

José A. García de Coca

*Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Valladolid*

# La nueva ordenación del mercado de productos derivados del petróleo

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN. II. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y SUS LÍMITES EN EL SECTOR DE LOS PRODUCTOS DERIVADOS DEL PETRÓLEO. 1. EL PRINCIPIO GENERAL: LIBERTAD DE EMPRESA. 2. LÍMITES. 2.1. *De naturaleza preventiva.* A) En circunstancias ordinarias. a) Límites positivos sobre la libertad. a') Sobre la libertad de emprender. b') Al ejercicio. c') A la libertad de cesación. b) Límites negativos. B) En circunstancias anómalas. C) Obligaciones de servicio público. 2.2. *De carácter correctivo.* III. ACCESO DE TERCEROS A LAS INSTALACIONES LOGÍSTICAS.

## I. INTRODUCCIÓN

Pocos sectores económicos han experimentado en España en los dos últimos decenios de este siglo una evolución normativa tan profunda como la actividad petrolera española. En apenas tres lustros se ha evolucionado desde el monopolio estatal instaurado en 1927 por impulso de José Calvo Sotelo y Andrés Amado a un marco regulatorio presidido por el artículo 38 CE que se estrenó con la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero, y que se perfecciona y profundiza con la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (en adelante, LSH)<sup>1</sup>. Esta transformación jurídica no puede explicarse sin las exigencias de adaptación impuestas por la

---

<sup>1</sup> La LSH ha sido modificada por el artículo 108 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que ha modificado los artículos 21, 27 y 93 y por el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia, que ha afectado a las Disposiciones Transitorias quinta y decimoquinta.

Comunidad Económica Europea con base en lo dispuesto específicamente, en un primer momento, por el viejo artículo 37 del Tratado de Roma y por los requerimientos, después, que se desprendían del resto de preceptos dedicados a la libre circulación de mercancías y libre competencia.

El proceso de progresiva reducción y extinción definitiva del Monopolio, declarada por la Ley 34/1992<sup>2</sup>, fue largo y complejo, como lo ha sido también la sustitución de las viejas normas por la nueva regulación. La complejidad ha descansado, en buena medida, en la confluencia de numerosas técnicas jurídico-administrativas que pretenden encauzar el repliegue prestacional de los Poderes públicos en la actividad económica y la supresión o reducción de los límites a la libertad de empresa.

En efecto, sobre este importante sector económico se han proyectado al mismo tiempo nada menos que la supresión de un servicio público o despublicación de una actividad de titularidad pública; la desregulación o liberalización en sentido estricto, es decir, la reducción o supresión de la actividad administrativa de limitación sobre las actividades de titularidad privada; la neorregulación de actividades esenciales despublicadas y la consiguiente probable aparición de obligaciones de servicio público y, en fin, la privatización, precedida de simples ventas parciales, de los reorganizados y potenciados patrimonios públicos en el sector, buena parte de ellos en forma empresarial.

La supresión de derechos exclusivos ha sido una de las técnicas jurídicas menos empleadas por el Poder Legislativo en el ámbito del Derecho administrativo económico, prácticamente reducida a aquellos supuestos en que han sido abolidos por razones derivadas del avance tecnológico. La técnica, sin embargo, ha renacido como consecuencia de las exigencias derivadas del ordenamiento jurídico-comunitario, exigencias que han puesto de manifiesto la dificultad de conciliar los requerimientos de algunas disposiciones comunitarias

---

<sup>2</sup> A pesar de que esta Ley declaró solemnemente en su artículo 1º la extinción del Monopolio de petróleos, su Disposición Adicional 1ª otorgó, de manera sorprendente, a los concesionarios para el suministro de gasolinas y gasóleos de automoción la opción de permanecer, siempre que lo manifestasen explícitamente en un plazo de un mes desde la publicación de la Ley, bajo el régimen de derechos y obligaciones dimanantes de la concesión administrativa, incluyendo la reversión. La Disposición Adicional 2ª de la LSH declara, ahora sí en sintonía con aquella declaración, la extinción definitiva de aquellas concesiones y su sometimiento al régimen jurídico común.

En relación con las estaciones de servicio explotadas por un gestor y las Agencias de Aparatos Surtidores, la Ley 34/1992 declaró extinguidas sus relaciones jurídico-públicas con el Estado (Disposiciones Adicionales 2ª y 3ª) y su sometimiento al Derecho privado, pero respetando los derechos adquiridos. La Disposición Adicional 3ª de la LSH vuelve a reiterar el mandato de respeto a esos derechos, constituyendo el último vestigio jurídico de la época del monopolio en el ámbito de la comercialización de combustibles y carburantes.

Véase una crítica a la solución adoptada por la Ley 34/1992 en nuestra monografía *Sector petrolero español: Análisis jurídico de la despublicatio de un servicio público*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 316 y ss.

con las normas nacionales que amparan el establecimiento de derechos exclusivos<sup>3</sup>.

La supresión de derechos exclusivos en el sector petrolero español y su desregulación ha ido acompañada de una nueva regulación, un ejemplo más de lo que se ha dado en llamar neorregulación de actividades esenciales o despublicaciones reguladas<sup>4</sup>. Viene trabajosamente imponiéndose, desde los escritos de Adam SMITH, la idea de que existe un sistema de libertad natural contrapuesto al mercantilismo y colectivismos de diferente signo, que precisa ser acompañado de una acabada y precisa estructura legal, superadora de las concepciones negadoras del Estado, toda vez que la libertad, en ocasiones, no promueve la propia libertad. Como señala A. PREDIERI, *Estado y mercado constituyen una entidad necesaria*<sup>5</sup>; el Estado no puede prescindir del mercado y el mer-

<sup>3</sup> Sobre estas cuestiones, sin ánimo exhaustivo, W. DEVROE, «Privatizations and community Law: Neutrality versus Policy», *CMLR*, núm. 34, 1997; E. PIJNACKER HORDIJK, «EC Law versus Legal monopolies: a tense relationship», *Revue de Droit des affaires internationales*, núm. 5, 1995; N. CHARBIT, «L'article 90 du Traité CE: Revirement sur la doctrine de l'abus automatique, vers une reconnaissance des services publics», *Revue de Droit des affaires internationales*, núm. 8, 1995; C. ESTEVA MOSSO, «La compatibilité des monopoles de droit du secteur des télécommunications avec les normes de concurrence du Traité CEE», *CDE*, núms. 3-4, 1993; A. ABATE, «Droit communautaire, privatisations, déréglementations», *RMUE*, 1994/3; M. LONG «Service public, services publics: déclin ou renouveau?», *RFDA*, núm. 11, 1995, en especial, p. 499; D. TRIANTAFYLLOU, «Service public et concurrence», *REDP*, núm. 4, 1995; R. KOVAR, «La Cour de justice et les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général. Un pas dans le bon sens vers une dérégulation réglée», *Europe*, juillet (1re partie) y août-sept. 1994 (2c); las obras colectivas *Europe concurrence et service public*, Masson, Paris, 1995 y *Vers un service public européen* (dir. L. Grard, J. Vandamme y F. van der Mensbrugge), cd. Asp, Paris, 1996; J.-F. AUBY, *Les services publics en Europe*, PUF (colección Que sais-je?), Paris, 1998; M. VOISSET, «Le service public autrement. De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux», *RFDA*, núm. 11, 1995; L. DUBOIS, «Le service public et la construction communautaire», *RFDA*, núm. 11, 1995; S. RODRIGUES, «Comment intégrer les principes du service public dans le droit positif communautaire», *RFDA*, núm. 11, 1995; T. DE LA CUADRA-SALCEDO *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, CEC, colección Cuadernos y Debates, núm. 56, Madrid, 1995, en especial, pp. 136 y ss. y J. A. GARCÍA DE COCA, *Sector petrolero español: Análisis jurídico...*, cit. y *Liberalización de la actividad funeraria*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998.

Más ampliamente, J. CHEVALLIER ha sintetizado las irreductibles contradicciones que albergan el servicio público y las corrientes ideológicas ahora más pujantes: «Le mythe du service public reposait sur le dogma de l'infabilité de la gestion publique et sur l'affirmation consécutive de sa supériorité quasi ontologique sur la gestion privée. Or, ces postulats, jusqu'alors à peu près incontestés, ont été dénoncés avec force dans les années soixante-dix par des courants idéologiques variés. On ne reproche pas seulement au service public d'être un piètre gestionnaire, imperméable aux aspirations des usagers qu'il prétend servir: on l'accuse encore d'ouvrir la voie à la servitude, en transformant peu à peu les administrés en assistés passifs et irresponsables et en détruisant la marge de liberté individuelle, inefficace et coûteux, il serait par essence même liberticide», *Le service public*, PUF, 3<sup>a</sup> ed., Paris, 1994, p. 102.

<sup>4</sup> *Id.*, entre otros, H. MAISL, «La régulation des télécommunications, changements et perspectives», *RFDA*, núm. 11, 1995, pp. 449-450; J. C. LAGUNA DE PAZ, «Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho comunitario», *REDA*, núm. 88, 1995, y nuestras monografías *Sector petrolero...*, cit., pp. 257 y ss. y *Liberalización...*, cit., pp. 126 y ss.

<sup>5</sup> «Estado y mercado: La ósmosis como elemento cualificador y legitimante», *RCEC*, núm. 17, 1994, p. 9.

cado necesita al Estado, o expresado con otras palabras, la economía no puede no regularse (A. E. KAHN), puesto que el mercado no constituye necesariamente una estructura perfecta de autorregulación. La regulación pública no puede condenarse, en consecuencia, de forma simple y lineal; de lo que se trata es de definir correctamente sus objetivos y técnicas para servir con más eficacia a los intereses generales.

El alcance e intensidad de las normas de *ius cogens* dependerá de las características técnicas y económicas de la actividad. En el sector de los productos derivados del petróleo estamos en presencia, por ejemplo, de algunas actividades esenciales dispensadas sobre redes (actividades o servicios de red), lo que desatará, de conformidad con lo dispuesto por la LSH, una regulación especialmente incisiva<sup>6</sup>.

La imposición de obligaciones de servicio público obedece a que la lógica del mercado impide, no infrecuentemente, la cabal satisfacción de irrenunciables vinculaciones sociales que eran cumplimentadas por la intervención directiva y prestacional de la Administración, como, por ejemplo, el acceso de todos los ciudadanos, incluyendo los que carecen por razones individuales o geográficas de capacidad de pago, a los servicios o bienes esenciales en una sociedad desarrollada, por imposición, entre otros, de uno de los principios constitucionales en que descansa el orden político y social, el de dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Esta técnica constrictiva, de carácter unilateral o bilateral (obligaciones o contratos de servicio público), reviste naturaleza ablatoria y debe, por consiguiente, ir acompañada de la correspondiente compensación económica (obligación de servicio público) o contraprestación económica compensatoria (contrato de servicio público)<sup>7</sup>.

Y, en fin, la privatización de los patrimonios públicos<sup>8</sup>, técnica que debe identificarse únicamente con el traspaso de su control al sector

<sup>6</sup> Sobre las actividades o servicios en red, por ejemplo, J. Y. CHEROT, «L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau», *AJDA*, núm. 3, 1996 y G. BOGNETTI, y R. FAZIOLI, «Réseau transeuropéens et services publics», en la obra colectiva *Services publics, missions publiques et régulation dans l'Union Européenne*, Pédonc, París, 1997.

<sup>7</sup> *Vid.*, sobre esta técnica, I. DE LOS MOZOS TOUYA, «El nuevo contrato de servicio público como instrumento para financiar la enseñanza», Comunicación presentada a la OIDEL en el IV Symposium internacional sobre *Europa una y plural: El papel de los Poderes públicos en la educación*, noviembre de 1993, p. 8 (*pro manuscrito*); J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, «La regulación económica en España», en el vol. col. con G. ARIÑO ORTIZ y J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 247 y ss.; J. A. GARCÍA DE COCA, *Sector petrolero...cit.*, pp. 271-272; G. ARIÑO ORTIZ, *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1996, pp. 120-122; J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ y A. GONZÁLEZ SANFIEL, «Servicio universal y obligaciones de servicio público en la Ley del Sector eléctrico», *Economía Industrial*, núm. 316, 1997; J. M<sup>a</sup>. SOUVIRON MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público* Comares, Granada, 1998, pp. 584 y ss. y G. ARIÑO ORTIZ, J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, «El nuevo servicio público», en la obra colectiva *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 1999, pp. 572 y ss., 702 y ss. y 781 y ss.

<sup>8</sup> La bibliografía española y comparada es tan abundante y conocida que carece de utilidad citarla. Nos permitimos, sin embargo, recomendar por su rigor y examen comparado la obra colectiva *The political economy of privatization*, Routledge, London, 1993.

privado, concepto que se extrae sin mayores dificultades de la Directiva 80/723/CEE.

## II. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y SUS LÍMITES EN EL SECTOR DE LOS PRODUCTOS DERIVADOS DEL PETRÓLEO

### 1. EL PRINCIPIO GENERAL: LIBERTAD DE EMPRESA

El Preámbulo de la LSH confiesa que el propósito básico del Legislador ha sido disciplinar el sector a través de 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». Podríamos señalar, parafraseando a N. LAWSON, que *The Spanish Parliament believes that the business of government is not the government of business*. La declaración, sorprendente hace unos años, es de todo punto lógica si se tiene presente que la CE de 1978 ha asumido un modelo de economía de mercado apropiadamente regulada en el que la regla es la libertad, la máxima competencia posible, y la excepción la coacción necesaria para salvaguardar, entre otros valores, la propia libertad e igualdad de todos aquellos que participan en el orden espontáneo de asignación de recursos<sup>9</sup>.

En coherencia con lo avanzado por la Exposición de Motivos, el apartado 2º del artículo 2 proclama que se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades a que se refieren los Títulos III y IV de la presente Ley y que tienen la consideración de actividades de interés económico general. En esta misma línea el artículo 4º establece que la planificación en el ámbito de los hidrocarburos tendrá, con carácter general, carácter indicativo<sup>10</sup>. Y, en fin, el Título III (arts. 37 a 53), cuya rúbrica define el ámbito de este estudio<sup>11</sup>, declara en sus artículos 37 y 38 que las actividades de comercio

---

<sup>9</sup> Véase J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, A. CALONGE VELÁZQUEZ, J. C. LAGUNA DE PAZ y J. A. GARCÍA DE COCA, *La Proposición de Ley de Comercio*, IEE, Madrid, 1994, pp. 55 y ss.

<sup>10</sup> El mismo carácter atribuye a esta técnica la Ley 30/1998, de 29 de julio, de régimen especial de las Islas Baleares. Su artículo 12, dedicado a la planificación energética, establece que será indicativa y la realizará la Administración General del Estado en colaboración con la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, sin perjuicio de las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y de medio ambiente. Ni siquiera, por tanto, las peculiaridades y dificultades derivadas de la insularidad derogan el régimen general de libertad.

<sup>11</sup> Debe advertirse que por mandato de la Disposición Adicional 16ª la distribución y venta de los biocombustibles quedan sometidos al mismo régimen jurídico que el de los productos derivados del petróleo. No obstante esta asimilación, no serán objeto de estudio en este trabajo dada su especificidad.

exterior, intercambio intracomunitario, refino, logísticas, distribución y venta de productos derivados del petróleo (incluyendo la fijación de su precio) podrán ser realizadas libremente en los términos previstos en esta Ley y en las normativas comunitaria y fiscal aplicables.

La nueva LSH constituye, a la vista de lo expuesto, una perfecta ilustración de la neorregulación de actividades esenciales liberalizadas. Lo que debe subyacer básicamente en la elaboración de este nuevo marco normativo es la definitiva superación de modelos económicos y sociales enunciados para paliar o liquidar situaciones derivadas de los graves conflictos bélicos que asolaron Europa en este siglo y de las profundas crisis económicas que sufrieron los Estados occidentales<sup>12</sup>. Aquellos modelos acabaron contemplando la intervención pública en la economía como una manifestación natural, ordinaria, inherente y necesaria de la actuación de los Poderes públicos, lo que no infrecuentemente se tradujo en habilitaciones legales amplias e imprecisas<sup>13</sup>. En otras ocasiones, ni siquiera existió norma con rango legal que habilitase la limitación de la libertad, simplemente se arbitaban al amparo de un poder general y discrecional de la Administración, como tardía manifestación del absolutismo y de asombrosa vigencia en algunos Estados de nuestro entorno. Estas y otras circunstancias determinan que las nuevas regulaciones de sectores esenciales liberalizados no puedan ser contempladas como una traslación mimética de los métodos regulatorios tradicionales, propensos a la configuración de límites imprecisos sobre la libertad o al establecimiento de objetivos de conformación o ajuste de actividades económicas desvinculados o desproporcionados (limitaciones innecesarias, desequilibradas o ineficaces<sup>14</sup>) por relación a los intereses públicos (v. gr., límites con ánimo proteccionista o persecución de fines de orden público con técnicas ajenas a la policía). Por el contrario, la neorregulación desde un punto de vista técnico debe estar presidida por la necesidad de reforzar la legalidad, reduciendo y precisando las habilitaciones legales conferidas a la Administración, de manera que se vea reducido sensiblemente su poder subjetivo de apreciación.

---

<sup>12</sup> Vid. J. VELARDE FUERTES, «El modelo económico de la Constitución española de 1978 y el inherente a la Unión Europea», *NUE*, diciembre 1996, en especial, pp. 99-101.

<sup>13</sup> Véase M. HERBIET, «Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et sa protection par le Conseil d'État», *Administration publique* (T), T. 2-3/1987, pp. 182 y 199 y M. KDJIR, «Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie: mythe ou réalité?», *D. 1994, Chron.* 30, quien tras repasar los múltiples límites que han recaído sobre esta libertad señala: «Le droit français est dominé par le principe général selon lequel la liberté est la règle, la restriction de police l'exception. Mais, en matière de liberté du commerce et de l'industrie, les restrictions sont si nombreuses qu'on peut presque être tenté d'inverser le principe: La restriction de police devient la règle, la liberté, l'exception !», p. 31, anotación núm. 10.

<sup>14</sup> Véase de nuevo M. HERBIET, «Le principe de la liberté...», *op. cit.*, p. 205.

La libertad de empresa constituye un verdadero derecho subjetivo<sup>15</sup>, de cuyo carácter se desprende la necesidad de que sobre los Poderes públicos recaiga una obligación negativa –de abstención– con el fin de no obstaculizar injustificadamente su ejercicio, y positiva –actuaciones públicas activas– para favorecer, garantizar y reprimir, en su caso, las vulneraciones de los propios Poderes públicos y de los particulares. Esta obligación positiva se recoge, de forma general y abstracta, como es sabido, en el artículo 9.2º de la CE, al imponer a los Poderes públicos la promoción de las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Por lo tanto, la regulación pública de actividades económicas, sobre todo en sectores esenciales liberalizados, no puede entenderse como una mera facultad, antes al contrario, constituye una función pública de la que los Poderes públicos no pueden legítimamente desistir, desentenderse o, incluso, delegar sistemáticamente en los propios operadores.

## 2. LÍMITES

La Ley confiere un conjunto de potestades a las Administraciones públicas competentes que enmarcan el sector petrolero en una actividad administrativa constrictiva, especial (económica), que habrá de garantizar el cumplimiento de los diversos intereses públicos presentes, la mayor parte de ellos bien conocidos desde la perspectiva de la acción reguladora de los Poderes públicos en la medida que se limitan al mantenimiento del orden público, sobre todo, el económico<sup>16</sup>. En algún caso, sin embargo, la regulación desborda este propósito al adentrarse, de la mano de las obligaciones de servicio público, en actividades administrativas de naturaleza mutiladora, expropiatoria o ablatoria.

Las técnicas jurídico-administrativas empleadas son de carácter preventivo (sobre todo, la autorización administrativa de instalación y la inspección) y represivo (principalmente, la sanción administrativa, que se traduce –a su vez– en multas y suspensión y privación del ejercicio de la actividad autorizada).

El criterio sistemático que guiará nuestra exposición atiende principalmente al tipo de límite o mandato público, positivo o negativo, que recae sobre la libertad de empresa ya sea con carácter preventivo o

---

<sup>15</sup> La preponderancia que se ha atribuido a la libertad de empresa como garantía institucional ha relegado por desgracia a un segundo plano su dimensión individual. Sobre esta cuestión, por ejemplo, G. ARIÑO ORTIZ, *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Marcial Pons e Idelco, Madrid, 1995, p. 93.

<sup>16</sup> El concepto *orden público económico* ha sido elaborado básicamente por G. RIPERT y G. FARJAT y ha sido calificado por nuestra doctrina como una simple especie del *genus* orden público general, lo que permite mantener su unidad conceptual. *Vid.* S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho administrativo económico I*, La Ley, Madrid, 1988, p. 185 y F. SAINZ MORENO, «El principio de libre competencia como manifestación del orden público económico», *REDA*, núm. 24, 1980, en especial, p. 134.

represivo y, distinguiendo, a su vez, entre situaciones ordinarias y circunstancias excepcionales de mercado. Advertimos que, por su trascendencia, los límites derivados del acceso de terceros a la red son objeto de examen en el último epígrafe de este trabajo.

### 2.1. *De naturaleza preventiva*

#### A) En circunstancias ordinarias

El petróleo es considerado por los expertos como una fuente energética segura debido a que las amenazas e incertidumbres que se cernían se han diluido y la demanda se ha organizado. El sector funciona en condiciones de normalidad y eficacia en la mayoría de los Estados desarrollados sobre la base de la espontánea asignación regulada de los recursos<sup>17</sup>. Será, en consecuencia, bajo estas circunstancias donde se desenvolverá habitualmente la intervención administrativa.

#### a) Límites positivos sobre la libertad

La Ley exige un comportamiento activo, es decir, impone a los agentes económicos exigencias en forma de obligaciones de hacer o dar, cuyo cumplimiento condiciona el ejercicio (en sentido amplio) lícito de la libertad de empresa.

Distinguiremos, para una mayor claridad expositiva, entre las dimensiones básicas de la libertad de empresa, esto es, entre límites a la libertad de emprender (libertad de entrada, instalación o establecimiento en el mercado), a su ejercicio (libertad de gestión, ejecución o explotación) y a su cesación (libertad de salida del mercado)<sup>18</sup>.

---

Un breve y útil análisis de la evolución conceptual del orden público en J. L. VILLAR EZCURRA, *Derecho administrativo especial*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 43 y ss.

<sup>17</sup> Sobre el nuevo marco político-económico del petróleo, G. RAMOS PUIG, «Una regulación más eficaz del sector petrolero en España», *Economía Industrial*, núm. 292, 1993 y J. M<sup>a</sup>. MARÍN QUEMADA, «Petróleo y gas: Un análisis de competitividad y de competencia», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núms. 1 y 2, 1997.

<sup>18</sup> En este sentido, por ejemplo, Ramón ENTRENA CUESTA, «El principio de libertad de empresa», en el vol. col. *El modelo económico en la Constitución española* (Dir. F. GARRIDO FALLA), I.E.E., vol. 1<sup>o</sup>, Madrid, 1981, pp. 158-161; A. ROJO, «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», *RDM*, núms. 169-170, 1983, pp. 327-335; J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Constitución económica y Derecho mercantil», *La reforma de la legislación mercantil*, Civitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1979; O. DE JUAN ASENJO, *La Constitución económica española*, C.E.C., Madrid, 1984, pp. 160-161; F. OSSENBÜHL, «Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn», *REDC*, núm. 32, pp. 21 y ss.; J.-P. COLSON, *Droit public économique*, LGDJ, París, 1995, pp. 48-54 y A. DE LAUBADÈRE y P. DELVOLVÉ, *Droit public économique*, Dalloz, París, 1986, p. 204.

El TC también ha identificado estas dimensiones básicas de la libertad de empresa, v. gr., SSTC 83/1984, de 24 de julio (F.J. 3.B) y 225/1993, de 8 de julio de 1993 (F.J. 3).

M. KDHIR «Le principe de la liberté...», cit., distingue entre la libertad de emprender y la libertad de competir, es decir, la existencia de, al menos, un principio general, de reserva de la actividad económica a la iniciativa privada, pp. 32-33.



### a') Sobre la libertad de emprender

La exigencia de habilitaciones administrativas (autorizaciones, licencias, permisos, comunicaciones, etc.) previas constituyen la técnica jurídica más usual de limitación de la libertad de entrada o establecimiento en el mercado. La fórmula limitativa principal es la autorización administrativa («técnica reina del control preventivo»<sup>19</sup>), que impone, como es sobradamente conocido, al titular de un derecho o libertad preexistente una carga jurídica que condiciona su ejercicio.

Nuestro ordenamiento jurídico define la autorización administrativa en el artículo 1.2º del R.D. 1778/1994, de 5 de agosto (por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones), como cualquier acto administrativo, con independencia de su denominación específica, por el que —en uso de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración— se permite a los administrados el ejercicio de una actividad, previa ponderación de su conformidad con el orden jurídico y valoración del interés público.

La LSH exige que el otorgamiento de las autorizaciones<sup>20</sup>, que tendrán carácter reglado, se realice de conformidad con los principios de objetividad (es decir, en razón exclusivamente a las características que reviste el ejercicio de la actividad), transparencia y no discriminación, reflejo inequívoco de la construcción clásica del derecho preexistente y que, dicho sea circunstancialmente, está recordando también todo su vigor en otros sectores recientemente despublificados<sup>21</sup>.

La Ley también ha eliminado las autorizaciones administrativas de actividad, salvo para los operadores al por mayor (siempre que

---

<sup>19</sup> Vid. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo I*, parte general, 8ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 453.

<sup>20</sup> Las Disposiciones Transitorias 8ª y 13ª establecen, respectivamente, que «Los expedientes de autorizaciones y concesiones referentes a actividades objeto de regulación en el Título IV y que se encuentren en trámite a la entrada en vigor de esta Ley se resolverán conforme a lo dispuesto en la misma» y que «Las autorizaciones concedidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente disposición en virtud de lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero, se mantendrán vigentes y surtirán plenos efectos sin necesidad de ratificación».

<sup>21</sup> Éste es el caso de la supresión de los monopolios locales fúnebres, donde el R.D.-L. 7/1996 en el artículo 22.2º estableció que las autorizaciones administrativas otorgadas por los Municipios habrán de tener carácter reglado, debiéndose precisar los requisitos objetivos para su obtención y concederla a todo solicitante que reúna los requisitos exigidos y disponga de los medios materiales necesarios para efectuar el transporte de cadáveres. Con la misma filosofía y objetivo, el artículo 7.1.a) de la Ley catalana de servicios funerarios establece: «Deben tratarse de autorizaciones regladas, de forma que deben otorgarse necesariamente a todas las empresas que cumplen los requisitos fijados en el reglamento u ordenanza municipal». Vid. J. A. GARCÍA DE COCA, *Liberalización de la actividad funeraria*, op. cit., pp. 134 y ss.

éstos no sean titulares de una autorización para realizar actividades de refinación o filiales mayoritariamente participadas) y distribuidores al por menor de gases licuados del petróleo a granel (salvo si se trata del abastecimiento a vehículos y se realiza desde las instalaciones fijas de distribución al por menor de productos petrolíferos reguladas en el artículo 43), vinculando de esta manera el ejercicio de la libertad de empresa únicamente al otorgamiento de la autorización de instalación afecta a la actividad. En no pocos casos, los requisitos que se exigen para el otorgamiento de estas autorizaciones implican que la autorización abrirá una relación jurídica continuada entre la Administración y la empresa autorizada, básicamente en forma de inspecciones (límites al ejercicio de la libertad), lo que determina su calificación como operativas o de funcionamiento.

En relación con el silencio administrativo, para finalizar con estas referencias genéricas a la autorización, la Disposición Adicional 8ª señala que «Las solicitudes de resoluciones administrativas que deban dictarse conforme a lo dispuesto en la presente Ley se podrán entender desestimadas, si no recae resolución expresa en el plazo que al efecto se establezca o se determine en sus disposiciones de desarrollo».

Analizaremos, a continuación, las condiciones que la Ley impone para el ejercicio lícito de cada una de las fases que componen el ciclo económico de los productos derivados del petróleo. Naturalmente, el desarrollo de estas actividades requerirá de ordinario la obtención de otras habilitaciones administrativas concurrentes impuestas por otras normativas sectoriales, cuya simple enumeración desbordaría los objetivos de este estudio (a estas habilitaciones se refieren los artículos 6 y 37 LSH).

En relación, en primer lugar, con la importación, exportación e intercambio intracomunitario de crudo y productos derivados en circunstancias normales de mercado, el artículo 37.2 establece que se realizará sin más requisitos que los que se deriven de la aplicación de la normativa comunitaria, sin perjuicio de la normativa fiscal aplicable. Como es sobradamente conocido, la energía constituye un producto en el sentido del ordenamiento jurídico-comunitario<sup>22</sup>, lo que determina en la actualidad su sometimiento a los principios propios del Mercado único y la libre circulación de mercancías, con independencia de que en algún caso cuente con una regulación específica.

Los escasos requisitos administrativos de naturaleza preventiva que subsistían en circunstancias normales de mercado en este sector

<sup>22</sup> Las únicas dudas que subsistían sobre la electricidad han sido disipadas por la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 27 de abril de 1994 (as. C-392/92, *Gemeente Almelo y otros contra Energiebedrijf Ijsselmij NV*), Rec. 1994-4. Este pronunciamiento no hace sino confirmar la doctrina esbozada por el Tribunal en el asunto *Costa/Enel* de 1964. Vid. M. MAYRAL, *Droit communautaire de l'Énergie*, Joly, París, 1997, p. 10.

(obligaciones de comunicar exportaciones e importaciones de hidrocarburos y aprovisionamiento energético) han desaparecido para los Estados miembros y empresas<sup>23</sup>, de suerte que hoy la importación y exportación de petróleo bruto y sus derivados<sup>24</sup> se somete sin especialidad alguna al régimen común de la política comercial.

Idénticos principios son aplicables al intercambio intracomunitario de crudos y derivados, donde únicamente subsisten algunas restricciones en circunstancias excepcionales.

Por lo que hace a la actividad de refino, en segundo término, la Ley condiciona en su artículo 39 su ejercicio a la obtención de las correspondientes autorizaciones administrativas (de instalación) de construcción y puesta en explotación, que tendrán carácter reglado y otorgadas de acuerdo a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación<sup>25</sup>. La norma ha especificado los extremos básicos a verificar por parte del Ministerio de Industria y Energía: condiciones técnicas y de seguridad de las instalaciones propuestas<sup>26</sup>, adecuado cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Así lo han dispuesto los Reglamentos CE del Consejo 545/96 de 28 de marzo de 1996 (DOCE L 80, de 30 de marzo de 1996, p. 1); 546/96 de 28 de marzo de 1996 (DOCE L 80, 30 de marzo de 1996, p. 2) y 24/97 de 20 de diciembre de 1996 (DOCE L 6, de 10 de enero de 1997, p. 6).

<sup>24</sup> Así lo establecen los Reglamentos CE del Consejo 3285/94 de 22 de diciembre de 1994 (DOCE L 349, de 31 de diciembre de 1994, p. 53) relativo al régimen común de las importaciones y 3918/91 de 19 de diciembre de 1991 (DOCE L 372 de 31 de diciembre de 1991, p. 31) de establecimiento de reglas comunes a la exportación.

<sup>25</sup> Los titulares de estas autorizaciones de instalación y sus filiales mayoritariamente participadas adquieren *ex lege* la condición de operadores al por mayor (art. 42.1º), sin necesidad, por tanto, de que soliciten la autorización de actividad que se exige para su ejercicio al resto de sujetos interesados.

La cuota de mercado que pertenece en la actualidad a los operadores mayoristas sin capacidad de refino es del 25 por 100, mientras que las empresas de refino absorben el porcentaje restante. Véase C. PÉREZ DE BRICIO y C. OLARIAGA, «El refino y distribución de hidrocarburos ante el nuevo marco de liberalización», *Economía Industrial*, núm. 321, 1998, p. 32.

<sup>26</sup> Véase, principalmente, el R.D. 2085/1994, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de instalaciones petrolíferas y las Instrucciones Técnicas Complementarias MI-IP 01 «Refinerías» y MI-IP 02 «Parques de almacenamiento» y su modificación operada por R.D. 1523/1999, de 1 de octubre.

<sup>27</sup> A saber, principalmente: Directiva 84/360/CEE del Consejo de 28 de junio de 1984 (DOCE L 188 de 16 de julio de 1984, p. 20), relativa a la lucha contra la polución atmosférica proveniente de grandes instalaciones industriales y la normativa española de protección del ambiente atmosférico; la Directiva 85/337/CEE del Consejo de 27 de junio de 1985 (DOCE L 175 de 5 de julio de 1985, p. 40) y su Directiva de modificación de 1996, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y nuestra abundante normativa estatal y autonómica; la Directiva 94/63/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994 (DOCE L 365, de 31 de diciembre de 1994, p. 24), sobre el control de emisiones de compuestos orgánicos volátiles (COV) resultantes del almacenamiento y distribución de gasolina desde las terminales a las estaciones de servicio y su norma de transposición al ordenamiento jurídico español (R.D. 2102/1996, de 26 de octubre); la regulación sobre residuos tóxicos y peligrosos y normativa sobre contaminación marina y vertidos de sustancias peligrosas al mar, etc.

Sobre la obligación de las industrias de respetar el medio ambiente, B. F. MACERA, *El deber industrial de respetar el ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

y adecuado emplazamiento de la instalación al régimen de ordenación del territorio<sup>28</sup>.

La Ley 34/1992, artículo 4.2º, condicionó el otorgamiento de la autorización para el ejercicio de la actividad refinera a criterios en su mayor parte felizmente superados por la nueva regulación, como eran la capacidad técnica y financiera suficientes, seguridad de aprovisionamientos, coherencia con los principios de planificación energética y estudio previo de impacto ambiental.

En cuarto lugar, el régimen jurídico general de establecimiento en materia de transporte y almacenamiento (siempre que estas últimas instalaciones tengan por objeto prestar servicio a operadores al por mayor) de crudos y productos derivados es idéntico al refinero, por lo que obviamos su comentario (art. 40 LSH). Simplemente señalamos, de un lado, que el establecimiento de estas infraestructuras se facilita por el ordenamiento jurídico (Título V de la Ley), a través de su declaración como de utilidad pública a los efectos de expropiación forzosa e imposición de servidumbres y limitaciones a la propiedad. Conviene recordar a este respecto que la concesión de estos privilegios, indicios inequívocos de la presencia de un interés público de especial intensidad, ha servido de argumento en el Derecho norteamericano para imponer un régimen especialmente incisivo en materia de acceso de terceros a estas infraestructuras (que, reiteramos, es objeto de análisis en el último epígrafe de este trabajo)<sup>29</sup>. De otro lado, precisamos que las condiciones técnicas y de seguridad y determinadas normas de protección del ambiente se recogen en normas específicas reguladoras de estas actividades<sup>30</sup>.

Por lo que hace, en quinto lugar, a los operadores al por mayor de hidrocarburos líquidos y de gases licuados del petróleo (arts. 42 y 45

<sup>28</sup> No podemos detenernos aquí en la interesante polémica en relación a la auténtica naturaleza de las habilitaciones administrativas existentes en la legislación urbanística y de ordenación del territorio. Simplemente indico que me sumo a la opinión de aquellos autores que asimilan la licencia urbanística al régimen jurídico propio de la concesión administrativa. *Vid.*, por ejemplo, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Derecho de propiedad y Proyecto de Ley de reforma de la Ley del Suelo», en la obra colectiva *Derecho urbanístico local* (Dir. J.Mª. BOQUERA OLIVER), Madrid, Civitas, 1992.

<sup>29</sup> *Vid.* G. S. WOLBERT, *U.S. Oil Pipe Lines*, American Petroleum Institute, Washington, 1979, pp. 281-282.

<sup>30</sup> En el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario: las Directivas 94/55/CE del Consejo de 21 de noviembre de 1994 (*DOCE* L 319, de 12 de diciembre de 1994, p. 7), sobre la armonización de legislaciones de los Estados miembros relativas al transporte por carretera de productos peligrosos; 95/50/CE del Consejo de 6 de octubre de 1995 (*DOCE* L 249 de 17 de octubre de 1995, p. 35), sobre procedimientos uniformes de control del transporte por carretera de productos peligrosos; 96/35/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 (*DOCE* L 145 de 19 de junio de 1996, p. 10), sobre armonización de legislaciones de los Estados miembros sobre transporte por ferrocarril de productos peligrosos; 93/75/CEE del Consejo de 13 de septiembre de 1993 (*DOCE* L 247, de 5 de octubre de 1993, p. 19), relativa a las condiciones mínimas exigidas para los buques cuyo destino sea puertos de la Comunidad y transporten mercancías peligrosas o contaminantes, modificada por la 96/39/CE de la Comisión de 19 de junio de 1996 (*DOCE* L 196 de 7 de agosto de 1996, p. 7).

respectivamente)<sup>31</sup>, presentan la notable peculiaridad de requerir una autorización administrativa de actividad y, sin perjuicio, de las correspondientes autorizaciones de instalación específicas que requieran para el desarrollo de su actividad empresarial. Ha sido en esta fase del ciclo petrolero donde el Legislador se ha mostrado más continuista con la normativa anterior y probablemente como consecuencia de que estos operadores son los responsables principales del mantenimiento de las existencias mínimas de seguridad<sup>32</sup>, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 42.3.b), 45.3 y 50 LSH.

El otorgamiento de la autorización de actividad se condiciona para ambos tipos de operadores a la acreditación de su capacidad legal, técnica y económico-financiera<sup>33</sup>, al aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad o que se cuenta con los medios necesarios para cumplir con estas obligaciones y, adicionalmente para los operadores de GLP, el cumplimiento por sus instalaciones de almacenamiento y, en su caso, de envasado, de las condiciones técnicas y de seguridad que se establezcan reglamentariamente.

Por último, la fase de distribución al por menor de productos petrolíferos y gases licuados del petróleo envasados puede ser realizada libremente por cualquier persona física o jurídica, condicionándose únicamente al otorgamiento de las correspondientes autorizaciones administrativas de las instalaciones<sup>34</sup>, de acuerdo con las instruccio-

---

En el ámbito de las normas nacionales cabe destacar: el ya citado R.D. 2085/1994 del que destacamos ahora que aprueba la Instrucción Técnica Complementaria MI-IP-02 «Parques de Almacenamiento» y las modificaciones operadas por el R.D. 1523/1999, de 1 de octubre; R.D. 2115/1998, de 2 de octubre, sobre transporte de mercancías peligrosas por carretera; R.D. 879/1989, de 2 de junio, por el que se aprueba el Reglamento nacional para el transporte de mercancías peligrosas por ferrocarril y la O.M. de 31 de enero de 1997, por la que se adapta el anterior a las modificaciones introducidas en el ámbito internacional; R.D. 668/1980, de 8 de febrero, sobre almacenamiento de productos químicos y su modificación por el R.D. 3485/1983 y las numerosas Órdenes Ministeriales relativas al almacenamiento de GLP.

<sup>31</sup> Al operador al por mayor de hidrocarburos líquidos le corresponde la venta de productos petrolíferos para su posterior distribución al por menor (art. 42.2º) y al de GLP's las actividades de envasado y su posterior distribución al por mayor, así como la distribución al por mayor de dichos gases a granel (art. 45.2º).

<sup>32</sup> También los operadores al por menor de carburantes y combustibles petrolíferos que no se suministran de los operadores al por mayor están obligados al mantenimiento de existencias mínimas de seguridad (art. 50.1 LSH).

<sup>33</sup> Véanse los RR.DD. 2487/1994, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto Regulator de las actividades de distribución al por mayor y de distribución al por menor mediante suministros directos a instalaciones fijas, de carburantes y combustibles petrolíferos y el 1085/1992, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de la actividad de distribución de gases licuados del petróleo (GLP).

<sup>34</sup> Esta solución legislativa ha sido criticada desde el sector por considerarse excesivamente liberalizadora. C. PÉREZ DE BRICIO y C. OLARIAGA, «El refino y distribución...», cit.: «En el ámbito de la comercialización al por menor de productos petrolíferos creo que se confunde la descabida liberalización del comercio con una, a mi parecer, insegura desregulación de esta rama de actividad (...) Pienso que la comercialización al por menor debería quedar más supervisada de lo que aparece en la Ley 34/1998 por dos razones fundamentales: porque

nes técnicas complementarias que establezcan sus condiciones técnicas y de seguridad<sup>35</sup>, así como el cumplimiento del resto de la normativa vigente que en cada caso sea de aplicación<sup>36</sup>, en especial la referente a metrología y metrotecnia<sup>37</sup> y a protección de los consumidores y usuarios (arts. 43.2º y 47.4º LSH).

La otra autorización de actividad prevista en la Ley se aplica, como ya avanzamos, a la distribución al por menor de GLP a granel, condicionándose su otorgamiento a la acreditación de su capacidad legal, técnica y económico financiera<sup>38</sup> y al cumplimiento por sus instalaciones de almacenamiento de las condiciones técnicas y de seguridad que se establezcan. No obstante, la Ley exceptúa la exigencia de la autorización de actividad cuando se trate de desarrollar esta distribución para suministro a vehículos y se realice desde las instalaciones fijas de distribución al por menor de productos petrolíferos (art. 46.4º LSH).

Al impulso liberalizador que la Ley sobre el sector de los hidrocarburos ha dado a esta última fase del ciclo petrolero debemos sumar

---

a esta función se pueden dedicar empresas de tamaño pequeño, que quizá no dispongan del soporte medioambiental, técnico y de seguridad apropiados y porque también la naturaleza intrínseca de los productos obliga a que su manejo deba ser muy cuidadoso. Quizá, en este sentido, sería más lógico exigir una autorización de actividad, y no sólo de instalación, seguida además de una necesaria supervisión continuada», p. 33.

<sup>35</sup> Véase, principalmente, el R.D. 2201/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba la instrucción técnica complementaria MI-IP 04 «Instalaciones fijas para distribución al por menor de carburantes y combustibles petrolíferos en instalaciones de venta al público» y las modificaciones introducidas a esta norma por el R.D. 1523/1999, de 1 de octubre; la O.M. de 30 de octubre de 1970, y sus sucesivas modificaciones, por la que se aprueba el Reglamento sobre centros de almacenamiento y distribución de GLP envasados; la O.M. de 29 de enero de 1986, por la que se aprueba el Reglamento sobre instalaciones de almacenamiento de gases licuados del petróleo (GLP) en depósitos fijos y la O.M. de 21 de julio de 1992, por la que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria MIE-APQ-005 del Reglamento de Almacenamiento de Productos Químicos, referente a almacenamiento de botellas y botellones de gases comprimidos, licuados y disueltos a presión.

<sup>36</sup> En especial, el R.D.-L. 15/1999, de 1 de octubre, por el que se aprueban medidas de liberalización, reforma estructural e incremento de la competencia en el sector de los hidrocarburos; R.D. 1905/1995, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para la distribución al por menor de carburantes y combustibles petrolíferos en instalaciones de venta al público y se desarrolla la Disposición Adicional primera de la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero, cuyos artículos 17.15º y 18.7º han sido declarados nulos por la STS de 12 de febrero de 1999; el ya citado R.D. 1085/1992, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de la actividad de distribución de gases licuados del petróleo (GLP); R.D. 1728/1999, de 12 de noviembre, por el que se fijan las especificaciones de los gasóleos de automoción y de las gasolinas y el también ya citado R.D. 2102/1996, de 20 de septiembre, por el que se dictan normas sobre control de emisiones de COV resultantes de almacenamiento y distribución de gasolina desde las terminales a las estaciones de servicio.

<sup>37</sup> Véanse la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, y la O.M. de 27 de mayo 1998, por la que se regula el control metrológico del Estado sobre los sistemas de medida de líquidos distintos del agua destinados al suministro de carburantes y combustibles líquidos, en sus fases de verificación después de reparación o modificación y de verificación periódica.

<sup>38</sup> Véase, de nuevo, el R.D. 1085/1992, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de la actividad de distribución de GLP.

el que el Gobierno ha decidido adoptar, acuciado por las tensiones inflacionistas, a través del R.D.-L. 15/1999, de 1 de octubre, por el que se aprueban medidas de liberalización, reforma estructural e incremento de la competencia en el sector de los hidrocarburos. Esta norma ha afectado, en el ámbito de nuestro estudio, a la comercialización de GLP's envasados<sup>39</sup> y a su precio; a la colocación de carteles informativos en los accesos a las autopistas estatales sobre las estaciones de servicio ubicadas en las áreas de servicio (incluyendo productos y precios), preseñalización que recoge el Derecho francés desde hace algunos años (*arrêt* de 8 de julio de 1988, *J.O.R.F.* de 10 de julio, modificado por otro de 10 de abril de 1990, *J.O.R.F.* de 18 de abril); al régimen jurídico de las estaciones de servicio ubicadas en áreas de servicio y planificación en materia de estaciones de servicio, al amparo del artículo 4 de la LSH<sup>40</sup>.

No quisiéramos que de estas líneas se dedujera que las reformas operadas por el R.D.-L. son modestas, todo lo contrario, son de extraordinaria importancia, pero delatan, de un lado, que desde 1992 las reformas liberalizadoras en esta fase se están administrando con excesiva lentitud y timidez y, de otro, que se están condicionando, como en muchos otros sectores, a las vicisitudes de la política económica. Desgraciadamente, en España se continúa liberalizando y privatizando por necesidad y por exigencias exógenas, no por convicción.

#### b') Al ejercicio

La libertad de empresa sufre adicionales límites de carácter preventivo y positivo que repercuten sobre la libertad de gestión, ejecución o explotación empresarial. Buena parte de las restricciones que experimenta la libertad de empresa son consecuencia del propio sometimiento de la actividad a la autorización administrativa de establecimiento, es decir, la autorización proyecta una serie de obligaciones sobre la gestión empresarial que tienen su correspondiente traducción jurídico-formal en técnicas administrativas de naturaleza positiva bien conocidas, como son, de nuevo, la autorización y

---

<sup>39</sup> Con el objeto de introducir más competencia en este ámbito la norma ha autorizado el almacenamiento (hasta 500 kilogramos) de envases de estos productos con capacidad unitaria de hasta 15 kilogramos en establecimientos comerciales y estaciones de servicio y su transporte en vehículos de uso particular (con un máximo de dos envases).

<sup>40</sup> El objeto de esta actividad planificadora consiste básicamente en la aprobación por el Gobierno, con la colaboración de las Comunidades Autónomas, de criterios generales para la determinación del número mínimo de instalaciones de suministro de productos petrolíferos al por menor en función de la densidad, distribución y características de la población, de la densidad de circulación de vehículos, así como de aquellos otros parámetros que se estimen precisos. La existencia de un número menor al mínimo en un determinado ámbito territorial obligará, a las Administraciones públicas competentes, a efectuar las reformas correspondientes en los instrumentos de ordenación del territorio.

la comunicación o la inspección (control de la actividad autorizada) y la orden (obligación de realizar un comportamiento determinado).

En relación con el comercio exterior debe destacarse de inmediato la desaparición del denominado crudo de cuota que la Ley 34/1992 mantuvo *ad cautelam* (art. 3.2º), sobre la base del artículo 48.4º del Tratado de Adhesión Lisboa-Madrid<sup>41</sup>. Su desaparición debe valorarse positivamente porque esta limitación de la actividad contractual privada de adquisición de crudo únicamente puede justificarse en situaciones de especial gravedad. La importación de productos derivados y la exportación de crudo y productos petrolíferos tampoco se halla limitada en circunstancias normales de mercado.

En relación con los intercambios intracomunitarios de crudo y productos derivados no existen en circunstancias ordinarias limitaciones normativas al principio de libre circulación de mercancías.

Sobre los titulares de autorizaciones para efectuar operaciones de refino recae el deber de comunicar a la autoridad concedente de la habilitación original la transmisión o modificación sustancial de las instalaciones. Además, su actividad e instalaciones serán objeto de las correspondientes inspecciones, acompañadas eventualmente de las correspondientes órdenes e instrucciones, al objeto de comprobar, entre otros extremos, el cumplimiento de las condiciones técnicas, de seguridad y medioambientales, genéricamente enunciadas por el artículo 3 LSH.

Sobre la actividad de almacenamiento y transporte, al margen de las restricciones genéricas ya expuestas para el sector refinero, recae también el deber de comunicar a la autoridad concedente de la autorización original la transmisión de la instalación.

Sobre los operadores al por mayor recaen las ya enunciadas limitaciones genéricas, a las que deben sumarse las derivadas de la obligación de mantener su capacidad legal, técnica y económico-financiera y las restricciones especiales que recaen sobre los operadores al por mayor de GLP<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> El crudo de cuota surgió en España a través de un acuerdo del Consejo de Ministros de 1963 y consistió hasta 1969 en la fijación anual por la Administración del origen de un porcentaje sobre el total de importaciones de crudo que efectuaban las empresas refineras. A partir de 1969, por acuerdo de los Ministerios de Comercio e Industria, se encargó a HISPA-NOIL (Hispanica de Petróleos, S.A.) la contratación del crudo. La finalidad oficial básica de esta fijación consistía en asegurar el suministro y apoyar la exportación industrial española a través de la compra de petróleo crudo.

<sup>42</sup> El artículo 45 establece para los operadores al por mayor de GLP la obligación de tener a disposición de los comercializadores al por menor de GLP envasado, y en su caso de sus clientes, un servicio de asistencia permanente de las instalaciones de sus usuarios y la exigencia de solicitar a los distribuidores y comercializadores determinada documentación sobre el cumplimiento de condiciones técnicas y de seguridad. Además, el operador al por mayor de GLP envasado está obligado a que los envases contengan su marca o identificación.



El operador al por mayor<sup>43</sup> es el sujeto principal obligado al mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, obligación que alcanza también a los operadores al por menor y consumidores de carburantes y combustibles y GLP cuando los productos no hayan sido suministrados por un operador al por mayor<sup>44</sup>. Corresponde a la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (en adelante, CORES), entre otras funciones, controlar el cumplimiento de la obligación de mantener las existencias mínimas de seguridad<sup>45</sup>, pudiendo recabar información y realizar las inspecciones que sean precisas, así como promover, en su caso, la iniciación del expediente sancionador cuando proceda.

La CORES fue ya prevista por el artículo 12 de la Ley 34/1992 y fue creada por el R.D. 2111/1994, de 28 de octubre, por el que se regula la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad de productos petrolíferos y se constituye la CORES, figurando en un anexo su Estatuto. La creación de esta Entidad pretende cumplir las recomendaciones de la Agencia Internacional de la Energía y de la Comisión<sup>46</sup> en relación con la creación de una persona jurídica específica encargada de constituir, mantener y gestionar las reservas estratégicas y controlar las existencias mínimas de seguridad, supliendo de esta manera la anterior gestión de CAMPSA<sup>47</sup>.

Nuestro ordenamiento jurídico ha optado por configurar esta organización como una Corporación de Derecho público<sup>48</sup> (véase ahora el artículo 52 LSH), quizá por encarnar el modelo organizativo más adecuado para agrupar a un conjunto de personas vinculadas por el ejercicio de una actividad económica común. Su carácter de Corporación de Derecho público presenta diversas singularidades, algunas tan intensas que nos obligan a calificar jurídicamente esta Cor-

---

<sup>43</sup> Téngase presente, como ya señalamos, que los titulares de refinerías y sus filiales mayoritariamente participadas tienen la condición de operadores al por mayor.

<sup>44</sup> No obstante, estos operadores al por menor y consumidores pueden satisfacer esta obligación mediante el pago de una cuota a la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos.

<sup>45</sup> Labor de fiscalización que comparte, sin mayores precisiones, con el Ministerio de Industria y Energía y las Administraciones autonómicas (art. 50.3).

<sup>46</sup> *Vid.* el estudio de R. DE BAUW, «Énergie et service public communautaire», en el vol. col. *Vers un service public européen*, cit., en especial, las pp. 321 y ss., donde se refiere al mantenimiento de existencias mínimas de seguridad como un supuesto potencial de servicio público europeo y M. MAYRAL, *Droit communautaire de l'Énergie*, cit., pp. 11-12.

Dos Directivas comunitarias del Consejo contemplan esta obligación para los Estados miembros: 68/414/CEE de 20 de diciembre de 1968 (*JOCE* L 308 de 23 de diciembre de 1968, p. 14) y la 72/425/CEE de 19 de diciembre (*JOCE* L 291 de 28 de diciembre de 1972, p. 154)

<sup>47</sup> Hasta 1986 la monopolización determinaba una gestión centralizada por CAMPSA de las existencias mínimas. La presencia a partir de esta fecha de varios operadores significó la ausencia de un control efectivo sobre el cumplimiento de su mantenimiento. *Vid.* R. RAMOS PUIG, «Una regulación más eficaz...», cit., p. 52.

<sup>48</sup> Véase nuestra monografía *Sector petrolero español...*, cit., pp. 386-389.

poración no como una manifestación de autogobierno o autoadministración, sino, en lo sustancial, como una Entidad institucional que permite una gestión directa del Estado en el ámbito del aprovisionamiento de productos petrolíferos. Se ha tomado a préstamo, en consecuencia, una solución organizativa desvirtuada y falseada<sup>49</sup>. Se señala, además, de forma sorprendente, que la Entidad actuará en régimen de Derecho privado, aberrante hibridismo trazado por el Legislador que obedece, a nuestro juicio, a que se han querido fusionar dos modelos diferentes, el alemán y el francés<sup>50</sup>. En cualquier caso, lo que suscita de inmediato su sometimiento al ordenamiento jurídico-privado, como ha señalado el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, es la elemental cuestión del significado que haya de tener entonces su calificación como de Derecho público<sup>51</sup>. La cuestión no es indiferente en relación con las exigencias propias de un Estado de Derecho, pues cabe preguntarse si éstas quedan plenamente satisfechas cuando la actividad de control e inspección de la CORES sobre el cumpli-

<sup>49</sup> A pesar de que desde un punto de vista jurídico-formal aparecen casi todas las características que delatan la presencia de una Corporación de Derecho público: origen y configuración normativas, es decir, ausencia de un *pactum associationis*, la adscripción obligatoria, el ejercicio de funciones públicas, etc. El profesor J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ ha señalado que la CORES «(...) constituye una manifestación más de la aberrante manipulación institucional de un legislador que parece buscar a veces la cuadratura del círculo mediante la creación de auténticos monstruos de naturaleza desconocida», «La regulación económica en España», en el vol. col. ya citado *El nuevo servicio público*, p. 215.

<sup>50</sup> En Alemania se creó, por la ErdölBevG ed 25 de julio de 1978 (BGBl. I S. 1073), una Corporación de Derecho público denominada *Erdölbevorratungsverband*, de la que forman parte los importadores y productores de petróleo y productos derivados. Según el parágrafo 13 (2), cada miembro tiene como mínimo derecho a un voto, sin perjuicio del reconocimiento de votos adicionales dependiendo del volumen de actividad del operador: «Jedes Mitglied erhält mindestens eine Stimme. Weitere Stimmen sind Mitgliedern einzuräumen, die eine bestimmte Mindestmenge der in § 3 Abs. 4 Nr. 1 bis 4 aufgeführten Mengen hergestellt oder eingeführt haben. Die weiteren Stimmen sind entsprechend der nach Satz 2 maß das Stimmrecht der Mitglieder ihren Anteil am Beitragsaufkommen angemessen berücksichtigt. Gleichzeitig ist dem Schutz berechtigter Minderheitsinteressen und dem Erfordernis der Bildung arbeitsfähiger Mehrheiten Rechnung zu tragen.»

Algunas consideraciones generales sobre esta Corporación en H. D. JARASS, *Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht*, Alfred Metzner, 1984, Frankfurt a. M., 1984, p. 276.

En Francia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 14 del Décret n° 87-216, de 27 de marzo de 1987, se ha creado —por varios Décrets de 22 de marzo de 1988, núms. 88-268-269 y 270— la Société anonyme de gestion de stocks de sécurité (SAGESSE), cuya misión exclusiva consiste en constituir y mantener, por cuenta de cada operador obligado a sostener *stocks*, unas existencias equivalentes a la mitad de las existencias obligatorias (existencias de seguridad).

En virtud de la Ley de liberalización del sistema petrolero francés (Ley de 31 de diciembre de 1992) se ha establecido un nuevo sistema de gestión de *stocks* estratégicos (art. 3), a través de una Comisión profesional de gestión de los *stocks* (Décret n° 93-132, de 29 de enero de 1993, *J.O.R.F.* de 31 de enero), que no ha significado la supresión de la SAGESSE. *Vid.* un amplio comentario sobre el nuevo sistema en J. Y. FABERON, «Le régime pétrolier français», *RDP*, núm. 5, 1994, pp. 1459-1470.

<sup>51</sup> «La regulación económica en España», *El Derecho de la posprivatización* (Primeras jornadas sobre regulación económica e iniciativa privada, Buenos Aires, 13, 14 y 15 de septiembre de 1993, Universidad Austral), *pro manuscrito*, pp. 64-65.

miento de las existencias mínimas de seguridad se somete al ordenamiento jurídico-privado<sup>52</sup>.

El mantenimiento de estas reservas mínimas de seguridad no puede considerarse como obligación de servicio público, habida cuenta de que el sobrecoste que supone su almacenamiento y administración es repercutido en el precio final de venta del producto que abona el consumidor, beneficiario principal de esta medida de aprovisionamiento<sup>53</sup>.

En relación con la distribución al por menor, por último, se desprenden también restricciones tanto de carácter genérico (técnicas, de seguridad, ambientales, de protección del consumidor, etc.) como específicas. Destacan entre estas últimas el juego de obligaciones que se derivan de las inspecciones que realizan los operadores al por mayor sobre los distribuidores al por menor y de éstos sobre los titulares de las instalaciones receptoras fijas para consumo en la propia instalación. En estos casos no creemos que estemos en presencia de una abdicación del ejercicio de funciones públicas de carácter inspector, como en el supuesto del mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, sino de una modalidad de colaboración o asistencia a la Administración perfectamente ajustada a las exigencias de un Estado de Derecho<sup>54</sup>.

#### c') A la libertad de cesación

Como manifestación de la relevancia pública que la actividad refinera tiene en su vertiente económica y ambiental la LSH dispone en su artículo 39 dos límites a la libertad de salida del mercado que no parecen, en principio, objetables: la autorización del cierre de la instalación y la posible imposición a su titular de la obligación de desmantelarla. Estas obligaciones se suavizan en relación con el transporte y almacenamiento, pues basta una simple comunicación a la autoridad concedente para su cierre, lo que no nos parece del todo justificado en atención a la relevancia e impacto ambiental de alguna de estas infraestructuras.

#### b) Límites negativos

Los límites negativos consisten en la imposición de obligaciones de no hacer, habitualmente en forma de prohibiciones, es decir, el mandato de abstenerse de realizar una determinada conducta.

---

<sup>52</sup> Una valoración crítica a la *privatización* o huida del Derecho administrativo en el ejercicio de este tipo de funciones públicas en B. F. MACERA, *El deber industrial...* cit., pp. 306 y ss.

Más respetuoso es el sistema francés donde el Décret n° 88-270 somete la actividad de control –sin mayores especificaciones– al Derecho administrativo (art. 9). Las verificaciones, por ejemplo, sobre la constitución y niveles de existencias son realizadas por funcionarios designados por el Ministro encargado de los hidrocarburos.

<sup>53</sup> En este sentido, R. DE BAUW, «Énergie et service public...», cit., pp. 324-325.

<sup>54</sup> La Ley también contempla, en el artículo 47.2° y 3°, algunas restricciones específicas adicionales para los operadores al por menor de GLP envasados.

Hemos detectado dos mandatos omisivos, de un lado, la prohibición de establecer pactos de suministro en exclusiva de GLP's envasados entre los operadores y comercializadores, sin más excepción que los que se concierten entre aquéllos y los agentes a comisión integrados en sus redes de distribución (art. 47) y, de otro, la prohibición que se deriva de la existencia de un polémico sistema de precios máximos (prohibición de vender por encima del límite máximo) aplicable a los GLP's envasados (Disposición Transitoria 4<sup>a</sup>)<sup>55</sup>.

## B) En circunstancias anómalas

Con la finalidad de evitar la elaboración apresurada de normas en situaciones de escasez, la Ley 34/1992 contempló cautelarmente un régimen jurídico excepcional, que ahora se recoge en los artículos 49 y 53 LSH. Este régimen jurídico de necesidad establece constricciones especialmente incisivas, de carácter positivo y negativo, acordadas en Consejo de Ministros, sobre la libertad de empresa (v. gr., suspensión de exportaciones de productos energéticos) y la sociedad en general (p. ej., limitación de la utilización de vehículos, buques y aeronaves). A estas restricciones deberán agregarse, en su caso, las que se adopten desde la Unión Europea, y que afectan principalmente a la libre circulación de mercancías<sup>56</sup>.

La Ley se ha preocupado de garantizar, por mandato de los artículos 31 y 33 CE, la retribución, en los términos que se fijen, a los titulares de aquellas actividades que se vieran afectados y, en todo caso, un reparto equilibrado de los costes.

## C) Obligaciones de servicio público

A nuestro juicio, la Ley contempla determinadas obligaciones genéricas que pueden significar constricciones de naturaleza ablatória (las que pudieran existir en el ámbito del acceso de terceros a las infraestructuras son objeto de análisis en el último epígrafe). Nos referimos a todos aquellos supuestos en que la norma exige a las empresas la obligatoriedad de prestar sus servicios y productos confi-

---

<sup>55</sup> La última modificación normativa producida en este ámbito ha sido en virtud de lo dispuesto por los artículos 3 a 6 del R.D.-L. 15/1999.

Decimos que polémico porque al parecer el precio máximo de venta al público de GLP's envasados se está manteniendo a unos niveles anormalmente bajos (J. M<sup>o</sup>. MARÍN QUEMADA, «Petróleo y gas...», cit., p. 372 y C. PÉREZ DE BRICIO, «El refino...», cit., p. 34). Esta circunstancia, con independencia de las razones políticas y económicas que la animan, pudiera constituir una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (*arrêts Ricardo Tassca y Sadam*), vid. J. A. GARCÍA DE COCA, *Sector petrolero...*, cit., pp. 194 y ss.

<sup>56</sup> Vid. M. MAYRAL, *Droit communautaire...*, cit., pp. 12 y 13.

gurando, de forma simétrica, un derecho del consumidor al suministro, por ejemplo, de productos derivados del petróleo en el territorio nacional<sup>57</sup> (arts. 2.2º, 47.2º, 49.1º, 109 c., 110 d. LSH). Esta obligación legal de suministrar encerrará en la mayoría de los casos el deber legal de contratar o de celebrar un contrato, contemplándose, por lo tanto, la constitución forzosa de contratos, lo que parece remitir al concepto, acuñado por NIPPERDEY, de contrato forzoso<sup>58</sup>. La libertad contractual opera en estos casos, y en buena medida limitada, en el ámbito del contenido de esa relación jurídica constituida por imperativo del Derecho público.

La obligatoriedad de suministrar servicios o productos a determinados consumidores o zonas geográficas debe calificarse como un mandato ablatorio si la actividad no hubiese sido voluntariamente iniciada y desarrollada por carecer de interés económico o, a la inversa, cuando se prohíbe al operador el abandono de una actividad que por sus peculiaridades le genera forzosamente pérdidas. En tales casos, deberá la Administración pública abonar al operador que se designe, de forma unilateral o por ser adjudicatario de un contrato de servicio público, una remuneración compensatoria que deberá cubrir, al menos, sus pérdidas y el beneficio medio que se obtiene del desarrollo de esa actividad en circunstancias ordinarias.

## 2.2. De carácter correctivo

La LSH dedica su Título VI (arts. 108 a 117) a regular diversas técnicas de naturaleza correctiva o represiva, como son las sanciones, la multa coercitiva, la revocación-sanción y suspensión de la habilitación administrativa (técnicas estas últimas que también afectan a la libertad de cesación). Su repaso resultaría tedioso y de escaso interés.

Sí que merece destacarse, de forma breve, que la Disposición Adicional 10ª de la Ley contempla, al amparo del artículo 128.2 CE, una

---

<sup>57</sup> Obligaciones de esta naturaleza se configuraron, a nuestro modo de ver, en el Decreto canario 54/1992, de 23 de abril, de la Consejería de Industria, Comercio y Consumo del Gobierno de Canarias, donde se obligaba (art. 14.2) a los operadores mayoristas de productos petrolíferos a prestar suministro en un mínimo de cuatro islas del archipiélago canario. El Decreto generó varios pleitos, uno de ellos ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo (as. C-134/94 entre *Esso Española, S.A.* y *Comunidad Autónoma de Canarias*, Sentencia de 30 de noviembre de 1995).

<sup>58</sup> En contra de esta calificación, A. GALLEGO ANABITARTE y J. Mª. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «La nueva regulación del mercado del gas natural», *RAP*, núm. 148. 1999, pp. 56-58: «(...) es la propia doctrina civil la que reconoce, no obstante, que no estamos ante la figura del contrato forzoso cuando una persona resulta obligada a contratar (...) porque ella misma lo ha querido o voluntariamente se ha puesto en la situación de ser obligada a contratar. Esto sucede en el caso objeto de nuestra atención: la empresa que desarrolla la actividad de que se trate está obligada por las normas citadas a celebrar un contrato con los usuarios porque ella se ha puesto en la situación de que se le imponga dicha obligación, a través de la autorización administrativa que ampara su actividad empresarial», p. 58.

técnica represiva especialmente incisiva sobre la libertad de empresa, nos referimos a la intervención de empresas por el Gobierno o por una Comunidad Autónoma cuando el incumplimiento de sus obligaciones afecte a la continuidad y seguridad del suministro de hidrocarburos<sup>59</sup>.

### III. ACCESO DE TERCEROS A LAS INSTALACIONES LOGÍSTICAS

Tuvimos oportunidad de exponer hace algún tiempo la insatisfactoria e interesada ausencia de regulación sobre el acceso de terceros a las instalaciones de transporte y almacenamiento propiedad, principalmente, de la Compañía Logística de Hidrocarburos (CLH), en la medida que buena parte de ellas se configuraban como un monopolio natural, circunstancia que en otros ordenamientos, como Estados Unidos, había determinado su regulación<sup>60</sup>. La interesada inhibición normativa fue superada a través, en un primer momento, de los artículos 25 a 29 del R.D.-L. 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, preceptos que han sido derogados por la Derogatoria Única letra d) de la LSH.

Tampoco existía ninguna normativa en el ámbito del Derecho internacional de carácter general que regulase este acceso hasta la firma del Tratado de la Carta de la Energía (art. 7).

El transporte por oleoductos despertó, sin embargo, tempranamente el interés de la Comunidad Europea, aunque por la complejidad de los aspectos implicados (políticas energética, industrial, regional, etc.) los logros han sido prácticamente nulos. Recordemos a este respecto cómo en junio de 1961 la Comisión presentó al Consejo un documento de trabajo con la finalidad de abrir un profundo debate sobre la cuestión. Fracasado este primer intento, en 1962 el Parlamento retomó el asunto sobre la base del informe Rademacher, solicitando a la Comisión que reabriese el debate sobre la reglamentación comunitaria sobre el transporte por oleoductos. La oposición del Consejo y del sector energético ha impedido hasta el momento la elaboración de una normativa comunitaria<sup>61</sup>.

Tampoco las referencias del Derecho originario sobre redes trans-europeas ha impulsado la regulación de este tipo de transporte<sup>62</sup>, de-

<sup>59</sup> Sobre esta técnica, E. GAMERO CASADO, *La intervención de empresas*, Marcial Pons, Madrid, 1996, y su configuración como límite a la libertad de empresa en las pp. 200 y ss.

<sup>60</sup> J. A. GARCÍA DE COCA, *Sector petrolero...*, op. cit., pp. 420-445.

<sup>61</sup> Vid. M. MELANI, «Problemi degli oleodotti», en el vol. col. *Disciplina giuridica degli idrocarburi*, Milán, Giuffrè ed., 1965, pp. 233-234.

<sup>62</sup> Probablemente porque, como nos recuerda R. DE BAUW, la acción comunitaria debe contraerse, en virtud del propio tenor literal del Tratado, al establecimiento y el desarrollo de estas infraestructuras, excluyendo cualquier intervención en el ámbito de su explotación o funcionamiento, «Énergie et service public...», cit., pp. 294-296.

bido, entre otras razones, a que la Comisión apenas adopta iniciativas para incluirlo en ese ámbito. No es ésta, desde luego, la posición adoptada por el Parlamento Europeo que en su Informe, de 16 de febrero de 1994, de su Comisión de Transportes y Turismo, sobre la creación de una red transeuropea de oleoductos y gasoductos (PE DOC A 3-076/94), se ha pronunciado en favor de que el transporte mediante conducciones, entre ellos los oleoductos, sean parte integrante de la política común de transportes, incluyéndolos, además, en la legislación comunitaria sobre la financiación de las redes de transporte transeuropeas. Invita, por último, a la Comisión para que elabore propuestas legislativas que comprendan, entre otros objetivos, la eliminación de toda discriminación a favor de los nacionales.

La LSH regula el acceso de terceros a las instalaciones de transporte y almacenamiento en el artículo 41, recogiendo, como ya hiciera el R.D.-L. de 1996, un sistema de *contract carrier*<sup>63</sup>.

La técnica jurídica clave de que se sirve el Legislador es el deber jurídico-público que se impone al titular de la infraestructura de

---

<sup>63</sup> Existen tres tipos básicos de transporte por tubería: el *private carrier* consiste en el traslado que realiza una empresa de su propia producción; *contract carrier* donde el oleoducto sólo presta su capacidad a un tercero si previamente se llega a un acuerdo con su propietario para comprar espacio y, por último, el *common carrier* implica un servicio al público, una propiedad afecta al uso público, si se cumplen determinadas condiciones, actuando el operador propietario como si se tratase de una empresa de transporte público por tubería.

El *common carrier* y el *contract carrier* están sometidos a algún tipo de regulación pública e implican un transporte preceptivo para terceros y la posibilidad de que el *unbundling* sea impuro con diversa intensidad, al contrario que el *private carrier*.

El *common carrier* suele confundirse con el *mandatory open access (MOA)* y el *third party access (TPA)*. Mientras que entre estos dos últimos no existen diferencias (simplemente, al parecer, se prefiere emplear la expresión *MOA* porque el régimen jurídico del *TPA* es muy confuso y, en ocasiones, se refiere a modalidades de *MOA* en que el *unbundling* es obligatorio), el *common carrier* implica unas obligaciones mucho más estrictas y un régimen de acceso diferente; en el *MOA* se accede según el orden de llegada (*first come first served*) y en el *common carrier* se realiza a prorrata (*prorata basis*).

Vid. J. A. GARCÍA DE COCA, *Sector petrolero...*, op. cit., p. 439; R. B. MANCKE, «Competition in the oil industry», en el vol. col. *Vertical integration in the oil industry*, ed. E. J. Mitchell, 1976, p. 45; J. H. FARREL y P. F. FORSHAY, «Competition versus Regulation: Reform of energy regulation in North America», *JERL*, núm. 4, 1994, p. 395; D. SPERLING, *New transportation fuels. A strategic approach to technological chance*, University of California Press, Berkeley, 1990, pp. 205-206; G. S. WOLBERT, *US Oil Pipe Lines*, op. cit., pp. 267-268; J. R. SALTER, «Third party access to gas and electricity transmission systems in the Community: Third party access-your flexible friend?», *JERL*, núm. 1, febrero 1993, p. 28; R. BEAZLEY, «Some legal aspects oil and gas transportation arrangements», *OGLTR*, núm. 4, 1993, p. 113 y G. KÜHNE, «Incremental regulatory reform and antitrust Law in the energy sector: The german middle of the road approach», *JERL*, núm. 1, 1996, pp. 76 y ss.

En realidad, el establecimiento de este sistema contaba en España con el modesto precedente dispuesto por el artículo 39.3 del Reglamento de la Ley sobre investigación y explotación de hidrocarburos aprobado por R.D. 2362/1976. Un sistema jurídico análogo estableció en Francia el artículo 35 del Decreto n° 59/645, de 16 de mayo de 1959, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 11 de la Loi de Finances de 29 de marzo de 1958. Sobre este sistema, P. DELVOLVÉ, «Le statut juridique des transports par canalisation», *AJDA*, 1967; J. DEVAUX CHARBONELL, *Cours de Droit de l'Énergie*, vol. I (Droit des hydrocarbures), Univ. de Paris I-Panthéon-Sorbonne, 1983-84, pp. 7-9 y «Oléoduc», *AJDA*, 1997, pp. 794 y ss.

aceptar el inicio de un procedimiento negocial que podrá desembocar o no en la celebración de un contrato (si existe conflicto, será resuelto, en los términos que reglamentariamente se determinen, por la Comisión Nacional de Energía, como indica la Disposición Adicional undécima, tercero, 1, 13ª)<sup>64</sup>. Aquí no se impone, en consecuencia, el deber de celebrar un contrato como en la obligación de suministrar que hemos visto más arriba. En vez de un contrato forzoso parece que estamos más cerca de la categoría de los contratos normados o dictados, es decir, aquellos en que las partes sólo pueden establecer su contenido dentro de los límites fijados por el Poder público (en este sentido, por ejemplo, los titulares de las instalaciones únicamente podrán denegar el acceso si no existe capacidad suficiente, el solicitante ha incumplido su obligación de satisfacer el peaje por accesos anteriores o por razones de reciprocidad).

La LSH ha regulado la explotación jurídico-privada del monopolio natural existente en el sector de los hidrocarburos líquidos a través de la restricción de la libertad contractual (o, más ampliamente, de la libertad de ejercicio empresarial) del titular de la infraestructura con el objetivo de que sea posible que un tercero ejercite su libertad de empresa y la libre circulación de mercancías que la Constitución ordena a los Poderes públicos proteger y garantizar. Los fundamentos jurídico-constitucionales del sistema de acceso establecido descansan, a nuestro juicio, sobre los artículos 38 y 139.2 CE<sup>65</sup>.

Aquí no se perfila una obligación de servicio público, un sacrificio patrimonial singularizado porque, en primer lugar, no se demora la circulación y/o almacenamiento de los productos propiedad de las empresas accionistas de CLH, que tienen derecho a un uso prioritario y, en segundo lugar, el acceso es adecuadamente remunerado. Cuestión diferente sería si los Poderes públicos impusiesen o autorizaran unos peajes que no fuesen suficientemente remuneradores, o un acceso gratuito, o estableciesen obligaciones de prorrateo de la capacidad<sup>66</sup>.

Propusimos, en su momento, diversas alternativas a la configuración jurídica de CLH resultante del proceso de adaptación y extinción

---

<sup>64</sup> Coincido plenamente con aquellos autores que han negado la condición de Administración independiente o Ente regulador independiente a esta Organización pública. *Vid.* G. ARIÑO ORTIZ y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, «Regulación del sector de la energía», en la obra ya citada *Principios de Derecho Público Económico*, pp. 639-640 y A. GALLEGO ANABITARTE y J. M<sup>a</sup>. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «La nueva regulación...», cit., pp. 58 y ss.

<sup>65</sup> Los profesores A. GALLEGO ANABITARTE y J. M<sup>a</sup>. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO encuadran constitucionalmente la obligación de tolerar el acceso de terceros en el sector del gas natural en los artículos 33.2 ó 3, «La nueva regulación del mercado del gas natural», cit., pp. 48-49.

<sup>66</sup> Por ejemplo, cuando el Gobierno, al amparo del párrafo 1º del artículo 41, fije los peajes de acceso para territorios insulares y para aquellas zonas del territorio nacional donde no existan infraestructuras alternativas de transporte y almacenamiento o éstas se consideren insuficientes.



del monopolio (propiedad pública de la red, competencia *Chadwick-Demsetz*, disolución del monopolio, corporación sectorial), inclinándonos por la configuración de una empresa especializada —separando de esta manera las actividades logísticas principales de otras actividades conexas— cuyo sistema de explotación estuviese sometido a un régimen de *common carrier*<sup>67</sup>; alternativa que aseguraba la mayor libertad posible en un sector que presenta una concentración de la oferta, cuando menos, inquietante. La solución jurídica que ha adoptado la LSH resulta, desde luego, mucho más tímida.

Finalmente, hemos detectado en la regulación de las infraestructuras una posible obligación de servicio público, las instrucciones emanadas por la Administración general del Estado y las Comunidades Autónomas sobre su ampliación (art. 3.2.f y 3.3.f) y siempre que este esfuerzo tuviese como único objetivo, a medio y largo plazo, dar entrada a la producción de terceros o atender zonas geográficas de escaso o nulo interés económico. Si el titular de la red no pudiese repercutir íntegramente este coste a través, por ejemplo, de la elevación de las tarifas, debiera compensarse, total o parcialmente, su esfuerzo inversor. Estaríamos en presencia no de una instrucción propia del mantenimiento del orden público económico, sino de la disposición singular de unos recursos financieros que el operador voluntariamente no afectaría al desarrollo de su infraestructura<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> El sometimiento de los oleoductos interestatales norteamericanos a un régimen de *common carrier* se produjo en virtud de una propuesta del senador Henry Cabot Lodge durante la tramitación de la *Hepburn Act* (1906), que modificó la Parte I de la *Interstate Commerce Act* (ICA), tal y como confirmó el Tribunal Supremo, despejando determinadas controversias sobre la interpretación y alcance de la Ley en *The Pipe Lines Cases* [234 U.S. 548 (1914)]. Antes diversos Estados habían promulgado normas sometiendo a los oleoductos estatales al régimen de *common carrier* (el primero Pennsylvania a través de la *Free Pipe Line Law*). Vid. G. WOLBERT, *US Oil Pipe Lines...*, cit., pp. 13, 253-256 y 267.

<sup>68</sup> Opinión contraria sostienen A. GALLEGO ANABITARTE y J. M<sup>a</sup>. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «La nueva regulación...», p. 55.

