

# La liberación del gas y la generación de recursos hídricos \*

Íñigo del Guayo Castiella  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Almería

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. GRUPO NORMATIVO DEL GAS NATURAL EN ESPAÑA. 3. OBJETIVOS DE LA NUEVA LEGISLACIÓN. 4. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA EN EL SECTOR GASISTA. 4.1. Desregulación y liberalización. 4.2. La libertad para el ejercicio de actividades gasistas en la LH. 4.3. La regulación para la introducción de competencia en el mercado del gas. 4.4. La regulación de las actividades gasistas en la LH. 4.4.1. Actividades gasistas, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente. 4.4.2. El carácter regulado de determinadas actividades gasistas. A) La indefinición del concepto de «regulación» en la LH. B) La regulación como reducto para la protección del interés general presente en las actividades gasistas. 5. EL SUMINISTRO DE GAS NATURAL COMO SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL. 5.1. De los servicios públicos a los servicios de interés económico general. 5.2. La *despublicatio* del suministro de gas. 5.3. Las obligaciones de servicio público en la Directiva. 5.4. Consecuencias de la *despublicatio*. 5.4.1. Supresión de las concesiones. 5.4.2. Autorizaciones administrativas. 6. LA REGULACIÓN QUE EJERCITA O DEBERÍA EJERCITAR LA COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA. 6.1. Especialidad *versus* generalidad en la regulación de actividades gasistas. 6.2. Funciones de la Comisión en defensa de la competencia. 6.3. Papel de la Comisión Nacional de la Energía en el proceso abierto por el RD-L 6/2000. 7. LA GESTIÓN TÉCNICA. 8. ¿PRODUCIRÁ EL RD-L 6/2000 UNA APERTURA DEL MERCADO LIBRE (ES DECIR, EL NO TARIFARIO)? 9. CONTABILIDAD, INFORMACIÓN Y SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES.

## 1. INTRODUCCIÓN

Resulta superfluo subrayar la importancia que tiene en España la generación de recursos hídricos, sobre todo en zonas ubicadas en cuencas hidrográficas deficitarias, como son las zonas, por ejemplo, del Sureste peninsular, donde se encuentra la Universidad de que provengo. De toda Política Hidráulica española se ha de esperar, amén de otras medidas contenidas en la Planificación Hidráulica, que fomente el acceso a fuentes de energía baratas, que, a su vez, hagan que el recurso a fuentes alternativas de Recursos Hídricos sea una posibilidad accesible. En efecto, la energía consumida en las plantas desaladoras constituye, sin duda, uno de los

---

\* El origen de este trabajo fue una ponencia presentada en el VIII Simposio Iberoamericano sobre Medio Ambiente y Municipio, Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal, Palma de Mallorca, el día 18 de octubre de 2000.

costes principales, si no el principal. Desde 1996 se ha impulsado un proceso liberalizador del suministro de energía que está dando resultados positivos. En la medida en que, por ejemplo, la electricidad consumida para la obtención de agua sea más barata, más accesible será esta fuente de generación. Hoy por hoy, dada la estructura del parque generador eléctrico español, parece evidente que el margen para el descenso de los costes de la electricidad y, por ende, de sus precios, radica en la generación eléctrica mediante gas natural. Por tanto, el fomento de la desalación pasa por el fomento de la creación de un mercado competitivo del gas natural. Esto es lo que mi trabajo analiza. El texto que se ofrece tiene su origen en un trabajo publicado por Gaspar ARIÑO y por mí mismo en el número 256 de la Revista *Documentación Administrativa* en abril de 2000. Sin embargo, en junio de 2000 el Gobierno aprobó un trascendental Real Decreto-ley (el n.º 6/2000, que afectó al gas natural). En el presente texto se analizan las consecuencias de esas modificaciones, a la luz del Derecho de la competencia y de acuerdo con el Derecho vigente en octubre de 2000.

Existen en España, en la actualidad, cuatro empresas eléctricas, que dominan la generación de electricidad así como la distribución y el suministro y, en gran medida, la comercialización. Esas empresas son Unión Fenosa, Hidroeléctrica del Cantábrico, Iberdrola y Endesa. Existen otras varias empresas eléctricas, principalmente en el campo de la distribución y el suministro, que son empresas participadas mayoritaria o íntegramente por alguna de las cuatro mencionadas. El Grupo Endesa, por ejemplo, acoge en su seno, entre otras, a Sevillana de Electricidad y a Fecea. Hay en España, por tanto, un notable grado de integración de la industria eléctrica. La industria está, además, en manos de accionistas privados, entre los que destacan algunos bancos. Las empresas eléctricas operan libremente y compiten entre sí en el marco de un *pool* establecido en enero de 1998. En su afán por ofertar precios cada vez más baratos en el mercado, las empresas eléctricas acometieron hace unos años la construcción y puesta en marcha de nuevas centrales generadoras —o la reconversión de algunas existentes— cuya materia prima es el gas natural. Estas centrales son, hoy por hoy, las que permiten que la competencia permanezca, en la medida en que sólo con ellas pueden bajarse los costes de generación. De sobra son conocidos los problemas que plantean las otras fuentes de generación que componen el actual *mix*. Sin perjuicio de que deje apuntadas ahora las grandes virtualidades que aún se contienen en la nuclear, que pondere los beneficios que pueden derivarse del carbón importado y que subrayemos la necesidad de fomentar las energías renovables, lo cierto es que, a medio y a largo plazo, el funcionamiento del mercado descansa sobre el gas natural.

La industria del gas natural en España tiene una estructura del todo diferente a la eléctrica. Esta fuente primaria de energía está en manos de un solo operador, que es el Grupo Gas Natural, en cuyo seno acoge a Enagas, la empresa suministradora del Sistema, *de facto* en exclusiva (y además, desde el mes de junio de 2000, investida como operadora del Sistema Gasista). En manos del Grupo se encuentran los contratos de abastecimiento más apetecibles (los suscritos con Sonatrach) y también los menos. Preciso es, no obstante, recordar que existen dos empresas gasistas fuera de ese Grupo, una en el Principado de Asturias (Gas de Asturias, ligada a la empresa Hidroeléctrica del Cantábrico) y otra en la Comunidad Autónoma del País Vasco (Gas de Euskadi, ligada al Ente Vasco de la Energía, pública por tanto; Gas Natural tiene un porcentaje del capital social de Gas de Euskadi, no muy elevado). A diferencia de la estructura propietaria de las eléctricas, que es más plural, Gas Natural es básica y mayoritariamente, propiedad de Repsol YPF y de La Caixa (sin perjuicio de que recordemos el peso de los bancos en el sector eléctrico). Como en el sector eléctrico, también la distribución y el suministro de gas natural están en manos de compañías que son parte de un Grupo, en este caso, del único existente (Gas Natural). En aquellas ciudades en que la defectuosa redacción de la Ley de 1987 puso en peligro la presencia del Grupo, las disputas judiciales dieron paso a negociaciones que permitieron la entrada de Gas Natural en la zona. Preciso es, igualmente, recordar que algunas empresas eléctricas han entrado en el mercado de la distribución (como Endesa) de gas natural, así como que Gas Natural y Repsol YPF han entrado en el mercado de generación eléctrica, precisamente porque tienen ya en sus manos el gas natural que las empresas eléctricas apetecen.

## 2. GRUPO NORMATIVO DEL GAS NATURAL EN ESPAÑA

Está constituido, fundamentalmente, por dos normas. Por un lado, 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 —en adelante, DG—, que los Estados Miembros tuvieron 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). Por otro lado, la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos —en adelante, LH—. La LH ha sufrido en sus menos de dos años de vida algunas modificaciones, alguna de ellas de gran relevancia. Muy tempranamente, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, introdujo alguna pequeña modificación en el artículo 93 LH (sobre precios de cesión) y en la Disposi-

ción Transitoria Quinta (que aclara que las cantidades consignadas en la definición de los umbrales tienen carácter anual) (art. 108). Mediante Real Decreto-ley n.º 6/1999, de 16 de abril, de medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia, 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 n.º 15/1999, de 1 de octubre, por el que se aprueban medidas de liberalización, reforma estructural e incremento de la competencia, se posibilita la entrada de nuevos comercializadores hasta que se proceda al desarrollo reglamentario de la LH. La Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, 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). Por último, el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, que modifica varios artículos de la LH e introduce nuevas disposiciones.

### 3. OBJETIVOS DE LA NUEVA LEGISLACIÓN

La LH 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». El RD-L 6/2000 tiene las tres siguientes finalidades: «En el sector del gas natural, las actuaciones van encaminadas fundamentalmente a facilitar la entrada de nuevos comercializadores, a mejorar la gestión técnica del sistema gasista y a acelerar el calendario de liberalización».

## 4. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA EN EL SECTOR GASISTA

### 4.1. Desregulación y liberalización

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 únicamente 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.

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*). La principal función de la regulación económica es proporcionar un sustituto a la competencia en el ámbito de los monopolios naturales. 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.

### 4.2. 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 el Título IV. 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, que remite al art. 58, letras a), c) y d), es decir, a todos los que llama sujetos del Sistema, salvo el Gestor Técnico]. 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. 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. La importación 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. Éste 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.

#### **4.3. 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 genera-

les 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 interviene 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.

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. 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.

#### 4.4. La regulación de las actividades gasistas en la LH

##### 4.4.1. *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 fiscales 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.

##### 4.4.2. *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, prác-

ticamente 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. Parece que opone libre competencia a regulación, cosa que es, a todas luces, y tras casi 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 cuatro 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 cuatro 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 alguno para saber qué conlleva el carácter regulado de la distribución, el almacenamiento, la regasificación y el transporte de gas natural. ¿Qué decir de la fabricación? No está enumerada entre las actividades reguladas, y puede ser realizada libremente (art. 54.1), pero «deberá ajustarse a los criterios de planificación en materia de hidrocarburos» (art. 56.2 LH).

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 art. 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 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.

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

### **5.1. De los servicios públicos a los servicios de interés económico general**

El Tratado de Amsterdam 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 n.º 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 for-

mulación 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 90 (antiguo 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 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.

## 5.2. La *despublicatio* 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». 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.

### 5.3. 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 consumidor y la protección del medio ambiente (Considerando 12). 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. 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, 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. 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 ex-

tiende 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 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 (antiguo 90) del Tratado —al que se remite el art. 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.

#### **5.4. Consecuencias de la *despublicatio***

##### *5.4.1. 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 concesiones 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.

##### *5.4.2. 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. 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 medioambientales (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).

## **6. LA REGULACIÓN QUE EJERCITA O DEBERÍA EJERCITAR LA COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA**

### **6.1. 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. 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, y por el Real Decreto-ley n.º 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); y por el RD-L 6/2000.

## **6.2. Funciones de la Comisión en defensa de la competencia**

La Comisión está llamada a velar por la competencia en el mercado gasista. Éstas son algunas de sus funciones:

a) «velar para que los sujetos que actúan en los mercados energéticos lleven a cabo su actividad respetando los principios de libre competencia. A estos efectos, cuando la Comisión detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos» (Disposición Adicional 1.<sup>a</sup>, Tercero, 1, Duodécima);

b) «autorizar las participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil. Sólo podrán denegarse las autorizaciones como consecuencia de la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas en esta Ley, pudiendo por estas razones dictarse autorizaciones que expresen condiciones en las cuales puedan realizarse las mencio-

nadas operaciones» (Disposición Adicional 11.<sup>a</sup>, Tercero, 1, Decimo-cuarta);

c) «informar preceptivamente sobre las operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas energéticas por otra que realice actividades en el mismo sector cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia» (Disposición Adicional 11.<sup>a</sup>, Tercero, 1, Decimoquinta).

Se impone una decidida aplicación del Derecho común de la competencia en el mercado gasista, y la definitiva eliminación de las exenciones y excepciones que operan actualmente en este sector. Hay que examinar el artículo 10 del RD-L (que añade una nueva Disposición Adicional Vigésima, donde se limitan las participaciones accionariales en Enagas) a la luz de ese Derecho. Concretamente, en la anunciada distribución del capital de Enagas (dada a conocer en los medios de comunicación en el mes de agosto de 2000) debe respetarse ese Derecho de la competencia, y, concretamente, el límite del 35 por 100 establecido por el RD-L.

Por otra parte, las previsiones de esa nueva Disposición Adicional 20.<sup>a</sup> deben completarse con las del artículo 34 del RD-L (artículo relativo a la limitación a la participación en más de un operador principal) y que se aplica a la producción, transporte y distribución de hidrocarburos. La vigilancia de la Comisión Nacional de la Energía sobre este tema está justificada por la LH. El artículo 34 dice, más en concreto, que la Comisión Nacional de la Energía está legitimada, dentro de sus respectivas competencias, para el ejercicio de las acciones tendentes a hacer efectivas las limitaciones que se recogen en ese precepto. En la medida en que el suministro de gas se ha liberalizado (ya no es un Servicio Público, en el sentido estricto de la expresión), no tiene ya sentido que el Derecho de la competencia no se aplique plenamente al sector gasista. Por eso resulta peligrosa la previsión del número 4 del artículo 34, que permite a la Comisión Nacional de la Energía que autorice el ejercicio del derecho de voto correspondiente al exceso o la designación de miembros del órgano de administración siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos. El RD-L. está, en el fondo, autorizando a la Comisión Nacional de la Energía a seguir criterios distintos de los fijados en la LH.

### **6.3. Papel de la Comisión Nacional de la Energía en el proceso abierto por el RD-L 6/2000**

La Comisión Nacional de la Energía es el ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos, teniendo 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.

El RD-Ley 6/2000, de 23 de junio, no contempló ninguna intervención de la Comisión, ni siquiera en tres cuestiones cruciales:

a) Plan de actuaciones de ENAGAS, que la propia empresa tuvo que presentar a la Secretaría de Estado de Economía, de la Energía y de la Pequeña y Mediana Empresa (art. 11 del RD-L 6/2000).

b) Orden del Ministro de Economía, que debió aprobarse antes del 31 de diciembre de 2000, y que fijaría el procedimiento para la aplicación del 25 por 100 del gas procedente del contrato de Argelia (art. 15 del RD-L).

c) Nuevo sistema económico integrado del sector gas natural, que se aplicó a partir del 1 de enero de 2001 (art. 8 del RD-L).

Sin embargo, su intervención fue exigible por las funciones que la LH le encomienda:

a) «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 presente ley» (DA 11.<sup>a</sup>, 1, Segunda);

b) «participar, mediante propuesta o informe, en el proceso de planificación energética» (DA 11.<sup>a</sup>, Tercero, 1, Tercera);

c) «participar, mediante propuesta o informe, en el proceso de elaboración de los proyectos sobre determinación de tarifas, peajes y retribución de las actividades energéticas» (DA 11.<sup>a</sup>, Tercero, 1, Cuarta);

d) «emitir los informes que le sean solicitados por las Comunidades Autónomas cuando lo consideren oportuno en el ejercicio de sus competencias en materia energética» (DA 11.<sup>a</sup>, Tercero, 1, Sexta);

e) «inspeccionar, a petición de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas competentes, las condiciones técnicas de las instalaciones, el cumplimiento de los requisitos establecidos en las autorizaciones, las condiciones económicas y actuaciones de los sujetos en cuanto puedan afectar a la aplicación de las tarifas y criterios de remuneración de las actividades energéticas, así como la efectiva separación de estas actividades cuando sea exigida» (Disposición Adicional 11.<sup>a</sup>, Tercero, 1, Octava).

Además, el informe del Consejo Consultivo de Hidrocarburos (Consejo previsto en la Disposición Adicional Undécima, Segundo, 1) es preceptivo (DA 11.<sup>a</sup>, Segundo, 2) en los asuntos abordados por el RD-L.

En el Consejo Consultivo de Hidrocarburos (y en su Comisión Permanente) habrá un representante del Gestor del Sistema, puesto que si hay un representante de los transportistas de gas, que, sin duda, es Enagas, lo habrá del Gestor (que es, según el RD-L, Enagas).

## 7. LA GESTIÓN TÉCNICA

La batalla parlamentaria que se libró en torno a la LH tuvo como protagonista el llamado Gestor del Sistema. Inicialmente, el Gestor sería Enagas. Después se concibió un segundo Gestor. Finalmente, una pluralidad de Gestores. El texto de la LH suprimió la figura del Gestor aunque mantuvo la idea de una Gestión, que se calificaba de técnica, de acuerdo con unas normas que serían 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 subsistemas de transporte, propondrán esas normas de gestión técnica (art. 64.3).

El Gobierno recuperó en junio de 2000 el Proyecto de Ley de Hidrocarburos que introdujo en el Parlamento en 1997. En particular, ha recuperado un concepto reforzado de la Gestión Técnica del Sistema y ha conseguido designar a Enagas como Gestor. En las discusiones parlamentarias de la LH se consiguió cambiar el Proyecto y reducir notable-

mente el ámbito de esa Gestión. Con las nuevas previsiones, quien tenga la participación mayoritaria en Enagas tendrá, además, el poder sobre la Gestión del Sistema (y, con ello, sobre aspectos cruciales del mercado).

Esta vuelta atrás implica una revisión del modelo que se quiere implantar en España. En la LH de 1998 se apreciaba claramente que el Gobierno carecía de un modelo regulatorio claro. Concretamente, la LH carece de un modelo claro para la regulación del núcleo del Sistema gasista, que no es otro sino la Red Básica, con sus redes de transporte, plantas de regasificación y almacenamientos estratégicos. Pues bien, el RD-L 6/2000 pone de nuevo de manifiesto que seguimos sin un modelo regulatorio. Se ha desaprovechado la ocasión para crear un sistema objetivo, transparente y fiable. La nueva disposición adicional vigésima de la LH (sobre limitación de la participación en Enagas a un 35 por 100), puesta en conexión con el nuevo artículo 64 de la LH (art. 7.6 del RD-L), el nuevo apartado 3 del artículo 63 (art. 7.5 del RD-L) y la nueva disposición transitoria (art. 15) tiene como resultado la aparición de un nuevo peligro para la competencia. El RD-L expande notablemente el ámbito de la Gestión Técnica.

De acuerdo con la nueva letra b) del artículo 58, el Gestor Técnico del Sistema «será aquel transportista que sea titular de la mayoría de las instalaciones de la red básica de gas natural, tendrá la responsabilidad de la gestión técnica de la Red Básica y de las redes de transporte secundario, definida de acuerdo con el artículo 59». Por el juego de la remisión del artículo 60 al artículo 58, la Gestión del Sistema no se desarrollará en régimen de libre competencia; pero tampoco es una actividad regulada. Las funciones del Gestor están enumeradas en el nuevo artículo 64 (introducido por el RD-L 6/2000). Tras el RD-L 6/2000 Enagas puede transportar (transporte primario y secundario) y es, al mismo tiempo, Gestor del Sistema, y vende gas a los distribuidores.

## **8. ¿PRODUCIRÁ EL RD-L 6/2000 UNA APERTURA DEL MERCADO LIBRE (ES DECIR, EL NO TARIFARIO)?**

El 25 por 100 del contrato que Enagas tiene con Sonatrach se destinará al mercado libre (es decir, a los consumidores cualificados). Se trata de una reducida cantidad. En el fondo, no es sino el reconocimiento de que el mercado libre es muy pequeño y de que la progresiva reducción del calendario de apertura (y de los umbrales para ser considerado consumidor

cualificado) no es una medida auténticamente liberalizadora (al menos, dada la situación actual del mercado gasista).

Ese 25 por 100 tiene que repartirse entre los comercializadores. De acuerdo con el RD-L 15/1999, de 1 de octubre, y salvo error u omisión, trece compañías han obtenido autorización para comercializar en España. Eso significa que, en principio, a cada uno de los comercializadores les corresponderá en torno al 1,15 por 100 del contrato con Argelia, lo cual, por sí solo, es llamativo. El RD-L dice, por un lado, que ningún comercializador podrá acceder a más del 25 por 100 del gas destinado al mercado liberalizado (lo cual, de producirse, implicaría que los doce restantes comercializadores accederían a una cantidad mínima); y, por otro, que la Orden que regule el procedimiento para la aplicación del 25 por 100 contemplará la posibilidad de aplicar las cantidades no cubiertas por las peticiones de los comercializadores, al mercado a tarifas a través de la empresa Enagas, S.A.

¿Qué decir del precio del gas? ¿Cuáles son los gastos de gestión a que se refiere el precepto? ¿Dónde se va a considerar realizada la entrega, a la hora de fijar el precio, y a la hora de abonar, en su caso, el transporte? ¿Qué son esos gastos de gestión? Se van a fijar reglamentariamente, pero sin ninguna orientación proporcionada por el legislador. Se trata, como muy bien señala el autor del RD-L de repartir el contrato de forma no discriminatoria.

## **9. 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.

En este aspecto la LH arroja igualmente mucha confusión.

En la versión inicial de la LH (1998), y de acuerdo con el artículo 63.1 LH, las sociedades que transporten o regasifiquen o almacenen o distribuyan (o desarrollen esas cuatro actividades a la vez), no pueden, al mismo tiempo, comercializar. El precepto estaba (y sigue estándolo tras el RD-L 6/2000) incorrectamente redactado, porque dice así: «Las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas a que se refiere el artículo 60.1 (...)». En el artículo 60.1, a su vez, hay una nueva remisión, en esta ocasión al artículo 58.2, letras a), c) y d) (redacción dada por el RD-L 6/2000); sin embargo, en esas letras se comprende no sólo el transporte (y el almacenamiento y la regasificación) y la distribución, sino también la comercialización. Por tanto, hubiese sido más claro que el artículo 63.1 no remitiese al artículo 61.1, sino al artículo 58.2, letras a) y c).

Inicialmente había incompatibilidad, por tanto, entre el ejercicio de alguna o de todas esas cuatro actividades (transporte, regasificación, almacenamiento y distribución) y la comercialización de gas. La actividad de comercialización era (y sigue siéndolo) absolutamente incompatible con la de transporte, almacenamiento, regasificación y distribución, en ambos sentidos (art. 63.1 y 2 LH). Estas previsiones beneficiaban, realmente, a las compañías ya establecidas pues el comercializador que quisiese entrar en el mercado español sólo podía ejercitar actividades de comercialización, pero una sociedad transportista ya instalada en España podía tener como objeto social también la distribución (y tener, además, una comercializadora dentro del Grupo) (*vid.*, además, la Disposición Transitoria Séptima, número 3). Todas estas previsiones están relativizadas por lo dispuesto en el número 6 (nueva numeración) del artículo 63, que permite que las actividades gasistas (todas ellas, incluida la comercialización) sean ejercitadas por sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial.

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 y a otros comercializadores, 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 medida que pasen los años y se cumplan los plazos de apertura al mercado. 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. Una cosa es que los clientes cualificados tengan derecho a suministrarse de alguien distinto del distribuidor de su área, y compren gas a un comercializador, y otra cosa muy distinta es que a los grandes clientes españoles les interese hacer uso de tal derecho.

La separación entre la comercialización, por un lado, y las cuatro actividades reguladas, por otro, es una separación jurídica, pues el artículo 63.6 (nueva numeración) 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. 63.6, nueva numeración). En resumen, en materia de separación de actividades la versión inicial de la LH establecía una separación contable de actividades gasistas. Una sociedad mercantil que tuviese como objeto social el transporte o la regasificación o el almacenamiento o la distribución (o todas esas actividades a la vez) no podía comercializar gas (ni viceversa) (arts. 63.1 y 2 de la LH).

El RD-L 6/2000 ha establecido, además, que la sociedad que sea titular de alguna instalación comprendida en la Red Básica de gas natural (gasoductos de transporte primario, plantas de regasificación, almacenamientos estratégicos, conexiones de la red básica con yacimientos o almacenamientos y conexiones internacionales) sólo podrá dedicarse a esas actividades, si bien pueden tener gasoductos de la red secundaria de transporte, y debe llevar cuentas separadas de las actividades de regasificación, almacenamiento y transporte.

Como se ve, la novedad del RD-L es que, ahora, una misma sociedad mercantil no puede tener por objeto social la distribución y el transporte, pero sí pueden tener por objeto social —simultáneamente— el transporte primario y secundario, la regasificación y el almacenamiento. No estaba claro con la redacción inicial de la LH si el transportista debía llevar cuentas separadas (del transporte, la regasificación y el almacenamiento).

El apartado 3 (nuevo) del artículo 63 introducido por el RD-L 6/2000, sobre la necesidad de que la sociedad que transporte, regasifique y almacene, lleve «en su contabilidad interna cuentas separadas» de tales actividades, despeja, por tanto, esa duda. No estaba antes claro porque el apartado 4 de ese mismo precepto decía (y dice, pues no ha sido modificado) lo siguiente: «las empresas de gas natural que ejerzan más de una de las actividades relacionadas en el artículo 60.1 de la presente ley, llevarán en su contabilidad interna cuentas separadas para cada una de ellas, tal y como se les exigirá si dichas actividades fuesen realizadas por empresas distintas, a fin de evitar discriminaciones, subvenciones entre actividades distintas y distorsiones de la competencia». Podía entenderse que la separación contable afectaba al transporte y a la distribución (pero no a la regasificación y el almacenamiento dentro de aquél).

El nuevo apartado 5 del artículo 63 dice así:

«El Gestor Técnico del Sistema deberá llevar cuentas separadas que recojan los gastos e ingresos imputables a la actividad de gestión técnica del sistema.»

## **II. Jurisprudencia**

