
Separación de actividades, competencia y garantía del suministro, en el sector del Gas Natural

Iñigo del Guayo Castiella

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Almería

Publicación - Separata del nº 28 de Cuadernos de Energía

Edita

Reservados todos los derechos. Queda totalmente prohibida la reproducción total o parcial de este documento por cualquier procedimiento electrónico o mecánico, incluso fotocopia, grabación magnética y óptica o cualquier sistema de almacenamiento de información o sistema de recuperación sin permiso de los propietarios del copyright.

Club Español de la Energía
Paseo de la Castellana, 257, 8ª Planta
28046 Madrid
Tf. 91 323 72 21
Fax. 91 323 03 89

www.enerclub.es

Depósito Legal: M-21638-2008

Índice

1.- La separación de actividades en el contexto del proceso de creación de un Mercado Interior Europeo del gas natural (unbundling):

- 1.1.- Las redes de transporte y distribución de gas natural, y la necesidad de regular los monopolios naturales
- 1.2.- La separación de actividades, núcleo del proceso de creación de un mercado interior europeo del gas natural
- 1.3.- Finalidades del régimen separación entre actividades gasistas
- 1.4.- Formas de separación
- 1.5.- El debate subyacente
- 1.6.- La separación de actividades en la DG de 2009:
 - 1.6.1.- Las opciones existentes después de la DG de 2003
 - 1.6.2.- La postura inicial de la Comisión Europea. La oposición del Consejo. El nacimiento de una tercera vía
 - 1.6.3.- Aclaraciones sobre la confusa terminología de la DG de 2009
 - 1.6.4.- Separación efectiva y separación eficiente
 - 1.6.5.- Las alternativas u opciones de la DG de 2009
 - 1.6.6.- La distribución en la DG de 2009

2.- La contabilidad de las empresas gasistas y la separación contable:

- 2.1.- La contabilidad de las empresas gasistas
- 2.2.- Auditorías
- 2.3.- La separación contable
- 2.4.- Derecho sancionador en materia de contabilidad

3.- Separación jurídica:

- 3.1.- Antecedentes de la separación jurídica, en derecho español, entre las actividades reguladas, y las actividades de producción y comercialización
- 3.2.- La obligación de separación jurídica de las empresas operadoras de instalaciones de la Red Básica de gas natural
- 3.3.- La separación jurídica entre las actividades reguladas, y la comercialización y la producción:
 - 3.3.1.- Previsiones del derecho europeo
 - 3.3.2.- Derecho español
- 3.4.- La incompatibilidad entre las actividades gasistas reguladas, y la comercialización de gas natural, con otras actividades gasistas. El problema de la IRCs
- 3.5.- La compatibilidad de la actividad de comercialización con otras actividades gasistas y, en particular, con la producción

4.- Separación funcional:

- 4.1.- La separación funcional como instrumento de equilibrio frente a la admisión de actividades incompatibles dentro de la misma empresa verticalmente integrada
- 4.2.- La separación funcional del transporte
 - 4.2.1.- Protección de la independencia de los gestores de redes de transporte, mediante la garantía de la tenencia de recursos suficientes (humanos, técnicos, físicos y financieros)
 - 4.2.2.- Funciones atribuidas a los gestores de redes de transporte, para garantizar su independencia en el seno de una empresa integrada verticalmente
 - 4.2.3.- Protección de la independencia de los gestores de una red de transporte
 - 4.2.4.- Garantías para la adopción de decisiones independientes sobre la explotación, mantenimiento y desarrollo de la red de transporte
 - 4.2.5.- Garantías de transparencia en las relaciones comerciales y financieras entre el gestor de la red de transporte y el grupo al que pertenece
 - 4.2.6.- Garantías para el mantenimiento de una identidad propia del gestor de una red de transporte
 - 4.2.7.- Prohibición de trato discriminatorio
 - 4.2.8.- Órgano de supervisión
 - 4.2.9.- Funciones específicas de las autoridades reguladoras
 - 4.2.10.- Necesidad de certificación del gestor de la red de transporte
- 4.3.- La autorregulación de la separación funcional. Programa de cumplimiento, código de conducta y encargado del cumplimiento
- 4.4.- La separación funcional de la distribución
- 4.5.- Separación funcional, en el caso de designación de un ISO
- 4.6.- La separación funcional entre el transporte y la distribución. La explotación combinada

5.- Separación patrimonial (propietaria o estructural):

- 5.1.- El propietario de la red debe ser su gestor
- 5.2.- La red no puede controlar los negocios de producción y suministro, y viceversa
- 5.3.- División de los poderes de nombramiento de órganos de gobierno y de otros órganos
- 5.4.- Prohibición de pertenencia a varios órganos, potencialmente en conflicto
- 5.5.- Concepto de persona. El caso de los organismos públicos
- 5.6.- Concepto de ejercicio de derechos
- 5.7.- Concepto de control
- 5.8.- Separación entre electricidad y gas

6.- Un alternativa a la separación patrimonial. El modelo del Independent System Operator

7.- La garantía de un level playing field dentro de la UE

8.- La protección de la confidencialidad de la información en poder de los gestores de las redes de transporte y distribución

9.- Separación de actividades y toma de participaciones sociales por parte de sociedades reguladas, o en sociedades reguladas:

- 9.1.- Separación de actividades (competencia), e inversiones (seguridad)
- 9.2.- Planificación pública de la inversión. El plan decenal de desarrollo de la red de transporte (remisión)
- 9.3.- Separación de actividades, seguridad del suministro y autorización de la Comisión Nacional de Energía
- 9.4.- Cuestiones que suscita la remisión a la autorización de la Comisión Nacional de Energía, en sede de separación de actividades
- 9.5.- La toma de participaciones, por parte de sociedades que desarrollan actividades gasistas reguladas, en sociedades mercantiles que operan fuera del sector del gas natural, en sociedades que llevan a cabo actividades gasistas liberalizadas, y en sociedades que desarrollan actividades gasistas reguladas:
 - 9.5.1.- Antecedentes y derecho derivado de la reforma de 2007
 - 9.5.2.- El reforzamiento, en 2009, de la prohibición de toma de participación de las filiales de una empresa verticalmente integrada, en el gestor de la red de transporte
 - 9.5.3.- La incorrecta ubicación de la exigencia de autorización previa de la CNE, en sede de separación de actividades
 - 9.5.4.- 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
 - 9.5.5.- La reforma introducida en 2007, en relación con la autorización previa de la CNE
- 9.6.- La toma de participaciones, por parte de las sociedades que desarrollan actividades gasistas liberalizadas, en sociedades, que operan fuera o dentro del sector del gas natural

10.- Derecho sancionador en materia de separación de actividades:

- 10.1.- En general
- 10.2.- En materia de toma de participaciones

11.- Separación de actividades e impuestos

12.- Una valoración del régimen de separación de actividades (1998-2010)

Principales abreviaturas utilizadas: **Art (s)**.: Artículo (s); **ATR**: acceso de terceros a la red; **BOE**: Boletín Oficial del Estado; **CNC**: Comisión Nacional de la Competencia; **CNE**: Comisión Nacional de Energía; **DA (DDAA)**: Disposición (es) Adicional (es); **DD**: Disposición Derogatoria; **DF**: Disposición Final; **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; **DG de 2003**: Directiva 2003/55/CE, de 26 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, por la que se deroga 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; **DG de 2009**: Directiva núm. 2009/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE; **DGPEYM**: Dirección General de Política Energética y Minas; **DOUE**: Diario Oficial de las Comunidades Europeas; **DS**: Directiva núm. 2004/67/CE del Consejo, de 26 de abril de 2004, relativa a unas medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas natural; **DSO**: Distribution system operator; **DT**: Disposición Transitoria; **E. de M**: Exposición de Motivos; **GNL**: Gas Natural Licuado; **GRD**: Gestor de una Red de Distribución; **GRI**: Gestor de Red Independiente; **GRT**: Gestor de una Red de Transporte; **GS**: Grupo Socialista; **GTI**: Gestor de Transporte Independiente; **GTS**: Gestor Técnico del Sistema; **IRC**: Instalación Receptora Comunitaria (ó Común); **ISO**: Independent System Operator; **ITO**: Independent Transmission Operator; **LAC**: Ley núm. 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas; **LH**: Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos; **LSA**: Real Decreto Legislativo núm. 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; **LSE**: Ley núm. 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico; **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; **MITYC**: Ministerio de Industria, Turismo y Comercio; Núm.(s) : Número (s); **OM**: Orden Ministerial; **PLT**: 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; **PYMES**: Pequeñas y Medianas Empresas; **RB**: Red Básica de gas natural; **RD (RRDD)**: Real Decreto (Reales Decretos); **RDL**: Real Decreto-Ley; **RT de 2005**: Reglamento 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 natural; **RT de 2009**: Reglamento núm. 715/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento 1775/2005; **SG**: Sistema Gasista; **STJUE**: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; **SUR**: Suministrador (ó suministro –en función del contexto-) de último recurso; **TFUE**: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; **TSO**: Transmission System Operator; **UE**: Unión Europea; **Vid.**: Videatur (véase)

Este Papel analiza la evolución normativa experimentada, en nuestro ordenamiento, por el régimen jurídico de la separación de actividades, desde que fue introducido, por primera vez, por la DG y la LH, ambas de 1998, hasta la reforma contenida en la DG de 2009, pasando por las modificaciones realizadas por la LT, en 2007, para adaptarse a la DG de 2003. El derecho europeo ha promovido la separación de actividades, para superar los conflictos de intereses entre productores, suministradores, transportistas y distribuidores, de manera que las compañías integradas verticalmente no discriminen a sus competidores, en materia de ATR, de respeto a la información comercialmente relevante y de garantía de la inversión. Para el derecho europeo, una *empresa integrada verticalmente*, es una compañía, o un grupo de compañías de gas natural, en que la misma persona o personas tengan derecho, directa o indirectamente, a ejercer el control y en que la compañía o grupo de compañías realicen, como mínimo, una de las funciones de transporte, distribución, GNL o almacenamiento y, como mínimo, una de las funciones de producción o suministro de gas natural. En derecho español, se entiende por sociedad dominante y grupo de sociedades los que a estos efectos establecen el Código de Comercio y la Ley núm. 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores. 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 presta¹.

1.- La separación de actividades en el contexto del proceso de creación de un Mercado Interior Europeo del gas natural (*unbundling*)

El empleo de la palabra inglesa *unbundling*, para referirse a la separación de actividades, está bien arraigado entre los reguladores

y, en general, entre los estudiosos de la regulación energética, bien angloamericanos, bien continentales. La palabra *unbundling* no existe en los diccionarios ingleses al uso, sino que aparece el verbo *bundle*, que se traduce, al español, como atar, o el sustantivo *bundle*, traducido como paquete, fardo, fajo, ó haz; también aparece el verbo *unbundle*, como sinónimo de ofrecer por separado, o de escindir (*split up*). En la versión española de las DG (de 1998, 2003, y 2009), la expresión *unbundling* se ha vertido como separación, pero podía haber sido traducida como desagregación. El uso de la expresión *unbundling* es una pequeña muestra de cómo acontece el nacimiento de un sistema, de modo simultáneo al nacimiento de un lenguaje especializado, que permite la comunicación entre quienes pertenecen a ese sistema, o lo estudian.

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 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 municipal².

¹ Art. 2, 20, de la DG de 2003, y art. 2, 20, de la DG de 2009. E. de M. de la LH, párrafo 8º. 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 la previsión jurídica concreta de la versión inicial de la LH, puede afirmarse que el autor de la E. de M. quiso decir «infraestructura de transporte y distribución», donde dice, simplemente, «infraestructura de transporte»; la definición de compañía integrada verticalmente se encuentra en el art. 2, 20, de la DG de 2009; art. 42 del Código de Comercio, y art. 4 de la Ley núm. 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, a los que remite, por ejemplo, respectivamente, el art. 61 y el art. 80, ambos de la LH.

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

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 propietario de la red de gasoductos, no sólo 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 sólo gestiona sus redes para conducir el gas hasta la red de distribución, sino que, normalmente, 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. En España, desde 2007, el transportista ya no suministra al distribuidor. Advértase que el concepto legal de transporte de gas natural se extiende, en España, además de a los gasoductos, a las plantas de regasificación y a los almacenamientos subterráneos (también llamados estratégicos o, desde 2007, básicos) de gas natural, dada la estrecha vinculación entre unos y otros.

Esta peculiar organización del SG 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 (en expresión inglesa, *essential facilities*). La LH se refiere a estas características de las redes de transporte y distribución, y afirma su E. de M. 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; sólo 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 distribución³.

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 sólo las necesarias, con la finalidad puesta, ahora, en fomentar la competencia, hasta donde eso sea posible.

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

Hace veinticinco años, cuando la Comisión europea diseñó la idea de un mercado interior europeo, uno de los principales obstáculos

³ Párrafo 8º de la Exposición de Motivos de la LH. La E. de M. 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, en su Apartado III, párrafo 5º, 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 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 E. de M. 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».

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 DG de 1998, y, en mayor medida, tanto la DG de 2003, como la DG de 2009, y los RT de 2005 y 2009. Los notables avances realizados entre la DG de 1998 y la DG de 2003 (y, en menor medida, entre la DG de 2003 y la DG de 2009) se explican, en una parte considerable, por la constitución del Foro Europeo de la Regulación del Gas (o Foro de Madrid), creado por la Comisión europea en 1999, precisamente, entre otros objetivos, para examinar el proceso de transposición de la DG de 1998 y proponer nuevas medidas⁴.

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, y, en concreto, de aquellos que abastecen de gas a Europa, caracterizados por ser un oligopolio, fuera de Europa (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. Aun cuando la seguridad del suministro energético es, todavía, una responsabilidad, fundamentalmente, de cada Estado miembro de la UE (así estaba reflejado en el fallido Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, y los está en el TFUE), 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 DS. 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 suministro⁵.

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 actividades (*unbundling*), y el acceso de terceros a la red (ATR ó *Third Party Access -TPA-*), 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, 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 veinticinco 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 redes⁶.

1.3.- 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 de 2003, y la DG de 2009, 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), 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 competencia⁷.

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 intere-

⁴ 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.

⁵ Art. III-157, del Anteproyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, que fue presentado por el Praesidium a una sesión plenaria de la Convención el 28 de octubre de 2004: CONV 369/02; arts. 192, 2, letra c, y 194, ambos del TFUE.

⁶ 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 de 16 de enero de 2004), 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».

⁷ Considerando núm. 22 de la DG de 1998, Considerando núm. 10 de la DG de 2003 y Considerandos núms. 6 a 16, de la DG de 2009.

ses 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 con la toma de participaciones en sociedades que llevan a cabo actividades liberalizadas, se empleasen recursos financieros provenientes de la distribución o del transporte. Esta última perspectiva, desde la que examinar la separación de actividades, es una de las perspectivas dominantes en el ordenamiento jurídico español.

1.4.- 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*, que era la única impuesta por la DG de 1998. 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 fue la medida adoptada por la DG de 2003 en el proceso de progresiva integración y liberalización de los mercados europeos del gas. En 2009 se aprobó el tercer conjunto de medidas legislativas del Mercado Interior de la Energía, donde se contiene el cuarto escalón, consistente en separación *patrimonial*, entre la red y el suministro (y la producción). Aun cuando la Comisión Europea estaba a favor de la adopción de una separación patrimonial obligatoria –con una opción residual al ISO–, los Estados miembros obligaron a cambiar su propuesta.

1.5.- El debate subyacente:

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 o patrimonial– 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 empuje 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 anticompetitivas⁸.

1.6.- La separación de actividades en la DG de 2009:

1.6.1.- Las opciones existentes después de la DG de 2003:

Después de la DG de 2003, y ante la evidencia de la inhabilidad de sus previsiones sobre separación funcional para fomentar la competencia, se abrían dos opciones: bien la introducción de un sistema de operador independiente del sistema (sistema ISO; en expresión inglesa, *Independent System Operator*), 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*, *patrimonial*, o *estructural*.

1.6.2.- La postura inicial de la Comisión Europea. La oposición del Consejo. El nacimiento de una tercera vía:

La Comisión europea –con objeto de atajar, en su opinión, la verdadera causa de la escasa competencia en el mercado de la energía–, se decantó 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 se-

⁸ Por ejemplo, la cancillera 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 energética 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».

parada 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 era 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 habían conducido a una falta de inversión en infraestructura, y a prácticas discriminatorias; era crucial asegurar que los propietarios de las redes, y sus gestores, no gozaban de incentivos, distorsionados por los intereses de empresas subsidiarias de suministro, particularmente, en momentos, como los que vivía la UE, en que se requieren grandes inversiones para asegurar el suministro y para integrar unos mercados en competencia; para conseguir lo anterior, resultaba necesario reforzar el insuficiente nivel de separación, algo que, a su vez, facilitaría la cooperación entre los operadores de redes. Resultaba evidente, desde un punto de vista económico, que una separación propietaria completa era el modo más efectivo para asegurar que los consumidores pudiesen 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, se evita la existencia de una regulación detallada y compleja que, a su vez, impone barreras administrativas desproporcionadas. Aunque la fórmula ISO mejoraría la situación, 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 suministro⁹.

A pesar de esta clara toma de postura de la Comisión europea, entre las conclusiones del Consejo Europeo de 9 de marzo de 2007, se incluyó un Plan de Actuación, que no mencionaba la separación estructural, sino que, tan sólo, reafirmaba 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 infraestructura¹⁰.

Desde la propuesta de la Comisión europea, en septiembre de 2007, hasta la aprobación de la DG de 2009, en julio de 2009, surgió una tercera alternativa durante el procedimiento legislativo, la del llamado sistema ITO, como conjunto de reglas que han de aplicarse para garantizar la independencia de aquellos gestores de redes que no estén patrimonialmente separados de la producción y el suministro de gas natural, ni establezcan un sistema ISO; en algunos aspectos, el sistema ITO no es sino una separación funcional reforzada, respecto de la contenida en la DG de 2003. En el Consejo Europeo de 28 de febrero de 2008 no se alcanzó ninguna decisión entre los 27 Estados miembros de la UE, pero, en esas mismas fechas, E.On (un tanto *sorpresivamente*), propuso separarse de su red eléctrica; los otros tres grandes competidores, RWE, EnBW y Vattenfall, estarían también en negociaciones; estas decisiones empresariales iban en el sentido de la comunicación de la Comisión europea, publicada en enero, destinada a separar la producción y la distribución de la electricidad. No obstante las tesis de la Comisión europea encontraron la oposición de ocho países, incluidos Francia y Alemania¹¹.

1.6.3.- Aclaraciones sobre la confusa terminología de la DG de 2009:

En materia de separación de actividades, la terminología de la DG de 2009 es particularmente confusa, y son necesarias algunas aclaraciones. La versión inglesa de la DG de 2009 (y la de 1998 y 2003), emplea la expresión *system*, para referirse a aquello que, en las versiones española, francesa y alemana, se expresa, respectivamente, como red, *réseau*, y *Netz*. En derecho español, sin embargo, la expresión que ha hecho fortuna, es la de acceso de terceros a la red, cuya abreviatura es ATR; puede decirse que, incluso en derecho inglés, la expresión utilizada no es la expresión de la DG de 2009 (*system access*), sino la de *network access*. En materia de separación de actividades, el predominio de la terminología y de las abreviaturas inglesas es absoluto, pues se habla, también entre los españoles, de TSO (*transmission system operator*), de ISO (*independent system operator*), y de ITO (*independent transmission operator*). La versión española de la DG de 2009 se refiere al TSO como Gestor de Red de Transporte (GRT), al ISO como Gestor de Red Independiente (GRI), y al ITO como Gestor de Transporte Independiente (GTI). La terminología -tanto la inglesa, como la española- no contribuye a la claridad, pues la independencia que se exige del ISO y del ITO, es, en realidad, exigible de todo TSO, y, además, todo ISO e ITO es, también, un TSO. Además, la *nota interpretativa* de la Comisión Europea, emitida para la correcta transposición de la DG de 2009, acentúa la confusión, pues cuando explica las reglas del ITO, afirma que debe ser autónomo, a pesar que las siglas ITO contienen la palabra *independencia*, dando así a

⁹ 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.

¹⁰ Consejo de la Unión Europea, 7224/07, CONCL I, Anexo I, Bruselas, 9 de marzo de 2007.

¹¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2003/55/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, COM (2007) 529 final, 2007/0196 (COD), Bruselas, 19 de septiembre de 2007.

entender que el ITO no es tan independiente como un TSO separado patrimonialmente, ni como un ISO. Dice, en concreto, que la DG *imposes a general obligation on the ITO to be autonomous*, si bien en varios lugares habla de la independencia. También se habla de DSO (*distribution system operator*)¹².

1.6.4.- Separación efectiva y separación eficiente:

Para el autor de la DG de 2009, la separación efectiva sólo puede asegurarse mediante la eliminación del incentivo que empuja a las empresas integradas verticalmente, a discriminar a sus competidores en lo que se refiere al acceso a la red y a la inversión; la separación patrimonial, entendiendo por tal una situación en la que *el propietario de la red es designado gestor de la red y es independiente de cualquier empresa con intereses en la producción y el suministro*, es evidentemente una manera efectiva y estable de resolver el conflicto de interés inherente y garantizar la seguridad del suministro, pero no es la única. **Tras las propuestas de la Comisión, se propuso una** llamada tercera vía, promovida por Francia y Alemania, a la que se sumaron algunos otros países, que propugnaba una separación no sólo efectiva, sino, también *eficiente*, una forma de expresarse con la cual, al mismo tiempo, se tachaban de ineficientes las dos alternativas sugeridas por la Comisión. Se proponía una separación estructural entre las redes y el suministro, pero no patrimonial; para fomentar la inversión, esta *tercera vía* proponía un desarrollo transparente de la red, la planificación de la inversión y su cumplimiento efectivo. Esta postura es la que terminó imponiéndose en el procedimiento legislativo, y a ella responde, en buena medida, la DG de 2009¹³.

1.6.5.- Las alternativas u opciones de la DG de 2009:

La separación patrimonial es la regla, de acuerdo con la DG de 2009, pero esta regla general obligatoria queda *desactivada*, pues existen, dentro de sus previsiones, otras opciones, que los Estados miembros pueden elegir. Si el 3 de septiembre de 2009 (es decir, a la entrada en vigor de la DG de 2009, que aconteció veinte días después de su publicación en el DOUE), la red de transporte pertenecía a una empresa integrada verticalmente, los Estados miembros pudieron decidir no aplicar la separación patrimonial, y, en su lugar, bien designar un ISO (GRI), bien cumplir, respecto del o los TSOs existentes, las disposiciones del Capítulo IV de la DG, relativas al ITO (GTI). La DG de 2009 no acepta que si el 3 de septiembre de 2009, el GRT no pertenecía a una empresa integrada verticalmente, el Estado miembro decida ir a un modelo ISO, ni a un sistema ITO (tam-

poco lo acepta, en los Estados miembros donde el 3 de septiembre de 2009, existiesen varios GRTs, respecto de aquellos que no estuviesen verticalmente integrados). Los nuevos GRTs que se creen, deben sujetarse a la separación patrimonial. Lógicamente, los Estados miembros no pueden impedir a ninguna empresa, que tome medidas encaminadas a separar, patrimonialmente, su red de transporte, de sus actividades de suministro y producción, y, para que esa hipótesis pueda cumplirse, deben los Estados miembros transponer las normas sobre separación patrimonial, aun cuando, en cuanto Estados, no opten por ese modelo; consecuentemente, cuando un Estado miembro ha optado por la separación patrimonial, respecto de todos, o algunos, de los GRTs, la empresa integrada verticalmente no tiene derecho a nombrar un ISO, ni un ITO¹⁴.

La DG de 2009 debe transponerse y aplicarse no más tarde del 3 de marzo de 2011, pero las reglas de separación (patrimonial, ISO e ITO), pueden demorarse un año más, hasta el 3 de marzo de 2012; adicionalmente, la DG de 2009 confiere a los Estados miembros la posibilidad de establecer, a favor de los GRTs separados patrimonialmente, exención de algunas reglas, durante *un año más* (es decir, hasta el 3 de marzo de 2013), siempre y cuando los GRTs no formen parte de una empresa integrada verticalmente¹⁵.

Si en un Estado miembro existen varios GRTs, ese Estado puede escoger modelos distintos para cada GRT, pero, una vez escogido un modelo, no cabe mezclar componentes de ese modelo, con el de otros. La DG de 2009 contempla un excepción, consistente en que, si el 3 de septiembre de 2009, la red de transporte pertenecía a una empresa integrada verticalmente, y había acuerdos existentes que garantizaban una independencia más efectiva del TSO, que las disposiciones del Capítulo IV, sobre el ITO, los Estados miembros pudieron decidir no establecer la separación patrimonial; esa alegada *mayor independencia* debe ser verificada por la Comisión europea, de acuerdo con los procedimientos de certificación que la DG de 2009, y el RT de 2009 (al cual la DG de 2009 remite), contemplan¹⁶.

La DG confiere, en realidad, sólo dos opciones (separación patrimonial ó ISO), porque las reglas del Capítulo IV (ITO ó GTI) no constituyen, propiamente, una alternativa organizativa a la separación patrimonial, ni al ISO, sino que representan un conjunto de exigencias de separación funcional cuando el GRT permanece integrado, verticalmente, en un grupo de empresas gasistas. Desde determinado punto de vista, las reglas del Capítulo IV no representan nada más que una separación funcional, ya existente en la DG de 2003, pero

¹² Vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 15.

¹³ Considerando núm. 8 de la DG de 2009.

¹⁴ Art. 9, apartados 1, 8, y 11, y art. 14, ambos de la DG de 2009; vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 5.

¹⁵ Art. 9, apartados 1 y 4, y art. 54, ambos de la DG de 2009. Concretamente, el art. 9, 4 permite que se exima a los GRTs de las reglas contenidas en las letras b y c del apartado 1 del art. 9, de la DG de 2009.

¹⁶ Art. 9, 9 y 10, de la DG de 2009, en relación con el art. 9, 1, también de la DG de 2009 y con el art. 3 del RT de 2009; vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 5.

reforzada. En el Capítulo IV de la DG de 2009 se contienen reglas para garantizar la independencia del GRT, en relación con los bienes, equipo, personal, identidad empresarial, y la gestión misma, y establece la necesidad de que exista un órgano de supervisión, un programa de cumplimiento, y la aprobación de un plan decenal de desarrollo de la red. El Capítulo IV de la DG de 2009 lleva por encabezamiento, en inglés, el de *Independent Transmission Operator* (ITO) ó, en español, de Gestor de Transporte Independiente (GTI). Tanto el encabezamiento, como el hecho que la DG de 2009, en sus primeros preceptos sobre el transporte, abra una opción entre la separación patrimonial del TSO, el ISO, y el ITO, dan a entender que las reglas del Capítulo IV constituyen una alternativa. Sin embargo, los preceptos del Capítulo IV de la DG de 2009 no tienen por destinatario exclusivo, a un hipotético *Independent Transmission Operator* (ITO) ó Gestor de Transporte Independiente (GTI), sino que, como ellos mismos dicen, los destinatarios son *todos los gestores de una red de transporte*, es decir, todos los TSOs o GRTs. Se trata de unas reglas mínimas y comunes para cualquier gestor de una red de transporte, incluyendo a aquel TSO (GRT) que esté separado, patrimonialmente, de la producción y el suministro. Obviamente, hay previsiones del Capítulo IV que, por su propia naturaleza, no pueden aplicarse a un ISO, o a un TSO (GRT) separado patrimonialmente, pero se da por supuesto que la garantía de independencia perseguida por el Capítulo IV de la DG de 2009, en la gestión de la red de transporte, existe, por definición, tanto en el sistema ISO, como, sobre todo, en el sistema de separación patrimonial. Por ejemplo, la exigencia, contenida en el Capítulo IV, de que *los activos necesarios para la actividad de transporte de gas, incluida la red de transporte, sean propiedad del gestor de la red de transporte*, no puede aplicarse, por definición, al modelo ISO. Este planteamiento tiene como consecuencia, por ejemplo, que el plan decenal de desarrollo de la red, sea exigible a todos los TSOs, también a aquellos que estén separados patrimonialmente de la producción y el suministro, y al ISO¹⁷.

Así como la DG de 2003 permitía que algunas infraestructuras gasistas nuevas (interconectores, instalaciones de GNL y de almacenamiento), fuesen eximida de las reglas de acceso, la DG de 2009 amplía la posible exención a las reglas de separación, por un período de tiempo determinado. Esta posibilidad se justifica en el perfil de riesgo excepcional que llevan aparejado los proyectos de construcción de grandes infraestructuras exentas, excepciones que deben aplicarse, en particular, por razones de seguridad del abastecimiento, a los gasoductos de nueva construcción en la Comunidad, para el transporte de gas de terceros países. Las excepciones concedidas en virtud de la DG de 2003 siguen aplicándose hasta la fecha de expiración prevista indicada en la decisión sobre la concesión de la excepción¹⁸.

1.6.6.- La distribución en la DG de 2009:

En materia de distribución, la DG prevé cómo ha de producirse la designación de gestores de redes de distribución (GRD ó DSO), cuáles son sus funciones, y establece unas reglas mínimas de separación funcional, así como la obligación, impuesta sobre los GRD, de preservar la confidencialidad de la información a que tengan acceso; existen unas previsiones finales sobre las redes de distribución cerradas y sobre la posibilidad de una explotación combinada de transporte y distribución¹⁹.

2.- La contabilidad de las empresas gasistas y la separación contable:

2.1.- La contabilidad de las empresas gasistas:

Dispone la DG de 2009 que las compañías de gas natural, cualquiera que sea su régimen de propiedad o su personalidad jurídica, deben *establecer, auditar y publicar*, su contabilidad anual, con arreglo a las normas de la legislación nacional sobre contabilidad anual de las sociedades de *responsabilidad limitada*, adoptadas en aplicación de la Cuarta Directiva núm. 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978. De acuerdo con la LH, las entidades que desarrollen alguna o algunas de las actividades destinadas al suministro de gas por canalización, a excepción de los consumidores, deben llevar su contabilidad de acuerdo con la LSA, aun cuando no tengan tal carácter. El Gobierno ha de regular las adaptaciones que sean necesarias para el supuesto de que el titular de la actividad no sea una sociedad anónima. Si se tiene en cuenta, por un lado, que las normas reglamentarias han establecido que los distribuidores deben constituirse como sociedades anónimas, y, por otro, que el GTS es, por disposición legal, una sociedad anónima, la referencia a una adaptación para los sujetos que no sean una sociedad anónima, sería relevante, sólo, en su caso, respecto de los transportistas y comercializadores, que, de hecho, no revistan la forma de sociedad anónima. La referencia de la DG a las *sociedades de responsabilidad limitada* no debe entenderse hecha a aquellas que, en el ordenamiento jurídico-mercantil español se denominan de la misma manera, sino que incluye, también, las sociedades anónimas. La DG de 2003 estableció, por primera vez, que las empresas que no estén obligadas legalmente a publicar sus cuentas anuales deben conservar una copia en su sede central, a disposición del público, algo que repite la DG de 2009; la LH estableció, en 2007, que, *en cualquier caso*, las empresas han de tener, en su sede central, a disposición del público, una copia de sus cuentas anuales²⁰.

¹⁷ Arts. 17 a 23, de la DG de 2009, y art. 17, 1, letra a, de la DG de 2009.

¹⁸ Art. 22, 1, de la DG de 2003, art. 36, 1, de la DG de 2009, en relación con el art. 9, 1, también de la DG de 2009; y Considerando núm. 35 de la DG de 2009.

¹⁹ Arts. 24 a 29, de la DG de 2009.

²⁰ Art. 17, 1, de la DG de 2003; art. 31, 2, de la DG de 2009; y art. 62, 1, de la LH, que remite al art. 58, también de la LH, y, concretamente, al Capítulo VII de la LSA. Las palabras «a excepción de los consumidores», así como la exigencia de tener una copia de las cuentas anuales, fueron introducidas por el art. único, Doce, de la LT.

Sin perjuicio de la aplicación de las normas generales de contabilidad, a las empresas que realicen actividades destinadas al suministro de gas por canalización, o a las sociedades que ejerzan control sobre tales empresas, el Gobierno puede establecer las especialidades contables y de publicación de cuentas que se considere adecuadas, de tal forma que se reflejen con nitidez los ingresos y gastos de las actividades gasistas y las transacciones realizadas entre sociedades de un mismo grupo, con objeto de evitar discriminaciones, subvenciones entre actividades distintas y distorsiones de la competencia; tanto la DG de 2003, como la DG de 2009 exigen, en particular, que en las cuentas anuales se indiquen, en *forma de notas*, las operaciones de cierto volumen realizadas con las empresas vinculadas²¹.

La DG de 2003 y la DG de 2009 disponen que, en la contabilidad de las empresas gasistas, se han de consignar los ingresos que genere la propiedad de la red de transporte o de distribución²².

Tanto la DG de 2003, como la DG de 2009, y la LH, establecen que las empresas gasistas deben explicar en la memoria de las cuentas anuales, los criterios aplicados en el reparto de costes respecto a las otras empresas del grupo que realicen actividades gasistas diferentes; además, deben informar en la memoria anual sobre los criterios de asignación e imputación de los activos, pasivos, gastos e ingresos, así como de las reglas de amortización aplicadas; estos criterios deben mantenerse y no se pueden modificar, salvo circunstancias excepcionales; las modificaciones y su justificación deben ser explicadas en la memoria de las cuentas anuales del ejercicio en el que tengan lugar²³.

En España, las empresas gasistas deben proporcionar en su memoria de las cuentas anuales, información sobre las actividades realizadas en materia de ahorro y eficiencia energética y de protección del medio ambiente²⁴.

Las compañías cotizadas ubicadas en alguno de los países miembros de la UE tienen la obligación de presentar, desde el 1 de enero

de 2005, sus cuentas anuales consolidadas de acuerdo con los criterios establecidos en las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF). Por su parte, el Real Decreto núm. 1514/2007, de 16 de noviembre, aprobó el Plan General de Contabilidad (NPGC), y el Real Decreto núm. 1515/2007, de 16 de noviembre, aprobó el Plan General de Contabilidad para PYMES, normas ambas que entraron en vigor el 1 de enero de 2008, para ser aplicadas en la formulación de las cuentas anuales de los ejercicios iniciados a partir de esa fecha. La novedad de estas dos normas radicó en que el Plan General de Contabilidad se aplicaría, de forma general, a todas las cuentas anuales individuales y a los grupos consolidados, no cotizados, que no estuviesen aplicando las NIIF voluntariamente, las cuales venían sujetándose al Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto núm. 1643/1990, de 20 de diciembre (que el primero de los dos RRDD citados deroga). La normativa aprobada a finales de 2007 tiene una incidencia particular sobre la retribución del sistema, la contabilización de ingresos por actividades reguladas, el transporte, el almacenamiento subterráneo, las instalaciones cedidas, los contratos de compra de gas a largo plazo, con cláusulas *take or pay*, y los intercambios de gas (donde es necesario proceder a la minimización de los costes de logística)²⁵.

2.2.- Auditorías:

Dispone la LH que las cuentas anuales de las empresas que actúan en el SG deben auditarse de conformidad con lo dispuesto en la LAC y las disposiciones que la desarrollan. Tanto la DG de 2003, como la DG de 2009, establecen que la auditoría debe verificar, en particular, que se respeta la obligación de evitar las discriminaciones y las subvenciones cruzadas. La realización de auditorías es particularmente importante, para comprobar que la información proporcionada (en especial a la Administración Pública) es veraz; en este sentido, los transportistas y los distribuidores deben realizar auditorías externas, cuyo contenido mínimo y periodicidad es fijado por el MITYC, donde se ha de especificar cualquier otra información relevante habida durante el periodo correspondiente; concretamente, la información contable que se proporcione a la Administración, debe estar previamente auditada²⁶.

²¹ Art. 62, 2, primer párrafo, de la LH, que remite al art. 58, también de la LH; art. 17, 6, de la DG de 2003 y art. 31, 6, de la DG de 2009.

²² Art. 17, 3, cuarta frase, de la DG de 2003, y art. 31, 3, cuarta frase, de la DG de 2009.

²³ Art. 17, 5, de la DG de 2003, art. 31, 5, de la DG de 2009, y art. 62, 3, de la LH, según la redacción que le dio el art. único, Doce, de la LT.

²⁴ Art. 62, 5, de la LH, según la redacción que le dio el art. único, Doce, de la LT.

²⁵ Los dos RRDD citados están publicados, respectivamente, en BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007 (corrección de errores en BOE núm. 312 de 29 de diciembre de 2007), y BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2007 (corrección de errores en BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 2007, y corrección de erratas en BOE núm. 286 de 29 de noviembre de 2007). Ambos RRDD se aprobaron de conformidad con la DF 1ª de la Ley núm. 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (BOE núm. 160, de 5 de julio de 2007).

²⁶ Art. 17, 4, de la DG de 2003, art. 31, 4, de la DG de 2009, y art. 62, 4, párrafo 1º, de la LH. Las últimas palabras del párrafo 1º («y con sus cuentas anuales que habrán de auditarse de conformidad con lo dispuesto en la LAC y las disposiciones que la desarrollan») fueron añadidas por el art. único, Doce, de la LT, y vinieron a sustituir a las últimas palabras de ese párrafo 1º, de la versión original, que decían así «y con sus estados financieros, debiendo estos últimos estar verificados mediante auditorías externas a la propia empresa»; vid., también, art. 24, 4, del RD núm. 949/2001, y art. 3, 3, de la OM núm. ITC/1548/2009, de 4 de junio, por la que se establecen las obligaciones de presentación de información de carácter contable y económico-financiero para las empresas que desarrollen actividades de gas natural y gases manufacturados por canalización.

La DG de 2009 obliga a que las cuentas de los GRTs sean auditadas por un censor de cuentas distinto del de la empresa integrada verticalmente o de cualquiera de sus partes²⁷.

2.3.- La separación contable:

El derecho vigente (DG de 2003, DG de 2009, y LH) impone a las empresas de gas, que desarrollen actividades de transporte, distribución, suministro, GNL, y almacenamiento, la obligación de llevar en su contabilidad interna cuentas separadas para cada una de esas actividades, tal y como se les exigiría si dichas actividades fuesen realizadas por empresas distintas. Adicionalmente, tanto la DG de 2003, como la DG de 2009, exigen que la contabilidad interna incluya un balance y una cuenta de resultados por cada actividad. La finalidad de esta obligación de separación contable, es la evitación de discriminaciones, subvenciones entre actividades distintas, y distorsiones de la competencia, porque una sobrestimación de los costes de la red lleva, normalmente, a subvenciones cruzadas, a favor de la actividad de suministro, y, en definitiva, lleva a una distorsión de la competencia; tras la reforma llevada a cabo por la LT, la finalidad de las previsiones de la LH sobre separación contable es, obviamente, la misma finalidad que la perseguida por la DG de 2003 y la DG de 2009, pero se convierte en una finalidad genérica, que se persigue con todas las previsiones sobre contabilidad de las empresas gasistas, y no sólo con las relativas a la separación contable de actividades²⁸.

Disponen la DG de 2003 y la DG de 2009 que, hasta el 1 de julio de 2007, las empresas gasistas deben llevar cuentas separadas de las actividades de suministro a clientes cualificados, y de las actividades de suministro a clientes no cualificados; sorprende que esta previsión, que estaba en la DG de 2003, se haya mantenido en la DG de 2009, cuando el término fijado en la DG de 2003 había transcurrido, ampliamente²⁹.

Tras las reformas que introdujo la LT, permaneció en la LH la obligación de separación contable impuesta sobre las sociedades que desarrollen actividades reguladas, aunque formulada de otra manera, lógicamente, pues, a su vez, varió el régimen de la separación jurídica. La separación contable adquirió, con la LT, un significado más claro, pues se completó con una separación jurídica y funcional. Se exigió, desde 2007, 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. A pesar

de que la versión otorgada a la LH, en 2007, al abordar la separación contable, remite al precepto donde se enumeran todas las actividades reguladas (pareciendo, así, que basta con que estén contablemente separadas), no todas las actividades reguladas son compatibles entre sí, pues, jurídicamente, sólo 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; permaneció en la LH, también, en 2007, la obligación, introducida en 2000, de que las sociedades que operen una instalación de la RB, tengan como objeto social exclusivo el transporte (y la regasificación y el almacenamiento básico), admitiéndose, también, que tengan activos de transporte secundario, y la LT autorizó a los distribuidores a que construyan, mantengan y operen instalaciones de la red de transporte secundario, pero debiendo llevar cuentas separadas³⁰.

En la versión original de la LH, los transportistas debían llevar cuentas separadas de sus operaciones de compra y venta de gas, unas operaciones que desaparecieron, en 2007, con la LT, cuando los transportistas quedaron desligados de cualquier actividad relacionada con el suministro; en la versión original de la LH se mandaba, también, que los distribuidores llevaran 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, 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 original 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 sólo la distribución propiamente dicha, sino, también, la actividad de suministro que llevaban a cabo los distribuidores. El *lapsus calami* del legislador es un ejemplo de la tendencia a la identificación del suministro con la comercialización. No obstante, el RD 1434/2002, se expresaba correctamente y proporcionaba una interpretación auténtica del precepto homónimo de la LH, cuando establecía la obligación, de los distribuidores, de *llevar en la contabilidad interna cuentas separadas de las actividades de distribución y de la de suministro a clientes a régimen de tarifas*³¹.

²⁷ Art. 17, 6, de la DG de 2009.

²⁸ Art. 17, 3, primera y última frases, de la DG de 2003; art. 31, 3, primera y última frases, de la DG de 2009; art. 62, 2, párrafo 1º, de la LH, y art. 63, 4, de la versión original de la LH. Las exigencias de separación contable debieron cumplirse en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la LH (DT 7ª, 1, de la LH); vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 28.

²⁹ Art. 17, 3, frase tercera, de la DG de 2003, y art. 31, 3, frase tercera, de la DG de 2009.

³⁰ Art. 62, 2, párrafo 2º, de la LH.

³¹ Respecto de los transportistas: art. 63, 4, segundo párrafo, de la versión original de la LH, y art. 6, 3, letra j, primer párrafo, del RD núm. 1434/2002; respecto de los distribuidores: art. 63, 4, segundo párrafo, de la versión original de la LH, y art. 10, 3, letra p, del RD 1434/2002.

No estaba claro, en la versión original 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 GTS, pues se obligó a los transportistas a llevar cuentas separadas de las actividades de regasificación, almacenamiento y transporte; además, el RD núm. 1434/2002 estableció que los transportistas debían llevar en su contabilidad cuentas separadas de las actividades de regasificación, almacenamiento, transporte y compraventa de gas³².

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, una previsión que la LT, lógicamente, mantuvo³³.

En 2007, se dispuso que las empresas que realicen el suministro de último recurso lleven cuentas separadas que recojan los gastos e ingresos imputables a esa actividad³⁴.

La versión original 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 realizasen fuera del sector del gas natural, así como de aquellas de cualquier naturaleza que realizasen en el exterior; en este sentido, tanto la DG de 2003, como la DG de 2009, permiten que, en su caso, las empresas gasistas lleven cuentas *consolidadas* para otras actividades no relacionadas con el gas; además, ambas Directivas establecen que las empresas gasistas deben llevar cuentas, que pueden ser consolidadas, para las demás actividades que tengan que ver con el gas, no relacionadas con el transporte, la distribución, el GNL y el almacenamiento; en un sentido parecido, desde el año 2007, la LH, por obra de la LT, establece que las sociedades que realicen actividades gasistas no reguladas llevarán cuentas separadas de la actividad de producción, de comercialización, de aquellas otras actividades no gasistas que realicen en el territorio español y de todas aquellas otras que realicen en el exterior³⁵.

Las empresas distribuidoras que promuevan la construcción de instalaciones receptoras comunes deben llevar en su contabilidad interna cuentas separadas de esta actividad³⁶.

A diferencia de las reglas sobre separación jurídica y/o funcional, los pequeños distribuidores no pueden ser eximidos de las reglas de separación contable³⁷.

2.4.- Derecho sancionador en materia de contabilidad:

De acuerdo con la LH, constituye infracción muy grave el incumplimiento de las obligaciones de contabilidad exigibles de acuerdo con la LH; se entiende comprendida en dicho incumplimiento, la existencia en la documentación contable de vicios o irregularidades esenciales que impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad; constituye infracción grave el incumplimiento, por parte de los sujetos obligados, de conformidad con lo dispuesto en la LH, y en sus normas de desarrollo, de su obligación de realizar auditorías externas en los supuestos en que así venga exigido³⁸.

3.- Separación jurídica:

La DG de 1998 no contenía ninguna obligación de separación jurídica (sólo contable), pero la LH fue más allá, y la DG de 2003 sí introdujo una exigencia de separación jurídica, entre el transporte, la distribución, y el resto de actividades gasista (una exigencia que la DG de 2009 confirmó)³⁹.

3.1.- Antecedentes de la separación jurídica, en derecho español, entre las actividades reguladas, y las actividades de producción y comercialización:

La versión inicial de la LH, y el RD núm. 1434/2002, imponían determinadas obligaciones de separación jurídica a las empresas gasistas, consistentes en que las sociedades mercantiles que transportasen (incluyendo el almacenamiento estratégico y la regasificación) 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

³² No estaba antes claro por la forma en que estaba redactado el art. 64, 4, de la LH (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 aquél. Vid. art. 6, 3, letra j, primer párrafo, del RD núm. 1434/2002.

³³ Apartado 5 del art. 63, introducido por el art. 7, Cinco, del RDL núm. 6/2000; y art. 6, 3, letra j, segundo párrafo, del RD núm. 1434/2002; y art. 62, 2, párrafo tercero, de la LH.

³⁴ Art. 62, 2, párrafo tercero, de la LH, añadido por el art. único, Doce, de la LT.

³⁵ Art. 63, 5, de la LH, que, en virtud del RDL 6/2000, pasó a ser el art. 63, 7, de la LH; art. 17, 3, segunda y quinta frases, de la DG de 2003, art. 31, 3, segunda y quinta frases, de la DG de 2009, y art. 62, 2, párrafo 4º, de la LH.

³⁶ Art. 30 bis, 6, del RD núm. 1434/2002, añadido por el art. 1, Dos, del RD núm. 942/2005.

³⁷ Vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 28.

³⁸ Art. 109, 1, letra q, de la LH, añadida por la LT, y art. 110, letra k, de la LH, letra añadida por el art. único, Cuarenta y uno, de la LT.

³⁹ Art. 9, 1, art. 13, 1, y art. 15, todos ellos de la DG de 2003.

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 distribución⁴⁰.

De acuerdo con la versión de la LH, inmediatamente anterior a la LT, la incompatibilidad entre la distribución y la comercialización implicaba, tan sólo, 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 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 tarifas⁴¹.

En la versión original de la LH se admitía 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), y dada, también, la obligación impuesta a los distribuidores de suministrar a los consumidores en régimen de tarifa⁴².

Cuando la versión original 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 a todo tipo de almacenamiento. Esto es así porque, de acuerdo con la versión original de la LH, los transportistas eran aquellas personas jurídicas titulares de instalaciones de regasificación de GNL, de transporte o de almacenamiento de gas natural, 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 a otros tipos de almacenamientos (salvo que, del contexto, se infriese claramente otra cosa). Sin embargo, cuando la versión original 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 reguladas, y, por tanto, la mención al transporte, en ese supuesto, debía entenderse hecha, no a todas las actividades que el transporte comprendía, sino sólo al transporte (primario y secundario), a la regasificación y al almacenamiento estratégico, pero no a los demás tipos de almacenamiento. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la conclusión a que ha

⁴⁰ Art. 63, 1 y 2, de la versión original de la LH, y art. 2, párrafos 1º y 3º, del RD núm. 1434/2002; específicamente, sobre la prohibición de que los distribuidores desarrollasen directamente actividades de comercialización de gas natural, y de que fuesen titulares de instalaciones de la RB de gas natural, vid. art. 9, 2, párrafo 2º, del RD núm. 1434/2002. Las exigencias de separación jurídica debieron cumplirse en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la LH (DT 7ª, 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.

⁴¹ Versión original de los arts. 61, 1, primer párrafo; 68, letra b, y 98, 1, primer párrafo, todos ellos de la LH.

⁴² La versión original del art. 63, 1, remitía al art. 60, 1, en cuyo párrafo primero remitía, a su vez, al art. 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 art. 60, 1, una remisión susceptible de provocar alguna pequeña confusión en el intérprete de la LH, pues al remitirse el art. 63, 1, al art. 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 art. 58, lo cual hubiese llevado al intérprete hasta una actividad gasista no regulada, que es la comercialización. La remisión del art. 63, 1, al art. 60, 1 —sin especificar si la remisión se hacía al párrafo primero o al párrafo segundo— podría implicar, a su vez, la remisión al art. 58, dado que el art. 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 art. 58 se mencionaba no sólo 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 art. 63, 1 al art. 60, 1, conllevaba la remisión al art. 58, precepto este último que no se refería sólo 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 art. 60, 1, por parte del art. 63, 1, estaba hecha sólo al párrafo segundo, y, en consecuencia, exclusivamente, a las actividades reguladas enumeradas en ese párrafo, es decir, al transporte, a la regasificación, al almacenamiento estratégico y a la distribución. El RDL núm. 6/2000 no corrigió el defecto señalado en el art. 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 núm. 6/2000, cuyos arts. 7, Uno y 7, Tres, modificaron, respectivamente, los arts. 58 y 60, 1, de la LH, en el primer caso para incluir al GTS (como letra b) dentro de los sujetos del SG, 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 art. 63, 1, al art. 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 art. 60, 1.

de llegarse es que una misma sociedad podía, de acuerdo con la versión original 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 2000⁴³.

3.2.- 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, a que tuviesen como único objeto social la actividad de transporte (incluyendo la regasificación y el almacenamiento). 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 secundario, 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 secundario⁴⁴.

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 GTS, 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 sólo 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. 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 treinta y cinco por ciento del capital social o de los derechos de voto de la entidad, lo cual obligó a Gas Natural a desinvertir en ENAGAS, al menos en un 65% de sus acciones. ENAGAS se convirtió en una empresa *potencialmente* independiente del Grupo Gas Natural, 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 gestión (operación) de la RB y del transporte secundario, pero en modo alguno vino la LH a establecer que sólo ENAGAS pudiese ser titular de instalaciones de la RB, ni, por supuesto, de instalaciones de transporte secundario. 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 operadores; 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 gasistas 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 sólo 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 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,

⁴³ Art. 58, letra a, y art. 63, 2, ambos de la versión original de la LH.

⁴⁴ Apartado 3 del art. 63, introducido por el art. 7, Cinco, del RDL núm. 6/2000 (que es el vigente art. 63, 2, de la LH). Las instalaciones pertenecientes a la RB estaban enumeradas en el art. 59, 2, de la versión original de la LH. La actividad de transporte estaba definida en el art. 58, a, de la LH; en el mismo sentido que el, entonces, nuevo art. 63, 3, de la LH, se pronunció el art. 5, 2, párrafo 2º, del RD núm. 1434/2002; sobre la obligación de que los transportistas desarrollasen el transporte secundario, vid. art. 66, 4, de la versión original de la LH.

pero no pudo ser interpretada como una medida prohibitiva de la existencia de instalaciones de la RB en otras sociedades⁴⁵.

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 sobre la empresa Gas Natural, de venta forzosa de la sociedad propietaria de la práctica totalidad –entonces- de las instalaciones de la RB, 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 contuvo 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 SG⁴⁶.

3.3.- La separación jurídica entre las actividades reguladas, y la comercialización y la producción:

3.3.1.- Previsiones del derecho europeo:

La DG de 2003 impuso una separación jurídica del transporte y la distribución, pues establecía que, cuando el GRT o el GRD fuesen parte de un grupo verticalmente integrado, tanto el GRT, como el GRD, debían ser independientes de todas las demás actividades, *al menos en lo que se refiere a la personalidad jurídica*, la organiza-

ción y la toma de decisiones. La DG de 2003 admitía, no obstante, una explotación combinada del transporte, GNL, almacenamiento y distribución por un gestor de red que fuese independiente, en cuanto a personalidad jurídica, organización y capacidad de decisión, de las demás actividades no relacionadas con la explotación de la red de transporte, GNL, almacenamiento y distribución, y que cumplierse determinados requisitos de separación funcional. La DG de 2009 contiene previsiones idénticas, en sede de distribución⁴⁷.

Desapareció en la DG de 2009 una referencia expresa a que el GRT debe estar separado jurídicamente de las demás actividades (referencia que sí contenía la DG de 2003), pero va implícito en varias previsiones, como en el caso de la separación patrimonial, y en el caso del sistema ITO; en cuanto al ISO, establece la DG de 2009 que, cuando se haya optado por ese modelo, los propietarios de redes de transporte, y los gestores de almacenamientos, que formen parte de una empresa integrada verticalmente, deben ser independientes de las demás actividades no relacionadas con el transporte, la distribución y el almacenamiento, *al menos en lo que se refiere a la personalidad jurídica*, la organización y la toma de decisiones. Esta obligación se impone a las instalaciones de almacenamiento que sean técnica y/o económicamente necesarias para dar un acceso eficiente a la red a fin de suministrar a los clientes. Para garantizar la independencia del gestor de la red de almacenamiento, respecto del propietario de la red, se establecen unas reglas de separación funcional⁴⁸.

3.3.2.- Derecho español:

Tras la LT, permaneció en la LH la incompatibilidad entre las actividades reguladas y la comercialización, a la que se adicionó 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 comercialización⁴⁹.

⁴⁵ Apartado b del art. 58, introducido por el art. 7, Uno, del RDL núm. 6/2000, y DA 20ª, introducida por el art. 10 del RDL núm. 6/2000, en cuyo último párrafo 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, con objeto de dar cumplimiento a la obligación de desinversión; 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. Digo, en el texto, potencialmente, porque sólo con el art. 92, Tres, de la Ley núm. 62/2003, de 30 de diciembre, se modificó la DA 20ª de la LH, para rebajar el límite del 35% al 5%, y sólo, por tanto, en ese momento, puede decirse que ENAGAS se convirtió en una empresa completamente independiente del Grupo Gas Natural. Vid. Guayo Castiella, I. del, El régimen jurídico de la separación de actividades en el sector del gas natural, «CEF Legal», núms. 79-80 (2007), pp. 83-124 y Guillén Caramés, J., El unbundling o separación de actividades en el gestor de la red gasista: el caso de ENAGAS, en «Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras en red», núm. 31 (2008), pp. 65-102.

⁴⁶ DA 20ª de la LH, según la redacción que le dio el art. único, Cuarenta y nueve, de la LT.

⁴⁷ Art. 9, I, art. 13, I, y art. 15, todos ellos de la DG de 2003; y art. 26, I, de la DG de 2009.

⁴⁸ Art. 9, 12 (TSO separado patrimonialmente), art. 18, 3 (sistema ITO) y art. 15, I (sistema ISO), todos ellos de la DG de 2009; el art. 15, I, remite al art. 33, también de la DG de 2009, en materia de acceso.

⁴⁹ Art. 63, I, según la redacción que le dio el art. único, Trece, de la LT. 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, pues ahora el art. 63, I, no se limita a remitir; en general, al art. 60, I (donde, por cierto, ya no hay dos párrafos, ni remisión alguna al art. 58), sino que, junto a la remisión al art. 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, I, 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 continúa con ese nombre, sin que se le pueda identificar con el almacenamiento no básico.

La LH añade (tras la modificación que en ella operó la LT), que las sociedades que desarrollen alguna de las cuatro actividades reguladas, no sólo no pueden realizar actividades de producción o comercialización, sino que tampoco podrán tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades⁵⁰.

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 SUR, 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 o suministro. Permanece en la LH, también, tras 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 transporte. De esta manera, las cuatro actividades reguladas (transporte, almacenamiento, regasificación y distribución), son, parcialmente, incompatibles entre sí, es decir, que una misma sociedad puede tener como objeto social el transporte secundario y la distribución, o el transporte primario, la regasificación, el almacenamiento básico y el transporte secundario, pero una sociedad que opera una instalación de la RB, no puede desarrollar ninguna otra actividad gasista (distinta del transporte, la regasificación y el almacenamiento). La compatibilidad entre la actividad de transporte secundario y la distribución estaba admitida, bien que de modo implícito, tanto en la versión original de la LH, como en la versión derivada de la reforma del año 2000, y la LT vino 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– deben llevar cuentas separadas de ambas actividades⁵¹.

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»; 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 siguió 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 original de la LH, por el criterio de la propiedad de determinados activos, cuanto por el criterio que atiende al desarrollo de determinadas actividades⁵².

3.4.- La incompatibilidad entre las actividades gasistas reguladas, y la comercialización de gas natural, con otras actividades gasistas. El problema de la IRCs:

Si, de acuerdo con la versión original 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 distribución, 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, sólo, por un lado, entre cuatro actividades reguladas (transporte, regasificación, almacenamiento estratégico y distribución) y la comercialización, y, por otro lado, entre la actividad de comercialización y las actividades de distribución, transporte, regasificación y almacenamiento⁵³.

Entre esas otras actividades gasistas, se encuentran algunas expresamente mencionadas por la LH, tales como el almacenamiento no básico, el almacenamiento *operativo*, la producción, la fabricación y la licuefacción. Esta cuestión tiene una trascendencia práctica relativa, sobre todo en relación con la producción, dado que apenas

⁵⁰ Este añadido en el art. 63, 1, in fine, procede de la Enmienda núm. 74, presentada por el GS en el Congreso. En otro, infra, estudio el sentido de este añadido, puesto en conexión con el apartado 4 del art. 63. La misma prohibición de toma de participaciones, impuesta, igualmente, sobre las sociedades que desarrollen actividades reguladas, se encuentra en el art. 63, 3, letra b, párrafo 2º.

⁵¹ Art. 63, 2, de la LH, según la redacción que le dio el art. único, Trece, de la LT, y art. 58, letra c, segundo párrafo, de la LH, añadido por el art. único, Ocho, de la LT.

⁵² Art. 58, y art. 63, 2, ambos de la LH.

⁵³ Art. 63, 1 (que remitía al art. 60, 1, segundo párrafo) y 2, de la versión original de la LH. 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.

hay producción española de gas natural; 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; y en relación con el almacenamiento operativo, que es una actividad ancilar del transporte⁵⁴.

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. 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*, sí 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, no estratégico y operativo).

En atención a la regla de exclusividad o unicidad del objeto social, y a pesar de que las cinco 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 correspondientes⁵⁵.

Tras la aprobación de la LT, 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.

El tema de la compatibilidad entre el desarrollo de actividades reguladas y de otras actividades gasistas, distintas de la comercializa-

ción, 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, implicaba que no podían desarrollar otras actividades, salvo aquellos servicios que estén ligados al ejercicio de derecho de ATR. El informe de la CNE no fue seguido, en su integridad, por el Gobierno, pues, tras ese informe, introdujo en el régimen de las IRC unos cambios, donde las distribuidoras quedaron autorizadas a promover la construcción de IRC (que no tienen la consideración de instalaciones de distribución). El Gobierno se apoyó en el RD núm. 949/2001, que establece que los sujetos con derecho de acceso pueden suscribir contratos para la utilización de otros servicios e instalaciones, que incluyan servicios o condiciones distintas a los regulados en el RD, los cuales son libremente pactados entre las partes; en esta previsión parecía encontrar su apoyo la posibilidad de que los distribuidores realizasen otras actividades conexas con su actividad, como la promoción y mantenimiento de IRC; esa interpretación quedaba reforzada, en la versión original del RD núm. 949/2001, pues añadía que, en particular, podían realizarse contratos libremente pactados con los distribuidores a los que estén conectados los puntos de salida del gas, en relación con la lectura de contadores, facturación, servicio de atención al cliente, mantenimiento de instalaciones, etc. Para reforzar esa tesis, el RD núm. 942/2005 modificó el RD núm. 949/2001, para exigir que las empresas distribuidoras que ofrezcan algún servicio distinto a los regulados en el RD núm. 949/2001, publiquen en su página *web*, de forma actualizada, los precios y condiciones en que ofrecen tales servicios; sin embargo, suprimió la previsión donde se detallaban los servicios que podrían pactarse con los distribuidores, quizás porque podía dar a entender que algunas obligaciones impuestas por las normas sobre los distribuidores, eran susceptibles de ser negociadas con los clientes; la LT vino a refrendar esta situación, pues, tras su aprobación, la LH establece que es un derecho de los distribuidores la promoción de la construcción de IRC, con el fin de extender el suministro de gas natural⁵⁶.

3.5.- La compatibilidad de la actividad de comercialización con otras actividades gasistas y, en particular, con la producción:

La LT vino a introducir algunas novedades, en relación con la actividad de comercialización, que devino en una actividad compatible con la producción, pero, en relación con las actividades reguladas,

⁵⁴ El almacenamiento no básico está mencionado, por ejemplo, en el art. 59, 1, de la LH. La producción, referida a los combustibles gaseosos por canalización, está mencionada en los arts. 1, 2, letra c, y 89, 1, de la LH, y en varios preceptos del Título II de la versión de la LH, sobre exploración, investigación y explotación de hidrocarburos (7, letra c; y 25, 1, letra b). La fabricación de gases combustibles, está mencionada en los arts. 54, 1; 55, 1, letra a y 2, letra b; 56, 1, letra a y 2, y 77, todos ellos de la LH. La licuefacción está mencionada en los arts. 1, 2, letra c; 55, 1, letra a; y 59, 2, letra b, todos ellos de la LH.

⁵⁵ Art. 63, 3, de la versión original de la LH.

⁵⁶ Expediente informativo sobre posibles prácticas anticompetitivas y vulneración del principio de separación de actividades que se ponen de manifiesto con el cobro realizado por algunas distribuidoras de gas natural en concepto de instalaciones receptoras comunitarias (I.R.C.), aprobado por la CNE el 3 de marzo de 2005; art. 30 bis y art. 44, 5, ambos del RD núm. 1434/2002, introducidos por el RD núm. 942/2005; art. 6, 8, del RD núm. 949/2001 (en la versión que le dio el RD núm. 942/2005), y art. 75, letra d, de la LH (según la redacción que le dio el art. único, Veintidós, de la LT).

la LT estableció, de modo expreso, la incompatibilidad de las cuatro actividades reguladas, con la producción. Hay que preguntarse si el precepto de la versión original 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 comercializadores desarrollasen actividades de transporte, almacenamiento, distribución y regasificación, era o no un precepto superfluo, en la medida en que, habiendo establecido la LH, 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, almacenamiento no básico y almacenamiento operativo⁵⁷.

Debe analizarse en qué sentido usa el autor de la LT, 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, usó la expresión *producción* en el mismo sentido que la expresión tenía en la DG de 2003 (y tiene en la DG de 2009), es decir, como explotación de un yacimiento de gas. Es lógico que, en la redacción de la LH, proveniente de la LT, cuando se usa la expresión *producción*, se haga en el mismo sentido que la DG de 2003, dado que esta reforma tuvo como objetivo, precisamente, trasponer en derecho español esa DG, 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)⁵⁸.

La LT suprimió en la LH, el precepto donde se establecía la obligación de que las empresas comercializadoras tuvieran como único objeto social la comercialización, 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 introdujo en el ordenamiento, la LH admite expresamente que una comercializadora desarrolle actividades de producción. 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 sólo 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 versión de la LH, derivada de la LT⁵⁹.

4.- Separación funcional:

4.1.- La separación funcional como instrumento de equilibrio frente a la admisión de actividades incompatibles dentro de la misma empresa verticalmente integrada:

La versión original de la LH establecía que, en un grupo de sociedades, podrían desarrollarse actividades incompatibles, siempre que fuesen ejercidas por sociedades diferentes; el objeto social de una entidad podía comprender actividades incompatibles, siempre que se previese que una sola actividad fuese ejercida de forma directa y, las demás, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades⁶⁰.

La DG de 2003 descartó la opción de imponer una separación estructural, o patrimonial, entre el negocio de red y el negocio de suministro, introdujo unas reglas de separación funcional y, en varias ocasiones, subrayó que esas normas no constituyen ninguna obligación de separar la propiedad de los activos del sistema de distribución, ni los de transporte, de la empresa integrada verticalmente. La Comisión no descartó la posibilidad de adoptar esa medida en el futuro, algo que ocurrió en 2009, cuando se confirieron tres alternativas, en materia de separación de la red de transporte, de los negocios de suministro y producción, entre las que se encuentra, pero sólo como

⁵⁷ Art. 63, 1 y 2, de la versión original de la LH.

⁵⁸ Art. 2, núms. 1, 2 (que habla de «un centro de producción de petróleo o gas»), 9, 20, y 21; art. 9, 2, letra a; art. 13, 2, letra a; art. 15, letra a; art. 20, núms. 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. Los preceptos equivalentes de la DG de 2009, son los siguientes: art. 2, núms. 1, 2 (que habla de «un centro de producción de petróleo o gas»), 9, 20, y 21; art. 9, 1, letra b; art. 26, 2, letra a; art. 34, núms. 1 (que habla de «operaciones de producción local en la zona donde se produzca el gas») y 2, letras b (que habla de «la producción eficiente futura, actual y prevista de hidrocarburos incluida la de zonas de viabilidad económica marginal») y d, preceptos, todos ellos, de la DG de 2009.

⁵⁹ Art. 63, 2, de la versión original de la LH, y art. 62, 2, párrafo 4º, de la LH.

⁶⁰ Art. 63, 3, de la versión original de la LH.

alternativa, la separación patrimonial. La Comisión Europea propuso, en septiembre de 2007, que se separase patrimonialmente el transporte, de la producción y la comercialización, de manera que estas actividades no pudiesen ser desempeñadas por empresas del mismo grupo empresarial, o que, alternativamente, se instaurase un modelo ISO, donde el gestor de la red de transporte fuese distinto del propietario de la red de transporte; finalmente, la DG de 2009 estableció esas dos alternativas y, además, sin no se escoge ninguna de ambas, introdujo un conjunto de normas que habrían de aplicarse, para garantizar la independencia funcional del GRT, respecto del resto de empresas integradas verticalmente, en el mismo grupo, unas reglas que se denominan como sistema ITO⁶¹.

Dentro del marco diseñado por la DG de 2003, y tras la aprobación de la LT, en 2007, se mantuvo 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, permaneció la exigencia de que las actividades incompatibles sean desarrolladas por sociedades diferentes, dentro del mismo grupo, pero desapareció la posibilidad, admitida en la versión inicial de la LH, de que 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 sociedades. La reforma de 2007 introdujo, también, reglas de separación funcional, traídas de la DG de 2003⁶².

A continuación se exponen los criterios para que la gestión de las sociedades que desarrollan actividades reguladas (transporte, distribución y almacenamiento) 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, o que desempeñan otras actividades reguladas.

4.2.- La separación funcional del transporte:

4.2.1.- Protección de la independencia de los gestores de redes de transporte, mediante la garantía de la tenencia de recursos suficientes (humanos, técnicos, físicos y financieros):

La DG de 2009 quiso reforzar la independencia de los GRTs, particularmente cuando los Estados miembros deciden no separarlos

patrimonialmente de las actividades de producción y suministro, ni designar un ISO, y, por esa razón, entre las normas relativas al modelo ITO (es decir, cuando el GRT está integrado verticalmente con otras empresas del negocio gasista), contiene unas específicas sobre la necesidad de que sus recursos sean suficientes. Los GRTs deben contar con todos los recursos humanos, técnicos, físicos y financieros necesarios para cumplir sus obligaciones con arreglo a la DG de 2009, y realizar la actividad de transporte de gas; en particular, la DG de 2009 exige que se cumplan las siguientes circunstancias: i) los activos necesarios para la actividad de transporte de gas, incluida la red de transporte deben ser *propiedad del GRT* (no sólo la red, sino, también, todos los activos necesarios para desarrollar la actividad de transporte); esta exigencia está en consonancia con las reglas sobre separación patrimonial, conforme a las cuales el propietario de la red de transporte debe actuar como GRT; ii) el personal necesario para la actividad de transporte de gas, *incluida la realización de todas las tareas empresariales, de ordinaria administración*, debe ser empleado del GRT; sólo si eso es así, podría el GRT, y excepcionalmente, contratar con terceros los servicios jurídicos, contables e informáticos, y de reparación de la red; estos requisitos de autonomía no se extienden al personal necesario para el desarrollo de las funciones que no están directamente relacionadas con el transporte de gas, como el servicio de limpieza; iii) se prohíbe, categóricamente, la cesión de personal y la prestación de servicios, de cualquier parte de la empresa integrada verticalmente, a favor del GRT; se prohíbe, también, que el GRT preste servicio a otras empresas de su grupo, salvo que no discrimine a los usuarios, esté disponible para todos ellos, en las mismas condiciones, y no restrinja, distorsione, ni impida, la competencia en la producción o el suministro, y la autoridad reguladora apruebe las condiciones de la prestación de dichos servicios; en sentido inverso, se prohíbe, igualmente, que el GRD preste servicios al GRT; simultáneamente, la DG de 2009 determinó que el GRT no puede compartir los sistemas y equipos informáticos, los locales físicos, ni los sistemas de acceso de seguridad, con ninguna de las partes de la empresa integrada verticalmente, ni recurrir a los mismos consultores o contratistas externos para los sistemas y equipos informáticos y los sistemas de acceso de seguridad; y, iv) sin perjuicio de la aprobación del órgano de supervisión, la empresa integrada verticalmente debe facilitar al GRT, a su debido tiempo, los recursos financieros adecuados para futuros proyectos de inversión y/o para la sustitución de los activos existentes, previa petición del GRT; de la puesta a disposición, de tales recursos, ha de informar, el GRT, a la autoridad reguladora; el GRT debe velar, en todo momento, por disponer de los recursos necesarios para llevar a cabo con corrección y eficacia la actividad de transporte y desarrollar y mantener una red de transporte eficaz, segura y económica; como corolario, la Co-

⁶¹ Considerando núm. 10, párrafo 3º, y arts. 9, I, segunda frase, 13, I, segunda frase, y 15, I, segunda frase, todos ellos de la DG de 2003; art. 9, art. 14, y arts. 17 a 23, todos ellos de la DG de 2009.

⁶² Art. 63, 3, según la redacción que le dio el art. único, Trece, de la LT. La DT 1ª de la LT, dispuso, con el encabezamiento «Separación funcional», lo siguiente: «Con anterioridad al 1 de enero de 2008 las empresas y grupos empresariales a las que se hace referencia en el artículo 63 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos deberán cumplir con los criterios de separación funcional establecidos en dicho artículo».

misión Europea destaca que el GRT no puede traspasar ninguna de sus responsabilidades a otro GRT⁶³.

4.2.2.- Funciones atribuidas a los gestores de redes de transporte, para garantizar su independencia en el seno de una empresa integrada verticalmente:

La DG de 2009, consciente de que un GRT, integrado verticalmente, puede ver empañada su independencia si algunas funciones son ejercitadas por otras empresas del mismo grupo, se ocupó de detallar que la actividad de transporte de gas debe incluir, al menos, las siguientes funciones, además de las establecidas para todo GRT, enumeradas de modo indicativo: a) la representación del GRT y contactos con terceros y con las autoridades reguladoras; b) la representación del GRT en la REGRT de Gas»; c) la concesión y gestión del acceso de terceros sin discriminación entre usuarios de la red y categorías de usuarios de la red; d) el cobro de todos los gastos relativos a la red de transporte, incluidos los gastos de acceso, los gastos de compensación por servicios accesorios (como el tratamiento del gas), y la compra de servicios (gastos de compensación y energía para compensación de pérdidas); e) el funcionamiento, mantenimiento y desarrollo de una red de transporte segura, eficaz y económica; f) los planes de inversión que garanticen a largo plazo la capacidad de la red para responder a una demanda razonable y que garanticen la seguridad del suministro; g) la creación de empresas conjuntas adecuadas, incluso con uno o varios GRTs, interconectores de gas, y otros actores pertinentes con el objetivo de desarrollar la creación de mercados regionales o facilitar el proceso de liberalización, y h) todos los servicios centrales, incluidos los servicios jurídicos, contables e informáticos⁶⁴.

La DG de 2009 añade que la empresa integrada verticalmente se debe abstener de cualquier actuación que impida o dificulte al GRT el cumplimiento de sus obligaciones, con arreglo al Capítulo IV, y no puede exigir al GRT que le solicite autorización para desempeñar tales obligaciones⁶⁵.

4.2.3.- Protección de la independencia de los gestores de una red de transporte:

De acuerdo con la DG de 2003, y la versión de la LH derivada de la LT, en 2007, los gestores de sociedades que desarrollan actividades reguladas, como el transporte, no pueden participar en estructuras organizativas responsables, directa o indirectamente, de la

gestión cotidiana de actividades de producción o comercialización. La DG de 2003 obligó a que se tomaran medidas oportunas para garantizar la independencia de los gestores de sociedades que desarrollan actividades reguladas, como el transporte, mediante la protección de sus intereses profesionales. La LH, con ocasión de la reforma llevada a cabo por la LT, añadió que tales medidas han de adoptarse, en especial, en lo que concierne a su retribución y cese⁶⁶. La DG de 2009 fue más allá, y estableció que las decisiones relativas a la designación, renovación, condiciones laborales (incluida la remuneración), y cese de funciones, de las personas responsables de la *gestión* y/o de los miembros de los órganos de administración del GRT, deben ser adoptadas por el órgano de supervisión del GRT. La expresión *gestión*, en este contexto, incluye la alta dirección del GRT, y, en función del tipo de sociedad, incluiría al Presidente, al Consejero Delegado y/o al Director Ejecutivo, así como a cualquier miembro del Consejo que tenga poderes de decisión⁶⁷.

Se han de notificar a la autoridad reguladora, la identidad y las condiciones por las que se rigen el mandato, su duración y el cese de funciones de las personas cuyo nombramiento, o cuya continuación en el cargo, proponga el órgano de supervisión, como personas responsables de la gestión ejecutiva, y/o como miembros de los órganos de administración del GRT, y las razones de cualquier decisión propuesta para el cese. Las condiciones y decisiones mencionadas se convierten en obligatorias solo si, en un plazo de tres semanas después de la notificación, la autoridad reguladora no se opone. La autoridad reguladora puede oponerse a las decisiones, si surgen dudas en cuanto a la independencia profesional de una persona propuesta como responsable de la gestión y/o miembro de los órganos de administración, o si se trata de la finalización prematura de un mandato, en cuanto a la justificación de esa finalización prematura⁶⁸.

Las personas responsables de la gestión y/o los miembros de los órganos de administración del GRT, no pueden haber ocupado ningún cargo, ni tenido ninguna responsabilidad profesional, ni ningún interés, ni haber mantenido una relación comercial, directa o indirecta, con la empresa integrada verticalmente, ni con ninguna parte de ella, o sus accionistas mayoritarios, con excepción del GRT, durante un período de tres años anterior a su nombramiento. Estas limitaciones se aplican, también, a quienes dependan directamente de los órganos de gestión, en asuntos relacionados con la operación, mantenimiento y desarrollo de la red. Esta previsión se aplica a la mayoría de los gestores y/o de los miembros de los órganos

⁶³ Art. 17, 1, art. 17, 5, art. 18, 2, y art. 18, 8 (en relación con el art. 17, 1, letra d), todos ellos de la DG de 2009; vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 15.

⁶⁴ Art. 17, 2, que remite al art. 13, ambos de la DG de 2009.

⁶⁵ Art. 18, 9, de la DG de 2009.

⁶⁶ Art. 63, 3, letras a y b (párrafo 1º), de la LH; y art. 9, 2, letras a y b, y art. 13, 2, letra b, ambos de la DG de 2003.

⁶⁷ Art. 19, 1, de la DG de 2009, que remite al art. 20, 2, sobre composición del órgano de supervisión; vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 18.

⁶⁸ Art. 19, 2, de la DG de 2009.

de administración del GRT, es decir, a la mitad más uno, cuando la gestión se encomienda a un Consejo, y a la persona que tenga los poderes esenciales en la gestión, si la gestión no es colectiva, sino individual. Aquellos gestores y/o miembros de los órganos de administración del GRT, que no estén sujetos a estas limitaciones, no pueden haber ocupado ningún cargo, ni ejercido ninguna otra actividad relevante, en la empresa integrada verticalmente, durante un período de, al menos, seis meses antes de su nombramiento⁶⁹.

Las personas responsables de la gestión, y/o los miembros de los órganos de administración, y los empleados del GRT, no pueden ocupar ningún otro cargo, ni pueden tener ninguna relación profesional, ni ningún interés, ni pueden mantener relación comercial, directa o indirecta, alguna, con cualquier otra parte de la empresa integrada verticalmente, o con sus accionistas mayoritarios. Esta regla implica, por ejemplo, la prohibición de tenencia de acciones en la empresa integrada verticalmente⁷⁰.

Los gestores y/o miembros de los órganos de administración, del GRT, y los empleados del GRT, no pueden tener ningún interés en parte alguna, de la empresa integrada verticalmente, con excepción del GRT, ni pueden recibir de ella beneficio financiero alguno, directa o indirectamente. Su remuneración no puede depender de las actividades o resultados de la empresa integrada verticalmente, exceptuadas las del GRT; esta limitación, implica, por ejemplo, que no pueden conferirse *stock options* basadas en las acciones de la empresa verticalmente integrada.⁷¹

Después del cese de sus funciones en el GRT, las personas responsables de su gestión y/o los miembros de sus órganos de administración, no pueden ocupar ningún cargo, ni tener ninguna relación profesional, ni interés, ni pueden mantener relación comercial alguna, con ninguna parte de la empresa integrada (con excepción del GRT), ni con sus accionistas mayoritarios, durante un período mínimo de cuatro años; el gestor cesado puede permanecer ligado al GRT, pero sin funciones de gestión⁷².

La DG de 2009 garantiza el derecho efectivo de recurso a la autoridad reguladora, respecto de cualquier reclamación presentada por personas responsables de la gestión y/o miembros de los órganos administrativos del GRT, contra los ceses de funciones, prematuros⁷³.

La DG de 2009 dispone que algunas de sus limitaciones se aplican, también, a todas las personas pertenecientes a la administración

ejecutiva y a quienes dependan directamente de ellas, en cuestiones relacionadas con el funcionamiento, el mantenimiento o el desarrollo de la red⁷⁴.

Como una manera de reforzar la independencia, la LT modificó la LH, en 2007, para hacerla decir que las personas responsables de la gestión de sociedades reguladas (como las sociedades transportistas), según se determine, no pueden poseer acciones de sociedades que desarrollen actividades de producción o comercialización. El PLT 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 enmienda, 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 Parlamento⁷⁵.

4.2.4.- Garantías para la adopción de decisiones independientes sobre la explotación, mantenimiento y desarrollo de la red de transporte:

En un mercado liberalizado, es 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 operaron determinadas previsiones de la DG de 2003, y, en la actualidad, operan varias previsiones de la DG de 2009, que tratan de asegurar que los GRT y los GRD gozan de independencia, a la hora de tomar las decisiones necesarias sobre los activos implicados en las actividades de transporte y distribución.

En la LH, tras la reforma de la LT, la garantía de independencia, en línea con lo establecido en la DG de 2003, es doble; en primer

⁶⁹ Art. 19, 3 y 8 (párrafos 1º y 2º), de la DG de 2009.

⁷⁰ Art. 19, 4, de la DG de 2009; vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 19.

⁷¹ Art. 19, 5, de la DG de 2009; vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 19.

⁷² Art. 19, 7, de la DG de 2009.

⁷³ Art. 19, 6, de la DG de 2009.

⁷⁴ Art. 19, 8 (párrafo 3º), en relación con el art. 19, 8 (párrafo 1º) y apartados 4, 5, 6 y 7, igualmente del art. 19, todos ellos de la DG de 2009.

⁷⁵ Art. 63, 3, letra b, párrafo 2º, de la LH, y Enmienda núm. 74, del GS.

lugar, las sociedades que realicen actividades reguladas deben tener capacidad de decisión efectiva, independiente del grupo de sociedades al que pertenecen, integrado verticalmente, con respecto a activos necesarios para explotar, mantener, o desarrollar las instalaciones de regasificación de GNL, y de transporte y almacenamiento de gas natural; esta previsión fue reiterada por la DG de 2009; 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 DG de 2009, para reforzar la independencia, estableció que la estructura de la gestión global y los estatutos de la sociedad, deben asegurar la independencia efectiva del GRT de acuerdo con el Capítulo IV de la DG de 2009, y la empresa integrada verticalmente no puede determinar directa o indirectamente, el comportamiento competitivo del GRT, en relación con las actividades cotidianas del GRT y de la gestión de la red, o en relación con actividades necesarias para la preparación del plan decenal de desarrollo de la red. Adicionalmente, la DG de 2009 estableció la facultad del GRT, de pedir dinero prestado en el mercado de capitales, en particular mediante el empréstito y la ampliación de capital⁷⁶.

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, como el transporte, y puede 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 equivalente⁷⁷.

4.2.5.- Garantías de transparencia en las relaciones comerciales y financieras entre el gestor de la red de transporte y el grupo al que pertenece:

De acuerdo con la DG de 2009, cualquier relación comercial y financiera entre la empresa integrada verticalmente y el GRT, incluidos los préstamos del GRT a la empresa integrada verticalmente, se debe atener a las condiciones de mercado. El GRT debe guardar

documentos detallados relativos a dichas relaciones comerciales y financieras, y los debe poner a disposición de la autoridad reguladora, o petición de esta. El GRT debe presentar a la aprobación de la autoridad reguladora todos los acuerdos comerciales y financieros con la empresa integrada verticalmente⁷⁸.

4.2.6.- Garantías para el mantenimiento de una identidad propia del gestor de una red de transporte:

La DG de 2009 estableció que el GRT no puede inducir a error, en su razón social, comunicación, marca e instalaciones, respecto de la identidad distinta de la empresa integrada verticalmente o de cualquiera de sus partes. La Comisión Europea afirma que la necesidad de no inducir a error implica una obligación de evitar cualquier confusión, a los consumidores, entre el GRT y la empresa de suministro, y utiliza como punto de referencia, para determinar si hay o no confusión, el derecho de la Unión Europea relativo al derecho de marcas, concretamente el Reglamento (CE), del Consejo, núm. 40/1994, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (modificado, profundamente, en varias ocasiones) –en su versión codificada por el Reglamento núm. 207/2009, del Consejo, de 26 de febrero de 2009- y la Directiva núm. 2008/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de leyes de los Estados miembros en materia de marcas⁷⁹.

4.2.7.- Prohibición de trato discriminatorio:

En el desempeño de sus funciones, los GRTs no deben ejercer discriminación alguna respecto de personas o entidades, ni restringir, falsear o impedir la competencia en materia de producción o suministro⁸⁰.

4.2.8.- Órgano de supervisión:

El GRT debe tener un órgano de supervisión, responsable de la adopción de las decisiones que puedan tener repercusiones significativas en el valor de los activos de los accionistas del GRT, en especial las decisiones relativas a la aprobación de los planes financieros, anual y a largo plazo, al nivel de endeudamiento, y al importe de los dividendos distribuidos entre los accionistas. El órgano de supervisión no es competente sobre las decisiones ordinarias y cotidianas del GRT, ni de gestión de la red, y tampoco sobre la elaboración del plan decenal de desarrollo de la red. El órgano de supervisión está compuesto de miembros representantes de la

⁷⁶ Arts. 9, 2, letra c, de la DG de 2003; art. 18, 1 y 4, de la DG de 2009 (el art. 18, 1, remite al art. 20, también de la DG de 2009, relativo al órgano de supervisión, y el art. 18, 4, remite al art. 22, sobre el plan decenal).y art. 63, 3, letra c, de la LH.

⁷⁷ Arts. 9, 2, letra c, de la DG de 2003; art. 18, 1, de la DG de 2009; y art. 63, 3, letra c, de la LH.

⁷⁸ Art. 18, 6 y 7, de la DG de 2009.

⁷⁹ Art. 17, 4, de la DG de 2009. Vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 16.

⁸⁰ Art. 18, 5, de la DG de 2009, que remite al art. 13 y 17, 2, ambos de la DG de 2009, y en consonancia con los arts. 13, 1; 14, 1, letra a; 16, 2, 3 y 5; 18, 6, y 21, 1, del RT de 2009.

empresa integrada verticalmente, de miembros representantes de accionistas y, cuando la legislación pertinente de un Estado miembro así lo contemple, de miembros representantes de otras partes interesadas, como los empleados del GRT. Las normas sobre independencia del personal del GRT, se aplican, en líneas generales, a los miembros del órgano de supervisión⁸¹.

4.2.9.- Funciones específicas de las autoridades reguladoras:

Las autoridades reguladoras tienen, además de sus funciones genéricas, unas funciones específicas, cuando se ha optado por la separación funcional que caracteriza el sistema ITO, funciones que son adicionales a las que les corresponden en el procedimiento de certificación⁸².

4.2.10.- Necesidad de certificación del gestor de la red de transporte:

Una empresa certificada por la autoridad reguladora como conforme, de acuerdo con los requisitos del Capítulo IV, debe ser autorizada y designada como GRT, por el Estado miembro interesado; se aplica el procedimiento de certificación de la DG de 2009 y del RT de 2009. Las autoridades reguladoras están obligadas a iniciar un procedimiento de certificación siempre que se lo notifique un candidato a GRT, y cuando lo solicite, razonadamente, la Comisión Europea, pero las autoridades reguladoras deben vigilar continuamente que el GRT cumple con las reglas de separación y debe abrir un procedimiento de certificación, de oficio, cuando tenga conocimiento que un cambio planeado en los derechos, o en la influencia sobre el sistema de transporte, implica, o podría implicar, una violación de las reglas de separación. La certificación es necesaria para todo GRT, ya esté separado patrimonialmente, ya sea un ISO. Los procesos de certificación deben empezar el 3 de marzo de 2011. La DG de 2009 contiene algunas reglas especiales cuando el GRT está controlado por una persona ubicada en un tercer país, fuera de la UE⁸³.

4.3.- La autorregulación de la separación funcional. Programa de cumplimiento, código de conducta y encargado del cumplimiento:

Tras el establecimiento de los criterios principales, que han de observarse para la consecución de una efectiva independencia fun-

cional en la gestión de las redes, la DG de 2003 impuso a los GRTs, la obligación, por un lado, de establecer un programa de cumplimiento (*compliance programme*, en expresión inglesa), donde se expongan las medidas adoptadas para garantizar la exclusión de conductas discriminatorias (tal programa ha de contener, específicamente, las obligaciones de los empleados, para alcanzar los objetivos), y, por otro lado, la obligación de velar por la adecuada supervisión del cumplimiento del programa. Estas dos mismas obligaciones existen en la DG de 2009, pero la norma se despliega en nuevos detalles, sobre todo acerca de la persona encargada de la supervisión del programa⁸⁴.

La técnica normativa de remisión a un *programa de cumplimiento*, implica, como efecto específico, que es la propia empresa verticalmente integrada quien ha de aprobar las reglas pertinentes para que se alcancen los objetivos de las Directivas; 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 de 2009, todos los estados miembros de la UE–, unos determinados resultados, que han de alcanzarse mediante las medidas que, con cierta libertad, cada Estado destinatario determine, al transponerlas a su ordenamiento interno, en el caso de la DG de 2009, 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 de 2009. La LH, tras la LT, dispone que las sociedades que realicen actividades reguladas, deben establecer un Código de Conducta, en el que han de exponer las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento de los criterios de separación funcional, estableciendo obligaciones específicas de los empleados. Ha de criticarse que la LH disponga, desde 2007, 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 de 2003 (y ahora la DG de 2009), 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. La DG de 2009 contiene previsiones detalladas sobre el encargado del cumplimiento del programa, y, por tanto, la libertad de contenidos del Código, en punto a la supervisión del cumplimiento, se ha reducido⁸⁵.

⁸¹ Art. 20 de la DG de 2009; el art. 20, 3, de la DG de 2009, dispone, en concreto, que «se aplicarán al menos a la mitad menos uno de los miembros del órgano de supervisión el artículo 19, apartado 2, y el artículo 19, apartados 3 a 7. El artículo 19, apartado 2, párrafo segundo, letra b), se aplicará a todos los miembros del órgano de supervisión».

⁸² Art. 41, 5, de la DG de 2009.

⁸³ Art. 18, 10, de la DG de 2009, que remite al art. 10 de la DG de 2009, y al art. 3 del RT de 2009 (ó al art. 10 de la DG de 2009); vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 22. Sobre la certificación en relación con terceros países: art. 11 de la DG de 2009.

⁸⁴ Art. 9, 2, letra d, de la DG de 2003, y art. 21 de la DG de 2009.

⁸⁵ Art. 63, 3, letra d, de la LH.

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 autorregulación⁸⁶.

De acuerdo con la DG de 2003, la persona u órgano responsable de supervisar el programa de cumplimiento debe presentar a la autoridad reguladora un informe anual con las medidas adoptadas, que ha de publicarse, una previsión que, en la LH, tras 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 ha de presentar un informe al MITYC, y a la CNE, que se publica, indicando las medidas adoptadas para el cumplimiento de las estipulaciones de la LH sobre separación funcional. La DG de 2009 dio un paso más, pues estableció que el programa de cumplimiento (en España, el Código de Conducta) debe ser aprobado por el regulador nacional, sin perjuicio de la supervisión, independiente, por el encargado del cumplimiento⁸⁷.

De acuerdo con la DG de 2009, el órgano de supervisión debe designar un encargado del cumplimiento, previa aprobación por parte de la autoridad reguladora. La autoridad reguladora puede oponerse a la designación del encargado del cumplimiento, pero únicamente por razones de falta de independencia o capacidad profesional. El encargado del cumplimiento puede ser tanto una persona física, como jurídica, y se le aplican determinadas previsiones sobre la independencia del órgano de supervisión. La DG de 2009 establece, detalladamente, las responsabilidades del encargado del cumplimiento, algunos tan llamativos (desde el punto de vista de las garantías), como la entrada en las oficinas, sin previo aviso⁸⁸.

4.4.- La separación funcional de la distribución:

En relación con la distribución, las previsiones de separación funcional de la DG de 2003, permanecieron, básicamente, en la DG de 2009, con algunos refuerzos.

Tanto la DG de 2003, como la DG de 2009, establecen que si el GRD forma parte de una empresa integrada verticalmente, debe ser independiente de las demás actividades no relacionadas con la distribución, al menos en lo que se refiere a la personalidad jurídica, la organización y la toma de decisiones. Hay aquí, por tanto, una doble exigencia, de separación jurídica y de separación funcional, pero, no de separación patrimonial, pues, como la propia DG de 2009 señala, su exigencia de separación no debe dar lugar a ninguna obligación de separar la propiedad de los activos del sistema de distribución, de la empresa integrada verticalmente⁸⁹.

La empresa integrada verticalmente es libre de determinar qué forma jurídica adopta la distribución, siempre que la forma elegida garantice un nivel suficiente de independencia, y una adecuada autonomía funcional, respecto de otras partes de la empresa integrada. En consecuencia, si, de acuerdo con el derecho de cada Estado miembro, un determinado tipo societario está expuesto a recibir instrucciones, en el día a día de la gestión, de otras partes de la empresa integrada, entonces tal tipo habrá de cambiarse⁹⁰.

Si el GRD forma parte de una empresa integrada verticalmente, debe ser independiente, en lo que respecta a su organización y adopción de decisiones, de las demás actividades no relacionadas con la distribución. Con el fin de lograr ese objetivo, deben aplicarse una serie de criterios mínimos.

De acuerdo con la DG de 2009, los encargados de la administración del GRD no pueden participar en estructuras de la empresa de gas natural integrada, las cuales se ocupen, directa o indirectamente, de la gestión cotidiana de las actividades de producción, transporte y suministro de gas natural; y, además, se han de tomar las medidas oportunas para garantizar la debida consideración de los intereses profesionales de las personas encargadas de la administración del GRD, de tal forma que puedan actuar con independencia. Se trata de reglas que ya se encontraban en la DG de 2003, lo cual condujo a la versión de la LH derivada de la LT, en 2007, a incluir previsiones idénticas, y a añadir, respecto de la protección de los intereses profesionales de los gestores, que tales medidas han de adoptarse, en especial, en lo que concierne a su retribución y cese.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ Art. 63, 3, letra d, de la LH, y art. 21, 1, de la DG de 2009.

⁸⁸ Art. 21, 2 a 12, de la DG de 2009 (el art. 21, 2, remite al art. 19, 2 a 8).

⁸⁹ Art. 13, 1, de la DG de 2003, y art. 26, 1, de la DG de 2009.

⁹⁰ Vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, *Unbundling*, de 22 de enero de 2010, p. 24.

La DG de 2009 no proporciona, respecto de la distribución, tantos detalles, en punto a la independencia de los gestores, como respecto del transporte, pero la Comisión Europea ha afirmado que las previsiones del sistema ITO pueden servir, oportunamente, como punto de referencia. Ni la DG de 2003, ni la DG de 2009, restringen estas limitaciones a la alta dirección, sino que sus previsiones incluyen los mandos intermedios. Como una manera de reforzar la independencia, la LT modificó la LH, en 2007, para hacerla decir que las personas responsables de la gestión de sociedades reguladas, como las de distribución, no pueden poseer acciones de sociedades que desarrollen actividades de producción o comercialización⁹¹.

La Comisión Europea ha aclarado que, en aplicación de esas reglas, un gestor del GRD no puede ser, al mismo tiempo, director del GRT, o de la comercializadora, o de la empresa de producción, y viceversa. Se ha de decidir, caso por caso, si, y hasta qué punto, un gestor del GRD puede trabajar, al mismo tiempo, para la empresa integrada verticalmente, siempre que la sociedad matriz no esté implicada directamente en actividades producción y/o suministro (porque existan empresas separadas para estas actividades). En todo caso, esta solución es admisible, sólo si la sociedad matriz no está implicada en la gestión ordinaria, relativa al suministro, la producción o la gestión de la red⁹².

Las medidas que han de tomarse para proteger los intereses profesionales de los gestores del GRD, deben referirse, entre otras, a las siguientes cuestiones: a) la independencia de los gestores de la red se pone en riesgo, si su salario se basa en los resultados de la sociedad matriz de las sociedades de producción o suministro, porque crea un conflicto de interés; b) la transferencia de personal de desde el GRD a otras partes de la empresa integrada, y *viceversa*, puede generar conflictos de interés y se ha de regular para garantizar la independencia; c) puede surgir, igualmente, un conflicto, si el GRD tiene acciones, directa o indirectamente, en las sociedades de producción o suministro, y si obtiene un beneficio financiero de su comportamiento; este mismo conflicto se origina si es el gestor, como persona física, quien tiene esas acciones; y d) el cese de gestores del GRD, por parte de la sociedad matriz, puede minar la independencia del GRD, particularmente si las causas del cese no están establecidas, previamente, de modo estatutario⁹³.

De acuerdo con la DG de 2003, la LH (tras la reforma de 2007), y la DG de 2009, el GRD debe gozar de una facultad de decisión efectiva, independientemente de la empresa de gas natural inte-

grada, verticalmente, con respecto a los activos necesarios, para explotar, mantener o desarrollar la red de distribución; añade la LH, tras la reforma operada en ella por la LT, que, en ningún caso, puede el grupo empresarial dar instrucciones a las sociedades que realicen la actividad de distribución respecto de la gestión cotidiana, ni respecto de decisiones particulares referentes a la construcción o mejora de activos de distribución de gas natural, siempre que no se sobrepase lo establecido en el plan financiero anual o instrumento equivalente⁹⁴.

Lo anterior no significa que el GRD deba ser el propietario de la red; cuando otra parte de la empresa verticalmente integrada es el propietario de la red de distribución, y la pone a disposición del GRD, debe ser el GRD quien tome las decisiones relativas a esos activos, y se ha de garantizar que el propietario, aun cuando debe estar implicado en tales decisiones, se limite a ejecutar las decisiones adoptadas⁹⁵.

En contraste con las previsiones detalladas de la DG de 2009, a propósito de los activos de transporte de que debe disponer el GRT, la DG de 2009 se limita a señalar que, a fin de desempeñar sus funciones, el GRD debe disponer de los recursos necesarios, incluidos los recursos humanos, técnicos, financieros y materiales, para explotar, mantener o desarrollar la red. Esto significa que el GRD no puede, de modo indebido, descansar en los servicios que presten otras partes de la empresa verticalmente integrada, y, por tanto, esos servicios deben limitarse, y, cuando se presten, se han de tomar medidas para amortiguar problemas de competencia y excluir el conflicto de interés; en particular, no es admisible ninguna subvención cruzada del GRD a otras partes de la empresa verticalmente integrada, y, por tanto el servicio se ha de prestar en condiciones de mercado y bajo formas contractuales⁹⁶.

De acuerdo con la DG de 2003, la LH (tras la LT), y la DG de 2009, la existencia de activos que están a disposición de los distribuidores, y su capacidad de decisión independiente, no debe impedir la existencia de *mecanismos de coordinación* adecuados que aseguren la protección de los derechos de supervisión, tanto económica como de gestión, de la sociedad matriz, respecto a los activos de sus filiales de distribución, regulados, indirectamente, por la autoridad reguladora; en particular, esto permite a la sociedad matriz aprobar el plan financiero anual, o cualquier instrumento equivalente, del GRD, así como establecer límites globales a los niveles de endeudamiento de sus filiales (la expresión *cualquier instrumento equivalente*, debe ser interpretada de modo restrictivo); pero no se permite a la so-

⁹¹ Art. 63, 3, letras a y b (párrafos 1º y 2º), de la LH, que transpuso el 13, 2, letras a y b, de la DG de 2003; art. art. 26, 2, letras a y b, de la DG de 2009; vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 24.

⁹² Vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 24.

⁹³ Art. 13, 2, letra b, de la DG de 2003, y art. 26, 2, letra b, de la DG de 2009; vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 24.

⁹⁴ Art. 13, 2, letra c, de la DG de 2003; art. 26, 2, letra c, de la DG de 2009, y art. 63, 3, letra c, de la LH.

⁹⁵ Vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 25.

⁹⁶ Art. 26, 2, letra c, de la DG de 2009 ; vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 25.

ciudad matriz dar instrucciones respecto de la gestión cotidiana, ni de decisiones particulares, referentes a la construcción o mejora de líneas de distribución, siempre que no sobrepasen lo establecido en el plan financiero aprobado o en cualquier instrumento equivalente; el plan financiero aprobado por la sociedad matriz debe ser compatible con el principio de suficiencia financiera del GRD⁹⁷.

Tras el establecimiento de los criterios principales, que han de observarse para la consecución de una efectiva independencia funcional en la gestión de las redes, la DG de 2003 impuso a los GRDs, la obligación, por un lado, de establecer un programa de cumplimiento (*compliance programme*, en expresión inglesa), donde se expongan las medidas adoptadas para garantizar la exclusión de conductas discriminatorias (tal programa ha de contener, específicamente, las obligaciones de los empleados, para alcanzar los objetivos), y, por otro lado, la obligación de velar por la adecuada supervisión del cumplimiento del programa, mediante el nombramiento de un *encargado del cumplimiento*, quien debe presentar un informe anual con las medidas adoptadas, a la autoridad reguladora, que ha de publicarse. El programa de cumplimiento proporciona un *marco formal* para garantizar que el GRD, en su conjunto, y cada uno de sus gestores, se atiene al principio de no discriminación. Entre las reglas del programa de cumplimiento pueden encontrarse, por ejemplo, las relativas a qué información ha de reputarse como confidencial, y a las sanciones por violación de tal confidencialidad, así como las reglas para impedir que, en sus relaciones con los clientes, los GRDs remitan a la empresa suministradora. El programa de cumplimiento debe ser desarrollado de modo activo, mediante las políticas adecuadas, como, por ejemplo, la manifestación de adhesión al programa, por parte de los gestores, que puede ser por escrito, el establecimiento de sanciones por incumplimiento y la formación continua en las reglas del programa. La DG de 2009 reiteró todas esas previsiones, y, como novedad, respecto de la DG de 2003, establece que el encargado del cumplimiento del GRD, debe ser totalmente independiente y debe tener acceso a toda la información, del GRD y de cualquiera de sus filiales, que requiera para el desempeño de su función (para determinar las reglas relativas a su independencia, se puede tomar, como punto de partida, las establecidas en sede de ITO)⁹⁸.

La LH, tras la LT, dispone que las sociedades que realicen la actividad de distribución, deben establecer un Código de Conducta, en el que han de exponer las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento de los criterios de separación funcional, estableciendo obligaciones específicas de los empleados; el cumplimiento del Cód-

igo de Conducta debe ser objeto de la adecuada supervisión y evaluación por la sociedad; anualmente, se ha de presentar un informe al MITYC, y a la CNE, que se publica, indicando las medidas adoptadas para el cumplimiento de las estipulaciones de la LH sobre separación funcional⁹⁹.

Es también una novedad de la DG de 2009, la exigencia de que, cuando el GRD forme parte de una empresa integrada verticalmente, los Estados miembros garanticen el control de sus actividades por parte de las autoridades reguladoras, u otros organismos competentes, de manera que no puedan aprovecharse de su integración vertical para falsear la competencia; en particular, los GRDs integrados verticalmente no deben crear confusión, en su información y en la presentación de la marca, respecto a la identidad separada de la filial suministradora de la empresa integrada verticalmente. La Comisión Europea afirma que la necesidad de no inducir a error implica una obligación de evitar cualquier confusión, a los consumidores, entre el GRD y la empresa de suministro, y utiliza como punto de referencia, para determinar si hay o no confusión, el derecho de la UE, sobre derecho de marcas, concretamente el Reglamento (CE), del Consejo, núm. 40/1994, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (modificado, profundamente, en varias ocasiones) –en su versión codificada por el Reglamento núm. 207/2009, del Consejo, de 26 de febrero de 2009- y la Directiva núm. 2008/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de leyes de los Estados miembros en materia de marcas¹⁰⁰.

La DG de 2009 establece que los Estados miembros pueden decidir que las previsiones sobre separación funcional no se apliquen a las empresas de distribución de gas natural, integradas, que abastezcan a menos de 100.000 clientes conectados¹⁰¹.

4.5.- Separación funcional, en el caso de designación de un ISO:

Cuando se haya designado un ISO, la DG de 2009 establece unas reglas de separación jurídica y funcional de los propietarios de redes de transporte, y de los gestores de almacenamientos, respecto de las demás actividades. Con la finalidad de garantizar la independencia del propietario de la red de transporte y del gestor de la red de almacenamiento, respecto de las demás actividades no relacionadas con el transporte, la distribución y el almacenamiento, se establecen unos criterios mínimos de separación funcional, que pueden ser completados por la Comisión europea, mediante unas directrices *ad hoc*¹⁰².

⁹⁷ Art. 13, 2, letra c, de la DG de 2003, art. 26, 2, letra c, de la DG de 2009, que remite al art. 41, 6, también de la DG de 2009, y art. 63, 3, letra c, de la LH.

⁹⁸ Art. 9, 2, letra d (transporte), de la DG de 2003, y art. 26, 2, letra d, de la DG de 2009; vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 26.

⁹⁹ Art. 63, 3, letra d, de la LH.

¹⁰⁰ Art. 26, 3, de la DG de 2009. Vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 27.

¹⁰¹ Art. 26, 4, de la DG de 2009. Vid., para más detalles, Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, pp. 28 y 29.

¹⁰² Art. 15, 2 y 3, de la DG de 2009.

4.6.- La separación funcional entre el transporte y la distribución. La explotación combinada:

Las exigencias de una gestión independiente de las redes de transporte y distribución, y de su separación *jurídica* y *funcional* de la producción y del suministro, constituyeron una de las novedades más relevantes de la DG de 2003, la cual, en efecto, contenía un precepto relativo a la separación e independencia de los GRTs, y otro relativo a la separación e independencia de los GRDs, con objeto de garantizar, no sólo que la gestión de las redes de transporte y de distribución 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, y *viceversa*. El contenido de ambos preceptos era prácticamente idéntico. El autor de la LT consolidó en un solo precepto de la LH, las previsiones de la DG de 2003 sobre independencia de la gestión de las redes, referidas, genéricamente, 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 de 2003, 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. La DG de 2009 contiene nuevas previsiones sobre la separación (patrimonial, jurídica y funcional), de los GRTs y, respecto de la distribución, establece que el GRD, integrado verticalmente, debe ser independiente de las demás actividades no relacionadas con la distribución, *al menos en lo que se refiere a la personalidad jurídica, la organización y la toma de decisiones*¹⁰³.

Podrían surgir algunas dudas acerca del acomodo del derecho español al derecho de la UE, en punto a la posibilidad de que una compañía tenga por objeto social, tanto el transporte secundario, como la distribución; pero tales dudas se despejan, negativamente, cuando se considera, por un lado, que para la DG (de 2003 y 2009), la distribución es *el transporte de gas natural por redes de gasoductos locales o regionales para su abastecimiento a clientes, pero sin incluir el suministro* (y, por tanto, el transporte que el derecho español llama *secundario* es, para la DG de 2003 y la DG de 2009, una actividad de distribución), y, por otro lado, que tanto la DG de 2003 (bajo cuya vigencia se redactó y aprobó la LT), como la DG de 2009, admiten una llamada *explotación combinada* de actividades de transporte (incluyendo la regasificación de GNL y el almacenamiento) y de distribución; en la DG de 2003 tal posibilidad existe siempre que el gestor de ambas redes sea independiente (en cuanto a personalidad jurídica, organización y capacidad de decisión), del resto de actividades no relacionadas con el transporte,

GNL, almacenamiento y distribución de gas natural, y, en particular siempre que cumpla un conjunto de reglas de separación funcional; en la DG de 2009, cabe la explotación combinada de transporte, GNL, almacenamiento y distribución, por parte de un gestor de red, si hay separación patrimonial, o se ha designado un ISO, o se cumplen las reglas de separación funcional del ITO, o, por último, se trata de un gestor de red ubicado en Chipre, Luxemburgo, o Malta; el derecho español va más allá que la DG de 2003 y la DG de 2009, pues la única explotación combinada que permite es entre el transporte secundario y la distribución, pero nunca entre el transporte primario y la distribución¹⁰⁴.

5.- Separación patrimonial (propietaria o estructural):

La DG de 2009, en un precepto que lleva por encabezamiento *separación de las redes de transporte y de los GRTs*, pide a los Estados miembros que garanticen, a partir del 3 de marzo de 2012, que se cumplen determinados requisitos de separación entre la red de transporte y la producción y el suministro.

5.1.- El propietario de la red debe ser su gestor:

Toda empresa propietaria de una red de transporte debe actuar como un GRT (TSO), es decir, debe responsabilizarse del acceso a la red de transporte, de cobrar los peajes y los costes de la congestión, del mecanismo de compensación entre GRTs, y de la inversión en nueva infraestructura; la obligación de que el propietario actúe como GRT se entiende cumplida cuando dos o más empresas que posean redes de transporte, hayan creado una empresa conjunta que actúe en dos o más Estados miembros como TSO (de las redes de transporte correspondientes); ninguna otra empresa puede formar parte de la empresa conjunta, a menos que haya sido autorizada como ISO o como ITO; en todo caso, la designación y certificación de una empresa, como TSO (en su caso, en relación con terceros países), ha de hacerse de acuerdo con el procedimiento establecido en la propia DG de 2009 y en el RT de 2009¹⁰⁵.

5.2.- La red no puede controlar los negocios de producción y suministro, y viceversa:

Una misma persona (o personas), no debe tener derecho a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro, y a ejercer control, de manera directa o indirecta (*o a ejercer derechos*) en un TSO o en una red de transporte, y viceversa¹⁰⁶.

¹⁰³ Arts. 9, 1, y 13, 1, de la DG de 2003; art. 26, 1, de la DG de 2009, y art. 63, 3, de la LH, según la redacción que le dio el art. único, Trece, de la LT.

¹⁰⁴ Art. 2, 5 y 15 de la DG de 2003 y art. 2, 5, art. 26, 1, y art. 29, todos ellos de la DG de 2009 (el art. 29 remite, alternativamente, a los arts. 9, 1; 14 y 15; Capítulo IV, o art. 49, 6, todos ellos de la DG de 2009).

¹⁰⁵ Art. 9, 1 letra a, y 5, de la DG de 2009; arts. 10 y 11 de la DG de 2009, y art. 3 del RT de 2009.

¹⁰⁶ Art. 9, 1, letra b, de la DG de 2009. Vid., para más detalles, Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, pp. 9 y 10.

5.3.- División de los poderes de nombramiento de órganos de gobierno y de otros órganos:

La DG de 2009 prohíbe que una misma persona (o personas) tenga derecho a nombrar a los miembros del consejo de supervisión, o de administración, o de los órganos que representan legalmente a la empresa, de un GRT o de una red de transporte, y, directa o indirectamente, a ejercer control o a ejercer derechos, en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro. Este requisito se establece, en términos prácticos, sobre una sociedad matriz que no controla un GRT, ni un suministrador o productor; con él se trata de evitar que una sociedad matriz, que tenga alguna influencia sobre un suministrador, aunque sea mínima, pueda nombrar a miembros del consejo de administración de un GRT. En consecuencia, una empresa matriz que tenga una participación mayoritaria, o el poder de nombrar miembros del Consejo, o el ejercicio de derechos de voto, en un suministrador, no puede nombrar miembros del Consejo de administración¹⁰⁷.

5.4.- Prohibición de pertenencia a varios órganos, potencialmente en conflicto:

La DG de 2009 prohíbe que una misma persona (o personas) tenga derecho a ser miembro del consejo de supervisión o de administración, o de los órganos que representen legalmente a la empresa, de un GRT o de una red de transporte, y, al mismo tiempo, de una empresa que lleve a cabo funciones de producción o suministro¹⁰⁸.

5.5.- Concepto de *persona*. El caso de los organismos públicos:

En la DG de 2009, el concepto de *persona* engloba tanto las personas físicas, como las jurídicas, y tanto las jurídico-públicas, como las jurídico-privadas, y la empresa sobre la que versa el precepto sobre separación patrimonial, puede ser una sociedad cuyo objeto social sea alguna actividad regulada (transporte ó distribución) o la comercialización, o una sociedad matriz que tiene filiales de distribución y/o transporte y/o suministro. A los efectos expuestos, e inexplicablemente! (como no sea para satisfacer a las empresas públicas integradas verticalmente) no se considera que sean *la misma persona* dos organismos públicos distintos; ahora bien, la Comisión Europea ha aclarado que dos organismos públicos se han de considerar como dos personas, siempre que no estén bajo la influencia común de otra entidad pública, en una forma tal que se violen las reglas sobre separación patrimonial; los organismos públicos, dice la Comisión Europea, deben estar verdaderamente separados,

y corresponde al Estado miembro demostrar que se cumplen con los requisitos de separación patrimonial de la DG de 2009: siempre que el Estado miembro en cuestión pueda demostrar que se respeta el requisito de la independencia, dos organismos públicos separados deben poder controlar, por una parte, las actividades de producción y suministro y, por otra, las de transporte. Cabe afirmar, sin embargo, que parece imposible demostrar que dos organismos públicos puedan llegar a ser independientes, en el sentido exigido por la DG de 2009¹⁰⁹.

5.6.- Concepto de ejercicio de derechos:

La expresión «a ejercer derechos», utilizada por la DG de 2009 cuando dispone cómo ha de establecerse la separación patrimonial, comprende el ejercicio de derechos de voto (de cualquier tipo, incluso de aquellos que no cuentan para determinar si hay o no control), la designación de miembros del consejo de supervisión o administración, y la posesión de una parte mayoritaria; esta lista no es tasada y presupone que la condición de accionista confiere derechos financieros (el derecho a recibir beneficios), pero no el derecho a tomar parte en procesos de decisión o a ejercer influencia en la empresa¹¹⁰.

5.7.- Concepto de control:

La DG de 2009 define *control*, como los derechos, contratos o cualquier otro medio que, separada o conjuntamente, y a la vista de las circunstancias de hecho o de derecho concurrentes, confieren la posibilidad de ejercer una *influencia decisiva* sobre una empresa; en particular, la propiedad o el derecho a utilizar todos o parte de los activos de una empresa, o los derechos o contratos que confieran una influencia decisiva sobre la composición, las votaciones o la toma de decisiones de los órganos de una empresa. La definición procede, a su vez, del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. El concepto clave es el de *influencia decisiva*, que debe ser interpretado y aplicado a la luz del reglamento europeo citado¹¹¹.

5.8.- Separación entre electricidad y gas:

La DG de 2009 dispone que cuando se adopta la separación patrimonial, debe extenderse desde el sector gasista, al sector eléctrico, de forma que queda prohibida una influencia simultánea sobre un suministrador de electricidad y un GRT gasista, y viceversa, aun cuando no se han de aplicar el resto de reglas detalladas de la separación patrimonial¹¹².

¹⁰⁷ Art. 9, I, letra c, de la DG de 2009.

¹⁰⁸ Art. 9, I, letra d, de la DG de 2009.

¹⁰⁹ Art. 9, 6, y Considerando núm. 20, ambos de la DG de 2009. Vid. Nota interpretativa de la DG de 2009, Unbundling, de 22 de enero de 2010, p. 10.

¹¹⁰ Art. 9, 2, de la DG de 2009.

¹¹¹ Art. 2, 36 y Considerando núm. 10, de la DG de 2009.

¹¹² Art. 9, 3, de la DG de 2009, que refiere al art. 9, I, letra b, también de la DG de 2009.

6.- Un alternativa a la separación patrimonial. El modelo del Independent System Operator:

En la DG de 2009, la primera opción a disposición de los Estados miembros, alternativa a la separación patrimonial, estriba en la designación de un ISO, que consiste en que la red de transporte pertenece a una empresa integrada verticalmente, pero que no gestiona la red, sino una entidad independiente. La designación es realizada por el Estado miembro (supeditada a la aprobación de la Comisión), a propuesta del propietario de la red de transporte. La opción del ISO es sólo admisible si, el 3 de septiembre de 2009, el sistema de transporte pertenecía a una empresa integrada verticalmente, y no en otros casos¹¹³.

En la propuesta original de la Comisión europea, la alternativa única, y residual, a la separación patrimonial, era la designación de un ISO. Cuando el sistema ISO se opone a un TSO integrado verticalmente, la idea de independencia cobra sentido, pues el ISO es, ciertamente, más independiente que un TSO, propietario y gestor de la red, con intereses, al mismo tiempo, en las actividades de suministro y de producción. Ahora bien, cuando el modelo ISO se opone a un TSO, separado patrimonialmente de la producción y el suministro, la idea de independencia del ISO, se debilita, pues un gestor de la red (TSO), separado patrimonialmente del suministro, es más independiente que un ISO (aunque en su nombre aparezca la palabra independencia: *Independent System Operator*). Este mismo problema terminológico existe en lengua española, pues la expresión Gestor de Red Independiente (GRI, equivalente al ISO) no es muy afortunada, para enfrentarla a un Gestor de Red de Transporte (GRT ó TSO), separado, en su caso, patrimonialmente del suministro, pues un GRT (donde no aparece la palabra independencia), puede ser más independiente que un GTI, cuando está separado patrimonialmente.

El ISO debe ser propuesto por el propietario de la red, y el Estado miembro sólo puede autorizarlo y designarlo cuando se cumplan una serie de condiciones, cuyo cumplimiento ha de ser certificado por la autoridad reguladora. La carga de la prueba es soportada por el candidato a ISO o por el propietario del sistema de transporte, no por la autoridad reguladora. La designación está supeditada a la aprobación de la Comisión europea¹¹⁴.

El ISO (GTI) debe actuar como un TSO (GRT), con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo III, de la DG de 2009, sobre transporte; en consecuencia, los ISOs son competentes, por ejemplo, para conceder y gestionar el acceso de terceros, incluida la percepción de los peajes, y de los ingresos debidos a la congestión, para explotar,

mantener y desarrollar la red de transporte, y para asegurar la capacidad a largo plazo de la red (para, a su vez, hacer frente a una demanda razonable mediante la planificación de inversiones). Al desarrollar la red, el ISO se encarga de la planificación (incluido el procedimiento de autorización), la construcción y la puesta en servicio de la nueva infraestructura. Los propietarios de redes de transporte no son competentes para la concesión y gestión del acceso de terceros ni de la planificación de inversiones. Cuando se haya designado un ISO, el propietario de la red de transporte tiene cuatro obligaciones específicas: a) debe prestar al ISO toda la cooperación y el apoyo necesarios para el desempeño de sus funciones, incluida, especialmente, la aportación de toda la información que le pueda resultar útil; b) ha de financiar las inversiones decididas por el ISO y autorizadas por la autoridad reguladora o ha de dar su consentimiento para que sean financiadas por cualquier parte interesada, incluido el ISO (en este caso, la nueva infraestructura no queda en manos del propietario de la red); los correspondientes mecanismos de financiación deben ser aprobados por la autoridad reguladora, que previamente debe consultar con el propietario de los activos, junto con otras partes interesadas; c) ha de tomar las disposiciones oportunas para la cobertura de la responsabilidad derivada de los activos de red, con exclusión de la responsabilidad correspondiente a las funciones del ISO (en otras palabras, el propietario de la red es responsable del mantenimiento de la red, pero no de su gestión), y d) ha de aportar las garantías necesarias para facilitar la financiación de cualquier ampliación de la red, excepción hecha de aquellas inversiones que van a ser financiadas por terceras partes o por el ISO¹¹⁵.

Las autoridades reguladoras tienen, además de sus funciones genéricas, unas funciones específicas, cuando se ha designado un ISO, funciones que son adicionales a las que les corresponden en el procedimiento de certificación; en todo caso, las autoridades reguladoras ejercitan sobre los ISOs sus facultades de inspección¹¹⁶.

7.- La garantía de un level playing field dentro de la UE:

De acuerdo con la DG de 2009, las empresas que ejerzan cualquiera de las funciones de producción o de suministro no deben tener, en ningún caso, la posibilidad de controlar, directa o indirectamente a los operadores de redes de transporte separados, ni de ejercer ningún derecho sobre ellos, en Estados miembros que apliquen la separación patrimonial. Esta previsión se introdujo para satisfacer a aquellos Estados que querían proteger sus compañías, separadas patrimonialmente, de adquisiciones realizadas por compañías integradas verticalmente, de otros Estados¹¹⁷.

¹¹³ Art. 9, 8, letra a, y art. 14, ambos de la DG de 2009.

¹¹⁴ Art. 14, 1, 2 y 3, de la DG de 2009.

¹¹⁵ Art. 14, 4 y 5, de la DG de 2009.

¹¹⁶ Art. 41, 3 y 4, de la DG de 2009.

¹¹⁷ Art. 9, 12, de la DG de 2009.

Las medidas que los Estados miembros puedan adoptar de conformidad con la DG de 2009, con objeto de garantizar la igualdad de condiciones deben ser compatibles con el TFUE. Estas medidas deben ser proporcionadas, no discriminatorias y transparentes, y solo pueden aplicarse previa notificación a la Comisión y después de que esta haya dado su aprobación. La Comisión actúa tras recibir la notificación, en el plazo de dos meses a partir del recibo de la misma. Dicho período empieza a contar al día siguiente de la recepción de la información completa. Si la Comisión no ha actuado en ese plazo, se considera que no tiene objeciones contra las medidas notificadas¹¹⁸.

8.- La protección de la confidencialidad de la información en poder de los gestores de las redes de transporte y distribución:

La DG de 2003 impuso a los GRTs (o de GNL, o de almacenamiento), y a los GRDs, 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. Esta obligación de silencio se establece sin perjuicio del derecho al acceso a la contabilidad de las empresas, de los Estados miembros y sus autoridades reguladoras. La DG de 2009 extendió la obligación de confidencialidad sobre los propietarios de las redes de transporte o distribución¹¹⁹.

La DG de 2009, respecto de los GRTs dispuso que, en particular, no pueden divulgar a las partes restantes de la empresa la información sensible a efectos comerciales, a menos que sea necesario para la realización de una transacción comercial¹²⁰.

Tanto la DG de 2003, como la de 2009, prohíben a los GRTs y a los GRDs que usen la información, comercialmente sensible, de que tengan conocimiento, obtenida de terceros, 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 distribución¹²¹.

Estas previsiones se tradujeron, en la LH, tras la reforma de la LT, en la prohibición de que las sociedades que realicen actividades reguladas, y sus trabajadores, compartan información comercialmente sensible con las empresas de su mismo grupo, *en el caso que desarrollen actividades liberalizadas*. En el PLT, no se encontraba la última salvedad, fórmula que procede de dos enmiendas presentadas

a la redacción inicial, y aceptadas durante los debates parlamentarios, 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 de 2003, parecía excesivo que la prohibición de compartir información comercialmente sensible operase con todas las empresas del grupo, y no, sólo, 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 LH, tras 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 sólo 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. Esta enmienda no fue aceptada, probablemente porque era, en realidad, una enmienda alternativa a la que sí ha sido acogida, de manera que, con la modificación efectuada, quedó 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 liberalizadas¹²².

La DG de 2009 trató de reforzar el respeto a la confidencialidad de la información en poder de los GRTs, y, con ese objetivo, adoptó nuevas medidas. En primer lugar, estableció que, a fin de garantizar el pleno respeto de las normas sobre la separación de la información, los Estados miembros deben asegurarse que el propietario de la red de transporte incluido, en el caso de una explotación com-

¹¹⁸ Art. 47 de la DG de 2009, que remite al art. 30 del TFUE.

¹¹⁹ Arts. 10, 1 y 14, 1, de la DG de 2003 (sin perjuicio del art. 16, también de la DG de 2003); y art. 16, 1 y 27, 1, de la DG de 2009 (sin perjuicio del art. 30, también de la DG de 2009).

¹²⁰ Art. 16, 1, segunda frase, de la DG de 2009.

¹²¹ Arts. 10, 2, y 14, 2 de la DG de 2003; y arts. 16, 2, y 27, 2, de la DG de 2009.

¹²² Art. 63, 3, letra b, párrafo 3º, de la LH. Enmiendas núms. 17 y 48, del Grupo Popular y de CiU, respectivamente, y Enmienda núm. 49, presentada por CiU.

binada, el GRD, y el resto de la empresa *no utilizan servicios comunes, tales como los servicios jurídicos comunes, aparte de los puramente administrativos o los servicios informáticos*; en segundo lugar, ordenó que se hiciese pública la información necesaria para una competencia efectiva y un funcionamiento eficiente del mercado; esta obligación se entiende sin perjuicio de la protección de la información comercialmente sensible; y, en tercer lugar, los Estados miembros deben asegurar que no se transfiera, a las empresas de producción y suministro, la información sensible a efectos comerciales, que obre en posesión de un TSO (GRT), el cual forme parte de una empresa integrada verticalmente, ni el personal de este TSO (GRT)¹²³.

9.- Separación de actividades y toma de participaciones sociales por parte de sociedades reguladas, o en sociedades reguladas:

9.1.- Separación de actividades (competencia), e inversiones (seguridad):

La separación de actividades conecta con el acceso de terceros a la red, y, por tanto, con la introducción de competencia en el mercado, la transparencia, y la liberalización; la separación de actividades es un instrumento de lucha contra los efectos perniciosos, sobre la competencia, de la integración vertical de las empresas. La separación de actividades pone en riesgo, *prima facie*, la seguridad del suministro, en la medida en que, por un lado, si hay una separación completa entre la red y el suministro, desaparece el incentivo tradicional para que una empresa gasista invierta en transporte y distribución, que es el monopolio en el suministro de aquellos consumidores que se conectan a sus redes, y, por otro lado, el ATR genera incertidumbre sobre la explotación que va a hacerse de la propia red, y, por tanto, desincentiva la inversión; quienes se han opuesto a la liberalización del sector gasista, han tendido a subrayar el riesgo que la separación implica para la seguridad, y, por eso, a partir de 1998, la Comisión europea ha añadido, entre los argumentos a favor de la separación, precisamente, la seguridad del suministro, en un intento, a su vez, de dejar sin argumentos, a quienes se oponían a la introducción de una separación patrimonial: si las empresas de transporte y distribución están desligadas de las actividades de producción y suministro, adoptarán sus decisiones de inversión con independencia de los intereses propios de la producción y el suministro, y, por tanto, la separación de actividades garantiza la inversión. En definitiva, en la DG de 2003 y en la DG de 2009, la separación se liga, directamente, a la seguridad, y dando un paso más, ya no se dice que conviene separar (y tomar medidas para que esa separación no afecte negativamente a las inver-

siones, y, por tanto, a la seguridad del suministro), sino que se afirma que la separación de actividades garantiza mejor la inversión y, por tanto, la seguridad. En ocasiones se ha puesto como ejemplo, para tratar de ilustrar el argumento, que en el Reino Unido hay cuatro terminales operativas de GNL, junto con un nuevo gasoducto, noruego, con una capacidad de veintitrés billones de metros cúbicos; toda esta infraestructura se construyó mientras se llevaba a cabo la separación patrimonial; por el contrario, en la *intervencionista* Alemania no hay todavía terminal operativa alguna, a pesar de que el debate sobre las terminales de GNL comenzó en 1982. El ejemplo carece, sin embargo, de fuerza, porque no alcanza a mostrar que la inversión, en el Reino Unido, en esa infraestructura, derivase de la separación patrimonial, ni que fuese una inversión superior en esfuerzo a la llevada a cabo por Alemania para aumentar las conexiones, mediante gasoducto, con otros lugares del mundo, además de Rusia. El razonamiento de la Comisión europea (la separación patrimonial garantiza la inversión), no es un razonamiento evidente, pues lo que, verdaderamente, garantiza la inversión es la planificación pública de las infraestructuras donde es necesario invertir. Así lo demuestra el hecho que, en la DG de 2009, todos los GRTs, deben elaborar un plan decenal de desarrollo de la red, también aquellos GRTs que están separados patrimonialmente de las actividades de producción y suministro. Si, en verdad, la sola separación patrimonial fuese suficiente para garantizar la inversión, no hubiese sido necesario obligar a los GRTs separados, a presentar un plan decenal de desarrollo de la red¹²⁴.

En todo caso, si la premisa sobre la que descansa la DG de 2009, en materia de separación patrimonial, es que tal tipo de separación asegura mejor la inversión en la red, resulta, entonces, un tanto contradictorio, la forma en que la Comisión europea atacó a España (y que terminó con su condena), a propósito del RDL núm. 4/2006, sobre función decimocuarta de la CNE, pues la autorización de la CNE tiene, precisamente, la finalidad de mantener la separación de actividades, impidiendo, además, que se lleven a cabo inversiones que pongan en riesgo las inversiones en actividades reguladas, es decir, en las redes (conviene no olvidar que la función decimocuarta de la CNE existe como remisión del precepto relativo a la separación de actividades).

9.2.- Planificación pública de la inversión. El plan decenal de desarrollo de la red de transporte (remisión):

La seguridad del suministro descansa en la ampliación de la red, y el principal vehículo es la planificación pública de las infraestructuras, como recoge el derecho español, desde la aprobación misma de la LH, y el derecho europeo, destacadamente, desde la DG de 2009.

¹²³ Respectivamente: art. 16, 1, última frase; art. 16, 3; y art. 9, 7 (en relación con el art. 16), todos ellos de la DG de 2009.

¹²⁴ Art. 22 de la DG de 2009.

9.3.- Separación de actividades, seguridad del suministro y autorización de la Comisión Nacional de Energía:

La versión original de la LH establecía, como última previsión dentro del precepto consagrado a la separación de actividades, que aquellas sociedades mercantiles que desarrollasen actividades reguladas podrían tomar participaciones en sociedades que llevasen a cabo actividades *en otros sectores económicos distintos del sector de gas natural*, previa obtención de la autorización de la CNE, es decir, la autorización contemplada entre las funciones atribuidas por la propia LH a la CNE, la *función decimocuarta*; a su vez, esa función de la CNE estaba formulada como la función de *autorizar las participaciones que se propusiesen realizar las sociedades que desarrollan actividades reguladas en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil; sólo podría denegarse la autorización, como consecuencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas en la LH*. Había un paralelismo entre los dos preceptos, pues ambos estaban contemplando la toma de participaciones, por parte de sociedades que desarrollan actividades reguladas, en actividades distintas –en principio- al gas natural, y la *ratio* de ambos era la protección de la seguridad del suministro, en cuanto que la participación de las sociedades que desarrollan actividades reguladas (como el transporte y la distribución), en *aventuras* ajenas a su sector -el gasista-, podía suponer que sus recursos no fuesen destinados al cumplimiento de las actividades reguladas, sino a sufragar esas *aventuras*. El legislador español ligó, por tanto, la separación con la seguridad, pero no porque pensase que la separación aumentase la seguridad, cuanto porque consideró que debía vigilar las operaciones de las sociedades reguladas, para que no comprometiesen, en tales operaciones, los recursos necesarios para garantizar la seguridad del suministro¹²⁵.

El contenido del precepto relativo a la función autorizante de la CNE varió significativamente, mediante el RDL núm. 4/2006, con motivo de la OPA lanzada por la empresa alemana E.On sobre ENDESA. Entre otros cambios, la denegación de la autorización dejó de tener carácter excepcional, y su exigencia procedía no sólo cuando quien adquiriese participaciones fuese una sociedad regulada, sino, también, cuando se tomasen participaciones en sociedades reguladas. Esta modificación mejoró, en parte, equilibrándola, la función autorizante, pero, en mayor medida, sobrepasó los límites establecidos por la libertades comunitarias de la UE. Con posterioridad, España fue condenada por el TJUE, mediante Sentencias de 6 de marzo de 2008 y de 17 de julio 2008, en, respectivamente, los asuntos C-196/07, *Comisión v. Reino*

de España, y C-207/07, *Comisión v. Reino de España*, la primera Sentencia por no haber retirado determinadas condiciones impuestas a E.On para la toma de participaciones en ENDESA, y la segunda Sentencia por la redacción que el RDL núm. 4/2006 dio a la función decimocuarta. Con estas dos condenas, la virtualidad de esta función quedó, desde entonces, en términos prácticos, desactivada. En el fondo de toda la controversia late el hecho de que, tratándose, propiamente, de la única función verdaderamente ejecutiva asignada por la LH a la CNE, constituye el ejercicio de una responsabilidad que debería recaer sobre el Gobierno, y no sobre la CNE.

En la actualidad y tras la condena del TJUE, subsiste una parte de la llamada *función catorce*, concretamente subsiste (pues no fue impugnada por la Comisión europea), la función de autorizar la adquisición de participaciones realizada por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas (o que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial). Con ocasión de la toma de participación de Gas Natural SDG, en Unión Fenosa, la CNE consideró que, tras la STJUE, de 17 de julio de 2008, no era necesario que la operación quedase sujeta a su función autorizante. En su respuesta, utiliza dos argumentos. Por un lado, para la CNE debe prevalecer una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la parte subsistente de la *función catorce*, en particular del concepto *sociedad con actividades reguladas*, de tal modo que el ámbito de aplicación de la parte subsistente de la *función catorce* no se debe extender a las adquisiciones realizadas por sociedades matrices (o sociedades cabecera de grupo), que no desarrollen directamente (esto es, por sí mismas) actividades reguladas. Por otro lado, para la CNE, la aplicación, en lo sucesivo, de la parte subsistente de la función decimocuarta, podría provocar una discriminación inversa de los grupos empresariales que desarrollan actividades reguladas en los sectores energéticos, toda vez que –a diferencia de las protagonizadas por éstos-, las tomas de participación en el capital social de tales empresas, realizadas por grupos empresariales comunitarios no nacionales (que no desarrollen actividades reguladas en España), no quedarían comprendidas en el ámbito de aplicación subsistente de la función decimocuarta. Así como el primer argumento tiene una consecuencia clara (sólo es necesaria autorización cuando quien pretende adquirir es una sociedad regulada), el segundo argumento se queda sin consecuencia, la cual, a mi juicio, no puede ser otra que la expuesta por el Dr. Fabra en su voto particular: tras la STJUE, la función decimocuarta es inaplicable, so pena de tratar desigual e injustamente a las sociedades reguladas españolas, en relación con las sociedades reguladas foráneas¹²⁶.

¹²⁵Art. 63, 7, de la versión de la LH inmediatamente anterior a la LT, que remitía a la DA 11ª, 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. La función decimocuarta ha sido utilizada en asuntos en que estuvieron implicadas, directamente, empresas gasistas, tanto antes, como después de la reforma.

¹²⁶ Acuerdo de la CNE, de 18 de septiembre de 2008, sobre la consulta formulada por Gas Natural, SDG, de 4 de septiembre de 2008, del siguiente tenor: "si es necesario seguir la tramitación prevista en la Disposición Adicional Undécima. Tercero. Función Decimocuarta, para realizar la operación de adquisición de control de Unión Fenosa S.A. que ha quedado descrita en el cuerpo del presente escrito, o si por el contrario no es necesario seguir esa tramitación"; y voto particular del Consejero D. Jorge Fabra Utray. La parte subsistente de la función decimocuarta es la DA 11ª, Tercero, 1, decimocuarta, 1, párrafo 1º.

En 2007, tras la LT, hubo una modificación en la forma en que se remite a la función decimocuarta, en sede de separación de actividades, y hoy se establece que, sin perjuicio de la separación establecida entre, por un lado, la producción y la comercialización, y, por otro, entre las cuatro actividades reguladas, *cualquier adquisición de participaciones accionariales por parte de aquellas sociedades mercantiles que desarrollen actividades reguladas exige la obtención de la autorización previa de la CNE*. La LT introdujo 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*, a diferencia de la redacción original del precepto, que hablaba de *participaciones en sociedades que lleven a cabo actividades en otros sectores económicos distintos del sector de gas natural*, y donde no quedaba claro si la toma de participaciones en sociedades que operasen en el sector del gas natural estaba prohibida, o si estaba liberalizada, o si podía llevarse a cabo sólo previa autorización de la CNE; el recurso al texto de la función decimocuarta no aclaraba la cuestión, pues hablaba, en su versión original, de *participaciones en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil*. A pesar de la indefinición, y en atención a la *ratio* de ambos preceptos, puede afirmarse que de las versiones originales del precepto sobre separación de actividades y del precepto sobre la función decimocuarta, la autorización de la CNE era exigible para la toma de participaciones en cualquier sociedad mercantil, ya operase dentro del sector del gas natural, ya operase fuera de ese sector; por tanto, la redacción que la LT dio a la remisión del precepto sobre separación de actividades, a la función decimocuarta, no constituyó una verdadera novedad, en el régimen jurídico de la autorización, pues incluso antes de la reforma introducida por el RDL núm. 4/2006, ya era exigible (aunque con un fundamento normativo distinto, cual era la propia función catorce de la CNE), la previa autorización de la CNE, para que las sociedades que llevan a cabo actividades gasistas reguladas, tomasen participaciones en sociedades que desarrollasen actividades gasistas (reguladas o no) o no gasistas; el ámbito de la exigencia de autorización previa de la CNE quedó ampliado, en otro sentido, tras la reforma llevada a cabo, en la función decimocuarta, por el RDL núm. 4/2006, que la exigió para tomar participaciones, no sólo *por* sociedades que llevan a cabo actividades reguladas, sino, también, *en* sociedades que desarrollan actividades reguladas. Tras la LT hay participaciones accionariales que no puede llevar a cabo una sociedad que desarrolle actividades reguladas, ni siquiera previa autorización de la CNE, pues la separación jurídica establecida impide que una distribuidora o una transportista adquiera participaciones en una productora o en una comercializadora de gas natural (aun cuando, por supuesto, puedan la distribuidora y la comercializadora, por ejemplo, participar en el mismo grupo empresarial). En consecuencia, la original referencia a la toma de participaciones, en sede

de separación de actividades, y la consiguiente remisión a la función decimocuarta, ha perdido parte de sentido¹²⁷.

9.4.- Cuestiones que suscita la remisión a la autorización de la Comisión Nacional de Energía, en sede de separación de actividades:

Tanto el derecho anterior a la reforma de 2007, con la LT, como el derivado de esa reforma, suscitan, inmediatamente, varias 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 operan fuera del sector del gas natural, o en sociedades que llevan a cabo actividades gasistas liberalizadas, o, por último, en otras sociedades que despliegan actividades reguladas; y, 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, o en sociedades mercantiles que operen fuera del sector del gas natural; adicionalmente, en ambos 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 esos dos grupos de 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), 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, es decir, la LDC y su normativa de desarrollo. Puede acontecer, a su vez, que lo único procedente sea la aplicación del derecho de la competencia, y no la autorización previa de la CNE, que es exigible, sólo cuando quien pretende tomar participaciones en una empresa, es una sociedad que desarrolla actividades reguladas. 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, de la CNC, y, otro, de la CNE. 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

¹²⁷ Art. 63, 4, en relación con el art. 63, I, y la DA 11ª, Tercero, I, decimocuarta, todos ellos de la LH, según la redacción que les dio el art. único, Trece, de la LT.

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 mercado¹²⁸.

9.5.- La toma de participaciones, por parte de sociedades que desarrollan actividades gasistas reguladas, en sociedades mercantiles que operan fuera del sector del gas natural, en sociedades que llevan a cabo actividades gasistas liberalizadas, y en sociedades que desarrollan actividades gasistas reguladas:

9.5.1.- Antecedentes y derecho derivado de la reforma de 2007:

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. 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 mercantil¹²⁹.

En ambos preceptos, el sujeto obligado a solicitar autorización previa de la CNE eran las sociedades que desarrollasen actividades gasistas reguladas (transporte y distribución, básicamente), pero en cuanto a las hipotéticas empresas donde se habrían de tomar participaciones, previa autorización de la CNE, parecía existir una divergencia, porque así como el precepto sobre separación de actividades se refería a la toma de participaciones en *sociedades que llevasen a cabo actividades en otros sectores económicos distintos del sector de gas natural*, el precepto relativo a las funciones de la CNE mencionaba a *cualquier entidad que realizase actividades de naturaleza mercantil*. Digo *parecía existir una divergencia*, pues cabía interpretar que, con distintas palabras, ambos preceptos se referían a la misma realidad, es decir, a empresas de otros ámbitos, distintos del gas natural. Surgía, por tanto, la cuestión relativa a si la expresión *actividades de naturaleza mercantil* comprendía,

también, las empresas comercializadoras de gas, e incluso otras sociedades que desarrollasen actividades gasistas reguladas. A continuación se razona por qué esta cuestión se aclaró en sentido afirmativo, y, por tanto, una sociedad regulada podía adquirir participaciones en otras sociedades gasistas (reguladas o no), pero necesitaba autorización previa de la CNE.

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, 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, o en sociedades que desarrollasen, también, actividades reguladas; cabía plantearse, por ejemplo, si una sociedad de distribución de gas natural podía tomar participaciones en sociedades que desarrollasen la actividad de comercialización, o en otra empresa de distribución. Una vez determinado si eso era o no posible, debía aclararse, a continuación, si la toma de participaciones en sociedades gasistas, estaba sujeta a autorización de la CNE. La respuesta a ambas cuestiones 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, puesto 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 (*o*, desde 2006, *en*) una sociedad que desarrolla actividades reguladas; y, en tercer lugar, del precepto de la LH relativo al ejercicio de actividades incompatibles en el seno de un mismo grupo de sociedades¹³⁰.

Atendiendo a esas previsiones, la respuesta que debía darse a la primera cuestión planteada, era un tanto distinta si la sociedad gasista, 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 (salvo la necesidad de obtener la previa autorización de la

¹²⁸ Art. 34 del RDL núm. 6/2000, según la redacción que le dio el RDL núm. 5/2005.

¹²⁹ Art. 63, 5, de la LH, el cual, en virtud del RDL núm. 6/2000, pasó a ser el art. 63, 7. El art. 63, 5, de la versión original de la LH, remitía, en efecto, a «la autorización a que se refiere la DA 11ª, tercero, 1, decimotercera de esta Ley». La referencia a la autorización contenida en la DA 11ª, tercero, 1, decimotercera, era un error; pues debía decir DA 11ª, 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 art. 63, 5, de la LH, de la versión originaria de la LSE de 1997, es decir, el art. 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 núm. 6/2000, por el cual el art. 63, 5, pasó a ser el art. 63, 7, ni, tampoco, con motivo de las otras modificaciones que se hicieron en la LH desde que fue aprobada en 1998.

¹³⁰ Art. 63, 5, de la versión original de la LH, el cual, en virtud del RDL núm. 6/2000, pasó a ser el 63, 7, que remitía a la DA 11ª, Tercero, 1, decimocuarta (según la redacción que le dio el RDL núm. 4/2006); y art. 63, 3, de la versión original de la LH, el cual, en virtud del art. 7, Cinco, del RDL 6/2000, pasó a ser el art. 63, 6.

CNE, con fundamento en la seguridad del suministro), pues la propia LH preveía que podían ejercerse actividades incompatibles (como lo son las actividades reguladas y las liberalizadas), 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, cabía deducir que era posible que una sociedad de actividad regulada tomase participaciones en una sociedad comercializadora (o en una sociedad que desarrollase actividades reguladas, de un grupo empresarial distinto al suyo), *a contrario sensu*, a partir del precepto que recogía la función autorizante de la CNE, en la versión de la LH anterior al RDL núm. 4/2006. En efecto, podía interpretarse que con la expresión *entidad que realizase actividades de naturaleza mercantil*, el precepto incluía, también, a las empresas que desarrollasen actividades gasistas no reguladas, es decir, liberalizadas (principalmente, empresas comercializadoras de gas natural), e, incluso sociedades que desarrollasen actividades gasistas reguladas. Esta segunda interpretación fue la que se impuso, pues la expresión *actividades de naturaleza mercantil* es tan amplia que cubre, también, las sociedades mercantiles que desarrollan actividades gasistas reguladas, porque así como lo regulado se opone, matizadamente, a lo liberalizado, no puede afirmarse que lo regulado se oponga a lo mercantil, sino que habría actividades mercantiles reguladas y actividades mercantiles liberalizadas; en este sentido, el precepto relativo a la separación de actividades hablaba de *sociedades mercantiles que desarrollasen actividades reguladas*. En este 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, por ejemplo, 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 redacción dada, en 2007, por la LT, a la última parte del precepto de la LH sobre separación de actividades, se excluyó 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. El precepto comienza diciendo, ahora, *sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1* (donde se establece la incompatibilidad entre cuatro actividades reguladas, por un lado, y la comercia-

lización y la producción, por otro). Mediante esa frase (*sin perjuicio...*), la LH, tras la LT, utiliza el precepto para establecer una prohibición de toma de participaciones –en determinados supuestos-, a diferencia de la versión original donde no se establecía prohibición alguna, sino, tan sólo, la necesidad de obtener previa autorización de la CNE. De esta manera, la LH (en su versión posterior a la LT) 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 reguladas y liberalizadas, olvidando que la autorización de la CNE no estuvo concedida originalmente, de modo principal, –ni lo está hoy, ni siquiera tras la LT-, para proteger la competencia, es decir, para impedir la integración entre las redes y el suministro; antes bien, hay que decir que la toma de participaciones de sociedades gasistas reguladas en otras sociedades estaba sujeta a autorización de la CNE, antes de la LT (y ahora), pero no por razón de la competencia, sino por razón de la seguridad.

El PLT 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. La enmienda propuso, por un lado, que se especificase que las sociedades que desarrollen alguna actividad regulada no sólo 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 derivaba de la DG de 2003, 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 normativa europea¹³¹.

9.5.2.- El reforzamiento, en 2009, de la prohibición de toma de participación de las filiales de una empresa verticalmente integrada, en el gestor de la red de transporte:

La DG de 2009 vino a reafirmar la situación derivada, tanto de la DG de 2003, como de la LH española, tras las modificaciones introducidas por la LT, en 2007, pues establece que las filiales de la empresa

¹³¹ Enmienda núm. 74, del GS en el Congreso. La enmienda propuso varios cambios en el art. 63, tal y como fue enviado por el Gobierno a las Cortes Generales, pero, sin embargo, la justificación se refería sólo 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. Vid. Nota Aclaratoria de 16 de enero de 2004, 2.1, penúltimo párrafo.

integrada verticalmente, que lleven a cabo funciones de producción o suministro, no pueden tener ninguna participación directa o indirecta en el GRT. El GRT no puede tener participación directa ni indirecta en ninguna filial de la empresa integrada verticalmente que lleve a cabo funciones de producción o suministro, ni puede recibir dividendos ni beneficio financiero alguno de esta filial. En la práctica, esto significa que la filial de suministro y el GRT pueden depender de la misma sociedad matriz, pero no pueden ser filial, una de otra¹³².

9.5.3.- 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 –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, 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. La introducción de mayor competencia era, en efecto, la finalidad principal del precepto, y casi exclusiva, como claramente establecen las Exposiciones de Motivos de la LH y de la LT; ahora bien, de otras previsiones de la LH, distintas de las contenidas en el precepto relativo a la separación de actividades, y, singularmente, de la función autorizante de la CNE, a la cual remita el precepto relativo a la separación de actividades, se desprendería 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 o otras actividades mercantiles no gasistas, 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. La última parte del precepto devenía, en este contexto, un tanto extraña y 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 apropiado¹³³.

Así como todo el precepto estaba consagrado a la separación entre actividades gasistas –reguladas y liberalizadas-, la exigencia de la úl-

tima parte del precepto era atinente a la separación entre actividades gasistas reguladas y actividades desarrolladas fuera del sector del gas natural. 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, pero la finalidad de la última parte del precepto era, exclusivamente, garantizar la seguridad del suministro, como lo 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. 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 reguladas, 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.

¹³² Art. 18, 3, de la DG de 2009.

¹³³ Párrafo 8º de la Exposición de Motivos de la LH y Párrafo 7º de la Exposición de Motivos de la LT; art. 63 de la LH, tanto de la versión original, como de la versión que siguió a la reforma operada por el RDL núm. 6/2000; y DA 11º, Tercero, 1, función decimocuarta, de la LH.

9.5.4.- 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. 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 original, 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 2006, 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 la reforma operada por el RDL núm. 4/2006, no sólo 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, ya 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 CNE¹³⁴.

9.5.5.- La reforma introducida en 2007, en relación con la autorización previa de la CNE:

Si bien el PLT mantenía la redacción del último apartado del precepto sobre separación de actividades, donde se exigía autorización previa de la CNE, en sede de separación de actividades, tal redacción experimentó 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, sólo, 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 último apartado del precepto sobre separación de actividades, 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 fue, 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 sólo 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 reguladas; por otra parte, debe criticarse que la LT decidiese suprimir la referencia específica a la función, de entre la lista de funciones de la CNE, a la cual remite, pues contribuyó a crear confusión¹³⁵.

¹³⁴ La reforma de la función autorizante se encuentran en el RDL núm. 4/2006.

¹³⁵ El PLT propuso el mantenimiento intacto del art. 63, 7, incluida la errónea referencia a la función decimotercera, en lugar de a la función decimocuarta, y las enmiendas presentadas a ese precepto por el Grupo Popular y CiU incurrían en la misma errata. En la enmienda presentada por el GS a ese precepto, se toma, en relación con el error comentando, una curiosa decisión, consistente en modificar la redacción del art. 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 DA 11ª, 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 GS fuese víctima de la perplejidad derivada de que un error tan evidente no fuese corregido en los casi nueve años transcurridos desde la aprobación de la LH, y que esa circunstancia le hubiese 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 art. 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.

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

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 desarrollo 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 sociedades¹³⁶.

La falta de exigibilidad de autorización previa de la CNE, cuando quien adquiriese participaciones en otra sociedad fuese una comercializadora era un tanto incoherente; tras la reforma de 2006, sólo sería exigible la autorización 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; es fácil percibir esa incoherencia si se considera que la comercialización, aun siendo una ac-

tividad 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; 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 sólo 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 España¹³⁷.

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 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. En este punto, la LT fue un poco más allá que la DG de 2003, por cuanto, en principio, la norma europea sólo exigía que la empresa de suministro no *controlase* la empresa de red, de su mismo grupo, pero no impedía, de modo absoluto, que la primera tuviese algunas acciones en la sociedad responsable de alguna red. En la DG de 2009, sí se impuso esa prohibición¹³⁸.

¹³⁶ Art. 63, 3, de la versión original de la LH, que pasó a ser el art. 63, 6, de la LH, por obra del art. 7, Cinco, del RDL núm. 6/2000.

¹³⁷ Art. 81, letras b y d, de la versión original de la LH, y art. 62, 2, párrafo cuarto, de la LH.

¹³⁸ Art. 63, 3, de la LH y Nota Aclaratoria de 16 de enero de 2004, 2.1., último párrafo.

10.- Derecho sancionador en materia de separación de actividades:

10.1.- En general:

Constituye infracción muy grave la realización de actividades incompatibles, así como el incumplimiento, por parte de los sujetos obligados, de la obligación de separación funcional y de llevar cuentas separadas de acuerdo con lo dispuesto en la LH y en sus normas de desarrollo¹³⁹.

10.2.- En materia de toma de participaciones:

Constituye infracción muy grave la toma de participaciones en sociedades en los supuestos contemplados en la LH, sin la previa autorización de la CNE o con incumplimiento de las condiciones establecidas en la resolución autorizatoria de la CNE¹⁴⁰.

11.- Separación de actividades e impuestos:

A las aportaciones de activos afectos a actividades gasistas que se afectasen en cumplimiento de la exigencia de separación de actividades prevista en la versión original de la LH, les fue de aplicación el régimen establecido para las aportaciones de ramas de actividad en el capítulo VIII del Título VIII de la Ley núm. 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades; además, los aranceles de Notarios, Registradores Mercantiles y de la Propiedad, correspondientes a los actos necesarios de adaptación a la exigencia de separación de actividades quedaron reducidos al 10 por 100. Por su parte, la LT modificó, con efectos para los períodos impositivos que se iniciasen a partir de 1 de enero de 2006, el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (aprobado por el Real Decreto Legislativo núm. 4/2004, de 5 de marzo), cuyo encabezamiento es el siguiente: «Disposición adicional cuarta. Régimen fiscal de las transmisiones de activos realizadas en cumplimiento de disposiciones con rango de Ley y de la normativa de defensa de la competencia»¹⁴¹.

12.- Una valoración del régimen de separación de actividades (1998-2010)

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 o jurídica, sin alcanzar, sin

embargo, la obligación de separación patrimonial 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 sólo 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 originales de la LH beneficiaban, realmente, a las compañías ya establecidas, pues el nuevo comercializador que quisiese entrar en el mercado sólo 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.

En el año 2000 se impuso una separación patrimonial, no sobre cualquier GRT, sino sobre el principal GRT, ENAGAS, lo cual, en términos prácticos (no teóricos), significaba una separación patrimonial entre el transporte y el resto de las actividades gasistas.

La adaptación de la legislación española a las exigencias de separación funcional de la DG de 2003, aconteció cuando se reavivaba el debate en el seno de la UE, acerca de la oportunidad de la imposición de una separación patrimonial o estructural. Los partidarios de la separación estructural arguyen que sólo una radical separación entre las redes y el suministro de gas, facilita el ATR, y que sólo ese tipo de separación ahorra a la industria una regulación detallada y prolija y, a la postre, costosa. El modo en que la DG de 2003 disciplinó la separación funcional, un modo al que la LT española se sumó, en 2007, 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 de 2003,

¹³⁹ Art. 109, I, letra h, de la LH, según la redacción que le dio el art. único, Cuarenta, de la LT. En la versión original, decía así: «La realización de actividades incompatibles de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley».

¹⁴⁰ Art. 109, I, letra i, de la LH.

¹⁴¹ DT 7ª, 4, que remitió al art. 63, ambos de la LH, y DA 3ª de la LT, que modificó la DA 4ª del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

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. Mientras no existiese un consenso en torno a qué tipo de separación era la óptima, tanto para la liberalización, como para la seguridad, parecía un tanto aventurado la iniciación de un proceso de separación funcional que, o bien sería sustituido, en el medio plazo, por un proceso de separación estructural, o bien sería desarrollado de tal manera que sus efectos serían 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 patrimonial, 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. Tras la LT de 2007 no era posible adelantar cuál iba a ser el resultado concreto que el sistema iba a provocar sobre las empresas, y en esa indefinición radica la principal crítica que puede formularse contra su texto. En ese ambiente de indefinición, se aprobó la DG de 2009, la cual no impone una obligación de separación patrimonial, sino que, en realidad, contiene una separación funcional reforzada, lo cual suscitará problemas similares a los señalados en relación con la DG de 2003 y la LT. La DG de 2009 manda que, antes del 3 de marzo de 2013, la Comisión Europea presente un informe detallado al Parlamento Europeo y al Consejo, que indique en qué medida las reglas del Capítulo IV han logrado asegurar la independencia completa y efectiva de los GRTs, utilizando la separación eficaz y efectiva.

Enseguida resultó evidente que las previsiones de la DG de 2003 eran susceptibles de generar mucha más regulación, que una auténtica liberalización y competencia en el mercado, y, por esa razón, la Comisión europea propuso, en septiembre de 2007, una separación

patrimonial entre las redes y la producción y el suministro, con la posibilidad (residual), de que los Estados miembros optaran por un sistema ISO. En el proceso conducente a la adopción de las reformas propuestas, latía una cuestión esencial, cuya respuesta estaba lejos de haber sido alcanzada de modo definitivo, y es la relativa a si una separación propietaria (patrimonial) alcanzaba 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 podía dañar el derecho de propiedad. Finalmente obtuvo la victoria una posición, sedicente *intermedia*, que consiguió desvirtuar la posibilidad de imponer una obligación de separación patrimonial, diseñada como primera opción. La segunda opción es la designación de un ISO, cuando la red de transporte pertenezca a una empresa integrada verticalmente. Si no hay separación patrimonial, ni designación de un ISO, los Estados miembros han de garantizar el cumplimiento de las reglas del Capítulo IV (ITO ó GTI), que representan, en líneas generales, un conjunto de exigencias mínimas, y comunes a cualquier gestor de una red de transporte, es decir a todo TSO o GRT. Las reglas del Capítulo IV constituyen, en una medida considerable, una separación funcional (ya existente en la DG de 2003), pero reforzada.

Si la Comisión europea pensaba, auténticamente, en septiembre de 2007, que tanto la separación patrimonial, como el modelo ISO, garantizan la inversión, tal premisa queda contradicha por las previsiones de la DG de 2009. Por un lado, las autoridades reguladoras, o los Estados miembros, pueden exigir a cualquier GRT, que cumpla unas normas mínimas para el mantenimiento y desarrollo de la red de transporte, incluida la capacidad de interconexión, una previsión que ha de completarse con la contenida en el Capítulo IV, sobre el plan decenal; en segundo lugar, el candidato a ser designado como ISO debe comprometerse a cumplir un plan decenal de desarrollo de la red, supervisado por la autoridad reguladora, un plan decenal que el Capítulo IV desarrolla detalladamente, y cuya presentación es obligada para cualquier gestor de una red de transporte. La DG de 2009 demuestra, por tanto, que la separación de actividades no es una medida que garantice, por sí sola la inversión, ni siquiera la llamada separación patrimonial, sino que la seguridad del suministro está garantizada por la planificación; de hecho, la Comisión Europea piensa, ahora, que los tres modelos (separación patrimonial, ISO e ITO) crean incentivos para la necesaria inversión¹⁴².

¹⁴² Art. 13, 4; art. 14, 2, letra c; y art. 22, todos ellos de la DG de 2009; vid. Nota explicativa del unbundling en la DG de 2009, p.4.