proporciona ningún criterio al Gobierno para que elabore el Reglamento de

<sup>28</sup> B.O.E. núm. 236, de 2 de octubre de 1999. Fue convalidado por Resolución de 21 de octubre de 1999 del Congreso de los Diputados (B.O.E. núm. 257, de 27 de octubre de 1999).

comercialización y, por tanto, queda en manos del Gobierno abrir ese mercado. El Real Decreto-Ley de octubre de 1999 es muestra de la indefinición que rodea a esta actividad, pues concede una discrecionalidad casi sin límites al Gobierno. De conformidad con el Real Decreto-Ley, ocho compañías han sido autorizadas a comercializar (Iberdrola, Hidrocantábrico, BP Amoco, Naturgas, Endesa, Comercial Ibérica de Gas, Cepsa y Shell<sup>29</sup>), es decir, a vender gas a los clientes cualificados.

## 8. LOS CONSUMIDORES

A los efectos de la adquisición de gas, los consumidores se clasifican en:

### 8.1. CONSUMIDORES SUJETOS A TARIFA

Los consumidores no cualificados que adquirirán el gas a los distribuidores en régimen de tarifas.

### 8.2. CONSUMIDORES CUALIFICADOS

#### 8.2.1. *Definición en la DG*

Los Estados miembros especificarán los clientes cualificados, entendiéndose como tales a los clientes situados dentro de su territorio que tengan capacidad jurídica para contratar o adquirir gas natural con arreglo a los artículos 15 y 16, sobrentendiéndose que deberán estar incluidos: i) todas las centrales productoras de electricidad alimentadas con gas, con independencia de su nivel de consumo anual<sup>30</sup>; ii) otros clientes finales que consuman más de 25 millones de metros cúbicos de gas al año, calculados según el consumo de cada instalación (art. 18, 1 y 2). Las empresas de distribución, en caso de que no hayan sido reconocidas ya como clientes cualificados de acuerdo con la definición de la DG, tendrán capacidad jurídica para contratar el suministro de gas natural por el volumen de gas natural que consuman sus clientes considerados cualificados y que entren en su red de distribución, con el fin de abastecer a dichos clientes (art. 18, 1 y 2).

<sup>29</sup> *Expansión*, 3 de enero de 2000.

<sup>30</sup> No obstante, y a fin de salvaguardar el equilibrio de sus respectivos mercados, los Estados miembros podrán introducir un umbral que no podrá ser superior al nivel previsto para otros clientes finales en las condiciones de acceso de los productores tanto de energía como de calor. Estos umbrales se darán a conocer a la Comisión.

Para evitar desequilibrios en la apertura de los mercados del gas, en los próximos diez años, los contratos de suministro de gas con arreglo a lo dispuesto en los artículos sobre acceso con un cliente cualificado en la red de otro Estado miembro no podrán prohibirse si el cliente está considerado como cliente cualificado en las dos redes de que se trate; en los casos en los que esas transacciones sean denegadas debido a que el cliente es cualificado sólo en una de las dos redes, la Comisión, teniendo en cuenta la situación del mercado y el interés común, podrá obligar a la parte denegante a efectuar el suministro de gas solicitado a petición del Estado miembro en el que esté situado el cliente cualificado (art. 19)<sup>31</sup>.

### 8.2.2. *Definición en la LH*

Son aquellos cuyas instalaciones ubicadas en un mismo emplazamiento tengan en cada momento el consumo previsto en la Disposición Transitoria quinta. Estos consumidores adquirirán el gas a los comercializadores en condiciones libremente pactadas o directamente. Tendrán en todo caso la condición de consumidores cualificados los titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica para el consumo de éstas cuando entren en competencia de acuerdo con la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico (art. 60, 3). Durante el período de tres años siguientes al momento en que un consumidor hubiera accedido a la condición de cualificado, podrá optar por seguir adquiriendo el gas al distribuidor a tarifa o adquirirlo de un comercializador en las condiciones libremente pactadas (Disposición Transitoria quinta).

### 8.2.3. *El calendario de apertura*

#### A) El calendario de apertura en la DG

Los Estados miembros velarán porque la determinación de los clientes cualificados dé lugar a una apertura del mercado igual, como mínimo, al 20 % del consumo total anual de gas del mercado nacional del gas. Este porcentaje se aumentará a un 28 % del consumo total anual de gas del mercado nacional del gas cinco años después de la entrada en vigor de la Directiva, y a un 33 % diez años después de dicha entrada en vigor. En caso de que la definición de clientes cualificados dé lugar a una apertura del mercado superior al 30 % del consumo total anual de gas del mercado nacional del gas, el Estado miembro de que se trate podrá modificar la definición de clientes cualificados siempre

---

<sup>31</sup> En un plazo no superior a cinco años la Comisión examinará si hay desequilibrios en la apertura y cómo pueden solventarse.

que se reduzca la apertura del mercado a no menos de un 30 % de dicho consumo. Los Estados miembros modificarán la definición de clientes cualificados de forma equilibrada, sin ocasionar desventajas concretas para determinados tipos o categorías de clientes cualificados y tomando en consideración las estructuras de mercado existentes.

Los Estados miembros tomarán las siguientes medidas para garantizar el incremento de la apertura de sus mercados de gas natural durante un período de diez años (art. 18, núms. del 4 al 8):

- i) el umbral de 25 millones para los clientes cualificados que no sean las centrales productoras de energía alimentadas con gas se reducirá a 15 millones de metros cúbicos al año, calculados según el consumo de cada instalación cinco años después de la entrada en vigor de la Directiva y a 5 millones de metros cúbicos al año, calculados según el consumo de cada instalación diez años después de la entrada en vigor de la Directiva;
- ii) el porcentaje de apertura se incrementará al 38 % del consumo total anual de gas del mercado nacional del gas cinco años después de la entrada en vigor de la Directiva, y al 43 % de dicho consumo diez años después de la entrada en vigor de la presente Directiva.

Los Estados miembros publicarán antes del 31 de enero de cada año los criterios para la determinación de los clientes cualificados. Esta información, junto con cualquier otra información apropiada para acreditar el cumplimiento de la apertura del mercado, se comunicará a la Comisión para su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. La Comisión podrá solicitar a un Estado miembro que modifique sus especificaciones si éstas constituyen un obstáculo a la correcta aplicación de la Directiva en lo que respecta al buen funcionamiento del mercado interior del gas natural. Si el Estado miembro de que se trate no da curso a esta petición en un plazo de tres meses, se adoptará una decisión definitiva con arreglo al procedimiento I del artículo 2 de la Decisión 87/373/CEE del Consejo, de 13 de julio de 1987, por la que se establecen las modalidades del ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión.

#### B) El calendario de apertura en el Proyecto de Ley<sup>32</sup>

De acuerdo con la Disposición Transitoria sexta del Proyecto de Ley que tuvo su entrada en el Parlamento español en 1997 (en ade-

---

<sup>32</sup> B.O.C.G., Congreso, VI Legislatura, Serie A, núm. 101-1, de 5 de enero de 1998, donde se publica el acuerdo de la Presidencia de la Cámara, de 22 de diciembre de 1997, de encomendar la aprobación del Proyecto de Ley del sector de hidrocarburos a la Comisión de Industria, Energía y Turismo.

lante, PLH), eran consumidores cualificados, además de los titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica, «aquéllos cuyo volumen de consumo anual sea igual o superior a 25 millones de metros cúbicos normales, tomándose como unidad, a estos efectos, las instalaciones titularidad de aquéllos ubicadas en un mismo emplazamiento, para el consumo de éstas». Cinco años después, el límite se reduciría a 15 millones y, a los 10 años, a 5 millones. El Gobierno, en ambas fechas, podría, no obstante, bajar aún más ese límite (pues el Proyecto decía, «al menos»). Sin embargo, si de la reducción de los umbrales a los cinco y a los diez años se siguiese una apertura del mercado superior, respectivamente, al 50% y al 65%, el Gobierno podría limitar dichos umbrales. El Anteproyecto de Ley era mucho más generoso que el PLH, pues la Disposición Transitoria novena (homónima de la sexta del PLH) decía que «en el plazo de diez años, el Gobierno podrá ampliar la consideración de cualificados a todos los consumidores de gas natural».

#### C) El calendario de apertura en la LH

El PLH sufrió una modificación en materia de umbrales durante las discusiones parlamentarias y, con un propósito liberalizador, se redujo el calendario de apertura del mercado y se suprimió la posibilidad de que el Gobierno pudiese limitar los umbrales de consumo si se superaba un cierto porcentaje de apertura:

La redacción original de la Disposición Transitoria quinta establecía el siguiente calendario de apertura: aquellos cuyo consumo sea igual o superior a 20 millones de Nm<sup>3</sup>, a la entrada en vigor de la presente Ley; a 15 millones de Nm<sup>3</sup>, el 1 de enero del año 2000; a 5 millones de Nm<sup>3</sup>, el 1 de enero del año 2003; y a 3 millones de Nm<sup>3</sup>, el 1 de enero del año 2008. A partir del 1 de enero del año 2013, todos los consumidores, independientemente de su nivel de consumo, tendrán la consideración de cualificados.

#### D) El calendario de apertura en el Real Decreto-Ley núm. 6/1999, de 16 de abril

El Real Decreto-Ley núm. 6/1999, de 16 de abril, modificó ese calendario, que pasó a ser el siguiente:

- a) 10 millones el momento de entrada en vigor del Real Decreto-Ley.
- b) 5 millones el 1 de enero del año 2000.
- c) 3 millones el 1 de enero del año 2003.
- d) A partir del 1 de enero del año 2008, todos los consumidores, independientemente de su nivel de consumo.

E) Un juicio sobre el alcance liberalizador de la progresiva reducción de los umbrales

a) Los consumidores cualificados y la obligación de diversificación de los abastecimientos:

El artículo 99 de la LH impone sobre los transportistas que incorporen gas al sistema y sobre los comercializadores la obligación de diversificar sus aprovisionamientos «cuando en la suma de todos ellos la proporción de los provenientes de un mismo país sea superior al 60%». El MINER podrá modificar a la baja o al alza ese porcentaje, «en función de la evolución de los mercados internacionales de gas natural»<sup>33</sup>.

Esa obligación podrá extenderse a los consumidores cualificados, de la siguiente manera (art. 99, 2):

«En los términos que reglamentariamente se determinen, el MINER podrá exigir similares obligaciones de diversificación de aprovisionamiento a las establecidas en el punto anterior a los consumidores cualificados por la parte de su consumo no adquirida a comercializadores cuando, por su volumen y origen, puedan incidir negativamente en el balance de abastecimientos al mercado nacional».

Esta posibilidad —de exigirse con toda su rigidez— daría, en gran medida, al traste con la aceleración del calendario de apertura mediante la reducción de los umbrales, pues será difícil que alguno de los consumidores cualificados españoles puedan tener ese grado de diversificación. Téngase en cuenta, por un lado, que la mayoría de los abastecimientos gasistas tienen su origen en Argelia y, por otro, que la obligación de diversificación implicaría, al mismo tiempo, la obligación de pagar las tarifas y peajes de varios servicios de transporte, regasificación y almacenamiento, lo cual encarecerá el abastecimiento de ese particular consumidor. Desde este punto de vista, pueden hacerse propias las opiniones del Consejo Económico y Social de España<sup>34</sup>:

«Ha de hacerse otra objeción a la posible exigencia de diversificación para los consumidores cualificados, ya que para estos últimos puede ser difícil de cumplir a menos que sean muy grandes consumidores, más de lo que el espíritu liberalizador que invoca el Proyecto parece entender. Por una parte, en la posición geográfica española, el

<sup>33</sup> Se exige de esta obligación de diversificación el abastecimiento de gas adquirido para atender el consumo de instalaciones que cuenten con suministros alternativos de otro combustible.

<sup>34</sup> Consejo Económico y Social, *Proyecto de Ley del Sector de Hidrocarburos. Dictamen a iniciativa propia*, Comisión de trabajo de Políticas Sectoriales y Medio Ambiente, 9 de febrero de 1998.

suministro principal proviene del Magreb (Argelia concentra, de hecho, del orden de dos tercios del suministro exterior según datos de la Comisión de 1994) y, como ya se ha comentado, en el ámbito gasista la distancia no es trivial; por otra, es muy difícil diversificar suministros por debajo de 1 ó 1,5 bcm, por lo que sólo consumidores más grandes que los nominalmente fijados en el futuro reglamento podrán hacer efectiva la posibilidad de suministro directo si han de cumplir con la exigencia de diversificar sus aprovisionamientos de forma que en la suma de todos ellos la proporción de los provenientes de un mismo país no sea superior al 60 por ciento. A ello se añade que el MINER podrá modificar dicho porcentaje, al alza o a la baja, en función de la evolución de los mercados internacionales. Estas cautelas, que se comprenden perfectamente desde la necesidad de asegurar y diversificar el suministro, restringen, de hecho, el panorama liberalizador».

b) Los umbrales y los porcentajes de apertura en la Directiva Europea:

Téngase en cuenta, por otro lado, que en la DG el dato relevante no es tanto la cantidad de gas consumida anualmente, cuanto el porcentaje de apertura del mercado. Es decir, que para conocer hasta qué punto unos umbrales más bajos que los de la Directiva —como los umbrales españoles— implican una mayor liberalización que la impuesta por la Directiva, debe precisarse qué porcentaje en el conjunto del mercado representan los consumidores que, de acuerdo con esos umbrales, alcanzan la condición de cualificados<sup>35</sup>.

c) Los consumidores cualificados y las tarifas, peajes y cánones por acceso a los servicios de transporte, regasificación y abastecimiento:

En este punto hay que tener en cuenta, además, que los consumidores cualificados van a soportar siempre un coste adicional, de acuerdo con el artículo 96 de la LH:

«Reglamentariamente se establecerá el procedimiento de pago que deberán seguir los consumidores cualificados por sus adquisiciones de gas natural. En todo caso, los consumidores cualificados deberán abonar, además, los costes derivados de las actividades necesarias para el suministro de combustibles gaseosos y los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento, en su caso, en la proporción que les corresponda».

En definitivas cuentas, el consumidor cualificado tiene que pagar, para hacer uso de su derecho a abastecerse de alguien distinto de los distribuidores existentes en su zona, por los siguientes conceptos:

---

<sup>35</sup> Al parecer, el umbral fijado por el Gobierno en abril de 1999 representa el 60% de la demanda (*Expansión*, 3 de enero de 2000).

- a) Peajes y cánones por el servicio de que se trate (art. 94);
- b) Costes de diversificación (art. 96, párrafo 2);
- c) Costes de seguridad («término de conexión y seguridad») (art. 96, párrafo 2 y Disposición Transitoria sexta)<sup>36</sup>.

No obstante, el Gobierno puede introducir un sistema de precios máximos de gas aplicables por los comercializadores a los consumidores cualificados «cuando la falta de desarrollo del mercado gasista o situaciones de dominio de mercado lo hagan aconsejable» (art. 97, 2 LH).

¿Cuál es la unidad válida a la hora de comprobar que se cumple con el límite mínimo a partir del cual se tiene la condición de consumidor cualificado y, por ende, derecho al acceso? Dice la Disposición Transitoria quinta de la LH que se toma como unidad las instalaciones «ubicadas en un mismo emplazamiento». En algunas versiones anteriores a la aprobada se decía que «reglamentariamente se determinará qué consumidores tendrán la condición de cualificados, en función de su volumen de consumo anual por punto de suministro, por emplazamiento o por su actividad». Hoy, tanto el artículo 60, 3 como la Disposición Transitoria quinta han suprimido esas últimas palabras («por punto de suministro, por emplazamiento o por su actividad»), para dejar bien claro que la condición de consumidor cualificado no puede alcanzarse mediante la suma de distintos puntos de consumo de una misma empresa.

La condición de «consumidor cualificado» a favor de las empresas eléctricas que generan energía mediante la combustión de gas natural ofrece como contrapunto la posibilidad de que Gas Natural se convierta a su vez en empresa de generación eléctrica<sup>37</sup>, lo cual es legítimo siempre que se comprometa a vender el gas al mismo precio a todas las empresas eléctricas y en ningún momento actúe discriminatoriamente con ninguno de ellos.

<sup>36</sup> Es dudoso, sin embargo, que los costes de seguridad de que habla el artículo 96, párrafo 2, sean lo mismo que el «término de conexión y seguridad del sistema» a que se refiere la Disposición Transitoria sexta.

<sup>37</sup> *Expansión*, 19 de enero de 2000: el MINER ha aprobado a favor de Gas Natural la construcción de una central termoeléctrica de ciclo combinado en San Roque (Cádiz) (esta central es el fruto del pacto de 1998 con ENDESA, cuya central eléctrica de ciclo combinado en San Roque es una de las cinco que pretende construir: (*Expansión*, 14 de enero de 2000). Al parecer, es la única autorización concedida entre un total de 16.470 (¿?) solicitudes. Por este motivo, las empresas eléctricas quieren una solución al monopolio del gas (declaraciones del Presidente de Iberdrola en Lisboa, con motivo de la adquisición de parte del capital de la portuguesa Galp: *Expansión*, 18 de enero de 2000). Las eléctricas españolas pidieron recientemente al Gobierno que frene la incursión en el sector de Repsol y Gas Natural (*Expansión*, 4 de febrero de 2000). Gas Natural ha respondido a estas críticas: «Nuestras plantas -eléctricas- y las del resto de eléctricas tendrán el gas en las mismas condiciones (...). Esta neutralidad puede ser compatible con la alianza con una empresa eléctrica (...). La vocación de Gas Natural es ser independiente» (*Expansión*, 9 de febrero de 2000).

## 9. LA GESTIÓN DEL SG

La batalla parlamentaria que se libró en torno a la LH tuvo como protagonista el llamado «Gestor del Sistema». Inicialmente, el Gestor sería Enagás. Después se concibió un segundo Gestor. Finalmente, una pluralidad de Gestores. El texto de la LH suprime la figura del Gestor aunque mantiene la idea de una Gestión, que se califica de «técnica», de acuerdo con unas normas que serán aprobadas por el Ministerio de Industria y Energía, previo informe favorable del Comité de Seguimiento del Sistema Gasista (formado, según se determinará reglamentariamente, por transportistas, distribuidores, comercializadores y consumidores). La gestión del SG consiste en «propiciar el correcto funcionamiento técnico del sistema gasista y garantizar la continuidad, calidad y seguridad del suministro de gas natural, coordinando la actividad de todos los transportistas» (art. 64, 1 LH). Los transportistas y, en especial, los titulares de sub-sistemas de transporte, propondrán esas normas de gestión técnica (art. 64, 3).

## 10. ADQUISICIONES DE GAS

De acuerdo con el artículo 61, 1 LH, pueden adquirir gas para su consumo en España sólo tres sujetos del SG:

- i) los transportistas «para su venta a otros transportistas así como a los distribuidores que estuvieran conectados a sus redes para atender suministros a tarifa a consumidores no cualificados»;
- ii) los comercializadores para su venta a los consumidores cualificados o a otros comercializadores; y
- iii) los consumidores cualificados.

Es evidente que tanto los clientes sujetos a tarifa como los distribuidores «adquieren» gas, en el sentido que la expresión «adquisición» tiene en el lenguaje jurídico común (aquéllos para su propio consumo, éstos para vendérselo a los consumidores). Sin embargo, en el conjunto de la LH la palabra «adquisición» tiene un sentido más limitado y restringido a las compras que se hacen para la reventa. Por otro lado, en la LH están íntimamente ligadas las ideas de «adquisición» y de «acceso a las instalaciones», de manera que sólo los sujetos autorizados a adquirir están autorizados a acceder, y viceversa. Así lo dice el artículo 61, 2 LH: «Los sujetos autorizados para adquirir gas natural tendrán derecho de acceso a las instalaciones de almacenamiento, transporte, distribución y regasificación de gas natural en los términos que reglamentariamente se establezcan».

## 11. CONTABILIDAD, INFORMACIÓN Y SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES

La obligación de llevar la contabilidad de acuerdo con la Ley de Sociedades Anónimas y la obligación de información a la Administración se encuentra en el artículo 62 LH.

El capítulo V de la DG (arts. 12 y 13) está consagrado a la Separación y Transparencia de cuentas. En esos artículos se dispone, en esencia, el derecho de acceso a las cuentas de las compañías de gas (preservando la confidencialidad), la obligación de auditar y publicar la contabilidad anual (de acuerdo con la legislación nacional) y, por último, la obligación de llevar cuentas separadas para sus actividades de conducción, distribución y almacenamiento de gas natural. La finalidad de esta última obligación es evitar «las discriminaciones, las subvenciones cruzadas y el falseamiento de la competencia». Entre la solución británica (separación física del transporte y el suministro) y la de la DG (mera separación contable), la LH se sitúa a medio camino<sup>38</sup>. Veámoslo.

En este aspecto la LH arroja igualmente mucha confusión. Por un lado, las previsiones sobre separación de actividades del artículo 63, 1 no se aplican al grupo empresarial que regasifique, transporte, almacene y distribuya simultáneamente (art. 60, 3).

Hay incompatibilidad entre el ejercicio de alguna o de todas esas cuatro actividades y la comercialización de gas. La actividad de comercialización es, por tanto, absolutamente incompatible con la de transporte, almacenamiento, regasificación y distribución, en ambos sentidos (art. 63, 1 y 2 LH). Estas previsiones benefician, realmente, al actual monopolio, pues el comercializador que quiera entrar en el mercado español sólo podrá ejercitar actividades de comercialización, pero un grupo de sociedades en el que existan transportistas y distribuidores ya instalados en España podrá tener una sociedad comercializadora, si bien —mediante la interposición de una sociedad distinta pero participada por el grupo— el transportista puede ser distribuidor. Las empresas transportistas (y regasificadoras y almacenadoras) pueden vender gas a los distribuidores. Los distribuidores sólo pueden vender gas a los consumidores sujetos a tarifa administrativamente aprobada. Los comercializadores sólo pueden vender a gas a los clientes cualificados, no a los distribuidores ni a los consumidores sujetos a tarifa administrativamente aprobada. Tienen, por el momento, un mercado limitado, entre otras cosas, porque el porcentaje del mercado que representan los clientes cualificados no es ahora excesivo, pero irá creciendo, a

---

<sup>38</sup> De esta cuestión se ocupó el Prof. DEL GUAYO en el «First European Gas Regulation Forum», celebrado en Madrid los días 30 de septiembre y 1 de octubre de 1999, y organizado por la Comisión Europea en colaboración con la Fundación de Estudios de Regulación Económica.

medida que pasen los años y se cumplan los plazos de apertura al mercado, en los términos que más adelante veremos. Lo que sí puede ocurrir es que los clientes cualificados no hagan uso de su derecho a abastecerse de un suministrador distinto de los distribuidores ya existentes si el gas que ofrecen éstos es más barato. Pero ello no es malo para nadie y obliga solamente a buscar suministros más competitivos.

La separación entre la comercialización, por un lado, y las cuatro actividades reguladas, por otro, es una separación jurídica, pues el artículo 63, 3 exige que si un grupo de sociedades desarrolla actividades incompatibles, ha de hacerse por sociedades distintas. Todo lo demás es una separación contable. No se desprende claramente tampoco que exista ninguna prohibición contraria al ejercicio de actividades de distribución por parte de un transportista, ni viceversa. Se trata, en todo caso, de una separación contable, no jurídica, tal como se deduce del artículo 63, 4, que prevé justamente esa posibilidad. Por otro lado, existe la posibilidad de que a través de un grupo de sociedades puedan desarrollar todas estas actividades (art. 63, 3). Ante ello, debemos preguntarnos: ¿hay verdadera separación de actividades, en el sentido europeo *—unbundling—* de la expresión? Concretamente, ¿es conveniente que un transportista pueda ser distribuidor?

## 12. ACCESO DE TERCEROS A LA RED BÁSICA Y A LAS REDES DE TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN

### 12.1. EL ACCESO EN LA DG

El Capítulo VI (arts. 14 a 23) de la DG se consagra al acceso a la red, un acceso que se considera esencial para crear un mercado competitivo de gas. Para la organización del acceso a la red, los Estados miembros podrán optar por uno de los procedimientos contemplados en los artículos 15 y 16 de la Directiva o por ambos. Dichos procedimientos se regirán por criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios (art. 14).

#### 12.1.1. *Procedimiento negociado*

Cuando se trate de un acceso negociado, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las empresas de gas natural y los clientes cualificados, que se encuentren dentro o fuera del territorio que abarque la red interconectada, puedan negociar el acceso para celebrar contratos de suministro entre sí mediante acuerdos comerciales voluntarios. Las partes deberán ser obligadas a negociar de buena fe el acceso a la red. Los contratos de acceso a la red deberán negociarse con las empresas de gas natural que correspondan. Los Estados miembros exigirán a las compañías de gas natural que publiquen las princi-

pales condiciones de uso de la red durante el primer año siguiente a la aplicación de la presente Directiva y, posteriormente, una vez al año.

#### 12.1.2. *Procedimiento regulado*

Los Estados miembros que opten por un procedimiento de acceso regulado tomarán las medidas necesarias para dar a las empresas de gas natural y a los clientes cualificados que se encuentren dentro o fuera del territorio que abarque la red interconectada derecho de acceso a la red, con arreglo a tarifas publicadas y/o demás condiciones y obligaciones para la utilización de dicha red. El derecho de acceso para los clientes cualificados podrá otorgarse permitiéndoles participar en contratos de suministro con empresas competidoras de gas natural que no sean propietarias y/o gestoras de la red o empresas.

#### 12.1.3. *Causas de denegación del acceso*

Las empresas de gas natural podrán denegar el acceso a la red en caso de insuficiente capacidad, o cuando el acceso a la red les impidiera cumplir las obligaciones de servicio público, mencionadas en el apartado 2 del artículo 3, que se les hubiere asignado, o debido a dificultades económicas y financieras graves con contratos de compra garantizada (*take-or-pay*) (según el criterio y procedimiento del art. 25). Tales denegaciones deberán estar debidamente motivadas. Los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar que las empresas de gas natural que denieguen el acceso a las redes alegando falta de capacidad o de conexión efectúen las mejoras necesarias, siempre que hacerlo sea económicamente viable y que un posible cliente esté dispuesto a correr con los gastos que ello suponga.

### 12.2. LA GARANTÍA DE ACCESO EN LA LH

La LH garantiza el acceso de terceros a las instalaciones de la Red Básica y a las instalaciones de transporte y distribución. El precio por el uso de estas instalaciones vendrá determinado por el peaje aprobado por el Gobierno (art. 60, 4).

### 12.3. LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO POR REFERENCIA A LOS SUJETOS AUTORIZADOS A ADQUIRIR GAS EN LA LH

Los sujetos autorizados para adquirir gas natural tendrán derecho de acceso a las instalaciones de regasificación, almacenamiento, trans-

porte y distribución en los términos que reglamentariamente se establezcan (art. 61, 2).

De acuerdo con el artículo 61, 1, los distribuidores no están autorizados a «adquirir» en origen (adquisición en el sentido de la Ley) gas natural y, por tanto, no se les da derecho al acceso, a pesar de que la Ley señala en otro lugar que los distribuidores tendrán derecho a adquirir (en el sentido ordinario del término: comprar) gas natural del transportista a cuya red estén conectados al precio de cesión que se fije (art. 75, 1), para el suministro a clientes a tarifas autorizadas. Esto podría ir en contra del Derecho comunitario, pues en la Directiva de 1998 se dice que tendrán acceso, al menos, a favor de los clientes cualificados que haya en su área de distribución. Pero dado que en España los distribuidores no pueden vender a clientes cualificados, tampoco tienen la necesidad de comprar en el mercado libre y ejercer el derecho de acceso.

#### 12.4. LA INFLUENCIA DE LA GESTIÓN TÉCNICA DEL SISTEMA EN EL ACCESO

La repercusión de la gestión técnica del sistema sobre el derecho de acceso es total, de forma que si aquella no se estructura con todo cuidado puede dar al traste con las previsiones de acceso. Las normas que se aprueben en el ámbito de la Gestión Técnica del Sistema regularán, al menos, los siguientes aspectos relacionados con el acceso (art. 64, 2):

- (i) Los mecanismos para garantizar el necesario nivel de abastecimiento de gas natural del sistema a corto y medio plazo y el mantenimiento de las existencias mínimas de seguridad.
- (ii) Los procedimientos de coordinación que garanticen la correcta explotación y mantenimiento de las instalaciones de regasificación, almacenamiento y transporte, de acuerdo con los criterios de fiabilidad y seguridad necesarios, contemplando específicamente la previsión de planes de actuación para la reposición del servicio en caso de fallos generales en el suministro de gas natural.
- (iii) Los procedimientos de control de las entradas y salidas de gas natural hacia o desde el sistema gasista nacional.
- (iv) El procedimiento de cálculo del balance diario de cada sujeto autorizado a introducir gas natural en el sistema.
- (v) El procedimiento de gestión y uso de las interconexiones internacionales.
- (vi) El procedimiento sobre las medidas a adoptar en el caso de situaciones de emergencia y desabastecimiento.

## 12.5. REGULACIÓN DEL ACCESO A LAS INSTALACIONES DE TRANSPORTE, REGASIFICACIÓN Y ALMACENAMIENTO EN LA LH

Los titulares de instalaciones de transporte deberán permitir su utilización 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. 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.

Podrá denegarse el acceso a la red en los siguientes casos:

- (i) insuficiente capacidad;
- (ii) 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;
- (iii) previa conformidad de la Comisión Nacional de la Energía, podrá denegarse el acceso a la red cuando la empresa suministradora de gas, directamente o por medio de acuerdos con otras empresas suministradoras, o aquellas a las que cualquiera de ellas esté vinculada, radiquen 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.

Los titulares de autorizaciones administrativas para la regasificación de GNL y para el transporte y almacenamiento de gas natural, tendrán la obligación de facilitar el uso de sus instalaciones para los movimientos de gas resultantes de lo dispuesto en la LH, y admitir la utilización de todas sus instalaciones por todos los sujetos autorizados, en condiciones no discriminatorias, de acuerdo con las normas técnicas (art. 68, c), así como celebrar los contratos de regasifi-

cación, almacenamiento y transporte con quienes tengan derecho de acceso a sus instalaciones (art. 68, e). Asimismo, deberán comunicar a las Administraciones autonómicas los contratos de acceso a sus instalaciones cuando estas instalaciones estén situadas total o parcialmente en esa Comunidad Autónoma y el contratante de esos servicios sea un consumidor cualificado, un comercializador o un transportista con instalaciones en esa Comunidad Autónoma (art. 68, g).

## 12.6. ACCESO A LAS REDES DE DISTRIBUCIÓN

Es obligación de los distribuidores seguir las instrucciones que dicte la Administración competente en relación con el acceso de terceros a sus redes de distribución, cuando éste proceda, con los niveles de calidad que se determinen y manteniendo las instalaciones en las adecuadas condiciones de conservación e idoneidad técnica, así como efectuar los contratos de acceso a terceros a la red de gas natural en las condiciones que se determinen reglamentariamente (art. 74, letras c y e).

Los titulares de las instalaciones de distribución deberán permitir su utilización a los consumidores cualificados y a los comercializadores que cumplan las condiciones exigidas, sobre la base de principios de no discriminación, transparencia y objetividad. El precio por el uso de redes de distribución vendrá determinado por los peajes administrativamente aprobados (art. 76, 1). El distribuidor sólo podrá denegar el acceso a la red en caso de que no disponga de la capacidad necesaria. La denegación deberá ser motivada. La falta de capacidad necesaria sólo podrá justificarse por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros, atendiendo a las exigencias que a estos efectos se establezca reglamentariamente (art. 76, 2). Reglamentariamente se regularán las condiciones del acceso de terceros a las instalaciones, las obligaciones y derechos de los titulares de las instalaciones relacionadas con el acceso de terceros, así como de los consumidores cualificados, comercializadores y distribuidores. Asimismo, se definirán los criterios de los contratos (art. 76, 3).

## 12.7. MEDIDAS DE SEGURIDAD

Los consumidores cualificados que hagan uso del derecho de acceso y no se suministren de un comercializador autorizado, deberán mantener unas existencias mínimas de seguridad correspondientes a 35 días de sus consumos firmes. Esta obligación podrá cumplirse por el sujeto obligado con gas de su propiedad o arrendando y contratando, en su caso, los correspondientes servicios de almacenamiento (art. 98, 3).

El Gobierno, en situaciones de escasez de suministro o en aquellas en que pueda estar amenazada la seguridad de personas, aparatos o instalaciones o la integridad de la red, podrá suspender o modificar temporalmente los derechos de acceso (art. 101, 2, c).

#### 12.8. RÉGIMEN SANCIONADOR APLICABLE AL ACCESO

Son infracciones muy graves: (i) La aplicación irregular de precios, tarifas o peajes de los regulados en la LH; (ii) La denegación o alteración injustificadas del acceso de terceros a instalaciones en los supuestos que la LH regula (art. 109).

#### 12.9. PODERES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA EN MATERIA DE ACCESO

La Comisión Nacional de la Energía tiene por objeto velar por la competencia efectiva en los mismos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores. Tiene como funciones relativas al acceso participar, mediante propuesta o informe, en el proceso de elaboración de disposiciones generales que afecten a los mercados energéticos, y en particular en el desarrollo reglamentario de la LH; participar, mediante propuesta o informe, en el proceso de elaboración de los proyectos sobre determinación de tarifas, peajes y retribución de las actividades energéticas; dictar las Circulares de desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos y las Órdenes del Ministerio de Industria y Energía que se dicten en desarrollo de la normativa energética, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello; actuar como órgano arbitral en los conflictos que se susciten entre los sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico o de hidrocarburos. El ejercicio de esta función arbitral será gratuito y no tendrá carácter público. Esta función de arbitraje, que tendrá carácter voluntario para las partes, se ejercerá de acuerdo con la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, y con la norma reglamentaria aprobada por el Gobierno que se dicte sobre el correspondiente procedimiento arbitral; resolver los conflictos que le sean planteados respecto a los contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y, en su caso, distribución, en los términos que reglamentariamente se establezcan<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Disposición Adicional undécima de la LH y artículo 16 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía.

## 12.10. DESARROLLOS RECIENTES

Recientemente, Enagás ha suscrito diez contratos con distintas empresas eléctricas y petroleras para el uso de los gasoductos. El precedente inmediato de esos contratos es el acuerdo entre Cepsa y Enagás para el suministro de gas argelino. Al parecer, hay negociaciones con otras 12 compañías. El principal obstáculo en estas negociaciones es el precio del servicio de transporte, que cuando se escriben estas líneas es objeto de un ajuste a la baja<sup>40</sup>.

## 13. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LAS PREVISIONES DE LA LH EN MATERIA DE ACCESO

El acceso a las instalaciones estaba previsto en el R.D. 1914/1997, de 19 de diciembre. La principal modificación entre el anterior R.D. núm. 2033/1996, de 6 de septiembre, y el que se aprobó en diciembre de 1997 es que aquél contiene un sistema negociado, mientras que el nuevo instaurará un sistema regulado. Las instalaciones obligadas a dar acceso son las siguientes:

- A) Plantas de recepción, almacenamiento y regasificación de GNL (susceptibles de alimentar la Red Nacional de Gasoductos).
- B) Almacenamientos estratégicos y operativos (susceptibles de alimentar la Red Nacional de Gasoductos).
- C) Gasoductos de la Red Nacional de Gasoductos.
- D) Gasoductos de conexión internacional (con otros gasoductos o con yacimientos o almacenamientos en el extranjero).
- E) Gasoductos de conexión de los yacimientos y almacenamientos estratégicos y operativos con el SG.
- F) Gasoductos conectados a los anteriores que resulten necesarios para suministrar a los sujetos con derecho a acceso.

Por otro lado, los sujetos con derecho a contratar los servicios básicos de transporte, regasificación y almacenamiento son los siguientes:

- A) Centrales productoras de electricidad o de calor y electricidad de forma combinada que opten por la competencia en el mercado eléctrico, con independencia del nivel de consumo.
- B) Instalaciones –no incluidas en el apartado anterior– con un consumo unitario anual superior a 25 millones de metros cúbicos de gas natural (se toma como unidad las instalaciones existentes en un mismo emplazamiento).

---

<sup>40</sup> *El Mundo*, 22 de febrero de 2000. Se anuncia una reducción del 15%.

A todas luces, es obvio que la vigencia del R.D. está a punto de finalizar, porque, una vez aprobada la LH, hay que modificarlo para acomodarlo a la nueva Ley, que es algo más generosa en su propósito liberalizador.

## 14. LAS TARIFAS, PEAJES Y CÁNONES DEL GAS NATURAL

### 14.1. LA POTESTAD TARIFARIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y DE LA LIBERALIZACIÓN DE ACTIVIDADES TRADICIONALMENTE MONOPOLIZADAS

#### 14.1.1. *Necesidad de un reconocimiento legal expreso de la potestad tarifaria*

Todas las potestades administrativas deben estar expresamente otorgadas por la Ley, de acuerdo con el principio de «vinculación positiva» de la Administración al Derecho (no hay potestades residuales). También la potestad tarifaria. En el ordenamiento jurídico español hay un reconocimiento de la potestad tarifaria en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 13/1995, de 18 de mayo. Dice, en efecto, su artículo 162 que el contratista del contrato de gestión de Servicios Públicos está obligado a «garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas».

#### 14.1.2. *Carácter excepcional de la potestad tarifaria en una economía de mercado*

Si bien no puede afirmarse que la potestad tarifaria carezca de cualquier fundamento constitucional –pues su existencia ha de entenderse ínsita al reconocimiento de la iniciativa pública en la economía–, sí es sostenible su carácter excepcional. Si la Constitución económica pivota sobre el reconocimiento de la libertad de empresa en la economía de mercado, y es esencial al mercado la formación libre de los precios en el juego de la oferta y la demanda, el uso de la potestad tarifaria es excepcional, limitado a aquellos ámbitos en los cuales el mercado es imperfecto (monopolio u oligopolio)

#### 14.1.3. *La disminución de las actividades consideradas como Servicios Públicos implica una disminución del ámbito de la potestad tarifaria*

En la medida en que las Leyes recientes (hidrocarburos y telecomunicaciones, por ejemplo) disminuyen el ámbito de los Servicios

Públicos, se reduce simultáneamente el marco en que la potestad tarifaria puede ser ejercitada. En efecto, si determinadas actividades tradicionalmente consideradas como Servicios Públicos dejan de tener esa consideración, escapan del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos y, por tanto, escapan de la potestad administrativa que se reconoce a la Administración Pública.

#### 14.1.4. *Política de Precios y Potestad tarifaria*

Tradicionalmente se ha venido distinguiendo la Política general de precios –cuyo exponente máximo es el RD 2695/1977, de 28 de octubre– de la potestad tarifaria (circunscrita a los Servicios Públicos). La liberalización de la economía –que cobra fuerza con las nuevas libertades económicas constitucionales y, definitivamente, con la incorporación a las Comunidades Europeas– debe conducir a una progresiva eliminación de la intervención pública en los precios. En este sentido ha caminado el Gobierno que tomó posesión en mayo de 1996, una de cuyas primeras medidas fue la supresión de la Junta Superior de Precios y la reducción de los precios autorizados a los siguientes: electricidad, gas, especialidades farmacéuticas, productos postales y telegráficos básicos, tarifas telefónicas y los servicios de telecomunicaciones determinados por la normativa del sector, transporte público regular de viajeros por carretera y tarifas de RENFE (salvo viajeros de cercanías y regional); en el ámbito autonómico: agua para abastecimiento a poblaciones, transporte urbano de viajeros y compañías ferroviarias de ámbito autonómico (Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio)<sup>41</sup>.

#### 14.1.5. *El ámbito de la potestad tarifaria ha de coincidir con el ámbito de la regulación de actividades económicas*

Cuando el constituyente español dijo que las reservas legales pueden hacerse «especialmente en caso de monopolio» expresó una idea tradicional en la Teoría de la Regulación Económica. La intervención pública en sectores económicos –la regulación– se justifica en los casos en que los mercados fallan (*market failures*). El paradigma de los fallos es el monopolio natural. El concepto de monopolio natural es dinámico, pues lo que hace, por ejemplo, 50 años se reputaba como tal, deja de tener esa consideración cuando los avances económicos, sociales y técnicos permiten que se introduzca competencia donde el Monopolio se consideraba ineluctable. En este contexto, la liberalización de actividades debe conllevar la eliminación de la fijación de precios o tarifas en las actividades liberalizadas. A partir de ese momen-

---

<sup>41</sup> B.O.E. núm. 139, de 8 de junio. Convalidado por Resolución de 20 de junio de 1996 (B.O.E. núm. 154, de 26 de junio de 1996).

to, la intervención administrativa en los precios sólo se justifica en las actividades reguladas, nunca en las liberalizadas. Regular significa «poner reglas». La existencia de reglas, en sí misma, no implica ni mayor ni menor libertad, porque todo depende de la finalidad de las reglas. En efecto, los Poderes Públicos regulan, a veces, para impedir que haya muchos operadores (reglas restrictivas) o, en otras, para permitir que aparezcan nuevos operadores en mercados dominados por uno o pocos operadores (reglas ampliativas). La regulación para generar competencia es el tipo de Regulación que hoy ejercitan la totalidad de los países modernos. En este sentido, si la potestad de fijación de precios es una potestad integrante de la potestad –más amplia– de regulación, debe entenderse que la intervención en las tarifas o precios sólo es admisible en las actividades reguladas. En los Servicios ligados a redes físicas, la regulación ha ido reduciéndose, precisamente, al uso libre y general de esas redes, que no son, en principio, indefinidamente multiplicables. En los demás aspectos, la potestad tarifaria debe replegarse hasta su completo abandono. De otra forma, sólo nominalmente puede hablarse de verdadera liberalización.

#### 14.1.6. *La confirmación legislativa de las ideas expuestas*

El espíritu liberalizador e introductor de competencia es el que preside las recientes Leyes aprobadas en los ámbitos de los tradicionales Servicios Públicos, como la Ley de 24 de abril de 1998, núm. 11/1998, General de Telecomunicaciones<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> En su Exposición de Motivos se lee que «es importante destacar que con el cambio profundo de filosofía que sobre la regulación del sector de las telecomunicaciones se recoge en esta Ley, se pretenden implantar, de forma gradual, los mecanismos propios de un régimen plenamente liberalizado». La intervención sobre los precios tiene ahora un carácter «transitorio», como se desprende de la Disposición Transitoria cuarta: «Fijación de precios y recargo sobre los mismos. La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá fijar, transitoriamente, precios fijos, máximos y mínimos o los criterios para su fijación y los mecanismos para su control, en función de los costes reales de la prestación del servicio y del grado de concurrencia de operadores en el mercado. Para determinar el citado grado de concurrencia, se analizará la situación propia de cada uno de los distintos servicios, de forma tal que se garantice la concurrencia, el control de las situaciones de abuso de posición dominante y el acceso a aquellos de todos los ciudadanos a precios asequibles. A estos efectos, los operadores de redes o servicios estarán obligados a suministrar información pormenorizada sobre sus costes, atendiendo a los criterios y condiciones que se fijan reglamentariamente. En todo caso, dicha información deberá ser relevante a los fines de la regulación de los precios y, asimismo, deberá suministrarse acompañada de un informe de conformidad emitido por una empresa auditora independiente. Igualmente, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos podrá establecer un recargo transitorio sobre los precios de interconexión para cubrir el déficit de acceso causado por el desequilibrio actual de las tarifas, hasta que éstas se reequilibren, y para contribuir a la financiación del servicio universal, en tanto se constituya el Fondo Nacional del Servicio Universal de Telecomunicaciones al que se refiere el Título III de esta Ley. Los citados recargos deberán aparecer reflejados en la información que se suministre a los usuarios, individualizándose suficientemente cada uno de ellos y diferenciándose

De igual manera, una nueva filosofía es la que inspira, en materia tarifaria, los artículos 15 a 20 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. La LH liberaliza definitivamente los precios de los carburantes, y adopta una nueva regulación de los precios y tarifas del gas natural.

#### 14.1.7. *Sistemas de regulación económica*

En los países con tradición reguladora dos han sido los principales sistemas de intervención en las *utilities*. Los Sistemas han tendido bien a la intervención o control de los costes de las empresas (*fair rate of return*), bien a los precios cobrados a los usuarios (*price caps*). Ambos son sistemas que tratan de prevenir que las empresas que monopolizan determinada infraestructura no cobren precios a los usuarios excesivamente altos. El sistema de *rate of return* se ha empleado sobre todo en Canadá, Japón y los Estados Unidos, donde las Agencias reguladoras fijan la tasa de retorno que la compañía puede obtener de su inmovilizado. La Agencia Reguladora determina el precio que la empresa puede cobrar al usuario para garantizar una determinada tasa de retorno. El precio se ajusta si la empresa comienza a obtener una tasa menor o mayor de la determinada. En los últimos diez años se ha puesto de moda el sistema de *price cap*, porque se piensa que así se da a las empresas mayor incentivo para mejorar la eficiencia. De acuerdo con este sistema (el  $IPC + 0 - \text{una variable } -X-$ ), el precio se ajusta cada año en función de la inflación y en función de una cantidad prefijada, haciendo abstracción de los beneficios de la empresa. En el Reino Unido, por ejemplo, se permite que las empresas aumenten sus precios cada año en función del Índice de Precios al Consumo más o menos una cantidad específica. En gas y electricidad la fórmula es  $RPI-X$ , donde RPI es el Índice de Precios al Consumo y X representa el aumento esperado —en ese año— de la eficiencia de la empresa. En el agua, la fórmula es  $RPI + K$ , donde K representa tanto el aumento de productividad como un aumento anual en el precio del agua para mejorar su calidad (en el fondo, la fórmula es  $RPI - X + Q$ , donde Q es el aumento de la calidad). En la moderna regulación por incentivos, se persigue garantizar a las empresas —en búsqueda de la excelencia en la gestión de servicios— que el cumplimiento de determinados objetivos de calidad redundará en una mejor cuenta de resultados de la empresa (i.e., mayores beneficios)<sup>43</sup>.

---

de los precios de interconexión. Durante el período transitorio indicado en la Ley 20/1997, de 19 de junio, por la que se regula la competencia del Gobierno para la Fijación de las Tarifas y Condiciones de Interconexión, permanecerá en vigor ésta».

<sup>43</sup> P. NICOLAIDES, «The Role of the State in the Single European Market: How to Reconcile Social Responsibility with Competition», en G. HAIBACH (editor), *Services of General Interest in the EU: Reconciling Competition and Social Responsibility*, European Institute of Public Administration, Maastricht 1999, pp. 19-47.

#### 14.2. EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS ACTIVIDADES GASISTAS EN LA LH

El régimen económico de las actividades destinadas al suministro de gas natural está contemplado en el Capítulo VII del Título IV de la LH (arts. 91 a 97). La retribución de las actividades gasistas está fijada por el Gobierno de España. El poder gubernamental en este ámbito se extiende a las tarifas de los consumidores no cualificados (que, por ese motivo, suelen ser designados como consumidores «sujetos a tarifa»). Son los «consumidores no cualificados que adquirirán el gas a los distribuidores en régimen de tarifas» (art. 60, 3, párrafo 3). También se extiende a los peajes y a los cánones. Así se expresa el artículo 91, 1 de la LH: «Las actividades destinadas al suministro de combustibles gaseosos serán retribuidas económicamente en la forma dispuesta en la presente Ley con cargo a las tarifas, los peajes y cánones que se determinen por el Gobierno y a los precios abonados por los clientes cualificados, en su caso». El poder gubernamental no se extiende, por tanto, a los precios abonados por los consumidores cualificados (elegibles). Es significativo que el encabezamiento del artículo 91 transcrito sea el siguiente: «régimen de las actividades reguladas en la Ley». Dado que la comercialización no es una actividad regulada (art. 60, 1, párrafo 2), su «régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes» (art. 60, 2) y venderán gas natural «en condiciones libremente pactadas» (art. 82, letra c), algo que es coherente con lo dispuesto en el artículo 91, 1. De todas maneras, el artículo 97, 2 dispone que «excepcionalmente, el Gobierno podrá establecer precios máximos de gas aplicables por los comercializadores a las ventas realizadas a los consumidores cualificados, cuando la falta de desarrollo del mercado gasista o situaciones de dominio de mercado lo hagan aconsejable».

Las empresas que realicen las actividades reguladas en la LH facilitarán al Ministerio de Industria y Energía cuanta información sea necesaria para la determinación de las tarifas, peajes y cánones. Esta información estará también a disposición de las Comunidades Autónomas que lo soliciten, en lo relativo a su ámbito territorial (art. 92, 3).

#### 14.3. LA FIJACIÓN DE LAS TARIFAS

La potestad tarifaria está reconocida en el artículo 93:

«El Ministro de Industria y Energía, mediante Orden Ministerial, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, dictará las disposiciones necesarias para el estableci-

miento de las tarifas de venta de gas natural, gases manufacturados y gases licuados del petróleo por canalización para los consumidores finales, así como los precios de cesión de gas natural y de gases licuados del petróleo para los distribuidores de gases combustibles por canalización, estableciendo los valores concretos de dichas tarifas y precios, o un sistema de determinación y actualización automáticas de las mismas. Las tarifas de venta a los usuarios tendrán el carácter de máximas y serán únicas para todo el territorio nacional, sin perjuicio de sus especialidades».

Precisamente, la subsistencia de esa potestad tarifaria tiene lugar en las actividades reguladas, y encuentra también su cobertura en la DG, cuyo artículo 9, 2, relativo a la distribución y al suministro, señala que la tarifa de las entregas de gas puede estar regulada, por ejemplo, para asegurar la igualdad de trato de los consumidores.

#### 14.4. LA FIJACIÓN DE PEAJES Y CÁNONES

##### 14.4.1. *Peajes y cánones*

En la LH, la expresión peaje designa la remuneración de los servicios de acceso a las redes de transporte y distribución y a los servicios de almacenamiento y regasificación. En el artículo 60, 4 de la LH se establece que «el precio por el uso de estas instalaciones vendrá determinado por el peaje aprobado por el Gobierno». A ese peaje se refiere el artículo 70, 1 en materia de transporte y el artículo 76, 1 en materia de distribución. Sin embargo, es confusa la distinción entre el «peaje» y el «canon», entre otras cosas porque siempre se les menciona conjuntamente. Podríamos decir que el peaje es el precio del servicio y que canon es todo lo demás y, en concreto, el pago de los «costes de diversificación y seguridad de abastecimiento, en su caso, en la proporción que les corresponda» (art. 96, 2 LH).

##### 14.4.2. *Reconocimiento de la potestad tarifaria en esta materia*

Está reconocida en el artículo 94:

«1. El Ministro de Industria y Energía mediante Orden Ministerial, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, dictará las disposiciones necesarias para el establecimiento de los peajes y cánones de los servicios básicos de acceso por terceros, estableciendo los valores concretos de dichos peajes o un sistema de determinación y actualización automática de los mismos. Los citados peajes y cánones de los servicios básicos de acceso por terceros tendrán el carácter de máximos».

El legislador español ha optado por un sistema regulado de acceso (frente al otro sistema, el negociado, contemplado también en la DG). La DG exige que las tarifas estén publicadas (art. 16).

#### 14.4.3. Características de los peajes y cánones

De acuerdo con el artículo 94, tienen el carácter de máximos. Además, disponen los núms. 2 y 3 del artículo 94 lo siguiente:

«2. Los peajes y cánones correspondientes al uso de las plantas de regasificación, almacenamiento y redes de transporte serán únicos, sin perjuicio de sus especialidades por niveles de presión y uso que se haga de la red; 3. Los peajes correspondientes al uso de las redes de distribución serán únicos y se determinarán atendiendo a los niveles de presión y a las características de los consumos<sup>44</sup>.»

Por ese motivo, existe la obligación de comunicar los peajes que efectivamente apliquen:

«Las empresas transportistas y distribuidoras deberán comunicar al Ministerio de Industria y Energía los peajes que efectivamente apliquen. Esta información estará también a disposición de las Comunidades Autónomas que lo soliciten en lo relativo a su ámbito territorial. Las diferencias entre los peajes máximos aprobados y los que, en su caso, apliquen los transportistas y distribuidores por debajo de los mismos serán soportadas por éstos» (art. 94, 4).

Por otra parte, «el procedimiento de imputación de las pérdidas de gas natural en que se incurra en su transporte y distribución se determinará reglamentariamente teniendo en cuenta niveles de presión y formas de consumo» (art. 94, 5).

Téngase en cuenta que la DG, en el sistema regulado, que es el español, exige que las tarifas sean públicas, lo cual, en nuestro sistema, significa que se publiquen en el B.O.E.

#### 14.5. LA SUSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA CONTRACTUAL DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DE LA CONCESIÓN POR UNA GARANTÍA LEGISLATIVA

Pertenece a la tradición del Derecho español que las Administraciones Públicas que contratan la gestión de un servicio público con un particular están obligadas a mantener el equilibrio económico-financiero

---

<sup>44</sup> Recientemente, el MINER anunciaba una rebaja de los peajes, así como la implantación de un llamado «peaje postal» único, que evite tanto la discriminación por razones geográficas como la ubicación de las centrales en un mismo emplazamiento (*Expansión*, 4 de febrero de 2000).

del contrato. Ocurre que el suministro de gas ya no es un servicio público. Además, las concesiones han sido suprimidas y sustituidas por autorizaciones. El derecho al equilibrio del contrato de gestión de los servicios públicos no significa que las Administraciones no puedan modificar las tarifas. La LH mantiene en manos del Gobierno su poder tarifario. La condición de servicios económicos de interés general de las actividades gasistas es el fundamento jurídico último de ese mantenimiento. La LH prevé que, en un futuro, puedan liberalizarse las tarifas completamente. Y eso es lo que ocurrirá cuando todos los consumidores tengan la condición de cualificados en el año 2008. Aunque ya no hay concesiones y aunque ya no hay servicio público, muchos otros títulos jurídicos asisten a las compañías gasistas para que las tarifas que cobran a los usuarios no estén expuestas a la arbitrariedad de los Poderes Públicos, por mucho que la cobertura formal de una modificación a la baja sea legislativa. Hoy, la LH es un marco de funcionamiento del sector que debe proporcionar la necesaria estabilidad y seguridad en quienes deben invertir. Todos los Poderes Públicos son responsables ante el Derecho y a todos ellos les está prohibida la arbitrariedad. No se puede utilizar el poder tarifario con fines distintos a los establecidos en la norma que regula el ejercicio de actividades gasistas. Es decir, que las tarifas de gas no deben fijarse exclusivamente de acuerdo con los objetivos generales de la política de lucha contra la inflación, sino de acuerdo con los criterios que establece la LH.

#### 14.6. LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS TARIFAS, PEAJES Y CÁNONES

##### 14.6.1. *Los criterios de la LH*

Artículo 92: «Las tarifas, los peajes y cánones deberán establecerse de forma que su determinación responda en su conjunto a los siguientes criterios:

- a) Asegurar la recuperación de las inversiones realizadas por los titulares en el período de vida útil de las mismas.
- b) Permitir una razonable rentabilidad de los recursos financieros invertidos.
- c) Determinar el sistema de retribución de los costes de explotación de forma que se incentive una gestión eficaz y una mejora de la productividad que deberá repercutirse en parte a los usuarios y consumidores.
- d) No producir distorsiones entre el sistema de suministros en régimen de tarifas y el excluido del mismo».

Esos criterios han de emplearse de acuerdo con la información que proporcionen las compañías, tal y como dispone el artículo 92, 3:

«Las empresas que realicen las actividades reguladas en la LH facilitarán al Ministerio de Industria y Energía cuanta información sea necesaria para la determinación de las tarifas, peajes y cánones. Esta información estará también a disposición de las Comunidades Autónomas que lo soliciten, en lo relativo a su ámbito territorial».

14.6.2. *La periodicidad en el sistema de determinación de las tarifas, peajes y cánones y la posible primera violación cometida mediante el Real Decreto-Ley núm. 6/1999*

De acuerdo con el artículo 92, 2 de la LH, «el sistema para la determinación de las tarifas, peajes y cánones se fijará para períodos de 4 años, procediéndose en el último año de vigencia a una revisión y adecuación, en su caso, a la situación prevista para el próximo período».

La Disposición Adicional Única del Real Decreto-Ley núm. 6/1999, de 16 de abril, dispone lo siguiente:

«El Ministro de Industria y Energía, en un plazo no superior a un mes desde la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley, mediante Orden, previo acuerdo de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos, dictará las disposiciones necesarias para la actualización de las tarifas de venta de gas natural, gases manufacturados por canalización para los consumidores finales y precios de gases licuados del petróleo envasados. Esta actualización tendrá por objeto la revisión a la baja de parámetros no vinculados a cotizaciones internacionales de crudo y productos petrolíferos».

Hay aquí (y en la subsiguiente Orden aprobada por el Ministerio) una reducción de las tarifas de gas. La finalidad de todo el Real Decreto-Ley es la lucha contra la inflación, tal y como expone su Preámbulo: «las políticas económicas nacionales ya no cuentan con el instrumento monetario para moderar la evolución de los precios, de manera que son la política fiscal y las reformas estructurales los únicos medios disponibles para mantener la inflación dentro de los límites previstos».

14.6.3. *La necesaria globalidad en la determinación de las tarifas, peajes y cánones: ¿inflación versus liberalización?*

Asignada al Gobierno la potestad para la fijación de las tarifas, cánones y peajes, su uso ha de tener en cuenta todos los criterios señalados en la Ley. Ahora que uno de los elementos del sistema de determinación de las tarifas ha sido revisado a la baja mediante el Real Decreto-Ley núm. 6/1999, es previsible que el término de conexión y seguridad de la Disposición Transitoria sexta se eleve. Ésta es una

forma incorrecta de regular las tarifas, pues si se consigue bajar la inflación —lo que es dudoso— será a costa de poner en riesgo la liberalización del mercado, porque los operadores se sentirán desincentivados para usar su derecho al acceso a las redes. En definitivas cuentas, si, por un lado, el Gobierno quiere luchar contra la inflación y, por otro, piensa que el aumento de los precios deriva de la falta de libertad en determinados servicios, ¿cómo justificaría que bajasen las tarifas gasistas y que subiese el término de conexión o seguridad, cuyo efecto sería la ralentización de la apertura del mercado de gas?

#### 14.7. LIBERALIZACIÓN DE LAS TARIFAS

El artículo 97, 1 LH contempla una posible liberalización en los siguientes términos:

«Cuando la situación del mercado lo haga recomendable, el Gobierno podrá acordar la liberalización, total o parcial, de las tarifas, peajes y cánones regulados».

#### 14.8. EL TÉRMINO DE CONEXIÓN Y SEGURIDAD

La Disposición Transitoria sexta dispone que «durante diez años desde la entrada en vigor de la presente Ley, las tarifas, peajes y cánones regulados en la misma, incluirán un término de conexión y seguridad del sistema, que será satisfecho por todos los consumidores de gas natural y que tendrá por objeto asegurar una rentabilidad razonable a aquellas inversiones en instalaciones de la Red Básica y de transporte secundario destinadas a dotar de la adecuada seguridad al sistema de gas natural, que hubiesen sido objeto de concesión antes de la entrada en vigor de esta norma».

Pienso que este «término de conexión y seguridad» está germinalmente anunciado en el artículo 96, 2 de la LH. La segunda parte de ese precepto dice así: «En todo caso, los consumidores cualificados deberán abonar, además, los costes derivados de las actividades necesarias para el suministro de combustibles gaseosos y los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento, en su caso, en la proporción que les corresponda».

Así como el artículo 96, 2 LH estaba ya en el Proyecto que entró en las Cortes en 1997, la Disposición Transitoria sexta fue introducida durante los debates parlamentarios. De esas vicisitudes del texto deriva una defectuosa redacción del artículo 96, 2 LH, ocasionada, a mi juicio, por la introducción —*in extremis*— del «término de conexión y seguridad» en la Disposición Transitoria sexta. En efecto, aquello

que en el Proyecto de Ley sería pagado «en su caso» por los consumidores cualificados (los costes de seguridad), será abonado por todos los consumidores según la LH (cualificados o no) en la nueva Disposición Transitoria sexta. Ese término tiene como finalidad «asegurar una rentabilidad razonable a aquellas inversiones en instalaciones de la Red Básica y de transporte secundario destinadas a dotar de la adecuada seguridad al sistema de gas natural». Esa de la rentabilidad en la recuperación de inversiones es un criterio que la Ley exige para la fijación de tarifas, peajes y cánones. El carácter específico del nuevo «término» radica en la finalidad de esas inversiones, que es la seguridad del sistema. No parece razonable que los costes de seguridad del artículo 96, 2 LH sean cosa distinta (al menos, durante los 10 primeros años de vigencia de la LH) al «término de conexión y seguridad» de la Disposición Transitoria sexta.

## 15. VALORACIÓN CONJUNTA DE LA DG Y LA LH

Dice el último Considerando de la DG (núm 32) que la Directiva «constituye otra fase de liberalización; que, aun después de su aplicación, seguirán existiendo ciertos obstáculos al comercio del gas natural entre Estados miembros». La Directiva, en efecto, es el fruto de largos años de debates, de muy diversas posiciones de los Estados miembros sobre la liberalización y la seguridad del suministro. La disparidad de visiones sobre el mercado gasista tiene su reflejo en el texto de la Directiva que, paralelamente a la eléctrica, es, en algunos puntos, una norma «a la carta». De ahí que, en su aplicación e interpretación, el operador tiene que fijarse de modo especial en los principios que la sustentan y en los objetivos que persigue. De la misma manera que el texto es un compromiso entre posiciones muy enfrentadas, su aplicación no puede ser uniforme (ya que no hay reglas uniformes). Los mercados gasistas nacionales tendrán que someterse a la legislación que mejor se acomode a esos principios y objetivos.

La LH española es un texto impreciso y vacilante. Carece de criterio claro en el dilema entre liberalización y seguridad del suministro y eso explica, quizás, que no estén todavía en vigor ninguno de los Reglamentos previstos en la Ley. La democracia no es un concepto sinónimo al de parálisis en la adopción de decisiones. La fortaleza del sistema radica, precisamente, en que las decisiones se adoptan por quienes representan a los ciudadanos; y los representantes han de ser capaces de explicar la finalidad de una decisión, su bondad, su oportunidad, así como los beneficios que para el interés general se derivan. Bien es cierto que los ciudadanos castigarán en las urnas a quienes adopten esas decisiones cuando no sean de su agrado. La madurez de

la sociedad democrática estriba en la capacidad de explicar la oportunidad de una medida a largo plazo, a pesar de que tenga efectos inmediatos no deseados y a pesar de que ese plazo sea superior al de la duración de Gobierno. A la postre, la democracia se enriquece cuando los gobiernos son capaces de explicar que algo que hace sufrir hoy será positivo en el futuro; y se empobrece cuando nadie se anima a adoptar una decisión por miedo al castigo, a corto plazo, en las urnas. La democracia, en efecto, se fundamenta sobre la verdad, no sobre la demora indefinida en atajar males arrastrados. Este breve *excursus* sirve para explicar lo que ha ocurrido con la LH. El Gobierno no se sintió capaz de explicar a los ciudadanos que la empresa que llevó a cabo la gasificación de la península ibérica era merecedora de protección. Y con el ánimo de protegerla, pero sin que se notase, adoptó un texto lleno de vacilaciones, prontamente reformado y carente de criterio firme<sup>45</sup>. El mercado español de gas necesita que se introduzca competencia, que se liberalice, pero, al mismo tiempo, necesita que, transitoriamente, se proteja la situación de quien durante más de diez años ha soportado cargas de servicio público. Hay que proteger igualmente el interés general del abastecimiento continuo del mercado. Se precisaba, pues, un equilibrio entre dos aspectos (libertad y seguridad). El resultado no es equilibrado, sino vacilante. No hay todavía, cuando se escriben estas líneas, ni un solo Reglamento de los anunciados en la LH.

Como es sabido, el mercado gasista es fundamentalmente un mercado con transacciones bilaterales a largo plazo en las que, en muchos casos, en Europa (Italia, España, Francia, Portugal) hay una situación de monopolio de venta y un monopsonio de compra. Este mercado duopólico está fuera de España, pues en nuestro país no hay prácticamente gas alguno. En cierta medida, la liberalización de la industria del gas y la generación de competencia han de provenir de la introducción de un cierto mercado *spot*, primero fuera de España, en los mercados internacionales y cuando ello sea así, podrá ser posible también dentro de España.

La Ley de Hidrocarburos ha creado dos mercados del gas que discurren en paralelo sin apenas contacto entre ellos. De un lado, el mercado regulado, en donde actúan los distribuidores y consumidores a tarifa y, de otro, el mercado libre, en donde intervienen los comercializadores y consumidores cualificados. Ahora bien, es claro, dada la estructura de la Ley, que el primero se irá reduciendo progresivamente, de acuerdo con un calendario de incorporación al mercado libre de

---

<sup>45</sup> Esta misma crítica debe realizarse frente a la insuficiente explicación que recibió la opinión pública sobre los Costes de Transición a la Competencia en el sector eléctrico, cuya metodología, por cierto, ha recibido el visto bueno del Comisario Europeo de la Competencia (*ABC*, 5 de febrero de 2000).

los consumidores, según niveles de consumo progresivamente decrecientes, hasta llegar a desaparecer completamente. En cambio, el mercado libre y el suministro de gas natural a través de las comercializadoras que canalizarán el gas hacia los consumidores elegibles irá progresivamente ampliándose y, de acuerdo con la lógica de la Ley, en algunos años ni los transportistas ni las distribuidoras comprarán y venderán gas, limitándose a transportarlo por las respectivas redes de transporte y distribución.

Por otro lado, los consumos de gas actualmente existentes son en España muy pequeños, aun cuando la demanda crece continuamente. Por ello, es de prever un espacio progresivamente creciente en el que podrán entrar nuevos operadores. Ciertamente, las empresas eléctricas tienen unos compromisos de compra de gas pactados hace años con Gas Natural (Enagás) en el Protocolo de 1994, por lo que en este momento el mercado potencial abierto a los comercializadores no es muy grande. Pero hay que tener en cuenta estas dos realidades: 1ª) que el carácter vinculante del Protocolo es muy relativo, por lo que, sin obligación ni sanción alguna para las partes, una y otra pueden denunciarlo a su voluntad; 2ª) que la previsión de cantidades necesarias para el suministro de las nuevas plantas de generación de electricidad de ciclo combinado vendrá a multiplicar por cinco o seis veces el gas actualmente solicitado por éstos, por lo que en muy corto espacio de tiempo habrá amplio margen para la actuación de otros operadores si éstos encuentran gas competitivo.

Naturalmente, puede ocurrir durante algún tiempo que el gas más barato del mercado esté en manos de Gas Natural, porque éste ha comprado en grandes cantidades y en buenas condiciones con largos plazos de duración del contrato. Pero de ello los primeros beneficiarios serán los consumidores españoles que pueden disponer de un gas asequible y competitivo. No obstante, cuando un mercado se abre las posibilidades de obtener nuevas fuentes de suministro a precios iguales o mejores que los anteriores están siempre abiertas y no es de extrañar que en el corto o medio plazo nuevas fuentes de abastecimiento (o nuevos contratos procedentes de las actuales fuentes) puedan ser concertados por nuevos operadores. Ello, naturalmente, exigirá inversión por parte de éstos y la asunción de determinados riesgos.

Se ha propugnado, a veces, la tesis de que si el gas argelino es el más barato y ya está contratado por Enagás, y si estos contratos fueron suscritos en su día como una operación de Estado, cuando Enagás era empresa pública, financiada con fondos y garantías públicas, esta cartera de contratos corresponderían en principio a la nación y en un proceso de liberalización deberían haber sido distribuidos o repartidos entre los distintos operadores. Tal tesis, desde un punto de vista jurídico, resulta muy poco ortodoxa y constituye un verdadero atentado al

derecho de propiedad y a la titularidad de los contratos. Cuando una empresa se privatiza, lo hace con todas sus consecuencias y, como es lógico, mantiene la titularidad de los derechos y obligaciones que ostentaba, por los cuales los compradores habrán pagado —se supone— su justo precio. El hecho de que en un proceso de liberalización y apertura al mercado, el operador o los operadores establecidos dispongan de una situación y unos recursos de los que no gozan los entrantes es algo inevitable y que no puede ser corregido quirúrgicamente sin grave atentado a la seguridad jurídica y a los derechos adquiridos. También los *incumbents* tienen determinadas cargas que han de soportar y normalmente deben poner sus instalaciones abiertas al uso de los demás. Tal cosa ocurre en el sector eléctrico, en el petróleo o en las telecomunicaciones. Pretender aplicar a Gas Natural-Enagás el criterio del reparto de los contratos con Argelia, Libia o Nigeria, de los que es titular, sería como exigirle a Iberdrola el reparto del Duero o a Endesa el reparto de las Cuencas Pirenaicas con los nuevos entrantes, o a Repsol la distribución de sus gasolineras entre todos, o a Telefónica la compartición del espectro radioeléctrico que tiene concedido desde antiguo. Obviamente, ninguna de estas situaciones es permanente, sino que, transcurrido un tiempo, los contratos se extinguirán, las concesiones hidroeléctricas caducarán y las licencias y autorizaciones del espectro radioeléctrico llegarán a su fin, pero resultaría muy traumático —y poco eficiente, desde el punto de vista económico— imponer de antemano la reversión obligatoria de estas situaciones.

Si con la Ley del Gas de 1987 se hubiese querido liberalizar el acceso a un gas distinto del de Enagás la primera tarea —una vez reconocido en la norma que existe un derecho de acceso a la red de Enagás y aclaradas las condiciones en que ese derecho puede ejercitarse— sería dar respuesta a los siguientes interrogantes: a) ¿Cómo conjugar la libertad de hacer *shop around* (es decir, de buscarse otros suministradores distintos del actual) con la obligación que pesa sobre los transportistas de abastecer el mercado nacional —obligación que ha llevado a Enagás en los últimos años a concluir contratos de abastecimiento a largo plazo y con cláusulas *take or pay*—?, y b) ¿cuál es el régimen jurídico de la actividad consistente en aprovisionarse de gas para venderlo a empresas distribuidoras? La LH no soluciona en absoluto ninguna de las dos preguntas. Los transportistas (Enagás) tienen la obligación de «realizar las adquisiciones de gas natural necesarias para atender las peticiones de suministro de otros transportistas, así como de los distribuidores conectados a sus redes» (art. 68, letra b LH). Enagás ha tenido en los últimos diez años la obligación de abastecer al mercado nacional, es decir, de prestar una garantía de abastecimiento o garantía de suministro, lo cual constituye una obligación o carga especial que pesa sobre aquella como consecuencia del servicio económico de interés general que presta.

Enagás, como empresa obligada a garantizar el abastecimiento, tiene también el derecho a repercutir sobre todos los consumidores, sean clientes suyos o no –potenciales beneficiarios de esta seguridad– los costes económicos que la reserva de capacidad conlleve a favor de otras empresas. De alguna manera, las empresas –y sus consumidores– que se beneficien de una potencial liberalización del mercado tendrán que satisfacer a Enagás por los costes en que ésta haya incurrido hasta el momento de la liberalización. Si hasta ese momento ha concluido contratos a largo plazo con cláusulas *take or pay*, quienes acudan a otro suministrador deberían contribuir –de manera, ciertamente, transitoria– a llevar las cargas que eventualmente surjan como consecuencia de esos contratos. En ningún caso podría exigirse esa contribución por los contratos que Enagás concluya después de la introducción de libre competencia en el abastecimiento.