

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES EN EL SECTOR DEL GAS NATURAL

ÍÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Almería



Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2007** en la Modalidad de **DERECHO ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña Carmen CHINCHILLA MARÍN, don Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, don Julio GALÁN CÁCERES, doña Blanca LOZANO CUTANDA, don Ángel MENÉNDEZ REXACH y don Luciano PAREJO ALFONSO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto:

EL presente trabajo analiza los cambios que se derivan, en el régimen jurídico de la separación de actividades en el sector del gas natural, de la reciente aprobación de la Ley núm. 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas. Después de ubicar conceptualmente el tema de la separación de actividades en el contexto del proceso de creación de un Mercado Interior de la Energía, y de dar cuenta del significado que la modificación aprobada tiene en el ordenamiento interno, el trabajo proporciona un análisis detallado de los tres tipos de separación (contable, jurídica y funcional), para, en último lugar, analizar el régimen de la toma de participaciones accionariales entre empresas gasistas, como técnica dirigida a garantizar el mantenimiento de la separación, tras todo lo cual hago una valoración final del derecho inmediatamente anterior a la reforma aprobada y del que se deriva de la nueva ley.

Palabras clave: sector gasista, mercado europeo.

NOTA: Con posterioridad a la concesión del premio y por petición expresa del CEF, el presente trabajo ha sido objeto de la correspondiente revisión y actualización normativa.

Sumario

- I. La separación de actividades en el contexto del proceso de creación de un mercado interior europeo del gas natural.
 1. Las redes de transporte y distribución de gas natural, y la necesidad de regular los monopolios naturales.
 2. La separación de actividades, núcleo del proceso de creación de un mercado interior europeo del gas natural.
 3. Finalidades del régimen separación entre actividades gasistas.
 4. Formas de separación.
 5. Medidas que podrían adoptarse en el futuro.

- II. La Ley de modificación de la Ley de Hidrocarburos, con objeto de adaptarla a la Directiva CE/55/2003.
 1. La transposición en España de la DG.
 2. Líneas maestras de la reforma.
 - 2.1. El sistema vigente antes de la reforma.
 - 2.2. Las reformas de la Ley núm. 12/2007.

- III. El régimen jurídico de la separación de actividades gasistas en España, tras la adaptación a la Directiva 2003/55/CE.
 1. Separación contable.
 2. Separación jurídica.
 - 2.1. Antecedentes de la separación jurídica entre las actividades reguladas y las actividades de producción y comercialización.
 - 2.2. En particular, la obligación de separación jurídica de las empresas operadoras de instalaciones de la Red Básica de gas natural.
 - 2.3. La separación jurídica entre las actividades reguladas, y la comercialización y la producción.
 - 2.4. La incompatibilidad entre las actividades gasistas reguladas y la comercialización de gas natural, con otras actividades gasistas.

- 2.4.1. Antecedentes.
 - 2.4.2. La nueva compatibilidad de la actividad de comercialización con otras actividades gasistas y, en particular, con la producción.
3. Separación funcional.
- 3.1. El mantenimiento de la posibilidad del ejercicio de actividades incompatibles dentro del mismo grupo empresarial.
 - 3.2. La separación funcional entre las actividades reguladas, y la producción y la comercialización de gas natural.
 - 3.2.1. Prohibición de participación en la organización de la gestión cotidiana de las actividades de producción o comercialización.
 - 3.2.2. Protección de la independencia de los gestores.
 - 3.2.3. La protección de la confidencialidad de la información.
 - 3.2.4. Garantías para la adopción de decisiones independientes sobre la explotación, mantenimiento y desarrollo de las redes.
 - 3.3. La autorregulación de la separación funcional. El código de conducta.
4. El régimen jurídico de la toma de participaciones en sociedades mercantiles, gasistas o no, por parte de empresas operadoras en alguna o algunas de las actividades del sector del gas natural.
- 4.1. La toma de participaciones en sociedades mercantiles, que operan fuera del sector del gas natural, por parte de las sociedades que desarrollan actividades gasistas reguladas. Antecedentes.
 - 4.1.1. La incorrecta ubicación de la exigencia de autorización previa de la CNE, en sede de separación de actividades.
 - 4.1.2. El carácter superfluo de la exigencia de autorización previa, en sede de separación de actividades, particularmente tras la reforma de la función autorizante de la CNE en 2006.
 - 4.1.3. La reforma introducida por la LT, en relación con la autorización previa de la CNE.
 - 4.2. La toma de participaciones en sociedades que llevan a cabo actividades gasistas liberalizadas, por parte de sociedades que desarrollan actividades gasistas reguladas.
 - 4.3. La toma de participaciones en sociedades mercantiles, que operan fuera o dentro del sector del gas natural, por parte de las sociedades que desarrollan actividades gasistas liberalizadas.

IV. Una valoración del régimen de separación de actividades.

I. LA SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES EN EL CONTEXTO DEL PROCESO DE CREACIÓN DE UN MERCADO INTERIOR EUROPEO DEL GAS NATURAL ¹

1. Las redes de transporte y distribución de gas natural, y la necesidad de regular los monopolios naturales.

El suministro de gas está ligado, ineludiblemente, a la existencia de unas redes físicas (singularmente, gasoductos), circunstancia que explica las principales características de la industria del gas y, por ende, del contenido del ordenamiento jurídico que disciplina el sector. Dada la casi total ausencia de yacimientos en España, la demanda ha de ser cubierta mediante importaciones de gas natural, que entra en el sistema gasista español (en adelante, SG), bien por medio de gasoductos internacionales, que conectan las redes de transporte nacionales con redes de transporte extranjeras, bien mediante buques metaneros que transportan gas natural licuado (en adelante, GNL) hasta aquellos puertos españoles en los que existen plantas de regasificación, donde, a su vez, el gas es introducido en las redes de transporte, para ser conducido hasta los gasoductos de distribución existentes en una determinada zona, que, en líneas generales, coincide, aunque no siempre, ni necesariamente, con un término municipal ².

El suministro de gases combustibles por canalización requiere una conexión física, mediante gasoducto, entre el suministrador y el consumidor final, de lo cual se deriva la tendencia a que el pro-

¹ Salvo que otra cosa indique, los preceptos citados en el texto y en las notas a pie de página, son de la LH y, concretamente, de la versión inmediatamente anterior a la LT. Principales abreviaturas utilizadas: **CNE**: Comisión Nacional de Energía; **DG**: Directiva 2003/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural; **DG de 1998**: 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; **GNL**: Gas Natural Licuado; **LH**: Ley núm. 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos; **LT**: Ley núm. 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural; **GTS**: Gestor Técnico del Sistema Gasista; **RB**: Red Básica de gas natural; **RDL**: Real Decreto-Ley; **SG**: Sistema Gasista.

² *Vid.*, ampliamente, sobre los aspectos técnicos y económicos de la industria del gas, ÁLVAREZ PELEGRY, E. y BALBÁS PELÁEZ, J., *El Gas Natural. Del yacimiento al consumidor*, ed. Dossat, Madrid 2000, *in toto*.

pietario de la red de gasoductos, no solo distribuya el gas por la red, sino que, también, lo suministre al consumidor, de forma que la empresa distribuidora tiende a ser, simultáneamente, la propietaria de la red, su gestora, y la suministradora exclusiva o monopolista a los consumidores conectados a su red, quienes, por tanto, carecen, normalmente, de libertad para elegir otro suministrador. Semejante tendencia a la exclusiva o monopolio acontece, igualmente, en el caso de las redes de transporte, dado que el transportista no solo gestiona sus redes para conducir el gas hasta la red de distribución, sino que lo vende a la empresa distribuidora, para que, a su vez, lo suministre a los consumidores finales, careciendo el distribuidor de libertad, por lo general, para abastecerse de otra fuente que no sea el transportista a cuyas redes están conectadas las suyas. Adviértase que el concepto legal de transporte de gas natural se extiende, además de a los gasoductos, a las plantas de regasificación y a los almacenamientos subterráneos (también llamados estratégicos o básicos) de gas natural, dada la estrecha vinculación entre unos y otros.

Esta peculiar organización del sistema gasista se explica, en gran medida, porque las actividades de gestión de las redes de transporte y de distribución de gas natural son, desde un punto de vista económico, monopolios naturales, donde la eficiencia no se alcanza, como es lo normal en otras actividades económicas, mediante la existencia de una pluralidad de oferentes y demandantes, sino mediante la existencia de una sola empresa propietaria y gestora de la red, y donde no es posible, en términos económicos, que se dupliquen las redes, pues los costes marginales de la actividad son decrecientes. Por otra parte, las redes de transporte y distribución de gas natural presentan economías de escala, lo cual, a su vez, determina que el incentivo principal para que una empresa construya una red de gasoductos, o para que amplíe la existente, sea la exclusiva en el suministro a los consumidores que quedan conectados a esa red, pues de esa manera tiene garantizada la recuperación de la inversión. Adicionalmente, otras exigencias técnicas, medioambientales, de ordenación del territorio y urbanísticas, imponen nuevos argumentos en contra de la posibilidad de duplicar las redes de transporte y distribución de gas natural. Paralelamente, aunque con un alcance distinto, las instalaciones necesarias para el desarrollo de las actividades de transporte y distribución, pueden ser consideradas como instalaciones esenciales para la competencia ³. La Ley núm. 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (en adelante, LH ⁴), se refiere a estas características de las redes de transporte y distribución, pero solo en 2005 hizo el legislador una referencia explícita al carácter de monopolio natural, con motivo de la variación del régimen jurídico del otorgamiento de nuevas autorizaciones para la distribución ⁵.

³ En expresión inglesa, *essential facilities*.

⁴ BOE núm. 241, de 8 de octubre de 1998. Ha sido objeto de varias modificaciones.

⁵ Dice el párrafo 8.º de la Exposición de Motivos de la LH que «al no tener sentido económico la duplicidad de estas interconexiones, el propietario de la red se configura como un monopolista del suministro». En realidad, el autor de la Exposición de Motivos incurre en una elipsis, porque lo cierto es que el carácter de monopolio natural de las redes de transporte y distribución tiene como consecuencia que no deba admitirse –por razones de eficiencia– una duplicidad de redes, pero no, ineluctablemente, que el propietario de la red deba monopolizar el suministro. El monopolio del suministro es, en ese contexto, una consecuencia, más bien, de las economías de escala presentes en las inversiones en redes de transporte y distribución. La Exposición de Motivos del RDL núm. 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005: en adelante, RDL 5/2005), en su Apartado III, párrafo 5.º, cuando explica el nuevo régimen de la distribución de gas natural introducido por el RDL se expresa así: «Otras reformas adoptadas se orientan a eliminar prácticas ineficientes en el ámbito de la distribución, como la coexistencia de varios distribuidores en un mismo ámbito territorial que puede llevar a la existencia de instalaciones redundantes y aumentar los costes de mantenimiento, con la consiguiente pérdida de

En atención a las circunstancias descritas, las actividades de transporte y distribución de gas natural son configuradas, normativamente, como actividades reguladas, a diferencia de otras actividades gasistas, las cuales, al no presentar esas características, son actividades liberalizadas o no reguladas, como, en particular, el suministro. El ejemplo de las actividades gasistas reguladas nos ilustra sobre la existencia de un concepto preciso de regulación –frente a la tendencia a identificarlo con el concepto de *normación*–, definida como aquella función pública dirigida a crear las condiciones más parecidas a la competencia en situaciones de monopolio natural, según sea posible. Mediante la recuperación del concepto de monopolio natural, y la insistencia en la necesidad de que quede sujeto a regulación pública, no se trata, sin embargo, de regresar a un paradigma antiguo, bajo el cual los monopolios naturales (auténticos o falsos), sirvieron para justificar intervenciones administrativas, limitativas o restrictivas de la libertad, sino, por el contrario, de extraer de la existencia de un monopolio natural todas las consecuencias que sean necesarias, y solo las necesarias, con la finalidad puesta, ahora, en fomentar la competencia, hasta donde eso sea posible.

2. La separación de actividades, núcleo del proceso de creación de un mercado interior europeo del gas natural.

Hace veintidós años, cuando la Comisión Europea diseñó la idea de un mercado interior europeo ⁶, uno de los principales obstáculos identificados para la consecución de un mercado de la energía, plenamente integrado y operativo, fue la integración vertical de las empresas energéticas europeas, que estaba acompañada, entonces, y aún ahora, por el disfrute de un monopolio, de hecho o de derecho, sobre el uso de las redes y, por ende, sobre el suministro final. Es lógico, por tanto, que, en los últimos años, el núcleo de las normas comunitarias que tienen por objeto el mercado del gas, esté constituido por aquellas previsiones que tratan de hacer frente a ambos obstáculos, como hizo, tímidamente, no obstante, 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 de 1998) ⁷, y, en mayor medida, tanto la Directiva 2003/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (en adelante, DG ⁸), que

eficiencia. A través de las reformas que se introducen, se evitan estas prácticas, partiendo de la premisa de que la distribución, tanto de electricidad como de gas natural, es una actividad regulada, que tiene carácter de monopolio natural, y sin perjuicio de que se habiliten cauces para el acceso de terceros a la red de distribución o la competencia por las autorizaciones, que eviten comportamientos oportunistas de los distribuidores». La idea de monopolio natural estuvo presente, desde el principio del proceso de liberalización, en el sector eléctrico, pues el párrafo primero de la Exposición de Motivos de la LSE incluye, en efecto, la siguiente frase: «el transporte y la distribución de electricidad constituyen un monopolio natural: se trata de una actividad intensiva en capital, que requiere conexiones directas con los consumidores, cuya demanda de un producto no almacenable –como la energía eléctrica– varía en períodos relativamente cortos de tiempo» (el subrayado es mío).

⁶ *Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council* (Milán, 28-29 de junio de 1985): COM(85) 310, junio de 1985. Vid. VASCONCELOS, J., *La armonización de las regulaciones nacionales: hacia el mercado único de la energía*, en «Energía: del monopolio al mercado. CNE, diez años en perspectiva», ed. Civitas/CNE, Madrid 2006, págs. 565-583.

⁷ DO L 204, de 21 de julio de 1998.

⁸ DO L 176, de 15 de julio de 2003. Un completo análisis del significado de las normas europeas sobre el mercado interior del gas natural, se encuentra en SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M.M., *La regulación del sector del gas natural*, ed. Tirant Lo Blanch,

deroga la DG de 1998, como el Reglamento (CE) núm. 1775/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de septiembre de 2005, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural⁹. Los notables avances realizados entre la DG de 1998 y la DG se explican, en gran parte, por la constitución del Foro Europeo de la Regulación del Gas (o Foro de Madrid), constituido por la Comisión Europea en 1999, precisamente, entre otros objetivos, para examinar el proceso de transposición de la DG de 1998 y proponer nuevas medidas¹⁰.

Los debates públicos que, típicamente, han rodeado el proceso de adopción de las normas comunitarias mencionadas, tienden a contraponer la libre competencia con la seguridad de suministro, dada la estructura de los mercados internacionales de gas, dado que el abastecimiento de gas en Europa depende de unos pocos países (principalmente, fuera de la UE, Noruega, Rusia y Argelia), y dadas, en definitiva, las fórmulas contractuales empleadas, caracterizadas por el largo plazo y las cláusulas *take or pay*¹¹. Aun cuando la seguridad del suministro energético es, todavía, una responsabilidad, fundamentalmente, de cada Estado miembro de la UE, y así estaba reflejado, también, de alguna manera, en el artículo III-157, del fallido Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa¹², es lógico que, si tratamos de caminar hacia una política energética europea común, las instituciones comunitarias hayan tomado decisiones en el campo de la seguridad, como, por ejemplo, en el sector del gas, la Directiva 2004/67/CE del Consejo, de 26 de abril de 2004, relativa a unas medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas natural¹³. Las peculiares circunstancias de los mercados del gas convierten en problemática, desde el punto de vista de la seguridad, la apertura del mercado y la introducción de competencia, porque, en principio, provocan una cierta deficiencia inversora en las redes necesarias para llevar el gas natural hasta los puntos de consumo, y, en definitiva, para garantizar el suministro.

Las dos instituciones jurídicas sobre las que, principalmente, pivota el proceso de creación de un mercado interior europeo del gas natural, son la separación de actividades¹⁴ y el acceso de terceros a la red (en adelante, ATR)¹⁵, persiguiéndose, con la primera, que las actividades de gestión de las redes gasistas (fundamentalmente, el transporte y la distribución de gas), estén separadas de las actividades de producción de gas y de suministro a los consumidores, y, con la segunda, que los suministradores de gas natural, y sus clientes, tengan garantizado el acceso a las redes. Se trata,

Valencia 2006, págs. 167-219. *Vid.*, también, RASINES GARCÍA, L., *La construcción del mercado único europeo del gas natural*, en «Boletín Económico del ICE», núm. 2808 (2004), págs. 11-27.

⁹ DO L 289, de 3 de noviembre de 2005.

¹⁰ En la página web del Foro (http://ec.europa.eu/energy/gas/madrid/index_en.htm), que, desde su constitución, ha mantenido 12 reuniones, se encuentra documentación de gran interés. *Vid.* HANCHER, L. y DEL GUAYO, I., *The European Electricity and Gas Regulatory Forums*, en Barton, Barrera-Hernández, Lucas y Ronne (editores), «Regulating Energy and Natural Resources», Oxford University Press 2006, págs. 243-261.

¹¹ *Vid.* QUINTO ROMERO, J. de, *Seguridad de suministro: un valor en alza para la política energética y en la política de seguridad nacional*, UNISCI Discusión Papers, núm. 13 (2007), págs. 185-199.

¹² El Anteproyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa fue presentado por el *Praesidium* a una sesión plenaria de la Convención el 28 de octubre de 2004: CONV 369/02.

¹³ DO L 127, de 29 de abril de 2004.

¹⁴ *Unbundling*, en expresión inglesa.

¹⁵ *Third Party Access* o *TPA*, en expresión inglesa.

por tanto, de dos instituciones complementarias e inseparables en la consecución del objetivo de la liberalización del mercado, hasta el punto que todo el proceso normativo en la UE, en los últimos veintidós años, puede resumirse como una progresiva profundización en la idea de que la introducción de competencia pasa por el establecimiento de un sistema tal de separación tal de actividades, que se facilite el acceso a las redes ¹⁶.

3. Finalidades del régimen separación entre actividades gasistas.

La separación de actividades y el ATR persiguen, por tanto, fomentar la aparición de competencia en el mercado, pues si hay una correcta separación de actividades, se facilita, a su vez, que las redes sean utilizadas por suministradores y consumidores ajenos a los propietarios de las instalaciones de transporte y distribución. Concretamente, las previsiones sobre separación de actividades en el sector del gas natural, tienen como finalidad la garantía de la competencia en el mercado, como claramente se infiere tanto de la DG de 1998, como de la DG ¹⁷, porque las empresas integradas verticalmente que actúan en el sector, se verían tentadas –en ausencia de un régimen jurídico que imponga una cierta separación entre actividades–, por un lado, a trasvasar recursos provenientes de las actividades reguladas para ganar mayor cuota en el mercado liberalizado (este es el fenómeno de las subvenciones cruzadas ¹⁸), de forma que los pequeños consumidores podrían estar financiando a los grandes consumidores, y, por otro lado, a dar acceso preferencial a las redes de transporte y distribución a las empresas integradas en el propio grupo, provocando, todo ello, distorsiones en la competencia.

La separación de actividades tiene, adicionalmente, la finalidad de garantizar el suministro de gas natural en dos sentidos: por un lado, en un contexto de libertad y de competencia, resulta necesario garantizar que las empresas gasistas invierten adecuadamente en el mantenimiento y la extensión de las redes, para que el suministro de gas sea regular y continuo, y para atender a nuevos suministros; siendo esto así, la separación entre el negocio de red –regulado–, y el negocio de suministro –liberalizado–, parece, en principio, un instrumento adecuado para que los intereses de las actividades liberalizadas no entren en conflicto con los propios de las actividades reguladas y, por tanto, para que las decisiones de inversión de las empresas que llevan a cabo las segundas, no estén indebidamente mediatizadas por las primeras; por otro lado, la separación de actividades contribuye a garantizar la seguridad de suministro, cuando, una vez jurídicamente separadas las sociedades, se controlan las tomas de participaciones entre dichas sociedades, por cuanto esas operaciones podrían poner en riesgo el correcto desempeño de las actividades reguladas, si, por ejemplo, para proceder

¹⁶ Dice la Comisión Europea, en efecto, en las primeras líneas de la *Nota de la Dirección General de Energía y Transporte sobre las Directivas CE/54/2003 y CE/55/2003, relativas al Mercado Interior de la electricidad y el gas natural, de 16 de enero de 2004* (en adelante, Nota Aclaratoria), que «para asegurar un acceso no discriminatorio a la red y evitar conflictos de intereses, es necesario separar el negocio de red (monopolio natural) de aquellas actividades de las empresas verticalmente integradas que compiten en el mercado, en particular la producción y el suministro».

¹⁷ Considerando núm. 22 de la DG de 1998 y Considerando núm. 10 de la DG.

¹⁸ *Vid.* HANCHER, L., y SIERRA, B, *Cross-subsidisation and EC Law*, en «Common Market Law Review», núm. 35 (1998), págs. 901-945.

con la toma de participaciones en sociedades que llevan a cabo actividades liberalizadas, se empleasen recursos financieros provenientes de la distribución o del transporte ¹⁹.

4. Formas de separación.

Como una exigencia inicial, y mínima, las normas jurídicas vienen exigiendo a las empresas que desarrollan más de una actividad en el sector del gas, que lleven cuentas separadas para cada una de tales actividades. Esta es la llamada separación *contable* ²⁰. Un segundo escalón acontece cuando, adicionalmente, se exige que las actividades de transporte y distribución de gas sean gestionadas por personas jurídicas distintas de aquellas que llevan a cabo las actividades de producción o suministro, aun cuando todas ellas estén integradas en el mismo grupo de empresas o, en general, aun cuando estén verticalmente integradas. Esta es la llamada separación *jurídica o legal*. Un tercer escalón consiste en adoptar ulteriores medidas, para garantizar la independencia en la gestión de las empresas de transporte y distribución, por un lado, de las dedicadas a las actividades de producción y suministro, por otro, respetando, sin embargo, la posibilidad de que las empresas independientemente gestionadas sigan integradas en un mismo grupo, es decir, respetando la integración vertical. Esta es la llamada separación *funcional*, que es la última medida adoptada en el proceso de progresiva integración y liberalización de los mercados europeos del gas, concretamente, por la DG.

5. Medidas que podrían adoptarse en el futuro.

En la determinación de la separación deseable y, por tanto, de la organización óptima del ATR, late una antigua discusión en torno al tipo óptimo de regulación aplicable. Para algunos, parece que el diseño, *ab initio*, de una estructura adecuada del negocio gasista, con una clara y estricta separación –como la propietaria– entre las actividades de red, por un lado, y del negocio del suministro, por otro, disminuye la necesidad de proporcionar reglas detalladas sobre el modo en que las empresas propietarias de las redes deben dar acceso a terceros, y, a la postre, facilita el acceso mismo. En otras palabras, parecería que cuanto más radical y completa fuese la separación entre las redes y el suministro, más eficiente sería el acceso, pues las empresas de transporte y distribución carecerían de incentivos adicionales para favorecer a alguna empresa de suministro, en particular. Otros, sin embargo, son partidarios de una regulación conductual, que no implique medidas tan drásticas como la obligación de desinvertir en los negocios de red, y que conduzca a la elaboración de códigos que establezcan las reglas necesarias para evitar que los propietarios de las redes, en materia de ATR, incurran en prácticas discriminatorias y anticompetitivas ²¹.

¹⁹ Esta última perspectiva, desde la que examinar la separación de actividades, es una de las perspectivas dominantes en el ordenamiento jurídico español: *vid.* epígrafe III.4, *infra*.

²⁰ Esta era la única separación impuesta por la DG de 1998: *vid.* CROSS, E., HANCHER, L. y SLOT, P. J., *EC Energy Law*, en Roggenkamp, M. *et alii* (editores), «Energy Law in Europe. National, EU and International Law and Institutions», Oxford University Press, Oxford 2001, págs. 308-313.

²¹ Por ejemplo, la canciller alemana, Sra. Merkel, en una entrevista publicada en el diario *Financial Times*, de 6 de marzo de 2007, afirmaba lo siguiente: «Estoy a favor de la competencia. Es un presupuesto para una eficiente política energé-

En el futuro, los ulteriores pasos que podrían darse, para el acrecentamiento del nivel de competencia, son, entre otros, que pudieren llegar a concebirse, bien la introducción de un sistema de operador independiente del sistema (sistema ISO ²²), donde, aun cuando las redes siguen siendo propiedad de las empresas gasistas verticalmente integradas, son gestionadas por un operador desvinculado e independiente de ellas, bien el establecimiento de una separación *propietaria* o *estructural*, habiéndose decantado la Comisión Europea –con objeto de atajar, en su opinión, la verdadera causa de la escasa competencia en el mercado de la energía–, por la segunda de esas opciones, consistente en que la propiedad sobre los activos regulados, es decir, sobre las redes de transporte y distribución, debe estar completamente separada de la propiedad sobre las empresas que desarrollan actividades gasistas liberalizadas, como el suministro, de forma que se ponga fin a la posibilidad de que las empresas gasistas estén verticalmente integradas, y de que, por tanto, haya una propiedad común sobre las sociedades de transporte y distribución, de un lado, y la sociedades que produce o suministran gas natural, de otro. La Dirección General de Competencia de la UE, tras la investigación llevada a cabo en el sector energético europeo, concluyó, en materia de separación de actividades, que es esencial, en efecto, resolver los endémicos conflictos de intereses, inherentes a la integración vertical entre las actividades de red y las actividades de suministro, que han conducido a una falta de inversión en infraestructura, y a prácticas discriminatorias; es crucial asegurar que los propietarios de las redes, y sus gestores, no gozan de incentivos, distorsionados por los intereses de empresas subsidiarias de suministro, particularmente, en un momento, como el presente, cuando se requieren grandes inversiones en Europa para asegurar el suministro y para integrar unos mercados con competencia; para conseguir lo anterior, será necesario reforzar el insuficiente nivel actual de separación, algo que, a su vez, facilitará la cooperación entre los operadores de redes; es evidente, desde un punto de vista económico, que una separación propietaria completa es el modo más efectivo para asegurar que los consumidores puedan elegir el suministrador y para fomentar la inversión, dado, por un lado, que unas empresas de red, separadas, no están influenciadas por los intereses superpuestos de las empresas de producción o de suministro, en lo que concierne a las decisiones en materia de inversión, y, por otro lado, que se evita la existencia de una regulación detallada y compleja que, a su vez, impone barreras administrativas desproporcionadas. Por el contrario, aunque la fórmula ISO mejoraría la situación actual, requeriría una regulación más detallada, prescriptiva, costosa, y menos eficiente para abordar el problema de la ausencia de incentivos para invertir en las redes; además, no existen efectos sinérgicos significativos ligados a la integración vertical y, de hecho, la experiencia muestra que allí donde se ha impuesto la separación estructural, han seguido prosperando, tras la separación, los negocios de red y los de producción y suministro ²³.

A pesar de esta clara toma de postura de la Comisión, entre las conclusiones del último Consejo Europeo, se incluye un Plan de Actuación, en el cual no se menciona la separación estructural,

tica europea. Estoy, también, a favor de la creación de la infraestructura para que la competencia tenga lugar, como, por ejemplo, las interconexiones. La separación, sin embargo, es un asunto diferente. Tenemos muy diversas tradiciones en Europa. Catorce Estados miembros de la UE tienen ya un régimen de separación y otros, como Alemania, gozan de una tradición diferente. No pienso que la competencia pueda ser reducida al problema de la separación. La privación a los productores de sus redes no garantiza que habrá más competencia. Lo que se necesita es un robusto sistema de regulación que incentive la competencia. En algunos países, la separación entre los servicios y la infraestructura ferroviarios no mejoró la calidad de las redes».

²² En expresión inglesa, *Independent System Operator*.

²³ Las ideas de este párrafo son las que se exponen en *DG Competition report on energy sector inquiry*, SEC(2006)1724, de 10 de enero de 2007.

sino que, tan solo, se reafirma la necesidad de una efectiva separación entre las actividades de producción y suministro, de un lado, y de la operación de las redes, de otra, basada en una adecuada regulación –y en una gestión independiente– de las redes, de forma que se garantice, tanto un ART a las infraestructuras de transporte, igualitario y abierto, como una independencia en las decisiones relativas a la inversión en infraestructura ²⁴.

II. LA LEY DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE HIDROCARBUROS, CON OBJETO DE ADAPTARLA A LA DIRECTIVA CE/55/2003

1. La transposición en España de la DG.

El plazo de transposición de la DG terminó el 1 de julio de 2004, y España incumplió, ampliamente, ese plazo, a pesar de que, en 2006, se aprobó una Orden Ministerial con el propósito de acomodarse a algunos aspectos de la DG, concretamente, a los relativos a la separación contable, y, aún en ese campo, la transposición es incompleta y carece del contexto adecuado ²⁵. El hecho cierto es que el Reino de España fue condenado por el TJUE, mediante Sentencia de 19 de noviembre de 2006, por no haber transpuesto al ordenamiento interno la DG ²⁶. En el caso español, la impuntualidad en la transposición de la DG se explica (aunque no se justifica), por una serie de circunstancias. En primer lugar, España cumplía, a diferencia de otros países de la UE, con las exigencias de la DG, en un significativo número de aspectos, antes, incluso, de que fuera aprobada y, de modo singular, España cumplía ya con el mandato, contenido en la DG, de que el mercado de gas estuviese completamente abierto antes del 1 de julio de 2007, pues, en nuestro país, todos los consumidores –con independencia de su nivel de consumo– gozan de libertad para elegir suministrador desde el 1 de enero de 2003 ²⁷; sin embargo, otras previsiones de la DG, como, por ejemplo, la separación funcional entre la distribución y el suministro, no estaban todavía incorporadas a nuestro ordenamiento, cuando se cumplió el plazo para llevar a cabo la transposición. En segundo lugar, el notable retraso en la transposición de la DG, encuentra una explicación en el calendario electoral; en efecto, una de las primeras decisiones del nuevo Gobierno, elegido en marzo de 2004, fue encargar un estudio sobre las reformas necesarias en el sector eléctrico, incluyendo un análisis sobre el modo en que había de transponerse la Directiva eléctrica, de manera que el retraso en las decisiones relativas al sector eléctrico, conllevó una demora en la transposición de la DG, dada la estrecha vinculación

²⁴ Consejo de la Unión Europea, 7224/07, CONCL 1, Anexo I, Bruselas, 9 de marzo de 2007.

²⁵ Orden ITC/2348/2006, de 14 de julio, por la que se establecen las normas de presentación de información contable para las empresas que desarrollen actividades de gas natural y gases manufacturados por canalización (BOE núm. 173, de 21 de julio de 2006). Por medio del dictamen núm. 682/2006, el Consejo de Estado informó el Proyecto de Orden Ministerial, y llamó la atención sobre lo inhabitual de este rango de norma de transposición, aunque lo consideró aceptable, ya que antes existía una ley española (la LH), y otras normas aprobadas previamente.

²⁶ Sentencia dictada en el Asunto C-357/05 (DO C 331, de 30 de diciembre de 2006).

²⁷ Por obra de la modificación de la disposición transitoria 5.ª de la LH, llevada a cabo por el artículo 11 del RDL núm. 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (BOE núm. 151, de 24 de junio de 2000) (en adelante, RDL 6/2000).

entre ambas Directivas y, a la postre, entre el mercado eléctrico y el gasista; la necesidad de esperar al estudio mencionado (que finalizó en junio de 2005)²⁸, explica que no se hiciera una mención a la necesidad de transponer ambas Directivas, en la reunión del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, en el cual, a propuesta de varios Ministerios, se suscribió un Acuerdo por el que se adoptaron *mandatos* para poner en marcha medidas de impulso a la productividad, incluyendo varios relativos al sector energético²⁹.

Un Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes Generales en septiembre de 2006, tuvo por finalidad la modificación de la LH, con objeto, a su vez, de proceder a la transposición, a nuestro ordenamiento, de la DG. Ese Proyecto se ha convertido en la Ley núm. 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural³⁰.

2. Líneas maestras de la reforma.

2.1. El sistema vigente antes de la reforma.

Antes de la LT, los transportistas podían adquirir gas, en origen, para su venta a otros transportistas, o para su venta a los distribuidores que estuviesen conectados a sus redes, para que los distribuidores atendiesen los suministros a tarifa a consumidores no cualificados³¹. Adviértase que los transportistas no suministraban a los distribuidores, ni a otros transportistas, sino que les *vendían* gas. Por su parte, los distribuidores solo podían adquirir gas de los transportistas, para atender el suministro a consumidores a tarifa (no cualificados), a un precio, llamado de cesión³². Como refuerzo de la separación jurídica establecida entre el transporte y/o la distribución, por un lado, y la comercialización, por otro, la LH establecía, inicialmente, que los consumidores no cualificados (los sujetos a tarifa) solo podían suministrarse de los distribuidores³³, y que los consumidores cualificados solo

²⁸ PÉREZ-ARRIAGA, J.I. (director), *Libro Blanco sobre la reforma del marco regulatorio de la generación eléctrica en España*, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid 2005.

²⁹ BOE núm. 79, de 2 de abril de 2005.

³⁰ BOE núm. 158, de 3 de julio de 2007. El Proyecto tenía el siguiente título: «Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural»: BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-102-1, de 8 de septiembre de 2006. Las enmiendas presentadas al Proyecto están en BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-102-14, de 16 de enero de 2007. El Informe elaborado por la Ponencia se encuentra en BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-102-15, de 13 de marzo de 2007. De la aprobación en la Comisión de Industria, Comercio y Turismo, se da cuenta en el Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, núm. 776, de 14 de marzo de 2007. El texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado se encuentra en BOCG, Senado, núm. II-91-a, de 30 de marzo de 2007. Las Enmiendas del Senado están en BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-102-17 de 7 de junio de 2007.

³¹ Artículos 61.1, párrafo 1.º, y 68, letra b).

³² Artículo 75.1.

³³ Artículo 60.3, párrafo 3.º.

podían suministrarse de un comercializador, o bien adquirir gas para su propio consumo, en uno de los dos sentidos que la palabra *adquisición*, como distinta a *suministro*, tenía en la versión inicial de la LH, es decir, como adquisición en origen o directamente de un productor³⁴; en el primero de esos dos casos, los consumidores cualificados eran suministrados por un comercializador, siempre que, por supuesto, hubiesen ejercitado el derecho derivado de su condición de cualificados, es decir, siempre que hubiesen decidido ser suministrados por un comercializador, abandonando el suministro de un distribuidor, o, si eran nuevos consumidores, es decir, sin un distribuidor (suministrador) previo, siendo suministrados *ex novo* por un comercializador; inversamente, los distribuidores no podía suministrar gas a clientes cualificados, es decir, no podían comercializar gas³⁵ y los comercializadores no podían suministrar a clientes no cualificados³⁶. Con la decisión adoptada en 2000, consistente en convertir a todos los consumidores en consumidores elegibles, decisión que fue efectiva el 1 de enero de 2003, la situación varió un tanto, en la medida en que todos los consumidores tuvieron, desde entonces, el derecho a suministrarse de un comercializador, pero el proceso no ha dado los resultados perseguidos, entre otras razones, porque distintas circunstancias, como el encarecimiento del gas natural en los mercados internacionales, condujeron a que la tarifa *compitiense* con el precio libre ofrecido por los comercializadores, y el resultado ha sido que pocos consumidores han ejercitado su derecho, que otros regresaron del mercado libre a ser suministrados a tarifa administrativamente fijada, y que, por último, el comercializador elegido haya sido, precisamente, aquel integrado en el mismo grupo empresarial que el antiguo distribuidor/suministrador³⁷.

2.2. Las reformas de la Ley núm. 12/2007.

Para cambiar la situación descrita en el párrafo anterior, hacia una más liberalizada, la LT incluye tres tipos de reformas, pues, junto a la adopción de algunas medidas directamente ligadas a la transposición de la DG, contiene otras, destinadas a la introducción de más competencia en el mercado (no exigidas, propiamente, por la normativa comunitaria), así como, por último, una serie de mejoras o ajustes técnicos en la LH vigente. La legislación española cumplía ya con gran parte de las determinaciones de la DG, pero no en punto al régimen de separación de actividades, tal y como destaca la exposición de motivos de la LT, de ahí que, en líneas generales, la esencia de la reforma consista en los tres aspectos siguientes, sin perjuicio, por supuesto, de que todos ellos estén sujetos a un período transitorio, antes de su completa entrada en vigor: en primer lugar, se desligan las actividades de transporte y distribución, de la actividad de suministro de gas natural, de manera que, a partir de su entrada en vigor, el suministro va a ser llevado a cabo, exclusivamente, por las empresas comercializadoras; en segundo lugar, y dado que se mantiene la posibilidad de que, dentro de un mismo grupo empresarial, coexistan empresas de transporte, de distribución, y de comercialización,

³⁴ Artículos 60.3, párrafo 1.º; y 61.1, párrafo 3.º.

³⁵ Artículo 63.1.

³⁶ Artículo 82, letra b).

³⁷ Vid. DURBÁN ROMERO, R., *El proceso de liberalización en los sectores de la electricidad y el gas natural. Las opciones de suministro para los consumidores: una visión del proceso*, en «Energía: del monopolio...», o.c., págs. 277-306, y DEL GUAYO, I. y ARIÑO, G., *Liberalización y competencia en el sector del gas. Balance 1998-2003*, en ARIÑO ORTIZ, G. (Director), «Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados (1996-2003)», II, ed. Comares, Granada 2004, págs. 1-143.

se adoptan previsiones para la gestión independiente de cada una de esas actividades, mediante técnicas de separación funcional; en tercer lugar, se suprimen las tarifas administrativamente fijadas, y todos los consumidores podrán (y deberán) acudir a un mercado libre de suministro, pero algunos comercializadores tendrán la condición de suministradores de último recurso, una figura concebida para que los consumidores más pequeños puedan acogerse a un suministro cuyo precio seguirá estando controlado –incluso fijado– por la propia Administración.

De acuerdo con la versión de la LH inmediatamente anterior a la LT, el suministro de gas natural es realizado, bien por los distribuidores, bien por los comercializadores, siendo evidente, por tanto, que la reforma introducida por la LT tendrá una incidencia significativa en la actividad de distribución, que ya no podrá comprender actividades de suministro. Para entender de qué manera la LT afecta, desde el punto de vista del suministro, a los transportistas, son necesarias algunas explicaciones adicionales. De acuerdo con la versión inicial de la LH, los transportistas no suministraban gas natural, sino que lo *vendían* a los distribuidores o a otros transportistas y, en derecho español, el suministro es, exclusivamente, la venta de gas natural al consumidor final, con la obligación de que sea continua y regular, diferenciándose así de la simple venta, que tendría un carácter ocasional³⁸. La LH ha venido configurando la transacción entre transportistas y distribuidores, en efecto, como una *venta*, y no como un *suministro*³⁹, a pesar de que existen argumentos para defender que, en la versión de la LH inmediatamente anterior a la LT, la venta de gas natural, realizada por los transportistas a favor de los distribuidores, e incluso a favor de otros transportistas, era un verdadero suministro, que había de ser, también, regular y continuo⁴⁰. La DG, sin embargo, tiene un concepto más amplio de suministro, que incluye la actividad de compraventa que, en la actualidad, llevan a cabo los transportistas en España (fundamentalmente, ENAGAS)⁴¹, de ahí que, al exigir que los transportistas estén desligados de la actividad de suministro, la consecuencia es, en España, que debe también terminar la actividad de compraventa de los transportistas. Así lo hace la LT, pues los transportistas ya no van a desarrollar actividades de compraventa de gas natural, y, por eso, ya no adquieren gas natural (según la terminología original LH), ni incorporan gas al SG (según la terminología que introduce la LT).

La LT persiste en la línea de otras reformas que se realizaron en el año 2005 en materia de distribución, dirigidas, precisamente, a ahondar en las consecuencias derivadas de su consideración como monopolio natural; si bien tales reformas gozan de cierta racionalidad económica, en la medida en que prohíben el otorgamiento de nuevas autorizaciones de distribución en aquellas zonas en que ya exista un distribuidor, no parecen tener en cuenta que, en aquellas otras zonas, más o menos amplias, en las cuales no hay aún redes de distribución, sí parecería admisible un cierto grado de

³⁸ El artículo 31 del Real Decreto núm. 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2002) (en adelante RD 1434/2002), proporciona la siguiente definición de suministro: «A los efectos del presente Real Decreto se define el suministro de gas natural o gases manufacturados para su consumo final como su entrega, mediante contraprestación económica, en las condiciones de regularidad y calidad que resulten exigibles. Dicha entrega podrá efectuarse a través de las redes de transporte y distribución o en forma de gas natural licuado. El suministro solo podrá ser realizado por empresas distribuidoras o por empresas comercializadoras debidamente autorizadas».

³⁹ *V.gr.* artículo 61.1, primer párrafo, de la versión inicial de la LH.

⁴⁰ *V.gr.* artículo 68, letras a) y b), de la LH.

⁴¹ Artículo 2.º 7 de la DG: el suministro es «la venta y la reventa a clientes de gas natural, incluido el GNL».

competencia, precisamente para proceder al tendido de la red (competencia *para establecerse* en la zona), de ahí que, desde este punto de vista, sea un tanto simplista que las nuevas autorizaciones vayan a otorgarse, en todo caso, y *preferentemente*, al distribuidor ya establecido ⁴².

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES GASISTAS EN ESPAÑA, TRAS LA ADAPTACIÓN A LA DIRECTIVA 2003/55/CE

Este apartado contiene un análisis de la evolución normativa que ha experimentado en nuestro ordenamiento el régimen jurídico de la separación de actividades, desde que fue introducido por primera vez por la LH, hasta la reforma contenida en la LT, para adaptarse a la DG. La legislación española, en línea con las exigencias impuestas por el derecho europeo, también ha empleado la separación de actividades como principal herramienta para transformar el panorama que la industria del gas tenía en 1998, mediante la progresiva separación entre la propiedad de la infraestructura y el servicio que dicha infraestructura presta ⁴³.

1. Separación contable.

La versión inicial de la LH impuso a las empresas de gas que desarrollasen actividades de transporte, distribución y suministro a tarifa de gas natural, la obligación de llevar en su contabilidad interna cuentas separadas para cada una de esas tres actividades, tal y como se les exigiría si dichas actividades fuesen realizadas por empresas distintas ⁴⁴.

⁴² Las reformas aludidas en el texto, sobre la distribución, se encuentran en el RDL 5/2005, cuyos artículos 28 y 29, respectivamente, modifican el artículo 73 e introducen una disposición adicional 20.^a, y cuya disposición derogatoria única deroga las disposiciones transitorias quinta y decimoquinta de la LH.

⁴³ Exposición de Motivos de la LH, párrafo 8.º. Habla en concreto, de «la separación entre la propiedad de la infraestructura de transporte y el servicio que dicha infraestructura presta». Atendiendo al contexto en que esa afirmación se hace, y atendiendo, también, a las previsiones jurídicas concretas de la versión inicial de la LH, puede afirmarse que el autor de la Exposición de Motivos quiso decir «infraestructura de transporte y distribución», donde dice, simplemente, «infraestructura de transporte».

⁴⁴ Artículo 63.4, de la versión inicial de la LH. En relación con el suministro, téngase en cuenta que el artículo 63.4, párrafo 2.º, imponía a los distribuidores la obligación de llevar cuentas separadas de su actividad de *comercialización a tarifa*. La forma de expresarse de la LH en este punto era errónea, pues, por un lado, los distribuidores no podían comercializar gas natural (*vid.* antiguo art. 63.1 y 2), y, por otro lado, la comercialización, por definición, no podía ser *a tarifa* (administrativamente determinada), sino que el precio y las condiciones del suministro por un comercializador a un cliente eran libremente fijados por las partes. En el fondo, con la expresión *comercialización a tarifa* quería decir la LH *suministro a tarifa*. Adviértase cómo, a pesar de que en la versión inicial de la LH tanto los distribuidores como los comercializadores suministraban gas natural (los primeros de acuerdo con tarifas administrativamente determinadas, los segundos de acuerdo con precios libremente pactados con el cliente) existía una cierta tendencia, a identificar el suministro con la comercialización y, al mismo tiempo, a designar con el nombre de distribución, no solo la distribución propiamente dicha, sino también la actividad de suministro que llevaban a cabo los distribuidores. El *lapsus calami* del legislador en el precepto citado al comienzo de esta nota es un ejemplo de la tendencia a la identificación del suministro con la comercialización. No obstante, el artículo 10.3, letra p), del RD 1434/2002, se expresa correctamente y proporciona una interpretación auténtica del artículo 63.4, párrafo 2.º, cuando impone la siguiente obligación a los distribuidores: «Llevar en la contabi-

Tras las reformas que introduce la LT, permanece la obligación de separación contable impuesta sobre las sociedades que desarrollen actividades reguladas, aunque formulada de otra manera, lógicamente, pues, a su vez, varía el régimen de la separación jurídica. La separación contable adquiere, con la LT, un significado más claro, pues se completa con una separación funcional, y es difícil conseguir la primera sin la segunda ⁴⁵. Se exige ahora que las sociedades que desarrollen actividades reguladas lleven en su contabilidad cuentas separadas para cada una de ellas, que diferencien entre los ingresos y gastos estrictamente imputables a cada una de dichas actividades ⁴⁶. Adviértase, sin embargo, que, a pesar de que la nueva versión de la LH, al abordar la separación contable, remite al precepto donde se enumeran todas las actividades reguladas, no todas las actividades reguladas son compatibles entre sí, pues, jurídicamente, solo son compatibles, por un lado, las actividades de transporte (primario y secundario), de almacenamiento básico y de regasificación, y, por otro lado, las actividades de distribución y transporte secundario; en ese sentido, téngase en cuenta, en primer lugar, que permanece la obligación, introducida en 2000 en la LH, de que las sociedades que operen una instalación de la Red Básica (en adelante RB), tengan como objeto social exclusivo el transporte (y la regasificación y el almacenamiento básico), admitiéndose, también, que tengan activos de transporte secundario, y, en segundo lugar, que la LT permite que los distribuidores construyan, mantengan y operen instalaciones de la red de transporte secundario, pero debiendo llevar cuentas separadas.

Por su parte, los transportistas debían llevar cuentas separadas de sus operaciones de compra y venta de gas ⁴⁷. No estaba claro, a mi juicio, con la redacción inicial de la LH, si el transportista debía llevar cuentas separadas del transporte, la regasificación y el almacenamiento, pero la reforma del año 2000 vino a aclararlo en sentido afirmativo, con motivo de la decisión de convertir a ENAGAS en el Gestor Técnico del Sistema Gasista (en adelante, GTS), pues se obligó a los transportistas a llevar cuentas separadas de las actividades de regasificación, almacenamiento y transporte ⁴⁸. Adicionalmente, se dispuso en 2000 que el GTS llevara cuentas separadas que recogiesen los gastos e ingresos imputables a la actividad de gestión técnica del sistema ⁴⁹, una previsión que la LT, lógicamente, mantiene ⁵⁰.

La versión inicial de la LH permitía a las sociedades que desarrollasen actividades reguladas que tomaran, previa autorización, participaciones en sociedades operadoras en sectores distintos del gas natural, pero, en ese caso, debían llevar contabilidades separadas de todas aquellas actividades que

lidad interna cuentas separadas de las actividades de distribución y de la de suministro a clientes a régimen de tarifas». Las exigencias de separación contable debieron cumplirse en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la LH (disp. trans. 7.^a 1).

⁴⁵ QUINTO ROMERO, J. de, *En busca de un mercado competitivo de gas natural en España*, ed. Comares, Granada 2000. La idea está en pág. 70.

⁴⁶ Nuevo artículo 62.2, párrafo 2.º.

⁴⁷ Artículo 63.4, segundo párrafo.

⁴⁸ No estaba antes claro por la forma en que estaba redactado el artículo 64.4 (redacción que el RDL 6/2000 no modificó). Estando definido el transporte como la actividad consistente en transportar, regasificar y almacenar, podía entenderse que la separación contable afectaba al transporte y a la distribución, pero no a la regasificación y el almacenamiento dentro de aquel.

⁴⁹ Apartado 5 del artículo 63, introducido por el artículo 7, Cinco, del RDL 6/2000.

⁵⁰ Nuevo artículo 62.2, párrafo tercero.

realizasen fuera del sector del gas natural, así como de aquellas de cualquier naturaleza que realizasen en el exterior⁵¹. En un epígrafe posterior se explica cómo resulta tratada esta cuestión tras la LT⁵².

La finalidad de estas obligaciones de separación contable, en la versión inicial de la LH, era la evitación de discriminaciones, subvenciones entre actividades distintas, y distorsiones de la competencia⁵³. Tras la reforma llevada a cabo por la LT, la finalidad de las previsiones de la LH sobre separación contable es, obviamente, la misma, aunque se convierte en una finalidad genérica, que se persigue con todas las previsiones sobre contabilidad de las empresas gasistas, y no solo con las relativas a la separación contable de actividades⁵⁴.

2. Separación jurídica.

2.1. Antecedentes de la separación jurídica entre las actividades reguladas, y las actividades de producción y comercialización.

La versión inicial de la LH imponía determinadas obligaciones de separación jurídica a las empresas gasistas, consistentes en que las sociedades mercantiles que transportasen y/o distribuyesen gas natural debían tener como objeto social exclusivo el desarrollo de esas actividades reguladas, y no podían realizar actividades de comercialización de gas natural; por su parte, los comercializadores habrían de tener como objeto social único el ejercicio de la actividad de comercialización, y no podían realizar actividades de regasificación, almacenamiento, transporte o distribución⁵⁵.

De acuerdo con la versión de la LH, inmediatamente anterior a la LT, la incompatibilidad entre la distribución y la comercialización implicaba, tan solo, la incompatibilidad con el suministro en el mercado liberalizado, es decir, con el suministro a los consumidores cualificados, pero no significaba que la actividad de distribución estuviese desligada de la actividad de suministro a los usuarios, pues los distribuidores eran, precisamente, los sujetos del sistema obligados a suministrar, a la tarifa administrativamente fijada, a los consumidores no cualificados; por su parte, la incompatibilidad entre el transporte y la comercialización no desligaba a los transportistas, completamente, de la actividad de suministro, pues los transportistas podían, y aún debían, adquirir gas para vendérselo a otros transportistas, y a los distribuidores que estuviesen conectados a sus redes, para atender, precisamente, el suministro a tarifa a consumidores no cualificados; aunque se trataba de una *venta* y no

⁵¹ Artículo 63.5, que, en virtud del RDL 6/2000, pasó a ser el 63.7.

⁵² Sobre la toma de participaciones de las sociedades reguladas en otras empresas, *vid.*, ampliamente, el epígrafe III.4, *infra*.

⁵³ Artículo 63.4, de la versión inicial de la LH.

⁵⁴ Nuevo artículo 62.2.

⁵⁵ Versión inicial del artículo 63.1 y 2. Las exigencias de separación jurídica debieron cumplirse en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la LH (disp. trans. 7.ª 2), es decir, el 8 de octubre del año 2000, dado que la LH fue publicada en el BOE núm. 241, de 8 de octubre de 1998.

de un suministro propiamente dicho, el destino del gas vendido a los distribuidores era, a su vez, el suministro a tarifa, lo cual, como corolario, imponía a los transportistas que incorporasen gas al sistema la obligación de mantener unas existencias mínimas de seguridad equivalentes a treinta y cinco días de sus ventas firmes a distribuidores, para el suministro a clientes en régimen de tarifas ⁵⁶.

En la versión inicial de la LH se admitía, en efecto, que una misma sociedad transportase (con gasoductos de transporte primario o de transporte secundario), regasificase, operase almacenamientos estratégicos, distribuyese y suministrase a tarifa (es decir, a los clientes no cualificados), dada la forma en que el precepto pertinente de la LH establecía la obligación de separación jurídica (el cual se refería, además, al desarrollo, por parte de una misma sociedad, de *alguna o algunas* actividades reguladas) ⁵⁷, y dada, también, la obligación impuesta a los distribuidores de suministrar a los consumidores en régimen de tarifa ⁵⁸.

En este sentido, ha de advertirse que, en general, cuando la versión inicial de la LH mencionaba el transporte, sin ulteriores especificaciones, la mención debía entenderse hecha también a la regasificación y al almacenamiento; al mismo tiempo, toda mención genérica de la LH al transporte, había de entenderse hecha tanto al transporte primario, como al secundario y, en cuanto al almacenamiento, tanto al almacenamiento estratégico, como al operativo. Esto es así porque, de acuerdo con la versión inicial de la LH, los transportistas eran aquellas personas jurídicas titulares de instalaciones

⁵⁶ Versión inicial de los artículos 61.1, primer párrafo; 68, letra b), y 98.1, primer párrafo.

⁵⁷ La versión inicial del artículo 63.1 remitía, en efecto, al artículo 60.1, en cuyo párrafo primero remitía, a su vez, al artículo 58, en cuyo párrafo segundo enumeraba las actividades reguladas, es decir, la regasificación, el almacenamiento estratégico, el transporte y la distribución. Como se ve, la determinación de qué sociedades mercantiles quedaban obligadas a tener por objeto social exclusivo el transporte y/o la distribución, se hacía de modo indirecto, mediante una remisión al artículo 60.1, una remisión susceptible de provocar alguna pequeña confusión en el intérprete de la ley, pues al remitirse el artículo 63.1 al artículo 60.1, sin especificar si la remisión se hacía al párrafo primero o al párrafo segundo, tal remisión podía entenderse hecha a todo el apartado 1, y, por tanto, también, a su vez, al artículo 58, lo cual hubiese llevado al intérprete hasta una actividad gasista no regulada, que es la comercialización. La remisión del artículo 63.1, en efecto, al artículo 60.1 –sin especificar si la remisión se hacía al párrafo primero o al párrafo segundo– podría implicar, a su vez, la remisión al artículo 58, dado que el artículo 60.1 se iniciaba con las siguientes palabras: «las actividades realizadas por los sujetos a que se refiere el artículo 58 se desarrollarán en régimen de libre competencia»; en ese artículo 58 se mencionaba no solo a los transportistas y a los distribuidores, sino, también, a los comercializadores; así interpretado, el resultado hubiese sido, a todas luces, técnicamente incorrecto, pues eso hubiese implicado entender que la remisión del artículo 63.1 al artículo 60.1, conllevaba la remisión al artículo 58, precepto este último que no se refería solo a actividades reguladas sino también a la comercialización y al almacenamiento operativo, que no son actividades reguladas. Había que entender, por tanto, que la remisión al artículo 60.1, por parte del artículo 63.1, estaba hecha solo al párrafo segundo, y, por tanto, exclusivamente, a las actividades reguladas enumeradas en ese párrafo, es decir, al transporte, a la regasificación, al almacenamiento estratégico y a la distribución. Debemos señalar que el RDL 6/2000 no corrigió el defecto señalado en el artículo 63.1, pues el precepto siguió sin especificar si la remisión se hacía al primer párrafo o al segundo. El juego de remisiones no resultó alterado, en efecto, por el RDL 6/2000, cuyos artículos 7, Uno y 7, Tres, modificaron, respectivamente, los artículos 58 y 60.1 de la LH, en el primer caso para incluir al GTS (como letra b) dentro de los sujetos del Sistema Gasista, junto a los transportistas, los distribuidores y los comercializadores, en el segundo para cambiar las palabras «a que se refiere el artículo 58» por estas otras: «a que se refieren los apartados a), c) y d) del artículo 58»; así las cosas, lógicamente, la solución a la duda relativa a si la remisión del artículo 63.1 al artículo 60.1, era una remisión al párrafo primero o al segundo, era, también, tras el RDL 6/2000, la solución ya señalada respecto de la versión anterior de la LH: la remisión debió seguir siendo entendida como remisión al párrafo segundo del artículo 60.1.

⁵⁸ Versión inicial de los artículos 63.1 (que remitía al art. 60.1; la remisión debía entenderse hecha solo al párrafo segundo: *vid. nota a pie de página anterior*), y 79.1.

de regasificación de GNL, de transporte o de almacenamiento de gas natural⁵⁹, y, en consecuencia, cuando la LH no realizaba matización alguna, la mención al transporte había de entenderse hecha tanto a gasoductos de transporte secundario como a gasoductos de transporte secundario, y tanto a almacenamientos estratégicos, como al almacenamiento operativo (salvo que, del contexto, se infiriese claramente otra cosa). Sin embargo, cuando la versión inicial de la LH mencionaba el transporte en el precepto relativo a la separación de actividades, sí introducía una especificación, pues remitía al precepto donde se enumeraban las actividades reguladas⁶⁰, y, por tanto, la mención al transporte, en ese supuesto, debía entenderse hecha, no a todas las actividades que el transporte comprendía⁶¹, sino solo al transporte (primario y secundario), a la regasificación y al almacenamiento estratégico, pero no, en concreto, al almacenamiento operativo. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la conclusión a que ha de llegarse es que, como se ha indicado al comienzo de este párrafo, una misma sociedad podía, de acuerdo con la versión inicial de la LH, tener como objeto social la regasificación, el almacenamiento estratégico, el transporte (primario y secundario), la distribución y el suministro a tarifa. A continuación, examino el modo en que esta posibilidad fue modificada, parcialmente, en el año 2000.

2.2. En particular, la obligación de separación jurídica de las empresas operadoras de instalaciones de la Red Básica de gas natural.

En el año 2000 se impuso una cierta –no completa, por tanto– separación jurídica entre el transporte y la distribución, pues se obligó a las sociedades que fuesen titulares de alguna instalación de la RB de gas natural, que tuviesen como único objeto social la actividad de transporte (incluyendo, por supuesto, la regasificación y el almacenamiento)⁶². Con ocasión de esa reforma se aclaró que, no obstante la obligación de que la actividad de la sociedad se ciñese al transporte, la sociedad titular de alguna instalación de la RB podría incluir entre sus activos gasoductos de la red secundaria de transporte, una aclaración que, en cierto modo, a mi juicio, era innecesaria, si se tiene presente, por un lado, que la propia LH encomendaba a los transportistas el desarrollo y la ampliación de la red de transporte secundario⁶³, y, por otro lado, que la nueva obligación introducida en 2000 consistía en tener como objeto social exclusivo el transporte, el cual, por definición, en la versión entonces vigente de la LH, incluía tanto el transporte primario, como el secundario. En todo caso, la aclaración contribuía, al mismo tiempo, pero de modo inverso, a comprender que la LH permitía que una misma sociedad mercantil tuviese como objeto social la distribución y el transporte secundario y, por ende, que tuviese activos de distribución y de transporte secundario. Como se ve, por tanto, la novedad de la reforma de 2000 radicó en que una misma sociedad mercantil no podría tener por objeto social la distribución y el transporte primario (ni ninguna de las actividades relativas a las instalaciones de la RB), pero sí podría tener por objeto social, simultáneamente, por un lado, el transporte primario y secundario, la regasificación y el almacenamiento, y, por otro, la distribución y el transporte secundario.

⁵⁹ Versión inicial del artículo 58, letra a).

⁶⁰ Versión inicial del artículo 63.2.

⁶¹ De acuerdo con la versión inicial del artículo 58, letra a).

⁶² Apartado 3 del artículo 63, introducido por el artículo 7, Cinco, del RDL 6/2000. Las instalaciones pertenecientes a la RB estaban enumeradas en el artículo 59.2. La actividad de transporte estaba definida en el artículo 58 a).

⁶³ Versión inicial del artículo 66.2.

La obligación impuesta en 2000, sobre las sociedades titulares de alguna instalación de la RB, se introdujo al mismo tiempo que ENAGAS quedaba erigida como GTS⁶⁴, y es en ese contexto como hay que interpretar aquella obligación, pero no deben confundirse ambas decisiones, ni mucho menos incurrir en el error de pensar que solo ENAGAS, a partir de esta reforma, pudo ser la única sociedad titular de instalaciones de la RB. Las medidas adoptadas sobre ENAGAS persiguieron, por un lado, reforzar su carácter de transportista –con exclusión del ejercicio de cualquier otra actividad–, y, por otro lado, permitir que mantuviese entre sus activos gasoductos de transporte secundario. En el año 2000, momento en que se introdujo esta nueva obligación de separación jurídica, ENAGAS estaba integrada en el Grupo Gas Natural, y era la principal, y casi exclusiva, sociedad titular de instalaciones de la RB de gas natural, y aún hoy lo sigue siendo. En ese año 2000 se estableció que ninguna persona física o jurídica pudiese participar directa o indirectamente en el accionariado de ENAGAS, en una proporción superior al 35 por 100 del capital social o de los derechos de voto de la entidad⁶⁵, lo cual obligó a Gas Natural a desinvertir en ENAGAS, al menos en un 65 por 100 de sus acciones, de forma que ENAGAS se convirtió en una empresa potencialmente independiente del Grupo Gas Natural⁶⁶, y siguió siendo, además, la sociedad titular de la práctica totalidad de las instalaciones de la RB, y, en cuanto tal, quedó afectada por la obligación de tener como objeto social único el transporte, pudiendo, no obstante, mantener activos de la red secundaria de transporte. Como GTS, ENAGAS devino en responsable de la operación de la RB y del transporte secundario, pero en modo alguno vino la LH a establecer que solo ENAGAS pudiese ser titular de instalaciones de la RB. Por el contrario, ENAGAS quedaba investida como GTS en su condición de titular de la mayoría de las instalaciones de la RB de gas natural, dándose así a entender, de modo patente, que podía haber instalaciones de la RB en manos de otros operadores⁶⁷; permanecía, por tanto, la libertad para que las empresas que quisiesen, invirtiesen y fuesen titulares de ese tipo de instalaciones, como, por cierto, ocurrió, por ejemplo, con varias plantas de regasificación que fueron construidas y son hoy propiedad de empresas energéticas distintas de ENAGAS. De esa misma libertad gozaba, lógicamente, el Grupo Gas Natural, quien, aunque tuvo que desinvertir en ENAGAS y, por tanto, en las instalaciones de la RB que, en el año 2000, era propiedad de ENAGAS, no solo pudo mantener en su seno activos de transporte primario (aquellos activos que, perteneciendo a alguna sociedad del grupo Gas Natural, no estuviesen en manos de ENAGAS) y de transporte secundario, sino que, en el futuro, podría invertir igualmente en instalaciones de la RB. Ahora bien, en virtud de la nueva obligación sobre separación jurídica introducida en 2000, la sociedad que tuviese alguna instalación de la RB quedó obligada a que su objeto social único fuese el transporte, sin perjuicio, por supuesto, por un lado, de que contase con activos de transporte secundario y, por otro lado, de que tal sociedad se integrase en un grupo de empresas donde existiesen sociedades de distribución y comercialización. La

⁶⁴ Nuevo apartado b) del artículo 58, introducido por el artículo 7, Uno, del RDL 6/2000, y nueva disposición adicional 20.ª, introducida por el artículo 10 del RDL 6/2000.

⁶⁵ Nueva disposición adicional 20.ª de la LH, introducida por el artículo 10 del RDL 6/2000, en cuyo último párrafo, y para dar cumplimiento a esa previsión, se establecía que, en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor del RDL, ENAGAS presentaría un plan de actuaciones a la Secretaría de Estado de Economía, de la Energía y de la Pequeña y Mediana Empresa; dicho Plan tendría carácter confidencial y se elevaría para su aprobación a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, quien se pronunciaría sobre el conjunto del Plan.

⁶⁶ Digo *potencialmente*, porque solo con el artículo 92, Tres, de la Ley núm. 62/2003, de 30 de diciembre, se modificó la disposición adicional 20.ª de la LH, para rebajar el límite del 35% al 5%, y solo, por tanto, en ese momento, puede decirse que ENAGAS se convirtió en una empresa completamente independiente del Grupo Gas Natural.

⁶⁷ Nuevo apartado b) del artículo 58, introducido por el artículo 7, Uno, del RDL 6/2000.

decisión de convertir a ENAGAS en GTS en 2000, adoptada en un momento en que esa empresa era la propietaria de la práctica totalidad de instalaciones de la RB, ha de ser interpretada como una medida de política energética favorecedora de la agrupación de esas instalaciones en una sola empresa, pero no puede ser interpretada como una medida prohibitiva de la existencia de instalaciones de la RB en otras sociedades.

En definitiva, la reforma operada en el año 2000 sobre ENAGAS y sobre el régimen de separación de actividades no estableció un régimen general de separación estructural entre el transporte, la distribución y la comercialización, sino la obligación, impuesta a Gas Natural, de venta forzosa de la sociedad propietaria de la práctica totalidad –entonces– de las instalaciones de la RB, impuesta sobre Gas Natural, así como una nueva exigencia de separación jurídica impuesta sobre todas las sociedades que fuesen titulares de instalaciones de la RB. Como resultado, la transportista ENAGAS se convirtió en el GTS, pero no se prohibió que otras empresas fuesen propietarias de instalaciones de la RB, ni que ENAGAS vendiese sus activos de la RB (aunque esto último suscita algunas dudas). Se privó a Gas Natural de la propiedad de ENAGAS, y, por tanto, se separó la parte del transporte en manos de ENAGAS (que era, y es, la parte cuantitativamente más importante), de las actividades de transporte, distribución y comercialización, desarrolladas por otros grupos energéticos.

La LT contiene nuevas medidas para garantizar la independencia del GTS, como, entre otras, una disminución de los porcentajes máximos de participación en su capital social, y la obligación de crear una Unidad Orgánica, dentro de la empresa, a quien se encomienda la gestión técnica del SG ⁶⁸.

2.3. *La separación jurídica entre las actividades reguladas, y la comercialización y la producción.*

Tras la LT, permanece la incompatibilidad entre las actividades reguladas y la comercialización, a la que se adiciona una regla de incompatibilidad entre las actividades reguladas y la producción, lo cual implica, al mismo tiempo, proclamar la compatibilidad entre la comercialización y la producción. Concretamente, son incompatibles las cuatro actividades reguladas (transporte, almacenamiento básico, regasificación y distribución), con la producción y la comercialización ⁶⁹. El precepto añade que las sociedades que desarrollen alguna de las cuatro actividades reguladas, no solo no podrán realizar actividades de producción o comercialización, sino que tampoco podrán tomar

⁶⁸ Nueva disposición adicional 20.^a de la LH.

⁶⁹ Nuevo artículo 63.1. La identificación de las actividades reguladas ha mejorado en precisión, con la LT, respecto de la forma en que se hacía en la versión anterior de la LH (vid. nota a pie de página núm. 59, *supra*), pues ahora el artículo 63.1 no se limita a remitir, en general, al artículo 60.1 (donde, por cierto, ya no hay dos párrafos ni remisión alguna al art. 58), sino que, junto a la remisión al artículo 60, especifica las actividades reguladas, es decir, la regasificación, el almacenamiento básico, el transporte y la distribución. Ha de subrayarse que estas cuatro actividades son las únicas actividades gasistas expresamente calificadas como reguladas por la LH. En la versión inicial de la LH se establecía que el almacenamiento estratégico tenía la condición de actividad regulada y, por tanto, el almacenamiento operativo no tenía la condición de actividad regulada (art. 60.1, segundo párrafo); para la LT, la situación, en cuanto al carácter regulado o no del almacenamiento, permanece idéntica, pero el almacenamiento que antes era llamado estratégico pasa ahora a denominarse almacenamiento básico, y es una actividad regulada, y el almacenamiento operativo, o bien continúa con ese nombre, o bien se le designa como almacenamiento no básico, y sigue siendo una actividad no regulada.

participaciones en empresas que realicen estas actividades⁷⁰. Cuando se considera que la actividad de comercialización, tras la LT, no tiene un sentido unívoco, como antes, es decir, que no consiste únicamente en el suministro a clientes cualificados (entendiendo por tales, desde el 1 de enero de 2003, todos aquellos que hayan hecho uso del derecho a elegir a un suministrador distinto del distribuidor de su zona), sino, también, en el llamado suministro de último recurso, se percibe, entonces, que la incompatibilidad entre las actividades reguladas y la comercialización adquiere un nuevo sentido, pues implica la incompatibilidad con los dos tipos de comercialización.

Permanece, también, en la LT, la obligación impuesta sobre los transportistas que operen alguna instalación de la RB, consistente en que tengan como objeto social único el transporte, y permanece, igualmente, la aclaración de que los transportistas pueden tener entre sus activos gasoductos de la red secundaria de transporte⁷¹. De esta manera, las cuatro actividades reguladas mencionadas son parcialmente incompatibles entre sí, es decir, que una misma sociedad puede tener como objeto social el transporte secundario y la distribución⁷², o el transporte primario, la regasificación, el almacenamiento básico y el transporte secundario, pero una sociedad distribuidora de gas natural no puede desarrollar actividades ni de almacenamiento básico, ni de regasificación, ni, por último, de transporte primario.

La obligación de tener por objeto social único el transporte no se impone ya, tras la LT, como en la versión anterior de la LH, sobre «las sociedades titulares de alguna instalación comprendida en la RB de gas natural», sino «sobre los transportistas que operen alguna instalación comprendida en la RB de gas natural»⁷³; el criterio de la propiedad es sustituido, por tanto, por el criterio de la operación, lo cual, en sí mismo, no parece tener trascendencia práctica relevante, salvo en la hipótesis de un transportista que opere una instalación de la RB de la cual no sea titular, una hipótesis difícil de imaginar, máxime si se tiene presente que la LT no ha seguido el camino de algunas viejas propuestas de trasladar a ENAGAS la propiedad de todas las regasificadoras, también de algunas que son de la propiedad de empresas distintas de ENAGAS; si esas propuestas hubiesen prosperado, cabría imaginar la hipótesis de instalaciones de la RB, propiedad de ENAGAS, pero que fueren operadas por otras empresas. En realidad, el cambio de criterio señalado obedece, más bien, a un intento de coherencia con el nuevo modo de identificar a los sujetos del SG, que se hace, no ya como en la versión inicial de la LH, por el criterio de la propiedad de determinados activos, cuanto por el criterio que atiende al desarrollo de determinadas actividades⁷⁴.

⁷⁰ Este añadido en el artículo 63.1, *in fine*, procede de la Enmienda núm. 74, presentada por el GS en el Congreso. En el epígrafe III.4, *infra*, explicó el sentido de este añadido, puesto en conexión con el apartado 4 del artículo 63. La misma prohibición de toma de participaciones, impuesta igualmente sobre las sociedades que desarrollen actividades reguladas, se encuentra en el nuevo artículo 63.3, letra b), párrafo 2.º.

⁷¹ Nuevo artículo 63.2.

⁷² La compatibilidad entre la actividad de transporte secundario y la distribución estaba admitida, bien que de modo implícito, tanto en la versión inicial de la LH, como en la versión derivada de la reforma del año 2000, y la LT ha venido a corroborar tal compatibilidad, ahora de modo expreso, pues al definir la actividad que desarrollan los distribuidores, establece que también podrán construir, mantener y operar instalaciones de la red de transporte secundario, aunque, obviamente –como era igualmente exigible antes de la LT– deberán llevar cuentas separadas de ambas actividades: nuevo artículo 58, letra c), segundo párrafo.

⁷³ Nueva versión del artículo 63.2.

⁷⁴ Nueva versión del artículo 58.

2.4. La incompatibilidad entre las actividades gasistas reguladas y la comercialización de gas natural con otras actividades gasistas.

2.4.1. Antecedentes.

Si, de acuerdo con la versión inicial de la LH, las sociedades que desarrollasen alguna o algunas de las actividades reguladas debían tener como objeto social exclusivo el desarrollo de tal o tales actividades, sin que pudiesen realizar actividades de comercialización, y si los comercializadores tenían la obligación de tener, como objeto social único, en el sector del gas natural, la comercialización, sin que pudiesen realizar actividades de regasificación, almacenamiento, transporte o distribución⁷⁵, cabe plantearse si esa incompatibilidad era extensible a otras actividades propias del negocio gasista, reguladas o no. Concretamente, cabe plantearse si esas otras posibles actividades gasistas podían ser desarrolladas por las sociedades que ejercitasen actividades reguladas y/o por los comercializadores. La cuestión surge porque, aun cuando la LH imponía la obligación de tener como objeto social, único o exclusivo, determinadas actividades, lo cierto es que la incompatibilidad entre las distintas actividades gasistas se establecía, de modo expreso, solo, por un lado, entre cuatro actividades reguladas (transporte, regasificación, almacenamiento estratégico y distribución) y la comercialización⁷⁶, y, por otro lado, entre la actividad de comercialización y las actividades de distribución, transporte, regasificación y almacenamiento⁷⁷.

Entre esas otras actividades gasistas, se encuentran algunas expresamente mencionadas por la LH, tales como el almacenamiento no básico —que podríamos llamar *operativo*—⁷⁸, la producción⁷⁹, la fabricación⁸⁰ y la licuefacción⁸¹. Esta cuestión tiene una trascendencia práctica relativa, sobre todo en relación con la producción, dado que apenas hay producción española de gas natural, y en relación con la licuefacción, dado que, aun cuando esa actividad está mencionada en la LH, lo cierto es que no hay actividad de licuefacción en España.

Adviértase que, a la hora de determinar qué actividades son incompatibles con la comercialización, la LH se refería, en la versión inmediatamente anterior a la LT, al almacenamiento estratégico, y no a todo el almacenamiento, lo cual parecería que abonaba, en una primera y superficial lectura, la tesis de que el almacenamiento no estratégico podía ser compatible con la comercialización.

⁷⁵ Versión inicial del artículo 63.1 y 2. No puede darse relevancia jurídica a que el primero de esos apartados hable de objeto social *exclusivo* y, el segundo apartado, de objeto social *único*.

⁷⁶ Versión inicial del artículo 63.1, que remitía al artículo 60.1, segundo párrafo.

⁷⁷ Versión inicial del artículo 63.2.

⁷⁸ Mencionado, por ejemplo, en el nuevo artículo 59.1.

⁷⁹ Esta actividad, referida a los combustibles gaseosos por canalización está mencionada en los artículos 1.2, letra c), y 89.1, y en varios preceptos del Título II de la versión de la LH, sobre exploración, investigación y explotación de hidrocarburos [7, letra c); 24.3; y 25.2, letra b)].

⁸⁰ Esta actividad, como fabricación de gases combustibles, está mencionada en los artículos 54.1; 55.1, letra a) y 2, letra b); 56.1, letra a) y 2, y 77.

⁸¹ Esta actividad está mencionada en los artículos 1.2, letra c); 55.1, letra a); y 59.2, letra b).

Sin embargo, el precepto donde se establecía esa incompatibilidad estaba destinado a determinar, exclusivamente, que la comercialización era incompatible con cuatro actividades reguladas (entre las que se encontraba el almacenamiento estratégico), pero no era su propósito señalar qué otras actividades quedaban vedadas a las empresas de comercialización, aunque, *a contrario sensu*, si determinase que el comercializador no podía ni distribuir, ni regasificar, ni transportar ni, por último desarrollar la actividad de almacenamiento estratégico. Por el contrario, en el precepto específicamente destinado a señalar qué otras actividades no podía desarrollar un comercializador se establecía la incompatibilidad entre la actividad de comercialización y, entre otras, la de almacenamiento, es decir, entre la comercialización y todo tipo de almacenamiento (estratégico o no estratégico u operativo).

Es posible mantener que, en atención a la regla de exclusividad o unicidad del objeto social, y a pesar de que las cuatro actividades mencionadas no quedaban expresamente afectadas por las incompatibilidades establecidas en la LH, tanto las sociedades que ejercitasen actividades reguladas, como los comercializadores, no podían desarrollar actividades de licuefacción, producción, almacenamiento no básico (operativo), y/o fabricación, sin perjuicio, por supuesto, de que en el seno del grupo de empresas donde se integrasen sociedades de transporte y/o distribución, y comercializadores, pudiesen también integrarse, naturalmente, empresas dedicadas a esas cuatro actividades o a alguna de ellas, y que, en consecuencia, tuviesen los activos correspondientes ⁸².

El tema de la compatibilidad entre el desarrollo de actividades reguladas y de otras actividades gasistas, distintas de la comercialización, se planteó en toda su crudeza con motivo del informe emitido sobre las Instalaciones Receptoras Comunitarias (IRC), pues la CNE interpretó –notablemente dividida, no obstante– que la obligación impuesta a las empresas distribuidoras de tener, como objeto social único, la distribución, implica que no pueden desarrollar otras actividades, salvo aquellos servicios que estén ligados al ejercicio de derecho de ATR, un informe que, sin embargo, no parece haber sido seguido, en su integridad, por los cambios que, tras ese informe, introdujo el Gobierno en el régimen de las IRC ⁸³.

2.4.2. La nueva compatibilidad de la actividad de comercialización con otras actividades gasistas y, en particular, con la producción.

La LT viene a introducir algunas novedades, en relación con la actividad de comercialización, que deviene en una actividad compatible con la producción, pero, en relación con las actividades reguladas, la LT establece, de modo expreso, la incompatibilidad de las cuatro actividades reguladas, con la producción. Para la comprensión de la nueva compatibilidad establecida por la LT, expresamente, entre la comercialización y la producción de gas natural, conviene preguntarse si el precepto de la versión inicial de la LH que imponía a los comercializadores, por un lado, la obligación de tener como objeto social único la actividad de comercialización, y, por otro lado, la prohibición de que los comer-

⁸² Versión inicial del artículo 63.3.

⁸³ Esta cuestión ha sido estudiada, en detalle, por SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M.M., *La regulación...*, o.c., págs. 289-293, y ulterior bibliografía allí citada.

cializadores desarrollasen actividades de transporte, almacenamiento, distribución y regasificación⁸⁴, era o no un precepto superfluo, en la medida en que, habiendo establecido el precepto anterior⁸⁵, que el ejercicio de las actividades reguladas de distribución y transporte (incluyendo la regasificación y el almacenamiento estratégico), era incompatible con la actividad de comercialización, tal incompatibilidad debía operar, también, en sentido inverso, es decir, que el ejercicio de la comercialización era incompatible con el ejercicio de las actividades reguladas de distribución y transporte (incluyendo la regasificación y el almacenamiento estratégico). El precepto aludido no era, sin embargo, completamente superfluo, pues, aun cuando de la incompatibilidad de la distribución y el transporte (incluyendo la regasificación y el almacenamiento estratégico) con la comercialización, debía derivarse la incompatibilidad inversa, es decir, de la comercialización con la distribución y el transporte (incluyendo la regasificación y el almacenamiento), lo cierto es que, si no hubiese existido ese precepto, los comercializadores hubiesen podido desarrollar actividades de fabricación, producción, licuefacción y almacenamiento no básico. Tras la LT, puede defenderse, por las mismas razones arriba apuntadas, que subsiste la obligación de separación jurídica entre las cuatro actividades reguladas y, también, la fabricación de gases combustibles, la licuefacción y el almacenamiento no básico.

Debo referirme al sentido en que el autor de la LT usa la expresión *producción*, dado que la LH, en su versión inmediatamente anterior, parece intercambiar, en alguna ocasión, las expresiones *producción* y *fabricación*, cuando, por el contrario, debe defenderse que se trata de actividades distintas. Pues bien, la LT, al establecer la incompatibilidad entre la producción y las cuatro actividades reguladas, usa la expresión producción en el mismo sentido que la expresión tiene en la DG de 2003, es decir, como explotación de un yacimiento de gas⁸⁶. Es lógico que, en la nueva redacción de la LH, proveniente de la LT, cuando se use la expresión producción, se haga en el mismo sentido que la DG, dado que esta reforma tiene como objetivo, precisamente, trasponer en derecho español esa Directiva, que exige, por ejemplo, que los responsables de la gestión de la red de transporte y de la red de distribución, no participen en estructuras de la compañía gasista integrada que sean, a su vez, responsables, de actividades de producción, suministro, y de distribución (en el caso de los responsables de la red de transporte) y de transporte (en el caso de los responsables de la red de distribución)⁸⁷.

En este sentido, la LT suprime el precepto donde se establecía la obligación de que las empresas comercializadoras tuvieran como único objeto social la comercialización⁸⁸, pero no porque lo haya reputado superfluo, sino, sobre todo, para permitir que los comercializadores desarrollen actividades de producción de gas natural. Si bien la comercialización y la producción son incompatibles con las cuatro actividades reguladas, no lo son entre sí, y, de hecho, tras la reforma que la LT introduce en el ordenamiento, la LH admite expresamente que una comercializadora desarrolle activida-

⁸⁴ Versión inicial del artículo 63.2.

⁸⁵ Versión inicial del artículo 63.1.

⁸⁶ Artículo 9.2, letra a), y artículo 13.2, letra a), ambos de la DG.

⁸⁷ Artículo 2, números 1, 2 (que habla de «un centro de producción de petróleo o gas»), 9, 20, y 21; artículo 9.2, letra a); artículo 13.2, letra a); artículo 15, letra a); artículo 20, números 1 (que habla de «las operaciones de producción locales, situadas en el lugar del yacimiento en que se produzca el gas») y 2, letras b) (que habla de «la producción eficiente, actual y prevista, de hidrocarburos, incluidos los producidos en yacimientos de viabilidad económica marginal») y d), preceptos, todos ellos, de la DG de 2003.

⁸⁸ Antiguo artículo 63.2, de la versión inicial de la LH.

des de producción⁸⁹. Lógicamente, de la supresión de tal precepto no se deriva que los comercializadores puedan ahora desarrollar actividades reguladas, pues, como se ha indicado, persiste la incompatibilidad entre la comercialización y las cuatro actividades reguladas mencionadas, pero sí es de notar que, al suprimir la limitación consistente en que su objeto social sea, exclusivamente, la comercialización, la consecuencia es que no solo podrán desarrollar actividades de producción de gas natural, sino otras actividades fuera del sector del gas natural, dentro o fuera de España, como, por lo demás, también reconoce la nueva versión de la LH⁹⁰.

3. Separación funcional.

3.1. *El mantenimiento de la posibilidad del ejercicio de actividades incompatibles dentro del mismo grupo empresarial.*

La DG descartó la opción de imponer una separación estructural entre el negocio de red y el negocio de suministro, y, en varias ocasiones, subraya que las normas de separación funcional no constituyen ninguna obligación de separar la propiedad de los activos del sistema de distribución, ni los de transporte, de la empresa integrada verticalmente⁹¹, sin perjuicio de que la Comisión no haya descartado la adopción de esa medida en el futuro⁹². Dentro del marco diseñado por la DG, y tras la aprobación de la LT, se mantendrá en España la compatibilidad del desarrollo, dentro del mismo grupo de sociedades, de actividades que, de otra manera, serían incompatibles, pero sujeta a dos novedades. En primer lugar, la gestión de las sociedades que realicen actividades reguladas ha de ser independiente de la gestión de otras sociedades del mismo grupo que desarrollen actividades liberalizadas y, en particular, de la producción y de la comercialización de gas natural. En segundo lugar, permanece la exigencia de que las actividades incompatibles sean desarrolladas por sociedades diferentes, dentro del mismo grupo, pero desaparece la posibilidad, admitida en la versión inicial de la LH, de que, en ese caso, una misma sociedad tenga por objeto social actividades incompatibles, siempre que, al mismo tiempo, se prevea que una sola actividad sea ejercida de forma directa y las demás mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades⁹³.

Las exigencias de una gestión independiente de las redes de transporte y distribución, y de su separación de la producción y del suministro, constituyen una de las novedades más relevantes de la DG, la cual, en efecto, contiene un precepto relativo a la separación e independencia de los gestores de la red de transporte⁹⁴, y otro relativo a la separación e independencia de los gestores de la red de distribución⁹⁵, con objeto de garantizar, no solo que la gestión de las redes de transporte y de distri-

⁸⁹ Nuevo artículo 62.2, párrafo 4.º.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Considerando número 10, párrafo 3.º, y artículos 9, 1, segunda frase, 13.1, segunda frase, y 15.1, segunda frase, de la DG.

⁹² *Vid.* apartado I.5, *supra*.

⁹³ Nuevo artículo 63.3.

⁹⁴ Artículo 9 de la DG.

⁹⁵ Artículo 13 de la DG.

bución es independiente de la producción y del suministro de gas natural, sino, también, que la gestión de la red de transporte es independiente de la gestión de la red de distribución. El contenido de ambos preceptos es prácticamente idéntico, aunque, lógicamente, el primero exige –entre otras cosas– que la gestión de la red de transporte sea independiente de la gestión de la red de distribución, y el segundo exige, a la inversa –y, también, entre otras cosas–, que la gestión de la red de distribución sea independiente de la gestión de la red de transporte. No obstante, la propia DG admite una llamada explotación combinada de actividades de transporte (incluyendo la regasificación de GNL y el almacenamiento) y de distribución, siempre que el gestor de ambas redes sea independiente del resto de actividades no relacionadas con el transporte y la distribución de gas natural, y en particular siempre que sea independiente de la producción y suministro de gas natural ⁹⁶.

El autor de la LT ha consolidado en un solo precepto, sin embargo, las previsiones de la DG sobre independencia de la gestión de las redes, referidas, genéricamente, en la nueva versión de la LH, a los gestores de sociedades que desarrollen actividades reguladas (es decir, el transporte, la distribución, el almacenamiento básico y la regasificación), sin que, por tanto, y a diferencia de la DG, discrimine entre unas exigencias de independencia referidas a la gestión de la red de transporte y otras referidas a la gestión de la red de distribución. No se ha de deducir de lo anterior, sin embargo, que la legislación española, tras la LT, sea deficiente en su propósito de transposición de la DG, y, concretamente, no puede deducirse que la LH no garantice suficientemente la independencia de la gestión del transporte respecto de la gestión de la red de distribución, pero tampoco puede desprenderse de la nueva redacción de la LH que el legislador español se haya acogido a la llamada explotación combinada de las redes de transporte y distribución.

3.2. La separación funcional entre las actividades reguladas, y la producción y la comercialización de gas natural.

Los nuevos criterios para que la gestión de las sociedades que desarrollan actividades reguladas sea independiente de la gestión de otras sociedades, dentro del mismo grupo empresarial o empresa verticalmente integrada, que llevan a cabo actividades liberalizadas, como la producción y la comercialización de gas natural, son los que, a continuación, expongo.

3.2.1. Prohibición de participación en la organización de la gestión cotidiana de las actividades de producción o comercialización.

Los gestores de sociedades que desarrollan actividades reguladas no pueden participar en estructuras organizativas responsables, directa o indirectamente, de la gestión cotidiana de actividades de producción o comercialización ⁹⁷.

⁹⁶ Artículo 15 de la DG.

⁹⁷ Nuevo artículo 63.3, letra a), que transpone los artículos 9.2, letra a) (para la gestión de la red de transporte) y 13.2, letra a) (para la gestión de la red de distribución), de la DG.

3.2.2. Protección de la independencia de los gestores.

La DG obliga a que se tomen medidas oportunas para garantizar la independencia de los gestores de sociedades que desarrollan actividades reguladas, mediante la protección de sus intereses profesionales⁹⁸, y la LT añade que tales medidas habrán de adoptarse, en especial, en lo que concierne a su retribución y cese⁹⁹.

Como una manera de reforzar la independencia, la LT dispone que las personas responsables de la gestión de sociedades reguladas, según se determine, no pueden poseer acciones de sociedades que desarrollen actividades de producción o comercialización¹⁰⁰. El Proyecto gubernamental prohibía a todos los responsables de la gestión de sociedades que desarrollasen actividades reguladas, que poseyesen acciones en sociedades que llevasen a cabo actividades de producción o comercialización, pero, a raíz de una enmienda¹⁰¹, se introdujeron en el texto las palabras «que se determine», modificación que se justificaba en que, de otra manera, el precepto iría más allá de lo necesario y, con esas palabras, se evitaría limitar la libertad de inversión de una forma tan genérica. Aunque puede compartirse la justificación de la enmienda, lo cierto es que la redacción definitiva de este párrafo, a que la enmienda ha dado lugar, adolece, igualmente, de generalidad y, sobre todo, genera inseguridad, porque no señala quién, cómo, y de acuerdo con qué criterios puede determinar qué responsables de la gestión de sociedades que desarrollan actividades reguladas no podrán tener acciones en sociedades que lleven a cabo actividades de producción y comercialización. En principio, parecería que una limitación tan drástica de la libertad de inversión, como parte del contenido esencial de la libertad de empresa, habrá de hacerse en una ley aprobada por el Parlamento.

3.2.3. La protección de la confidencialidad de la información.

La DG impone a los gestores de las redes de transporte y distribución determinadas obligaciones de preservación de la confidencialidad de la información conocida en el desempeño de su actividad, con objeto de que no sea revelada, de forma discriminatoria, proporcionando así alguna ventaja competitiva a las empresas de su mismo grupo; en particular, la DG prohíbe a los transportistas y distribuidores que usen la información, comercialmente sensible, de que tengan conocimiento, con ocasión de las negociaciones de ATR a sus redes, a favor de las empresas de su mismo grupo, con motivo, a su vez, de las compras o ventas de gas que realicen las empresas vinculadas empresarialmente, a las que desempeñan las tareas de transporte o distribución¹⁰².

Estas previsiones se traducen, en la LT, en la prohibición de que las sociedades que realicen actividades reguladas, y sus trabajadores, compartan información comercialmente sensible con las

⁹⁸ Artículos 9.2, letra b), y 13.2, letra b), de la DG.

⁹⁹ Nuevo artículo 63.3, letra b), párrafo 1.º.

¹⁰⁰ Nuevo artículo 63.3, letra b), párrafo 2.º.

¹⁰¹ Enmienda número 74 del Grupo Socialista.

¹⁰² Artículos 10 y 14 de la DG.

empresas de su mismo grupo, en el caso que desarrollen actividades liberalizadas ¹⁰³. En el texto remitido por el Gobierno a las Cortes Generales, no se encontraba la última salvedad, fórmula que procede de dos enmiendas presentadas a la redacción inicial, y aceptadas durante los debates parlamentarios ¹⁰⁴, dirigidas a salvaguardar la posibilidad de que las sociedades que realicen actividades reguladas puedan contratar con otras empresas de su grupo parte del desarrollo de sus actividades para una mayor eficiencia económica, garantizando, en cualquier caso, que no se comparta información sensible entre sociedades que realicen actividades reguladas y aquellas que desempeñan actividades liberalizadas; en definitiva, siendo este último el objetivo perseguido por la DG, parecía excesivo que la prohibición de compartir información comercialmente sensible operase con todas las empresas del grupo, y no solo con las sociedades que llevan a cabo actividades liberalizadas. Las enmiendas propusieron, en concreto, que la prohibición de que las sociedades que desarrollan actividades reguladas compartan información comercialmente sensible con otras empresas del grupo, se limitase a aquellas que desarrollan actividades de producción o comercialización de gas natural, pero, como se ve, la fórmula de la LT dice, más ampliamente, que la prohibición se extiende a las empresas del grupo que desarrollen actividades liberalizadas; de esta manera, podríamos concluir, se mantiene la prohibición no solo en relación con las sociedades de producción y de comercialización sino, también, en relación con otras empresas del mismo grupo que realicen otras actividades liberalizadas, distintas de la producción o la comercialización. Otra enmienda, presentada con el mismo objeto que las dos mencionadas, propuso la adición de un nuevo apartado en el cual se estableciese que, sin perjuicio de la prohibición de que las sociedades reguladas compartiesen información comercialmente sensible con las sociedades del mismo grupo, dedicadas a la producción o a la comercialización, el grupo empresarial pudiese prestar servicios comunes a las sociedades del mismo, incluidas las que realicen actividades reguladas, siempre que la prestación se efectuase en condiciones de mercado ¹⁰⁵. Esta enmienda no ha sido aceptada, probablemente porque era, en realidad, una enmienda alternativa a la que sí ha sido acogida, de manera que, con la modificación efectuada, queda claro que la prohibición de que las sociedades operadoras en sectores regulados (y sus trabajadores), compartan información comercialmente sensible con empresas del mismo grupo, queda limitada a aquellas empresas que desarrollen actividades liberalizadas.

3.2.4. Garantías para la adopción de decisiones independientes sobre la explotación, mantenimiento y desarrollo de las redes.

En un mercado liberalizado es particularmente necesario garantizar que se llevan a cabo las inversiones adecuadas para mantener y desarrollar las redes de transporte y distribución, como garantía, a su vez, del suministro a los consumidores. En este contexto operan aquellas previsiones de la DG que tratan de asegurar que los gestores de las redes gozan de independencia, a la hora de tomar las decisiones necesarias sobre los activos implicados en las actividades de transporte y distribución ¹⁰⁶. En el caso de la LT, la garantía, en línea con lo establecido en la DG, es doble, pues, en primer lugar, las socieda-

¹⁰³ Nuevo artículo 63.3, letra b), párrafo 3.º.

¹⁰⁴ Enmiendas números 17 y 48 del Grupo Popular y de CiU, respectivamente.

¹⁰⁵ Enmienda número 49, presentada por CiU.

¹⁰⁶ Artículos 9.2, letra c), y 13.2, letra c), de la DG.

des que realicen actividades reguladas deben tener capacidad de decisión efectiva, independiente del grupo de sociedades, con respecto a activos necesarios para explotar, mantener, o desarrollar las instalaciones de regasificación de GNL, y de transporte, almacenamiento y distribución de gas natural; en segundo lugar, en ningún caso puede el grupo empresarial dar instrucciones a las sociedades que realicen actividades reguladas respecto de la gestión cotidiana, ni respecto de decisiones particulares referentes a la construcción o mejora de activos de regasificación de GNL, y de transporte, almacenamiento y distribución de gas natural. La capacidad de decisión independiente, no impide, sin embargo, que el grupo de sociedades ejerza el derecho a la supervisión económica y de gestión de las sociedades de actividades reguladas, y podrá someter a aprobación el plan financiero anual, o instrumento equivalente, así como establecer límites globales a su nivel de endeudamiento; en este mismo sentido, la prohibición de dar instrucciones a las sociedades de actividades reguladas en la gestión ordinaria y en las decisiones particulares sobre la construcción o mejora de una red, opera siempre que la sociedad de transporte o distribución no sobrepase, con tales decisiones, lo establecido en el plan financiero anual o instrumento equivalente ¹⁰⁷.

Las previsiones de la DG sobre separación funcional, de las cuales trae causa la LT, han sido criticadas, no en cuanto a su finalidad, sino, sobre todo, en cuanto a sus técnicas, pues «al no imponer una separación total jurídica y accionarial de la empresa verticalmente integrada a la que se le permite seguir siendo propietaria de la red de transporte –y distribución– pero imponiéndole unas condiciones que ponen teóricamente en cuestión sus poderes y facultades como propietario, de los que se le despoja parcial y nominalmente. Se le despoja nominalmente porque será un gestor de las redes el que con independencia funcional y protegido profesionalmente –se supone que con algún tipo de blindaje– asuma la mayor parte de los poderes que corresponderían al propietario» ¹⁰⁸.

3.3. La autorregulación de la separación funcional. El código de conducta.

Tras el establecimiento de esos tres criterios principales, que han de observarse para la consecución de una efectiva independencia funcional en la gestión de las redes, la DG impone, a continuación, a los gestores de las redes de transporte y distribución, la obligación, por un lado, de establecer un programa de cumplimiento ¹⁰⁹, donde se expongan las medidas adoptadas para garantizar la exclusión de conductas discriminatorias (tal programa habrá de contener, específicamente, las obligaciones de los empleados), y, por otro lado, la obligación de velar por la adecuada supervisión del cumplimiento del programa. Esta técnica normativa implica, como efecto propio, que es la propia empresa verticalmente integrada quien ha de aprobar las reglas pertinentes para que se alcancen los objetivos de la DG; se trata, ciertamente, de una técnica normativa peculiar, por cuanto implica un alargamiento de la cadena normativa que toda Directiva genera, pues si las Directivas, en efecto, imponen a sus destinatarios –en el caso de la DG, todos los estados miembros de la UE– unos determinados resultados, que han de alcanzarse mediante las medidas que, con cierta libertad, cada Esta-

¹⁰⁷ Nuevo artículo 63.3, letra c).

¹⁰⁸ DE LA QUADRA-SALCEDO, T., *Diez años de legislación energética en España*, en «Energía: del monopolio...», o.c., págs. 307-352. La cita está en pág. 350.

¹⁰⁹ *Compliance Programme*, en expresión inglesa.

do destinatario determine, al transponerlas a su ordenamiento interno, en el caso de la DG existe, junto con la obligación impuesta a los Estados miembros, un llamamiento para que las empresas establezcan sus propias reglas de separación funcional, que habrán de estar, lógicamente, acomodadas a las exigencias de la DG.

En el mismo sentido, la LT dispone que las sociedades que realicen actividades reguladas establecerán un Código de Conducta en el que han de exponer las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento de los criterios expuestos, estableciendo obligaciones específicas de los empleados ¹¹⁰. Ha de criticarse que la LT disponga que la totalidad, o la mayor parte, de los aspectos relativos a la separación funcional, queden remitidos a un Código de Conducta, porque la Comisión Europea considera que una adecuada transposición de la DG exige que el poder público indique la manera en que tal Código debe ser redactado, al menos, en sus líneas más generales, con objeto de que, en la elaboración de esos programas de cumplimiento (Códigos de Conducta), las empresas dispongan de criterios claros acerca de lo que es y lo que no es admisible, pero nada de esto hay en la LT.

De acuerdo con la DG, la persona u órgano responsable de supervisar el programa de cumplimiento presentará a la autoridad reguladora un informe anual con las medidas adoptadas, que será publicado, una previsión que en la LT se traduce en la obligación de que el cumplimiento del Código de Conducta sea objeto de la adecuada supervisión y evaluación por la sociedad; anualmente, se presentará un informe al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, y a la CNE, que será publicado, indicando las medidas adoptadas para el cumplimiento de las estipulaciones de la LH sobre separación funcional ¹¹¹.

Hay un creciente interés por nuevas formas de regulación pública, y, concretamente, por la llamada *regulación de la autorregulación*, un fenómeno al que un sector doctrinal viene prestando atención, que invita a tomar en consideración la capacidad autorreguladora de, entre otros, los cuerpos especializados, como podrían ser las empresas y profesionales de la energía. Los subsistemas tienden a auto-organizarse, a establecer su propio lenguaje, sus propios valores, sus códigos internos, sus procedimientos y sus protocolos de actuación, pues los subsistemas especializados –como el energético–, conocen mejor que ningún otro sus propias técnicas, sus consecuencias y los modos de evitar los riesgos, algo que dificulta su regulación tradicional. El derecho estaría llamado, ante esas situaciones, a proporcionar la regulación de la autorregulación social, de forma que la autorregulación pase a formar parte del ordenamiento jurídico, mediante la introducción de momentos reflexivos, aumentando así la capacidad ordenadora del derecho en forma de supervisión pública del control que realizan los propios subsistemas sociales del cumplimiento de la autorregulación ¹¹².

¹¹⁰ Nuevo artículo 63.3, letra d).

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Estas son ideas que tomo de ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, y de DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

4. El régimen jurídico de la toma de participaciones en sociedades mercantiles, gasistas o no, por parte de empresas operadoras en alguna o algunas de las actividades del sector del gas natural.

La última previsión del precepto de la LH relativo a la separación de actividades en el sector gasista, en la versión inmediatamente anterior a la LT, imponía a las sociedades gasistas que desarrollasen actividades reguladas, la obligación de obtener autorización previa de la CNE, para tomar participaciones accionariales en sociedades operadoras en sectores distintos del gas natural, una autorización prevista para asegurar que la toma de participaciones no dañaba la seguridad del suministro, como lo demuestra que el precepto remitiese a la función autorizante de la CNE ¹¹³, cuyo contenido varió significativamente en 2006 ¹¹⁴, pues, entre otros cambios, la denegación de la autorización dejó de tener carácter excepcional y se exige no solo cuando quien adquiere participaciones es una sociedad regulada, sino, también, cuando se toman participaciones en sociedades reguladas, una función que ha sido utilizada en asuntos en que estuvieron implicadas, directamente, empresas gasistas, solo en contadas ocasiones, tanto antes, como después de esa reforma ¹¹⁵.

La LT introduce en esa previsión, entre otras, una modificación consistente en sujetar a autorización previa la toma de participaciones, por parte de las sociedades que desarrollen actividades gasistas reguladas, en cualquier sociedad mercantil, es decir, ya opere dentro del sector del gas natural, ya opere fuera de ese sector, aunque no se trata de una verdadera novedad en el régimen jurídico de dicha autorización, pues hoy, en efecto, es exigible (aunque con un fundamento normativo distinto a la previsión a que, ahora, me refiero), la previa autorización de la CNE, para que las sociedades que llevan a cabo actividades gasistas reguladas, tomen participaciones en cualquier sociedad mercantil, gasista o no.

¹¹³ Artículo 63.7, de la versión de la LH inmediatamente anterior a la LT, que remitía a la disposición adicional 11.^a, tercero, 1, decimocuarta, donde se contiene, en efecto, la única función autorizante de la CNE, a pesar de que, en muchos medios de comunicación se ha hablado, erróneamente, de un *informe vinculante*. Por tanto, cuando en el texto hablo de la función autorizante, no debería quedar duda acerca de a qué función me refiero.

¹¹⁴ RDL núm. 4/2006, de 24 de febrero (BOE núm. 50, de 28 de febrero de 2006) (en adelante RDL 4/2006).

¹¹⁵ A continuación enumero, cronológicamente, tales resoluciones, agrupadas en función de que la autorización haya sido adoptada antes (A) o después de la reforma de 2006 (B), y de que haya sido denegada (1), otorgada con condiciones (2), u otorgada sin condiciones (3): (A) (1) Resolución de 30 de abril de 2003, por la que se deniega la solicitud de autorización presentada por Gas Natural SDG, S.A. para tomar participaciones en el capital social de Iberdrola, S.A.; (2) Resolución de 1 de diciembre de 2003, sobre la solicitud de autorización presentada por NATURCORP I, S.A., para la fusión de sociedades y posterior constitución de nueva sociedad; Resolución de 8 de noviembre de 2005, relativa a la solicitud de autorización de Gas Natural SDG, S.A., de fecha 11 de octubre de 2005, de segregación en filiales y aportación de las ramas de actividad de transporte secundario y distribución, y la solicitud de Gas Natural SDG, S.A., de 7 de septiembre de 2005, de toma de participación en el capital social que resulte de la liquidación de la OPA presentada ante la CNMV, de 8 de noviembre de 2005; (3) Resolución de 2 de febrero de 2006, sobre la solicitud de autorización de Naturcorp Redes, S.A.U. para la adquisición de acciones de Gas Hernani, S.A., representativas de un porcentaje del capital social; (B) (2) Resolución de 27 de julio de 2006, sobre la solicitud de E.On Zwölfte Verwaltungs GMBH, de 23 de marzo de 2006, consistente en la toma de participación en el capital social de Endesa que resulte de la liquidación de la oferta pública de adquisición de acciones presentada ante la CNMV; (3) Resolución de 11 de mayo de 2006, sobre la solicitud de Naturgas y Naturcorp, sociedades reguladas que realizan la actividad de transporte de gas natural, para fusionarse por absorción en una única sociedad; Resolución de 27 de abril de 2006, sobre la solicitud de Naturcorp participaciones, S.L.U., para la adquisición de 4.640 acciones de Bilbogas, representativas del 50% del capital social.

Tanto el derecho anterior a la LT en este punto, como el derivado de la LT, suscitan, inmediatamente, otras tres cuestiones cuya respuesta, aparentemente, no se encuentra en el precepto atinente a la separación de actividades, y que brevemente pueden ser enumeradas de la siguiente forma: en primer lugar, si una sociedad que desarrolla actividades reguladas puede adquirir participaciones en sociedades que llevan a cabo actividades gasistas liberalizadas; en segundo lugar, si una sociedad que desarrolla actividades gasistas liberalizadas, puede tomar participaciones en sociedades que desempeñan actividades gasistas reguladas, o en otra sociedad que desarrolla actividades gasistas liberalizadas; y, en tercer lugar, si una sociedad que desarrolla actividades gasistas liberalizadas puede tomar participaciones en sociedades mercantiles que operen fuera del sector del gas natural; adicionalmente, en todos esos tres casos hay que plantearse, en caso afirmativo, si la toma de participaciones requiere la previa obtención de una autorización de la CNE.

Antes de abordar el análisis de esas cuestiones, conviene recordar que el régimen de autorización previa de la CNE, existe para garantizar la seguridad del suministro, pero en el supuesto de toma de participaciones de una sociedad gasista, en otra sociedad gasista (ya sean –la adquirente, o la adquirida– sociedades gasistas de actividades reguladas o de actividades liberalizadas), es decir, en las dos primeras cuestiones enumeradas en el párrafo anterior surge, al menos potencialmente, un problema de competencia en el mercado, lo cual, a su vez, desencadena otros mecanismos jurídicos que coexisten con la autorización previa de la CNE, y, singularmente los mecanismos propios de la legislación sobre competencia ¹¹⁶. Puede acontecer, a su vez, que lo único exigible sea la aplicación del derecho de la competencia, y no la autorización previa de la CNE, que es solo exigible cuando quien pretende tomar participaciones en una empresa es una sociedad que desarrolla actividades reguladas, o cuando se pretende tomar participaciones en sociedades con activos regulados. Por el contrario, en el supuesto de adquisición de participaciones en sociedades que operan fuera del sector del gas natural, incluso si la sociedad en la cual se pretende adquirir participaciones, opera en el mercado de hidrocarburos líquidos o en el sector eléctrico, no se plantean problemas de competencia, dado que se trata de mercados distintos, tal y como los define, en el sector energético, la norma que limita el ejercicio de los derechos políticos en el caso en que una sociedad tome participaciones en otra sociedad competidora en el mismo mercado ¹¹⁷. En este contexto, parece oportuno que se adopten medidas legislativas para evitar que, ante una misma operación de concentración empresarial, la autoridad llamada a autorizarla o a prohibirla, es decir, el Gobierno, disponga de dos informes contrapuestos sobre la manera en que la operación afecta la competencia, uno, por ejemplo, del Tribunal de Defensa de la Competencia, y, otro, de la CNE.

A continuación, abordo la cuestión jurídica relativa a la toma de participaciones en sociedades mercantiles, que operan fuera o dentro del sector del gas natural, por parte de las sociedades que desarrollan actividades gasistas reguladas, para, a continuación, analizar a la luz del derecho vigente en el momento de aprobación de la LT, y a la luz de la LT misma, someramente, las otras cuestiones enunciadas.

¹¹⁶ Ley núm. 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007).

¹¹⁷ Artículo 34 del RDL 6/2000, en la versión que le dio el RDL 5/2005.

4.1. La toma de participaciones en sociedades mercantiles, que operan fuera del sector del gas natural, por parte de las sociedades que desarrollan actividades gasistas reguladas. Antecedentes.

La LH permitía a las sociedades mercantiles que desarrollasen actividades reguladas, la toma de participaciones en sociedades operadoras en sectores económicos distintos del gas natural, previa autorización de la CNE ¹¹⁸. El precepto en que tal previsión se contenía remitía, a su vez, al precepto donde la LH otorga a la CNE la competencia para autorizar las participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil ¹¹⁹, una competencia que fue profundamente modificada en 2006 ¹²⁰.

4.1.1. La incorrecta ubicación de la exigencia de autorización previa de la CNE, en sede de separación de actividades.

La práctica totalidad del precepto de la LH relativo a la separación de actividades en el sector del gas natural, es decir, el art. 63 –según la redacción que tenía inmediatamente antes de la aprobación de la LT– perseguía garantizar que las actividades gasistas reguladas estuviesen separadas de las actividades gasistas liberalizadas ¹²¹, y la finalidad principal de sus previsiones era la garantía de la competencia en el mercado, porque, dado que la LH admite que todas las actividades gasistas –reguladas y liberalizadas– sean desarrolladas por el mismo grupo empresarial, conviene anticiparse a las prácticas anticompetitivas en que, de otra manera, podrían incurrir las empresas del grupo ¹²². La introducción de mayor competencia era, en efecto, la finalidad principal del precepto, y aún exclusiva, como claramente establece la Exposición de Motivos de la LH ¹²³; ahora bien, de otras previsiones de la LH, distintas de las contenidas en el precepto relativo a la separación de actividades, y, singular-

¹¹⁸ Artículo 63.5 que, en virtud del RDL 6/2000, pasó a ser el 63.7.

¹¹⁹ El artículo 63.5 de la versión inicial de la LH remitía, en efecto, a «la autorización a que se refiere la disposición adicional 11.ª, tercero, 1, decimotercera de esta Ley». La referencia a la autorización contenida en la disposición adicional 11.ª, tercero, 1, decimotercera, era un error, pues debía decir disposición adicional 11.ª, tercero, 1, decimocuarta. Saltaba a la vista que se trataba de una errata, por tres razones principales: en primer lugar, porque la función decimotercera de la CNE no versa sobre ninguna autorización, sino sobre la resolución de conflictos de acceso a las redes de transporte y distribución; en segundo lugar, porque la CNE no tiene más función autorizante que la contemplada en la función decimocuarta; y, en tercer lugar, porque el precepto homónimo al artículo 63.5 de la LH, de la versión originaria de la LSE de 1997, es decir, el artículo 14.3, remitía a la autorización contemplada en la función decimoquinta del apartado 1 del artículo 8 (autorización que había de otorgar, entonces, la hoy extinta Comisión del Sistema Eléctrico Nacional), y dicha función decimoquinta estaba redactada en idénticos términos que la función decimocuarta de la CNE, en la versión original de la LH (el art. 8 de la versión original de la LSE fue derogado, precisamente, por la LH, que creó la CNE, entidad que se subrogó en la posición de la mencionada Comisión del Sistema Eléctrico Nacional). Esa errata no fue corregida en el BOE que publicó la corrección de errores de la LH (BOE núm. 29, de 3 de febrero de 1999). No se corrigió el error con motivo de la aprobación del RDL 6/2000, por el cual el artículo 63.5 pasó a ser el artículo 63.7, ni tampoco con motivo de las otras modificaciones que se han venido haciendo en la LH desde que fue aprobada en 1998.

¹²⁰ RDL núm. 4/2006.

¹²¹ Números 1 a 4, ambos inclusive, del artículo 63 de la versión inicial de la LH, y números 1 a 6, ambos inclusive, de ese mismo artículo 63, tras la reforma operada por el RDL 6/2000.

¹²² *Vid.* epígrafe I, *supra*.

¹²³ Párrafo 8.º de la Exposición de Motivos de la LH. Esto se dice, también, en el párrafo 7.º de la Exposición de Motivos de la LT.

mente, de la función autorizante de la CNE ¹²⁴, a la cual remitía el precepto relativo a la separación de actividades, se desprendía que la separación entre actividades gasistas reguladas y actividades gasistas liberalizadas tenía, adicionalmente, la finalidad de garantizar la seguridad del suministro, en la medida en que la toma de participaciones en sociedades que desarrollan actividades gasistas liberalizadas, por parte de sociedades que tienen encomendada la gestión de actividades gasistas reguladas, podría poner en riesgo el correcto desempeño de las reguladas, si, para proceder con la toma de participaciones, se empleaban recursos financieros provenientes de las actividades reguladas. A pesar de que en el régimen de separación de actividades podía percibirse que se buscaba tanto el fomento de la competencia como la garantía de la seguridad, lo cierto es que, en el precepto de la LH donde se abordaba esta cuestión, la finalidad era, prioritariamente, la primera de las apuntadas. De lo anterior se desprende que la última parte del precepto ¹²⁵ devenía, en este contexto, un tanto extraña; además, era igualmente una parte superflua, pues el supuesto de hecho que en ella se sujetaba a autorización previa, lo estaba también en otro lugar de la LH, que era un lugar más apropiado ¹²⁶.

Era una previsión extraña por dos razones principales. En primer lugar, porque así como todo el precepto estaba consagrado a la separación entre actividades gasistas –reguladas y liberalizadas–, la exigencia de la última parte del precepto era atinente a la separación entre actividades gasistas reguladas y actividades desarrolladas fuera del sector del gas natural. En segundo lugar, porque así como la finalidad principal de todo el precepto era la separación entre actividades gasistas reguladas y actividades gasistas liberalizadas, en aras de introducción de mayor competencia, la finalidad de la última parte del precepto era, exclusivamente, garantizar la seguridad del suministro, como demostraba la remisión que hacía a la función autorizante de la CNE, establecida para evitar que la toma de participaciones en sociedades que desarrollasen cualquier actividad de naturaleza mercantil, por parte de sociedades que desarrollaran actividades reguladas, pusiese en riesgo el correcto funcionamiento de las actividades gasistas reguladas, y, por ende, que pusiese en riesgo la seguridad del suministro a los consumidores. En efecto, mientras que la separación entre actividades gasistas persigue una doble finalidad –la competencia y la seguridad–, la separación entre actividades gasistas y actividades no gasistas tiene como finalidad exclusiva la seguridad y no la competencia. La función autorizante de la CNE cubre también la toma de participaciones en sociedades reguladas, pues son también mercantiles, pero no para examinar de qué modo queda afectada la competencia, sino para examinar la seguridad. Un efecto adicional de la remisión contenida en el precepto sobre separación de actividades, a la función autorizante de la CNE, era una cierta influencia de la finalidad del primero (que era la competencia, primordialmente), sobre la segunda (que era la seguridad, exclusivamente); la remisión, en efecto, pudo inducir a la confusión de pensar que la función autorizante de la CNE estaba relacionada con la defensa de la competencia y no, exclusivamente, con la vigilancia de la seguridad; en ese sentido, la ubicación errónea de la previsión sobre exigencia de autorización, en sede de separación de actividades (donde predominan la preocupación por la competencia), pudo abonar la tesis de que la autorización previa de la CNE era exigible para que las sociedades que desarrollasen actividades reguladas adquiriesen participaciones en sociedades que llevan a cabo actividades gasistas no regula-

¹²⁴ Disposición adicional 11.ª, tercero, 1, función decimocuarta, de la LH.

¹²⁵ Número 5 del artículo 63 de la versión inicial de la LH, y número 7 de ese mismo artículo 63, tras la reforma operada por el RDL 6/2000.

¹²⁶ Disposición adicional 11.ª, tercero, 1, función decimocuarta, de la LH.

das, en aras de la defensa de la competencia, cuando, como es lo defendible, la autorización era exigible, en ese caso, pero para la vigilancia de la seguridad, no de la competencia, pues, de acuerdo con la función autorizante de la CNE, la autorización es exigible siempre que una sociedad regulada quiere tomar participaciones en otras sociedad que desarrolle actividades mercantiles, dentro de las cuales se encuentran las actividades gasistas liberalizadas. En resumen, la ubicación de la exigencia de autorización previa de la CNE en sede de separación de actividades distorsionaba el sentido del resto del precepto, por cuanto su finalidad era, sobre todo, establecer una separación entre actividades gasistas y no, propiamente, una separación entre actividades gasistas y actividades no gasistas, de forma que, sistemáticamente, dicha exigencia de autorización hubiese debido estar en otro lugar, como, por ejemplo, en el capítulo consagrado a la seguridad de suministro.

4.1.2. El carácter superfluo de la exigencia de autorización previa, en sede de separación de actividades, particularmente tras la reforma de la función autorizante de la CNE en 2006.

La última previsión del precepto relativo a la separación de actividades era, además de extraña, superflua, pues la toma de participaciones, por parte de sociedades que desarrollan actividades reguladas, en sociedades operadoras en sectores económicos distintos del gas natural, era uno de los supuestos sujetos a la autorización previa, en aras de la protección de la seguridad del suministro, según establecía la propia LH, en el precepto donde enumera las funciones de la CNE. En efecto, así como, al abordar la separación de actividades, la LH exigía autorización previa cuando las sociedades que desarrollan actividades reguladas quieran *tomar participaciones en sociedades que lleven a cabo actividades en otros sectores económicos distintos del sector de gas natural*, la función autorizante de la CNE operaba, inicialmente, cuando tales sociedades quisieran tomar participaciones *en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil*. Como fácilmente se aprecia, la función autorizante de la CNE contemplaba, en su versión inicial, tanto el supuesto del precepto sobre separación de actividades, como otros supuestos más (por ejemplo, contemplaba, igualmente, la toma de participaciones en sociedades operadoras en el sector del gas, en actividades reguladas o liberalizadas). Tras la reforma operada en la función autorizante de la CNE en 2006¹²⁷ se reforzó, de alguna manera, el carácter superfluo de la última previsión del precepto relativo a la separación de actividades, porque la autorización previa de la CNE se exige, desde esa reforma de 2006, no solo cuando las sociedades que desarrollen actividades gasistas reguladas quieran tomar participaciones en otra sociedad (cualquiera que se la actividad—energética o no— en que esa sociedad opera), sino también cuando una sociedad (cualquiera que sea la actividad a que se dedique, y sea energética o de otra naturaleza) quiera tomar participaciones en una sociedad que desarrolla actividades gasistas reguladas. Una manifestación del carácter superfluo de la previsión examinada es que, de hecho, en las resoluciones de la CNE donde se ha otorgado o denegado la autorización para que una sociedad que desarrolla actividades reguladas adquiera participaciones en otra sociedad mercantil, los fundamentos de derecho han mencionado, normalmente, la función autorizante de la CNE, obviando el precepto de la LH donde, en sede de separación de actividades, se exigía la necesidad de obtener autorización previa de la CNE¹²⁸.

¹²⁷ RDL 4/2006.

¹²⁸ El carácter superfluo del actual artículo 63.7 explica, quizá, por qué no se ha sentido la necesidad de corregir la errata que contiene (*vid.* nota a pie de pág. 120).

4.1.3. La reforma introducida por la LT, en relación con la autorización previa de la CNE.

Si bien el Proyecto de Ley enviado por el Gobierno a las Cortes Generales mantenía la redacción del apartado del artículo 63 donde se exigía autorización previa de la CNE, en sede de separación de actividades, tal redacción ha experimentado algunos cambios significativos, durante la tramitación parlamentaria.

En primer lugar, la autorización previa de la CNE se exige, tras la LT, cuando una sociedad mercantil, que desarrolla actividades reguladas, quiere adquirir participaciones accionariales en cualquier sociedad, sea del sector gasista o no. No hay aquí ninguna novedad sustantiva respecto del régimen jurídico inmediatamente anterior, pues, de acuerdo con tal régimen jurídico, la autorización de la CNE era exigible, tanto si la sociedad de actividades reguladas quería tomar participaciones en una sociedad gasista, como si quería hacerlo en una sociedad no gasista, aunque, preciso es recordarlo, una vez más, en el primer caso, el fundamento de tal exigencia era solo la función autorizante de la CNE, y en el segundo caso el fundamento era, simultáneamente, dicha función autorizante y el precepto relativo a la separación de actividades. A pesar de que, sustantivamente, no hay variación de los supuestos en que se exige autorización, el cambio es, sin embargo, significativo, porque con la nueva redacción se aproximan los supuestos contemplados por los dos preceptos donde se exige la autorización previa de la CNE, contribuyendo de esta manera a subrayar que tal autorización está ligada, exclusivamente, a la seguridad del suministro, y no a la competencia. Con este cambio se acentúa, además, el carácter superfluo del precepto, respecto de aquel donde, con carácter general, se exige autorización previa de la CNE para operaciones de esta naturaleza. No obstante, si el propósito de la LT es, efectivamente, aproximar el contenido de ambos preceptos, ha de criticarse, por una parte, que ignore uno de los cambios más significativos introducidos en 2006 en la función autorizante de la CNE, pues desde ese año la autorización se exige no solo cuando quien adquiere es una sociedad que desarrolla actividades reguladas, sino también cuando la sociedad en la cual se pretende adquirir participaciones es una sociedad que desarrolla actividades reguladas¹²⁹; por otra parte, debe criticarse que la LT decida suprimir la referencia específica a la función, de entre la lista de funciones de la CNE, a la cual remite, pues contribuye a crear confusión¹³⁰.

¹²⁹ RDL 4/2006.

¹³⁰ El Proyecto enviado por el Gobierno a los Cortes propuso el mantenimiento intacto del artículo 63.7, incluida la errónea referencia a la función decimotercera, en lugar de a la función decimocuarta (*vid.* nota a pie de pág. 120), y las enmiendas presentadas a ese precepto por el Grupo Popular y CiU incurrían en la misma errata. En la enmienda presentada por el Grupo Socialista a ese precepto, se toma, en relación con el error comentando, una curiosa decisión, consistente en modificar la redacción del artículo 63.7 (que, en el texto aprobado por la LT, es el art. 63.4), en la parte en que remite a la autorización de la CNE, haciéndolo ahora simplemente a la disposición adicional 11.^a, tercero, 1, de la LH, sin especificar a cuál de las funciones de la CNE remite. Hay dos posibles explicaciones de esa decisión de suprimir la mención de la función decimocuarta. En primer lugar, es más que probable que el Grupo Socialista haya sido víctima de la perplejidad derivada de que un error tan evidente no haya sido corregido en los casi nueve años transcurridos desde la aprobación de la LH, y que esa circunstancia le haya hecho dudar sobre a cuál de las funciones de la CNE debía remitir, duda que la LT ha resuelto mediante la decisión de hacerlo, *in genere*, a las funciones de la CNE, sin especificar a cuál. Si esa fuese la explicación sería inaceptable, pues cabría esperar de la LT que contribuyese a aclarar el modo en que ha de interpretarse la LH, y no a aumentar la confusión. En segundo lugar, cabría esta otra explicación: dado que con la LT la necesidad de autorización previa de la CNE, contemplada en el artículo 63, sobre separación de actividades, queda ligada a problemas de competencia en el mercado, el legislador no ha querido remitir a la función autorizante de la CNE, concebida, exclusivamente, para vigilar la seguridad del suministro.

4.2. *La toma de participaciones en sociedades que llevan a cabo actividades gasistas liberalizadas, por parte de sociedades que desarrollan actividades gasistas reguladas.*

La versión de la LH inmediatamente anterior a la LT, concretamente la previsión relativa a la toma de participaciones en sociedades operadoras fuera del sector del gas natural ¹³¹, planteaba la cuestión relativa a si las sociedades que desarrollasen actividades reguladas podían tomar participaciones en sociedades del sector del gas, concretamente en aquellas sociedades que, como las comercializadoras, desarrollaran actividades incompatibles con las reguladas; en ese sentido, cabe plantearse, por ejemplo, si una sociedad de distribución de gas natural podía tomar participaciones en sociedades que desarrollasen la actividad de comercialización. La respuesta a esta cuestión había de inferirse de la conjugación de varias previsiones: en primer lugar, del precepto de la LH que obligaba a las sociedades de actividades reguladas a solicitar y a obtener una autorización de la CNE para tomar participaciones en sociedades mercantiles ¹³², puesta en relación, en segundo lugar, con el precepto de la LH que establece cuándo y cómo debe someterse a autorización de la CNE una operación de toma de participaciones por parte de una sociedad que desarrolla actividades reguladas o la toma de participaciones en una sociedad de ese tipo ¹³³; y, en tercer lugar, del precepto de la LH relativo al ejercicio de actividades incompatibles en el seno de un mismo grupo de sociedades ¹³⁴. Atendiendo a esas previsiones, la respuesta que debía darse a la cuestión planteada era un tanto distinta si la sociedad gasista de actividades liberalizadas, en la cual se pretendían tomar participaciones, pertenecía al mismo grupo empresarial, que si, por el contrario, no estaba integrada en el mismo grupo. En el primer caso, no había impedimento legal alguno, pues la propia LH preveía que podían ejercerse actividades incompatibles dentro del mismo grupo, y, en ese caso, una misma sociedad podía tener por objeto social actividades incompatibles, siempre que al mismo tiempo se previese que una sola actividad fuese ejercida de forma directa y las demás mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades. En el segundo caso surgía, adicional y potencialmente, un problema de competencia en el mercado y, por tanto, debía aplicarse la legislación sobre defensa de la competencia, siempre que la toma de participaciones en una sociedad comercializadora de gas, por parte de una sociedad distribuidora, implicase, directa o indirectamente, el reforzamiento de la posición en el mercado de la sociedad comercializadora que, en su caso, estuviese ligada a la sociedad distribuidora que procediera a la toma de participaciones. En ambos casos era exigible la autorización previa de la CNE, con fundamento en la seguridad de suministro.

Con la nueva redacción dada a la última parte del precepto sobre separación de actividades, la LT excluye la posibilidad de que la CNE autorice a una sociedad que desarrolla actividades reguladas a que tome participaciones en sociedades que llevan a cabo actividades de producción o de suministro de gas natural, es decir, actividades liberalizadas, pues esa operación está prohibida. La LT, de esta manera, anuda directamente la exigencia de autorización previa de la CNE con un problema de competencia en el mercado, al vincularlo, a su vez, con la separación entre actividades gasistas regu-

¹³¹ Artículo 63.5, de la versión inicial, que, en virtud del RDL 6/2000, pasó a ser el 63.7.

¹³² *Ibidem*, en relación con la remisión que hace a la disposición adicional 11.ª, tercero, 1, decimocuarta.

¹³³ Disposición adicional 11.ª, tercero, 1, Función 14.ª, según la redacción que le dio el RDL 4/2006.

¹³⁴ Artículo 63.3 de la versión inicial de la LH que, en virtud del artículo 7, Cinco, del RDL 6/2000, pasó a ser el 63.6.

ladas y liberalizadas, olvidando que esa autorización no estuvo concebida originalmente –ni lo está hoy, ni siquiera tras la LT–, para proteger la competencia, es decir, para impedir la separación entre las redes y el suministro; antes bien, hay que decir que la toma de participaciones de sociedades gasistas reguladas en sociedades gasistas no reguladas estaba sujeta a autorización, antes de la LT, ciertamente, pero no por razón de la competencia, sino por razón de la seguridad.

El Proyecto enviado por el Gobierno al Parlamento mantenía en su integridad el precepto donde, en materia de separación, se impone la obligación de obtener autorización previa de la CNE, pero, a raíz de una enmienda, su redacción varió ¹³⁵. La enmienda propuso, por un lado, que se especificase que las sociedades que desarrollen alguna actividad regulada no solo no pueden desarrollar actividades de producción o comercialización, sino que tampoco pueden tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades; por otro lado, se establece que las sociedades mercantiles que desarrollen actividades reguladas necesitan autorización para todo tipo de adquisiciones de participaciones accionariales. La forma en que el precepto queda redactado implica que, en ningún caso, ni siquiera previa obtención de autorización de la CNE, pueden las sociedades que desarrollen actividades reguladas tomar participaciones en empresas de producción o comercialización, pero sí pueden tomar participaciones, previa autorización, en cualquier otra actividad que no sea la producción o la comercialización de gas natural. Esta solución es la que, por lo demás, se deriva de la DG, pues aquella situación en la cual la compañía de red mantiene un control sobre la compañía de suministro (comercialización), integrada en el mismo grupo, es incompatible con la separación funcional y, por tanto, incompatible con la DG ¹³⁶.

4.3. La toma de participaciones en sociedades mercantiles, que operan fuera o dentro del sector del gas natural, por parte de las sociedades que desarrollan actividades gasistas liberalizadas.

Las cuestiones anteriores pueden ser analizadas también en el supuesto en que la sociedad que quiera tomar participaciones en otra sea un comercializador. El silencio de la LH (en su versión anterior a la LT), en este punto, puesto en conexión con la obligación de que los comercializadores tuviesen como objeto social único la comercialización, podía interpretarse de dos maneras distintas: o bien los comercializadores tenían prohibido tomar participaciones en sociedades operadoras en sectores distintos del gas natural (ni siquiera previa autorización), o bien, por el contrario, los comercializadores podían proceder a tomar participaciones, libremente, sin necesidad de previa autorización, en sectores distintos del gas natural. Había que inclinarse por la segunda interpretación, de las dos expuestas, en aplicación del principio de libertad de empresa y, sobre todo, en atención a la *ratio* del precepto donde se obligaba a las sociedades que operaban en sectores gasistas regulados a solicitar autorización para tomar participaciones en sociedades operadoras en sectores distintos del gas natural, que no era otra que verificar que esa toma de participaciones no ponía en riesgo el adecuado desa-

¹³⁵ Enmienda número 74, del Grupo Socialista en el Congreso. La enmienda propuso varios cambios en el artículo 63, tal y como fue enviado por el Gobierno a las Cortes Generales, pero, sin embargo, la justificación se refería solo a uno de los cambios propuestos, y no al relativo al cambio que la enmienda propuso en la funcionalidad y sentido de la autorización para tomar participaciones en otras actividades.

¹³⁶ Nota aclaratoria, 2.1, penúltimo párrafo (*vid.* nota a pie de pág. 17).

rollo de las actividades reguladas; por tanto, siendo la comercialización una actividad no regulada, había que defender que gozaban de libertad para tomar participaciones en sociedades operadoras en sectores distintos del gas natural.

Esa misma libertad había de proclamarse, a la luz del derecho inmediatamente anterior a la LT, para la adquisición de participaciones, por parte de una comercializadora, en sociedades gasistas reguladas, pertenecientes a su mismo grupo, pues la propia LH preveía que podían ejercerse actividades incompatibles dentro del mismo grupo y, en ese caso, una misma sociedad podía tener por objeto social actividades incompatibles, siempre que, al mismo tiempo, se previese que una sola actividad fuese ejercida de forma directa y las demás mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades ¹³⁷.

No puedo dejar de subrayar una cierta incoherencia en la falta de exigibilidad de autorización previa de la CNE, cuando quien adquiriese participaciones en otra sociedad fuese una comercializadora (solo sería exigible, en ese caso, si la sociedad donde se tomaban participaciones era una sociedad de actividades reguladas, pero no si se adquirían participaciones fuera del sector del gas natural, o si se adquirían en otra comercializadora), si se considera que la comercialización, aun siendo una actividad no regulada, tenía obligaciones públicas propias de un suministrador, como la obligación de mantener existencia mínimas, obligaciones de diversificación, y la obligación de garantizar la seguridad del suministro de gas natural a sus clientes ¹³⁸; en consecuencia, si, por ejemplo, un distribuidor necesitaba autorización de la CNE para tomar participaciones en sociedades operadoras distintas del sector del gas natural, para que la CNE verificase que con esa toma no se ponía en riesgo no solo el correcto desarrollo de la distribución propiamente dicha, sino también la seguridad del suministro, ¿por qué un comercializador, que tenía también la obligación de garantizar el suministro a sus clientes, no debía obtener la misma autorización si pretendía tomar participaciones en sociedades que operaban en sectores distintos del gas natural? En el fondo, estas y otras incoherencias de la LH derivaban, en parte, de un incorrecto tratamiento de la actividad de suministro, que no era considerada propiamente como una actividad distinta de otras actividades gasistas y que, por tanto, no estaba clasificada ni entre las actividades reguladas ni entre las no reguladas. Este problema de fondo persiste, incluso, tras la reforma introducida por la LT, en relación también con los comercializadores o suministradores de último recurso. En todo caso, debe subrayarse que, tras las reformas introducidas por la LT, está claro que los comercializadores pueden desarrollar actividades de producción, y que pueden, igualmente, desarrollar actividades en sectores distintos del gas natural, fuera y dentro de España ¹³⁹.

En relación con la toma de participaciones en sociedades gasistas, con anterioridad a la LT, si los comercializadores pretendían adquirir participaciones en sociedades gasistas de actividades liberalizadas, surgía, potencialmente, un problema de competencia, no de seguridad, pero si querían tomar participaciones en sociedades reguladas, pertenecientes o no a su mismo grupo empresarial, era obligatoria, al menos desde 2006, la previa autorización de la CNE. A partir de la LT, puede sostenerse

¹³⁷ Artículo 63.3, que pasó a ser el artículo 63.6, por obra del artículo 7, Cinco, del RDL 6/2000.

¹³⁸ Antiguo artículo 81, letras b) y d).

¹³⁹ Nuevo artículo 62.2, párrafo cuarto.

que las sociedades gasistas de actividades liberalizadas no pueden adquirir participaciones en sociedades gasistas reguladas, pues, entre otras razones, se suprime la posibilidad, contemplada en la versión inmediatamente anterior de la LH, de que una misma sociedad pudiese tener por objeto social actividades incompatibles, siempre que, al mismo tiempo, se previese que una sola actividad fuese ejercida de forma directa y las demás mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades ¹⁴⁰. En este punto, parece que la LT va un poco más allá que la DG, por cuanto, en principio, la norma europea solo exige que la empresa de suministro no *controle* la empresa de red de su mismo grupo, pero no impide, de modo absoluto, que la primera tenga algunas acciones en la sociedad responsable de alguna red ¹⁴¹.

IV. UNA VALORACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES

La DG de 1998 impuso, sobre las empresas gasistas verticalmente integradas, una obligación de separación contable, y la LH española, también de 1998, quiso ir un tanto más allá mediante la introducción de una separación legal, sin alcanzar, sin embargo, la obligación de separación propietaria que se había establecido ya entonces, por ejemplo, en el Reino Unido. En la versión inicial de la LH se establecía, en efecto, una incompatibilidad entre el ejercicio de las actividades de transporte y distribución, por un lado, y la comercialización de gas, por otro, pero desde determinada perspectiva, la incompatibilidad era relativa porque, en primer lugar, no había incompatibilidad entre el transporte y la distribución con todo tipo de suministro sino solo con el suministro efectuado por los comercializadores a los clientes cualificados, dado que los distribuidores suministraban a los clientes no elegibles, en régimen de tarifa administrativamente determinada, y dado que los transportistas eran los encargados de vender gas a los distribuidores conectados a sus redes; en segundo lugar, porque la LH admitía que un mismo grupo de empresas desarrollase actividades incompatibles, de forma que un mismo grupo de empresas energéticas podía transportar, distribuir y comercializar, privando así de virtualidad liberalizadora alguna a una medida que, supuestamente, debería contribuir a la generación de mayor competencia en el mercado. En cierta medida, las previsiones iniciales de la LH beneficiaban realmente a las compañías ya establecidas, pues el nuevo comercializador que quisiese entrar en el mercado solo podía ejercitar actividades de comercialización; pero una sociedad transportista ya instalada en España podía tener como objeto social también la distribución, y viceversa, y las empresas distribuidoras además suministraban a los clientes conectados a sus redes, la mayoría de los cuales no gozaban de la condición de cualificados. En todo caso, dentro del mismo grupo de empresas al que perteneciese el transportista y el distribuidor podía haber una empresa comercializadora.

La adaptación de la legislación española a las exigencias de separación funcional de la DG acontece cuando se reaviva el debate en el seno de la UE acerca de la oportunidad de la imposición de una separación propietaria o estructural. Los partidarios de la separación estructural arguyen que solo una radical separación entre las redes y el suministro de gas facilita el ATR, y que solo ese tipo

¹⁴⁰ Nuevo artículo 63.3.

¹⁴¹ Nota aclaratoria 2.1., último párrafo (*vid.* nota a pie de pág. 17).

de separación ahorra a la industria una regulación detallada y prolija y, a la postre, costosa. El modo en que la DG disciplina la separación funcional, un modo al que la LT española se suma, casi literalmente, corrobora, al menos parcialmente, la postura de los partidarios, como la Comisión Europea, de la separación estructural, en la medida en que tanto la DG como la LT están avocados a generar un complejo *corpus* normativo, emanado de las propias empresas implicadas, lo cual, a su vez, suscita varios interrogantes jurídicos, relativos, por un lado, a la forma en que funcionará, de modo efectivo, la llamada *regulación de la autorregulación*, pues es confuso el papel que las autoridades reguladoras van a jugar en la implantación del nuevo sistema, y, por otro lado, al grado de detalle que los *códigos de conducta* empresariales van a alcanzar, y las consecuencias que de un excesivo detallismo pueden derivarse. En todo el proceso conducente a la separación funcional late una cuestión esencial, cuya respuesta está lejos de haber sido alcanzada de modo definitivo, y es la relativa a si una separación estructural alcanza algún sentido razonable desde el punto de vista de la eficiencia económica, es decir, si los consumidores de gas natural obtendrían algún beneficio de que se obligase a los suministradores a desinvertir en las redes de las que actualmente son propietarios. Desde un punto de vista jurídico, además, es evidente que un movimiento de ese tipo puede dañar el derecho de propiedad. Mientras no exista un consenso en este sentido, parece un tanto aventurado la iniciación de un proceso de separación funcional que, o bien será sustituido en el medio plazo por un proceso de separación estructural, o bien será desarrollado de tal manera que sus efectos serán similares a los de la separación estructural, sin haber alcanzado antes, sin embargo, la certeza relativa a la eficacia económica de la medida. En efecto, aquellos que se oponen a la separación estructural, son partidarios del establecimiento de una regulación completa y detallada sobre el modo en que las redes deben gestionarse, de modo independiente, de las actividades liberalizadas de producción y suministro, sin necesidad de imponer la obligación de desinversión. Resulta, sin embargo, que esa regulación puede llegar a ser tan estricta y detallada, que las empresas integradas verticalmente se vean, de hecho, privadas de la propiedad de sus redes, aunque, formalmente, sigan siendo activos de su propiedad. De esta forma, una determinada separación funcional, que sea efectiva, convergería, en términos prácticos, con una separación estructural. La LT española está redactada de tal manera que no es posible adelantar cuál va a ser el resultado concreto que el sistema va a provocar sobre las empresas, y en esa indefinición radica la principal crítica que puede formularse contra su texto.