

REFLEXIONES SOBRE EL PROCESO LIBERALIZADOR DEL SECTOR DEL GAS NATURAL

José Eugenio Soriano¹

M^a Matilde Sánchez Gutiérrez²

RESUMEN: En este artículo los autores repasan los hitos más importantes del proceso de liberalización del sector del gas natural emprendido en la Unión Europea y en España y exponen algunas reflexiones y consideraciones sobre los avances logrados y las dificultades que se han planteado en dicho proceso.

PALABRAS CLAVE: energía, gas natural, servicio público, liberalización, competencia, Derecho Administrativo, Derecho Público, Derecho de la Competencia, Administración, sector gasista.

I. INTRODUCCIÓN: EL CAMBIO EMPRESARIAL PERMANENTE EN EL SECTOR ENERGÉTICO: UN OXYMORÓN REAL

Escribimos la Comunicación presentada al Congreso sobre Regulación Económica, en el mes de septiembre, unos días después de que las noticias informaran de la suspensión por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la cotización de dos importantes empresas energéticas como consecuencia de la Oferta Pública de Adquisición de Acciones (OPA) lanzada por una de ellas sobre la otra, Gas Natural sobre Endesa (5 de septiembre). Se trata una importante operación todavía sin resolver y, sea cual fuese su resultado, tendrá como consecuencia una reordenación de la estructura del mercado energético español. Guste o disguste, lo cierto es que en España se han venido aprovechando las distintas operaciones

de concentración en el sector energético, tanto para promulgar regulaciones “ad hoc” y otras más permanentes, como para proponer reestructuraciones del sector. Salvo en algunos supuestos (por ejemplo el Real Decreto - Ley 6/2000 sobre introducción de competencia en el mercado de servicios) en los que efectivamente el poder público se adelantó a los acontecimientos, más bien lo común ha sido lo contrario, esto es, que son los hechos de la realidad económica los que han venido modificando las normas. Por ello no debe sorprender que tras esta operación, habrá como colofón, nos atrevemos a predecir, otro cambio regulatorio en el sector de la energía.

Es todavía pronto para saber si la OPA saldrá adelante y para extraer conclusiones del caso, aunque estamos más cerca de su resolución y, en ese sentido, nos hemos visto obligados a actualizar nuestra Comunicación pues en los meses transcurridos entre su presenta-

1 Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Extremadura. España.

2 Profesora Titular E.U. de Derecho Administrativo. Universidad de Extremadura. España.

ción y su publicación (enero de 2006) se han producido avances importantes en la tramitación de la OPA que no podemos dejar de mencionar.

Así, conocemos ya la decisión del Colegio de Comisarios de la UE, tomada el 15 de noviembre de 2005, que ha considerado que el análisis y aprobación de la operación corresponde a las autoridades españolas por no tener "dimensión comunitaria". Endesa ha recurrido esta decisión ante el Tribunal de Primera Instancia y este recurso todavía no se ha resuelto.

También han emitido ya los Informes preceptivos sobre la operación las autoridades reguladoras españolas.

La primera en pronunciarse ha sido la Comisión Nacional de Energía que el 8 de noviembre de 2005 ha aprobado la Resolución por la que concede a Gas Natural la autorización prevista en el art. 63.7 de la Ley del Sector de Hidrocarburos de 1998 y a la que también se refiere la Disposición Adicional 11^a. tercero.1, decimocuarta de dicha Ley. La Comisión Nacional de Energía ha concedido la autorización solicitada por Gas Natural para realizar la operación consistente en la toma de participación en el capital social de Endesa que resulte de la liquidación de la OPA presentada ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores estableciendo diez condiciones a su realización; esta decisión se ha tomado por mayoría (con cinco votos a favor, tres en contra y una abstención). Aproximadamente un mes más tarde, el 20 de diciembre de 2005, la CNE ha aprobado otro Informe, en ejercicio de la función decimoquinta de la Disposición Adicional 11^a. Tercero.1 de la Ley del Sector de Hidrocarburos; también en este caso lo ha hecho por mayoría (con cinco votos a favor y cuatro en contra). En este Informe la Comisión analiza la operación desde el punto de vista de la competencia y se muestra favorable a la operación aunque sometida al cumplimiento de condiciones.

Ya en el mes de enero de 2006, el día 5, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha aprobado su Informe en el expediente relativo a la operación de concentración económica consistente en la adquisición por Gas Natural del control exclusivo sobre Endesa por medio de una OPA. El Tribunal de Defensa de la Competencia, teniendo en cuenta los efectos sobre la competencia que podría causar la operación y tras valorar los posibles elementos compensatorios de las restricciones que se aprecian, aconseja al Gobierno que declare improcedente la operación de concentración notificada y ordene que no se proceda a la misma. Tampoco se ha aprobado este Informe por unanimidad (han votado a favor seis Vocales y en contra tres).

No se puede ocultar que el resultado era en gran medida predecible, puesto que en el continente europeo, a diferencia del mundo anglosajón y más específicamente británico, el viejo principio de que hay que actuar de conformidad con el principio de división de poderes inclusive dentro de la propia Administración, no tiene cabida y ni siquiera se entiende bien. Actuar separados "el largo de un brazo" (the arms length principle) tan caro al Derecho inglés, no se entiende en el continente, más bien informado por los principios tradicionales de concentración de poderes típicos de la mentalidad mercantilista derivada del Ancien Regime. El "largo de un brazo", que supone que cada actor, cada órgano, cada unidad, es independiente de la otra y está separada por esa "distancia de respeto" que se da cuando se impone esa brecha, implica que los políticos están separados y distantes de los órganos administrativos decisorios, quienes no tienen nada que temer ni nada que esperar de los políticos, y por tanto resultan inmunes a sus presiones. Es más, a partir de este principio, es conocido que se generan códigos éticos y de buen gobierno dirigidos precisamente a impedir la descalificación y la denigración de los órganos administrativos por la clase política,

estableciéndose incluso el procedimiento de crítica de los mismos. Y a su vez, estos órganos administrativos tienen una relevancia pública notable al estar constituidos por personas que sí tienen un prestigio reconocido y acreditada independencia de criterio (para lo cual es capital realizar un examen público ante el Parlamento en el que se pueda interrogar decididamente a estas personas, o bien existan mecanismos independientes de preselección realizados por otros expertos en la búsqueda de talentos que luego se ofrecen en terna al Gobierno).

Pero no hay que soñar con que eso suceda en nuestro país que, al igual que Italia o Francia, ha aceptado la importación de la moda de las Agencias Independientes, pero en su mera forma, no en la sustancia ni en la cultura política. Por eso, se designan personas de estricta confianza política y cuando cambia el político de turno, comienza un proceso de crítica feroz y de descalificaciones sin límite al titular del órgano administrativo, con lo cual la propia institución sufre en su prestigio y los ciudadanos apenas tienen confianza en ella. Los medios de comunicación, a su vez, toman partido e influyen notoriamente en las decisiones del órgano regulador, o al menos las presionan. En fin, en nuestro Derecho, como sucede en el ámbito continental –tanto latino como germánico– el “juego limpio” (Fair Play) no es parte de la cultura política, sino más bien, es el “qué dices que me opongo” lo que constituye la regla normal de comportamiento político y que llega hasta el extremo de que voceros oficiales han criticado las Resoluciones reconociendo que ni siquiera se las habían leído e inclusive que ni siquiera las habían recibido todavía.

En fin, esto tiene que cambiar. O bien se va en la línea de adecuar forma y sustancia, de manera que se elija siempre a personas independientes con arreglo a criterios de imparcialidad y experiencia, añadiendo un código ético de comportamiento tanto del órgano como de la crítica política sobre el mismo, o

bien, por el contrario, se vuelve a la tradicional Administración Napoleónica que es, en definitiva, la propia de la mentalidad continental. “Tertium non datur”.

Este ejemplo sirve para demostrar las dificultades que se plantean en el análisis de este sector sometido a constantes cambios por las importantes operaciones económicas que se producen en el mismo y por las modificaciones que, como veremos, se introducen también de forma continua en su regulación, en el Derecho positivo.

II. DERECHO ADMINISTRATIVO, DERECHO DE LA COMPETENCIA: ENTRE REGULACIÓN Y CONCURENCIA

1. VINO NUEVO EN ODRE AÑEJO: BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO

El estudio del sector gasista exige la combinación del Derecho Administrativo tradicional y del nuevo Derecho Público en que consiste el Derecho de la Competencia. Planificación y Competencia en el sector energético, lejos de ser elementos contradictorios constituyen una “tercera vía” que en economías de redes se impone por la existencia de la escasez de producto, dificultad de suministro, reserva estratégica necesaria, interés de los consumidores, unión de las energías en mercados “multiservicios” y, en fin, evitar el “mercado de cacharros” (“lemons market”) en la continuidad de bienes absolutamente imprescindibles para constituir condiciones mínimas de vida de los ciudadanos.

La industria del gas nace como una actividad privada y de forma paulatina se traspasan las competencias sobre la misma a los Municipios, se declara servicio público, se llega a la estatalización y posteriormente, ya en nuestros días, a su regulación comunitaria. Lo veremos a continuación.

2. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL SECTOR GASISTA EN ESPAÑA: EL ORIGEN MUNICIPAL, SU POSTERIOR ESTATALIZACIÓN, CAMINO DE EUROPA

Así, por lo que se refiere a los orígenes de la industria del gas, tenemos que recordar que surge en el s. XIX como una actividad privada. En ese momento diversos empresarios instalan fábricas gas y construyen las redes necesarias para su suministro y para la prestación del servicio de alumbrado público.

Los Municipios empiezan a intervenir en dicho servicio aunque esa intervención no estaba exenta de dificultades pues como ha indicado Fernández Rodríguez, “el s. XIX es el siglo liberal y el dogma del *laissez faire* impide a los entes públicos inmiscuirse en actividades económicas que se entienden reservadas a la sociedad”³. Esta intervención se justifica con distintos argumentos, entre ellos, el Prof. García de Enterría ha destacado tres: el ser los principales consumidores de gas, por la importancia del alumbrado público en sus orígenes; la necesidad de utilizar el dominio público municipal para extender las canalizaciones de distribución de gas y la caracterización de esta industria como monopolio de hecho por sus condiciones técnicas y económicas.⁴

En ese sentido, puede afirmarse que ha existido siempre una intervención de la Administración en el sector del gas utilizando distintas técnicas jurídicas entre las que destacan: la celebración de contratos para el alumbrado de las calles entre los Municipios y las empre-

sas gasistas; el sometimiento de la actividad a policía administrativa; la concesión de dominio público; el monopolio fiscal; la municipalización y, finalmente, la declaración de servicio público. Esa presencia de la Administración, mayor o menor, con la utilización de unas técnicas u otras, será necesaria siempre para asegurar el funcionamiento del mercado pues, como ha señalado uno de nosotros, el mercado no se cuida por sí mismo y corresponde al Estado cuidar y preservar el mercado y su correcto funcionamiento⁵; es, por tanto, el Estado el que se ocupa del mercado y para ello dispone de un mecanismo administrativo de salvaguardia de los mercados.⁶

Esta intervención en la industria gasista, aunque constante, ha ido aumentando gradualmente (por ello han ido también variando las técnicas aplicadas para llevarla a cabo) y ese aumento puede enmarcarse dentro del proceso de intervencionismo en la economía general que se inicia a mediados de los años veinte y aumenta considerablemente después de la segunda guerra mundial.

En cuanto a la evolución de la regulación jurídica de esta industria, tenemos que destacar que, en el momento inicial, faltaba un marco legal que reconociera la competencia municipal y diera respuesta a los problemas que se planteaban. Las normas sobre el servicio eran insuficientes y parciales, sólo regulaban determinados aspectos del mismo. Posteriormente, se trata de mejorar esa situación y se lleva a cabo una regulación unitaria del sector.

3 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “Evolución y problemas actuales del servicio público del gas”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II (Editorial Civitas, Madrid, 1998) pp. 1496.

4 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El servicio público del gas”, en *Problemas actuales de Régimen Local* (Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1958) pp. 46 y 47.

5 SORIANO GARCÍA, José Eugenio, *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo* (Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993) pp. 12.

6 SORIANO GARCÍA, José Eugenio, *Derecho Público de la Competencia* (Idelco-Marcial Pons, Madrid, 1998) pp. 18.

Entre las normas que se han sucedido históricamente y que han incidido en este sector, hemos de recordar, por su importancia, las siguientes:

En primer lugar, el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo, dictado el año 1924, que reconoce la competencia de los Ayuntamientos en materia de alumbrado y prevé la municipalización con monopolio del servicio de abastecimiento de gas.

En segundo lugar, el Real Decreto de 12 de abril que se dicta ese mismo año 1924 y declara servicio público el suministro de gas.

En tercer lugar, el Reglamento del Gas de 1956 que es el primer texto legal que regula de forma completa el régimen del servicio y supone la asunción de las competencias sobre el mismo por el Estado; sólo regulaba la industria del gas manufacturado y especialmente sus usos domésticos.

En cuarto lugar, el Reglamento de 1973 que no introdujo novedades sustanciales respecto al de 1956, pero supuso la adecuación del régimen jurídico del sector a los cambios que había sufrido durante los años sesenta y setenta, como las innovaciones tecnológicas en la producción del gas manufacturado, la introducción del gas natural o el crecimiento en el uso de los gases licuados del petróleo.

Finalmente, el año 1987 se promulga la Ley del Gas. Es una Ley dedicada al gas natural. Declara servicio público todas las fases del ciclo: el suministro, la conducción, la distribución y la producción quedando sólo fuera la fase de extracción regulada por la Ley de Hidrocarburos de 1974. Atribuye la titularidad del servicio al Estado o, en su caso, a las Comunidades Autónomas y opta por la gestión indirecta del mismo, mediante la obtención de concesión para la realización de las actividades y de autorización para la construcción de las instalaciones necesarias para llevarlas a cabo.

3. LA FUERTE APUESTA COMUNITARIA POR LA LIBERALIZACIÓN Y SU CRISIS

A) La intervención de las instituciones comunitarias en el sector gasista

Las Instituciones comunitarias han intervenido de forma muy activa en el ámbito de la energía diseñando un proceso dirigido a conseguir un mercado único y la liberalización de los sectores energéticos. En concreto, y por lo que se refiere al sector del gas natural, se han aprobado distintas Directivas para impulsar dicho proceso:

La Directiva 90/377/CEE del Consejo, *relativa a un procedimiento comunitario que garantice la transparencia de los precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y de electricidad*, con el objetivo de facilitar la libre elección de los consumidores y evitar el falseamiento de la competencia en el mercado común.

La Directiva 91/296/CEE del Consejo, *relativa al tránsito de gas natural a través de grandes redes* que pretende aumentar los intercambios garantizando a la vez la seguridad y la calidad del suministro.

La Directiva 94/22/CE del Parlamento y del Consejo, *sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos*, que trata de eliminar restricciones a la igualdad de acceso de las empresas a dichas actividades y garantizar su ejercicio en condiciones que favorezcan una mayor competencia en el sector.

La Directiva 98/30/CE del Parlamento y del Consejo, *sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural* que ha supuesto un impulso definitivo en la liberalización y la introducción de competencia en el sector y ha abordado temas claves, entre los que podemos destacar, la posibilidad de imponer por parte de los Estados miembros obligaciones de servicio público a las compañías de gas, el re-

conocimiento del derecho de acceso de terceros a las redes o la imposición de medidas de separación y transparencia contable a las empresas.

La Directiva 2003/55/CE, de 26 de junio, *sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE*. En un primer momento, el objetivo de las Instituciones comunitarias era simplemente modificar esta última Directiva, sin embargo, al avanzar los trabajos de revisión de la misma, el alcance de las reformas llevó a que se tomara la opción de derogarla y aprobar una nueva. Entre sus principales novedades destacan la modificación de las fechas de apertura del mercado; la introducción de medidas para garantizar la independencia de la gestión de las redes de transporte y distribución y la eficacia del derecho de acceso de terceros a las redes; la imposición a los Estados miembros de la obligación de crear autoridades reguladoras independientes con un conjunto mínimo de competencias y la introducción de modificaciones para mejorar las disposiciones vigentes sobre obligaciones de servicio público. Debe recordarse, en relación con esta última cuestión que el cambio más importante que ha producido el proceso de liberalización del sector gasista en su régimen jurídico consiste en que ha dejado de ser un servicio público pasando a ser una actividad privada calificada como actividad de “interés general” o, mejor, de “interés económico general” y que, para garantizar los intereses generales presentes en el mismo, se ha utilizado la técnica de la imposición de obligaciones de servicio público.

La última Directiva que se ha aprobado ha sido la 2004/67/CE del Consejo, de 26 de

abril de 2004, *relativa a unas medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas natural*, que tiene por objeto establecer un marco común con arreglo al cual los Estados miembros determinen políticas generales transparentes y no discriminatorias de seguridad del suministro.

Tiene también una gran importancia la acción comunitaria en materia de redes transeuropeas, prevista expresamente en el Tratado CE y desarrollada por las Instituciones comunitarias, que será clave para lograr la libre circulación del gas en el interior de la Unión Europea y aumentar la seguridad del suministro.

No debe, finalmente, olvidarse que, sin perjuicio de que se hayan dictado esas normas, al sector del gas le son aplicables las reglas del Tratado y, para conseguir el objetivo de la realización del mercado interior, será clave la de las disposiciones sobre competencia. Ariño y Del Guayo han subrayado y, como indican, se trata de una afirmación compartida, “la importancia creciente que adquirirá la aplicación de las normas de competencia para la creación de un mercado único energético” y añaden que “dichas normas (y su aplicación) deberán *adaptarse* a las singularidades de los mercados energéticos”.⁷

B) ¿Es realmente posible la creación de un mercado interior del gas natural?

Como hemos indicado, la Unión Europea, a través de sus distintas Directivas, ha insistido en la creación de un mercado interior libre de barreras nacionales. Sin embargo, como ha explicado con detalle uno de nosotros en

7 DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo y ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “Liberalización y competencia en el sector del gas. Balance 1998-2003”, en ARIÑO, Gaspar (Dir) *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y Resultados*. Tomo II (Fundación de Estudios de Regulación. Comares, Granada, 2004) pp. 31.

otro lugar⁸, “hoy por hoy, tiene mucho de utópico este planteamiento y sería pueril pretender que existe mercado interior y mercado único en el ámbito de la energía y, específicamente, en el mercado del gas.

Efectivamente, los países de mentalidad continental, liderados por Francia, vienen oponiéndose con éxito a la creación de tal mercado interior; más bien, hay que reconocerlo, lo que hasta ahora prima es, sin duda, la fragmentación de los mercados. Cada Estado miembro sigue siendo un ‘minimercado’ –y a su vez dentro de ellos muchas veces también con carácter regional existen también submercados locales– que continúa dominando la escena interior. El fuerte aldabonazo contra la libertad de empresa que supuso la posición ya en 1994 (con antecedentes a su vez en los años 80) del Conseil d’État (Vid. en Etudes & Documents N° 46 Rapport Public) ha marcado decisivamente la concepción francesa sobre la evolución de su añejo servicio público. Y, con esta concepción, se ha arrastrado a su vez al resto de las actitudes y mentalidades del continente.

Porque hay que decir que, hoy por hoy, solamente existen dos grandes ideas –fuerza en Europa. De una parte la francesa, seguida en fiel papanatismo por la gran parte de los países continentales. Y del otro lado la británica (la famosa ‘tercera vía’ que teorizó A. Giddens y que llevó al poder al Premier Blair) que ha encontrado una vía para resituarse al poder público en lo que hace a su relación con la empresa privada; vía que no supone la desaparición del Estado, como los agoreros vienen amenazando, sino, bien por el contrario, su recolocación como genuino poder público. Esto es, se susti-

tuye la intervención directa en los mercados por la regulación, la disciplina, inclusive la planificación. Y esto es Estado, sin la menor duda. Estado que atiende exclusivamente al interés general, lejos de implicarse en el auto-secuestro que le supone la intervención directa en los mercados a través de empresas públicas que al final, invirtiendo el mito de Saturno, devoran al Titán Estado.

Comoquiera que sea, lo cierto es que la Agenda de Lisboa –acta de nacimiento de todo el nuevo impulso comunitario sobre creación de un verdadero mercado interior– está oxidada y su recordatorio se ha convertido en un mantra vacío de contenido que todo el mundo recita y que nadie acaba de cumplir. Es más: recientemente se están manifestando públicamente actitudes que suponen de manera paladina dar pasos atrás, sin rubor alguno (OPA del BBVA en Italia, con la reacción nacionalista defensiva del Gobernador Antonio Fazio impidiéndola; la advertencia de Chirac de que la empresa Danone siempre será francesa invitando a Pepsi Cola a repensar si se atreve a comprarla, etc., etc.).

Lo que no sabemos es si con la ampliación a 25 miembros, más los dos que están a punto de entrar, lo único que quedará de la vieja idea europea es, precisamente, la posibilidad de crear un mercado interior. Porque no hay duda de que la mal llamada Constitución Europea se ha saldado con un rotundo fracaso. Y es que la ampliación enorme, tan interesante para Alemania, no lo ha sido para el resto de los países con conciencia de sus propios intereses. La consecuencia parece evidente, a saber: se está imponiendo la visión británica de puro mercado libre, de espacio económico

8 SORIANO GARCÍA, José Eugenio, “Prologo” al libro de M^a Matilde SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, *La regulación del sector del gas natural* (Editorial Tirant lo Blanc, en prensa). En este libro se desarrollan algunos de los aspectos a los que, de forma resumida, nos referimos en este artículo como la evolución histórica de su regulación, la acción de las Instituciones comunitarias dirigida a la realización de un mercado interior del gas natural o el proceso de liberalización llevado a cabo en nuestro país.

sin barreras, frente a la concepción gala (o si se prefiere franco - germánica) de una Europa construida mediante técnicas políticas fijas, cerradas y claras, en las que los poderes públicos, comunitarios y nacionales, intervienen de continuo en la fijación de la identidad europea y en su fuerza económica y política.

Europa ha estado claramente construida, hasta la fecha, con mimbres franceses (y de sus adláteres). El esquema 'Conductor - Seguidores' ha sido bastante claro y hay que decir, también aceptado, de manera que Francia tiene un papel propio y peculiar, prácticamente indubitado hasta ahora. Y sin embargo, han sido los propios franceses los que han rechazado la idea de una 'Constitución', quizá por cuanto simplemente la libre competencia suscita en nuestros vecinos un gesto hosco por contrario a su propia tradición. En el ámbito de las energías y más concretamente en el gas, basta mirar lo que Gas de France es y lo que hace para caer de inmediato en la cuenta de que la simbiosis Estado - empresa es lo característico de Francia, por lo que es poco probable que exista alguna posibilidad de introducir empresas no francesas en su territorio (pese a que las mismas, muchas gubernamentales, invaden con naturalidad los mercados extranjeros). Es, al final, un tema cultural y por ende, político.

Lo paradójico del asunto es que consecuencia del rechazo a la libre competencia, el resultado ha sido precisamente el de proceder a diseñar una Europa que solamente puede tener en esa misma libre competencia alguna posibilidad de continuar. Como si de un oxymorón jurídico se tratase, el rechazo francés a la Constitución Europea por adoptar la libre competencia desemboca indefectiblemente en libre competencia (puesto que la al-

ternativa sería que la Comisión ya no hiciera nada y quedara en dique seco)".⁹

4. LA LIBERALIZACIÓN EN ESPAÑA ¿MODELO O FRACASO?

A) El proceso de liberalización del sector gasista español. Visión general

Veremos a continuación, brevemente, los principales aspectos del proceso de liberalización del sector gasista emprendido en España y del modelo de regulación del mismo que han diseñado las normas aprobadas para llevarlo a cabo.

Las primeras medidas liberalizadoras se toman durante la vigencia de la Ley del Gas de 1987. Se aprueban normas que tratan de introducir competencia en el sector reformando parcialmente el régimen jurídico aplicable al mismo pero esta técnica es insuficiente para lograr los objetivos perseguidos. Por ello, se aprueba una nueva Ley, la Ley del Sector de Hidrocarburos de 1998 que regula todo el sector e introduce novedades muy importantes en el régimen jurídico del gasista.

El desarrollo reglamentario de la Ley se ha llevado a cabo con la aprobación de tres Reales Decretos, el 949/2001, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector del gas natural; el 1434/2002, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural y el 1716/2004, de 23 de julio, por el que se regula la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, la diversificación de abastecimiento de gas natural y la Corporación de Re-

⁹ Recuérdese, en ese sentido, que la Unión Europea ha considerado la defensa de la competencia como un elemento unificador del mercado. SORIANO GARCÍA, José Eugenio, (Nº 4) pp. 37.

servas Estratégicas de Productos Petrolíferos. Los tres se refieren a cuestiones básicas para el funcionamiento del sistema gasista y se han dictado con un cierto retraso; haber dispuesto antes de ellos hubiera contribuido a dar una mayor seguridad jurídica a los agentes que operan en el mercado.

Por lo que se refiere a la regulación del sector gasista que lleva a cabo la Ley del Sector de Hidrocarburos, vamos a referirnos a sus aspectos más novedosos:

En primer lugar, al sistema de gas natural que es, como ha señalado el profesor Del Guayo, un sistema de instalaciones que tiene por objeto el suministro de gas a los consumidores.¹⁰

En él actúan distintos sujetos:

Los transportistas que son las personas jurídicas titulares de instalaciones de regasificación, licuefacción, transporte o almacenamiento de gas y realizan las actividades anteriores y la de compraventa de gas para el mercado a tarifa.

Los distribuidores que son las personas jurídicas titulares de instalaciones de distribución y realizan las actividades de transmisión de gas desde las redes de transporte hasta los puntos de suministro y de venta de gas a los consumidores a tarifa.

Los comercializadores, sociedades mercantiles que, accediendo a instalaciones de terceros, adquieren gas para su venta a consumidores o a otros comercializadores y

El Gestor Técnico del Sistema. El Gestor es el transportista titular de la mayoría de las instalaciones de la red básica de gas natural; tiene la responsabilidad de la gestión técnica de la red básica y de transporte secundario y deberá garantizar la seguridad del suministro

de gas y la correcta coordinación entre los puntos de acceso, los almacenamientos, el transporte y la distribución. La necesidad de determinar su naturaleza jurídica, hace imprescindible la referencia a un tema que ha sido estudiado en profundidad por T.R. Fernández¹¹, el de los problemas que se plantean en relación con las organizaciones privadas que realizan funciones públicas gozando de prerrogativas propias del poder público. Creemos que nos encontramos ante un caso peculiar y que no estamos ante un fenómeno de autoadministración o autodisciplina. Enagas es uno de los sujetos del sistema. Como ha señalado Del Guayo¹², no es una Administración Pública, pero ejerce funciones que, en el contexto de la Ley del Sector de Hidrocarburos pueden considerarse públicas; sin embargo, no existe en este supuesto una agremiación de intereses que pueda llevarnos a afirmar que se trate, como ocurría, por ejemplo, en el caso de UNESA, de un supuesto de autoadministración ya que no todos los actores del sector están presentes en el accionariado de esta empresa ni son sus únicos accionistas.

Hemos de señalar, por otra parte, que transitoriamente se distinguió entre dos tipos de consumidores de gas los cualificados y no cualificados. Desde el 1 de enero de 2003 todos los consumidores tienen la consideración de cualificados y podrán adquirir el gas directamente en origen, en el mercado liberalizado a los comercializadores o en el mercado regulado a los distribuidores.

El sistema gasista comprende tres tipos de instalaciones: la red básica de gas natural, las redes de transporte secundario y las redes de distribución. Aunque esta infraestructura

10 Vid. sobre esta cuestión su trabajo "El Sistema Gasista y su Gestión Técnica". *Revista Jurídica de Navarra* Nº 32 (2001).

11 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*. (Instituto de Administración Local, Madrid, 1972).

12 DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, (Nº 8) pp. 70.

se ha desarrollado rápidamente y se ha alcanzado un grado relativamente alto de interconexión y homogeneidad con la de otros países, deberá continuar su expansión para dar cobertura a una demanda creciente. El Gobierno ha elaborado el documento "Planificación de los sectores de electricidad y gas. Desarrollo de las redes de transporte 2002-2011". En el nuevo marco regulatorio, la planificación será, con carácter general, indicativa, siendo excepcional la parte obligatoria.

Creemos que el instrumento fundamental para lograr la liberalización del mercado del gas es el reconocimiento del derecho de acceso de terceros a las instalaciones gasistas. Se trata de un servicio que sólo puede prestarse a través de la red, ésta es una instalación esencial y su titular está en una posición dominante. En ese sentido, Ariño ha afirmado que en estos sectores "la 'red' es la clave del mercado, es la vía física a través de la cual éste se materializa"¹³. Por ello, es fundamental garantizar la posibilidad de acceder a ellas pues de dicho acceso dependerá, como han indicado Waelbroeck y Frignani, la realización de las actividades relacionadas con las mismas¹⁴. En cuanto a la naturaleza jurídica de esta figura, creemos que puede ser considerada como una servidumbre que será indemnizable mediante el pago de un peaje.

La Ley del Sector de Hidrocarburos ha reconocido el derecho de acceso de terceros a las redes y sus previsiones han sido desarrolladas por el RD 949/2001. Se ha establecido un sistema regulado de acceso. Se garantiza el acceso a las instalaciones de la red básica y a las

de transporte y distribución a cambio de un precio, el peaje que apruebe el Gobierno. Podrán acceder los transportistas, los comercializadores y los consumidores cualificados.

Como hemos señalado, la Ley del Sector de Hidrocarburos ha calificado las actividades del ciclo del gas como "actividades de interés general". Estas se llevarán a cabo en régimen de libre competencia y se clasifican en dos grupos: reguladas y libres. Entre unas y otras la Ley exige, como regla general, la separación.

El paso de una situación de servicio público a otra de liberalización y competencia ha supuesto, por otra parte, la desaparición de la figura de la concesión como forma de gestión del servicio. Habiendo convertido la Ley las concesiones en autorizaciones. Los sujetos del sistema deberán obtener autorización para las instalaciones de redes de transporte y distribución o, en su caso, para realizar la actividad de comercialización.

Por otra parte, la Ley del Sector de Hidrocarburos ha regulado el régimen económico de las actividades del ciclo del gas. Mientras éstas han tenido la consideración de servicio público, la Administración ha sido titular de una potestad tarifaria, sin embargo, como han puesto de manifiesto Ariño y Del Guayo, esta potestad ha de ser excepcional en una economía de mercado y la liberalización deberá llevar a una eliminación progresiva de la intervención pública en los precios¹⁵. La Ley ha establecido transitoriamente un sistema de precios regulados que deberá desaparecer para dar lugar a la libre fijación de los mismos en el mercado. El RD 949/2001, regula el sistema

13 ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (Hacia un nuevo modelo de regulación)", en ARIÑO, Gaspar; DE LA CUÉTARA, Juan Miguel y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *El nuevo servicio público* (Marcial Pons. PERE. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997) pp. 30.

14 WAELBROECK, Michel, y FRIGNANI, Aldo, *Derecho Europeo de la Competencia*. Tomo II. Vol. 4 del Comentario J. Mégret (Editorial Bosch, Barcelona, 1998) pp. 799.

15 ARIÑO ORTIZ, Gaspar y DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, "La regulación de las actividades gasistas". *Documentación Administrativa* Nº 256 (2000). pp. 130-132.

económico integrado del sector del gas natural. En virtud del mismo, tendrán derecho a percibir una retribución por el ejercicio de sus actividades los transportistas, distribuidores y el Gestor Técnico del Sistema. Los recursos provendrán de las tarifas, peajes, cánones y precios de cesión. Estos serán recaudados por transportistas y distribuidores y se establece un sistema de liquidaciones para repartir los ingresos totales entre los agentes que tengan derecho a percibir una retribución. Aunque el RD 949/2001 recoge los criterios retributivos y la estructura para determinar las tarifas, peajes, cánones y precios de cesión, su cuantificación y la determinación del procedimiento de liquidación se ha llevado a cabo posteriormente mediante la aprobación de varias Órdenes Ministeriales. En el supuesto de la comercialización, los precios se fijarán libremente por las partes, sin perjuicio de que, con carácter excepcional, el Gobierno pueda establecer precios máximos aplicables a las ventas de los comercializadores.

Finalmente, hemos de recordar que la Ley del Sector de Hidrocarburos ha creado la Comisión Nacional de Energía, que es el ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos. Es una Administración Independiente y su actuación será clave tanto mientras se lleva a cabo la liberalización del sector gasista como una vez que haya acabado para garantizar su funcionamiento con objetividad e independencia y velar por que en dicho mercado se dé una competencia efectiva.

B) Valoración global del proceso

Nos encontramos ante un proceso que no ha terminado. Todavía es necesario seguir dando pasos para lograr la total liberalización del sector. Es por ello difícil valorarlo y más aún tratar de dar una respuesta a las cuestiones que se encuentran pendientes como la OPA de Gas Natural sobre Endesa a la que nos referíamos al principio. El avenir, por definición,

es ignoto (afortunadamente). Nadie conoce ni su futuro ni el futuro en general. Podemos aprender de lo visto, de otras experiencias pasadas, pero en estos momentos resulta aventurado extraer lecciones y aplicarlas como cuando en la escuela nos imponían el viejo "Cátón". Todo está en juego: el papel de las Cajas como financiadoras, la confusión entre Administradores y accionistas, el precio pero también la creación de valor por los partícipes (personal, proveedores, clientes, consumidores...).

Junto a ésta quedan otras cuestiones "pendientes" cuyo análisis es hoy todavía difícil como, por ejemplo, los arduos problemas de conectar con el sector eléctrico en lo que ya algunos anuncian como las operadoras "multiservicios" (que incluyen cualquier suministro de red que tenga que llegar a los hogares, por consiguiente, agua incluida en un futuro no muy lejano); habrá que ver si con la fuerte y creciente concentración del sector, dichas ofertas al consumidor acaban siendo algo y sirviendo para algo. Esa conexión con el sector eléctrico puede llevar a la formación de un mercado de energía integral, superador de la diferencia entre los actuales mercados eléctrico y gasista.

En todo caso, tendremos que seguir reflexionando sobre estos temas. Hay que impulsar este debate, sobre todo en Europa muy dependiente y demandante de energía. En el caso concreto del gas, la llamada "guerra del gas" entre Rusia y Ucrania que comenzó los últimos días del año 2005 y que, por fortuna, se ha resuelto con rapidez ha planteado la fuerte dependencia energética externa de la Unión Europea y su vulnerabilidad ante crisis como la vivida por lo que desde las Instituciones comunitarias deberán hacerse esfuerzos para avanzar en la consecución de la deseada política energética comunitaria.

Por ello, sin complejos, hay que plantearse la búsqueda de energía en cualesquiera fuentes en que se encuentren, superando viejos prejuicios y buscando las mejores soluciones en un mundo que no es perfecto.

