

A propósito de un Tratado de Derecho del Gas Natural

Iñigo del Guayo Castiella

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Almería

PAPELES *DE*
CUADERNOS
DE ENERGÍA



EDITADO POR:



**CLUB ESPAÑOL
DE LA ENERGÍA**

INSTITUTO ESPAÑOL DE LA ENERGÍA

A propósito de un Tratado de Derecho del Gas Natural

Iñigo del Guayo Castiella

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Almería

Publicación - Separata del nº 30 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.- Introducción	x
2.- La industria del gas, como elemento catalizador de algunas instituciones características del Derecho Público	5
3.- Estructura del Tratado	5
4.- Premisa metodológica: un concepto estricto de regulación	5
5.- La industria del gas natural	6
6.- Metodología	6
6.1.- La necesidad de operar mediante grupos normativos	9
6.2.- Grupos normativos horizontales y verticales	9
6.3.- Estructura de la industria del gas y estructura del grupo normativo de las actividades gasistas. Derecho <i>reflexivo</i>	
7.- El componente internacional y europeo del grupo normativo del suministro de gas natural	10
8.- Estado y Comunidades Autónomas	10
8.1.- La centralización del poder en materia de hidrocarburos	12
8.2.- La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de gases combustibles por canalización	13
9.- Las normas españolas integrantes del grupo	14
9.1.- La cabecera del grupo normativo: la Ley del Sector de Hidrocarburos	14
9.2.- En particular, la Ley núm. 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley del Sector de Hidrocarburos	15
9.2.1- La transposición en España de la Directiva de 2003	16
9.2.2.- Líneas maestras de la reforma	16
9.3.- La necesidad de transponer el tercer paquete normativo de 2009	17
9.4.- Desarrollos reglamentarios de la Ley del Sector de Hidrocarburos	17
10.- El grupo normativo del gas natural y su intersección con otros grupos	18
10.1.- La regulación como núcleo del grupo normativo del suministro de gas natural	18
10.2.- La pertenencia del grupo normativo del gas natural al derecho administrativo, y la remisión del grupo normativo del gas natural a otros grupos normativos jurídico-administrativos	19
10.3.- La intersección del grupo normativo del gas natural con otras ramas del ordenamiento	19
11.- Presente y futuro del Tratado	20

A propósito de un Tratado de Derecho del Gas Natural

1.- Introducción:

A principios de diciembre de 2010 vio la luz un *Tratado de Derecho del Gas Natural*, en la Editorial Marcial Pons, que constituye un hito importante en el panorama de la literatura jurídica española, porque contiene un estudio exhaustivo de todas las cuestiones jurídicas implicadas en el desenvolvimiento de la industria del gas, ordenadas según una novedosa y cuidada sistematización. El *Tratado* (cuyo autor es el mismo que el de estas líneas de presentación) nace con una vocación de servicio para la industria y las Administraciones Públicas, de forma que encuentren en él referencias y/o criterios para la resolución de los problemas jurídicos que el suministro de gas suscita. En estas páginas me propongo dar cuenta, brevemente, de su estructura, metodología y finalidades.

2.- La industria del gas, como elemento catalizador de algunas instituciones características del Derecho Público:

Algunos de los conceptos más sobresalientes del derecho administrativo contemporáneo se configuraron a partir de las cuestiones que suscitó la implantación del servicio público de suministro de gas y, sobre todo, la pugna entre el gas y la electricidad. Algunas instituciones trascendentales se acrisolaron a partir de casos que hubo de resolver el Consejo de Estado francés como, por ejemplo, la mutabilidad de los contratos administrativos, en el asunto *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, de 1902, o la teoría de la imprevisión, igualmente en los contratos, en el asunto *Gaz de Bordeaux*, de 1916. Esa circunstancia se cumplió también en España, donde el antiguo suministro de gas, en liza con el emergente suministro eléctrico, dio lugar a relevantes resoluciones portantes de una solución española, distinta y anterior a la francesa, radicalmente contraria a los monopolios. La implantación del gas natural fue en la revolución industrial un banco de pruebas para pulsar el funcionamiento del derecho público en unas condiciones nuevas y la palanca para la metamorfosis de las propias categorías jurídico-públicas. La relevancia del

gas natural en la configuración de algunas categorías del Derecho administrativo español explica que su régimen jurídico haya merecido la atención de bastantes profesores de la disciplina y de algunos de sus maestros, como García de Enterría, Meilán Gil, Ariño Ortiz y Fernández Rodríguez. De algún modo, el gas natural fue para el derecho público del siglo XIX, en su disputa con la electricidad, lo mismo que *internet* y su realidad virtual para el derecho público del siglo XXI. En la Europa continental, deslumbrada por el fulgor de la obra civilizadora del Consejo de Estado francés, el suministro de gas se convirtió en el paradigma de todos los servicios públicos económicos. En Inglaterra, la expresión *gas and water socialism* constituyó la más gráfica expresión del cambio hacia un Estado providente, en el transcurso del siglo XIX al siglo XX. La relevancia del gas natural para el derecho administrativo vigente no termina con su configuración como un servicio público, sino que, agostado el modelo jurídico, político e institucional, progresivamente implantado a raíz de la segunda guerra mundial, donde el suministro de gas se organizó alrededor de monopolios públicos territoriales, el gas natural ha sido entre 1985 y 2010 un sector sometido a las reformas que condujeron a la redefinición del papel del poder público en la economía, que abandonó su papel como operador o agente del mercado, para convertirse en árbitro o regulador e impulsor de medidas favorecedoras de la competencia.

3.- Estructura del Tratado:

El *Tratado de derecho del gas natural* comparte parcialmente su estructura con el edificio regulatorio construido en España a partir de la LH. El *Capítulo I* proporciona algunas claves históricas para la comprensión del derecho vigente, así como el contexto europeo que explica la génesis y la evolución de la LH; en él se ilustra cómo el vigente ordenamiento jurídico español sobre el gas natural responde a las exigencias derivadas de las sucesivas Directivas y Reglamentos europeos dirigidos a crear un mercado interior del gas natural y a la recepción en el derecho europeo continental del concepto anglosajón de *regulation*. El *Capítulo II* se consagra a trascendentales cuestiones metodológicas y con-

ceptuales, como la estructura de la industria gasista, la estructura del grupo normativo aplicable, el ámbito objetivo de los Títulos III y IV de la LH (por ejemplo, los gases licuados del petróleo suministrados por canalización), el significado de la calificación del suministro de gas como actividad de interés económico general, la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, el concepto de Sistema Gasista, y las autoridades reguladoras, europeas y españolas. Mientras que los *Capítulos III, IV y V* abordan el núcleo de la regulación gasista (transporte, distribución y acceso de terceros a esas instalaciones), el suministro o comercialización de gas natural como actividad liberalizada se aborda en el *Capítulo VI*. Los *Capítulos VII, VIII y IX* se dedican, respectivamente, a la Gestión Técnica del Sistema, a la separación entre las actividades gasistas y al régimen económico de las actividades gasistas. El *Capítulo X* se titula *otros grupos normativos aplicables al suministro de gases combustibles por canalización*. Se incluyen tres útiles Anexos sobre Legislación, Jurisprudencia y Bibliografía. El grupo normativo propiamente gasista tiene en la LH su ley cabecera y todo el grupo intersecciona con otros grupos normativos jurídico-públicos, como los siguientes: expropiación forzosa, servidumbres y ocupación de bienes públicos, planificación territorial y urbanística, medio ambiente, infracciones y sanciones, tributos y derecho de la competencia. La LH contiene algunas previsiones elementales sobre todas esas cuestiones que son de aplicación preferente, pero remite (expresa o implícitamente) a esos otros grupos. Alrededor de la LH ha proliferado un grupo normativo abundante y complejo, sobre todas las cuestiones implicadas en el suministro de gas a los consumidores. A pesar de su juventud, la LH ha sufrido cambios significativos, obedientes a paradigmas distintos a los originales, entre los que destacan el derivado de la reforma de 2000, cuando el transporte se separó de las demás actividades gasistas y el de 2007, cuando se pusieron las bases para separar completamente el negocio de red del negocio de suministro.

4.- Premisa metodológica: un concepto estricto de regulación:

La causa próxima explicativa de la elaboración del Tratado y de su contenido fue una Ley de 2007 que modificó profundamente la LH. El Proyecto remitido por el Gobierno en el mes de septiembre 2006 a las Cortes Generales se presentó como una ocasión óptima para analizar en detalle una cuestión que me venía intrigando, como son las relaciones entre la seguridad del suministro y la separación de actividades. Preparé un estudio sobre esa materia que presenté en la primavera de 2007 al concurso convocado por el *Centro de Estudios Financieros*. Animado por la generosidad del Jurado, que me otorgó el primer premio, me decidí a preparar este Tratado. Para una mejor elaboración de los diversos Capítulos, preparé para mi uso personal una *Edición*

Diacrónica de la LH, que me gustaría dar a la imprenta en alguna ocasión, en un futuro. Mi libro publicado en esta misma editorial hace dieciocho años, con el título *El Servicio Público del Gas. Producción, Transporte y Suministro*, se ha convertido en una pieza del derecho histórico español, tantas y tan profundas son las modificaciones experimentadas por la industria del gas y su derecho específico. La regulación es una realidad interdisciplinar (jurídica, técnica y económica) y tiene multitud de significados, pero el Tratado descansa sobre una concepción restringida de regulación, entendida -siguiendo a Ogas- como *el conjunto de técnicas de la intervención pública dirigida a proporcionar un sustituto a la competencia en situaciones de monopolio natural*. La práctica totalidad del contenido del Tratado es de tipo regulatorio, pero no todo él, pues algunas de las cuestiones someramente analizadas en el Capítulo X no lo son (por ejemplo, la expropiación). Esto explica que el trabajo se titule *Tratado de derecho del gas natural* y no *Tratado de regulación del gas natural*, porque en aquella locución la expresión derecho incluye lo regulatorio. Podría haberse denominado Tratado de derecho y regulación del gas natural, título que abandoné porque este libro no proporciona análisis económicos ni técnicos (más allá de lo estrictamente imprescindible) y porque esa forma de expresarse podría contribuir a oponer el derecho a la regulación, con olvido de que la regulación tiene un imprescindible componente jurídico. En cuanto a la metodología, la principal alternativa que se presentaba era la relativa al derecho de la UE: finalmente, frente a la opción de explicar separadamente el contenido del derecho derivado sobre el gas natural, el Tratado analiza cada uno de sus aspectos en el lugar adecuado, para unir más estrechamente el derecho español con el europeo.

5.- La industria del gas natural:

Los yacimientos de gas natural se encuentran concentrados en un pequeño número de países, localizados en unas cuantas regiones del mundo, alejadas de España, salvo los yacimientos argelinos, de donde proceden la mayoría de nuestros suministros, tanto por gasoducto, como de GNL. El oligopolio petrolífero mundial tiene, pues, en el gas, su réplica, como lo demuestra que el 24 de diciembre de 2008 se anunciara, en la prensa, la creación de una *OPEP del gas*, una circunstancia que los países consumidores de gas habían intentado que no ocurriera.

Toda Europa es consciente de los graves problemas, en términos de seguridad y confianza, que suscitan los suministros provenientes de Rusia. En 1991, para sobreponerse a la inestabilidad derivada de la caída de la URSS, el Primer Ministro holandés, Lubbers, propuso un acuerdo con Rusia, que dio lugar, con el transcurso de los años, a muchas iniciativas de diálogo y cooperación con los rusos, e, incluso, al Tratado de la Carta de la Energía, gestado para encauzar, pacíficamente, las relaciones energéticas con Rusia, pero que Rusia no ha ratificado. La UE y Rusia firmaron un Acuerdo de

asociación y colaboración, en 1994, que entró en vigor en 1997, y que debía haber sido renovado en 2008, pero las negociaciones se interrumpieron en julio de 2008, tras la invasión de Georgia. Desde la crisis del 1 de enero de 2006, la tensión entre Rusia, Ucrania, y Bielorrusia, no ha hecho sino aumentar y, consiguientemente, extenderse hacia países de la UE. Entre los efectos positivos de esas crisis, se encuentra que la UE es hoy más consciente de la necesidad de una política energética común, aun cuando algunos países, entre los grandes y relevantes, prefieren fomentar las relaciones bilaterales con Rusia, antes que las relaciones entre Rusia y el conjunto de la UE. Con cierta periodicidad, el conflicto se aviva, y alcanza gran repercusión pública. Por ejemplo, el 11 de marzo de 2008, después de las tensiones entre Ucrania y Gazprom que acabaron los días 3 a 5 de marzo en una bajada importante del suministro de gas a Ucrania, el Comisario europeo de la energía, intentó calmar las relaciones. En los primeros días de enero de 2009 volvió a surgir una crisis entre Rusia y Ucrania, más grave que la de 2006, hasta el punto que el 7 de enero de 2009 había decenas de miles de europeos sin calefacción y numerosas industrias paradas o casi paradas. La situación se hizo especialmente complicada en países como Bosnia, Serbia o Hungría, que dependen casi exclusivamente del gas ruso, que pasa por los gasoductos de Ucrania. Desde el 8 de enero de 2009, la UE supervisó el conflicto entre Rusia y Ucrania. El 3 de junio de 2009, el Primer Ministro ruso advirtió a la UE de una posible nueva crisis del gas si Ucrania no pagaba, por adelantado. Rusia ha utilizado su gas, abiertamente, como arma de negociación política, como lo demuestra que en abril de 2010 se anunciara que, tras arrancar de Ucrania el compromiso de permitir la presencia de la flota rusa en el Mar Negro, durante veinticinco años más, el conflicto del gas llegase a su fin, con un anuncio de la rebaja del precio¹.

Existe una rivalidad entre Rusia, los EE.UU., y la UE, a propósito de las rutas que han de seguir los oleoductos y/o gasoductos procedentes de Asia, hacia Europa. Entre otras múltiples manifestaciones de esa rivalidad, Rusia y Hungría firmaron, el 28 de febrero de 2008, un acuerdo para la construcción de un nuevo gasoducto que reforzará el dominio de Rusia sobre los suministros europeos de energía. El acuerdo previó la construcción de una sección húngara del gasoducto South Stream, proyecto italiano-ruso, que transcurre bajo el Mar Negro, conectando Rusia con Bulgaria, donde se divide en una rama noroeste hacia Serbia, Hungría y Austria y una rama meridional, en particular hacia Grecia e Italia. De una capacidad de treinta mil millones de m³ de gas al año, una forma de que Rusia aumente su influencia. El 26 de agosto de 2008, el portavoz del Gobierno griego, confirmó que el estudio para la parte griega de la construcción del gasoducto *South Stream* había terminado y que el contrato estaba listo para ser ra-

tificado por el Parlamento. Frente a ese proyecto promovido por Rusia, se encuentra el gasoducto *Nabucco*, alentado por la UE. Tras numerosos retrasos, el 14 de julio de 2009 se firmó un acuerdo intergubernamental entre la UE, Austria, Hungría, Bulgaria, Rumanía, y Turquía, relativo a la construcción de un gasoducto, que reduce la dependencia de Europa respecto del gas ruso, concretamente del gasoducto *South Stream*. El gasoducto, llamado *Nabucco* permitirá transportar el gas extraído en el Mar Caspio y en el Medio Oriente a partir de 2014.

A continuación proporciono unos trazos de la evolución de la industria del gas desde la aprobación de la LH, en 1998, hasta nuestros días. Entre 1987 (año de aprobación de la LG) y 1998 (año de aprobación de la LH), asistimos a la consolidación de un grupo gasista español, verticalmente integrado, Gas Natural SDG, S.A. Entre 1998, y la actualidad, la industria del gas española experimentó los siguientes desarrollos. En primer lugar, hubo un proceso de gradual entrada de operadores eléctricos en el negocio gasista, y viceversa, (precisamente porque Gas Natural SDG tiene ya el gas natural necesario para generar electricidad), y de otros operadores (ligados a grupos petrolíferos), lo cual significó una importante disminución de la cuota de mercado de Gas Natural, en mayor medida que la que el grupo gasista pudo *arrancar* en el ámbito eléctrico. Entre los entrantes se encontraron varias empresas norteamericanas, como *Enron*, cuyos activos fueron adquiridos por empresas españolas, tras su quiebra. La red de transporte, a partir del RDL núm. 6/2000, que obligó a Gas Natural a desinvertir en ENAGAS, se ha ido consolidado, también gradualmente, como una red neutral, a disposición de todos los operadores. ENAGAS se convirtió, también en 2000, en el Gestor Técnico del Sistema.

Todas las actividades gasistas contempladas por la LH han estado, tradicionalmente, integradas, vertical y horizontalmente, en España, y han existido en el sector, tanto empresas públicas, como privadas, si bien, a partir de 1989, con la privatización de Repsol, y la de ENAGAS en 1994, el sector fue privatizándose, y está hoy en manos de empresas privadas, salvo la participación del cinco por ciento que la SEPI tiene en ENAGAS, desde el 21 de noviembre de 2007, en ejecución del Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de julio de 2007 que, al amparo de la LPAP, aprobó adquirir, por compra, acciones de ENAGAS. Desde el año 2000 se fueron introduciendo medidas más contundentes de separación de actividades, y de liberalización del sector, más allá de lo exigido por la DG de 1998, que fue derogada y superada por la DG de 2003 (cuyas previsiones fueron traspuestas, en nuestro ordenamiento, por una Ley de 2007), derogada, y superada (en algunos aspectos), a su vez, por la DG de 2009.

¹ Meister, S., Crisis in Russia-EU energy relationship, DGAP aktuell, núm. 4 (June 2009), 4 pp.; y Rahr, A., Vermittlung der EU in Gaskonflikt, DIAP aktuell, núm. 6 (July 2009), 4 pp. .

La industria eléctrica y la industria gasista están, de hecho, intensamente involucradas entre sí, económicamente. El punto de unión es, precisamente, el gas natural que las empresas generadoras de electricidad necesitan para competir en el mercado, y, por su parte, la generación de electricidad que llevan a cabo aquellas empresas con buenos aprovisionamientos de gas. La Comunidad Europea mantuvo, hasta 1991, restricciones para el uso de gas natural en la generación de electricidad y hoy, por el contrario, el gas natural es el protagonista del nuevo mix europeo de generación, y las centrales de ciclo combinado (de gas natural), fijan hoy el precio marginal de la energía eléctrica producida. Hay otras vinculaciones entre ambos negocios: algunos bancos con fuertes participaciones en las eléctricas tienen también participaciones accionariales en las gasistas; las empresas eléctricas se han introducido en el negocio de distribución y comercialización de gas natural; y las empresas propietarias del negocio del gas necesitan abundante energía eléctrica en sus procesos productivos. Existen, de hecho, alianzas estratégicas entre empresas eléctricas y gasistas, muestras de la cooperación y la colaboración entre ambas, aun cuando los movimientos corporativos de los últimos diez años generaron tensiones, a veces muy fuertes. El proceso ha conducido a la aparición de grupos energéticos *multiutilities*, pues una misma compañía suministra gas y electricidad a los consumidores, para su beneficio. Las autoridades llamadas a vigilar la competencia en España (CNC y CNE) deben atender, exclusivamente, a los efectos de ese proceso en dos mercados distintos (el eléctrico y el gasista). Si todo esto es así, parece lógico que ambas industrias sean reguladas –hasta donde la naturaleza de las cosas lo permita– de modo simétrico y que, por tanto, la apertura del mercado gasista sea paralela a la apertura del mercado eléctrico. La Exposición de Motivos de la LH dice, en este sentido, lo siguiente: «Sobre la base de la homogeneidad ya aludida como criterio que preside esta norma, se pretende también que la homogeneidad se mantenga en el enfoque básico dado al sistema de gas natural, en relación con el sistema eléctrico». Se ha caminado (y queda un trecho por recorrer) hacia un estatuto jurídico básico y común de las redes de energía (oleoductos, redes eléctricas, y gasoductos), en la medida en que pueden inferirse, de cada uno de los tipos de redes, unas características comunes. Permanecen, no obstante, significativas diferencias. La oferta de electricidad es plural, pero no así la del gas natural. Este condicionamiento exige, indudablemente, unas modulaciones en el marco regulador, pero, de hecho, no se ha constituido en una excusa para demorar la apertura del mercado gasista².

El proceso de adaptación a la DG de 2003 estuvo jalonado por importantes movimientos empresariales, dirigidos al aumento del tamaño de las empresas españolas, movimientos, de alguna ma-

nera, desencadenados por el Grupo Gas Natural, que en 2003, un poco antes de la aprobación de aquella Directiva, lanzó una OPA sobre Iberdrola –que no obtuvo, entonces, la autorización necesaria de la CNE–, y que, en 2005, lanzó otra OPA sobre Endesa, a raíz de la segunda de las cuales se pusieron en marcha otros numerosos movimientos empresariales –incluyendo una OPA paralela sobre Endesa del gigante energético E.ON–, que desembocaron en la compra de Endesa por parte de la empresa pública italiana ENEL y de la empresa privada española ACCIONA, con la posterior consolidación de Endesa en el grupo energético italiano.

Gas Natural SDG, S.A., es la cabecera de un grupo energético verticalmente integrado, activo en el aprovisionamiento, transporte, distribución y comercialización de gas y en la generación, distribución y comercialización de electricidad. Gas Natural está controlado conjuntamente por Repsol YPF, S.A. (Repsol) y Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa). El 11 de febrero de 2009, la CNC autorizó a Gas Natural a adquirir Unión Fenosa, cumpliéndose así la vieja y legítima aspiración de regresar a sus orígenes, como empresa eléctrica y gasista (*Catalana de Gas y Electricidad*). La CNC, en el ámbito de la adquisición de Unión Fenosa, S.A. por parte de Gas Natural S.D.G., S.A., considerando que de la operación podían derivarse obstáculos a la competencia efectiva en algunos mercados, acordó condicionar la autorización de la citada concentración al cumplimiento de ciertos compromisos de desinversión, detallados en el plan de actuaciones que fue aprobado por la CNC el 17 de marzo de 2009. Los activos de distribución y carteras de clientes suministrados, en las CCAA de Madrid, Cantabria y Murcia, fueron vendidos, respectivamente a *Morgan Stanley Infrastructure* y *Galp Energía SGPS* y a *Naturgas Energía*. En el año 2009, la compañía francesa Suez Environnement comunicó que había vendido a un intermediario financiero la práctica totalidad de su participación en Gas Natural, que era del 2,55%. Tras esta operación, Suez Environnement mantuvo menos del 0,2% del capital de la firma española; por su parte, GDF Suez, matriz de *Suez Environnement*, mantiene un paquete accionarial del 6,18% en Gas Natural. Un aspecto controvertido fue el interés de *Lukoil*, empresa rusa por hacerse con el control de Repsol. El anuncio llegó después de varios años de experiencias y proyectos conjuntos de Repsol, con empresas energéticas rusas. Así, por ejemplo, el 21 de julio de 2008, *Gazprom* y *Stream Repsol-Gas Natural* firmaron un acuerdo marco en materia de GNL, para operaciones puntuales, aunque anunciaban que estaban estudiando la posibilidad de ampliarlo a operaciones de gas por gasoducto, la electricidad o la compra de derechos de emisión por CO₂. *Gazprom* está interesada en el mercado español, y en 2006 firmó acuerdos con Repsol, para la explotación de yacimientos en Europa, África y Asia; también estaría interesada en

² Directiva núm. 75/404/CEE, del Consejo, de 13 de febrero de 1975, relativa a la limitación del uso de gas natural en las centrales eléctricas, derogada por la Directiva núm. 91/148/CEE, de 18 de marzo de 1991; y Exposición de Motivos de la LH, párrafo 8°.

el gasoducto transahariano, que uniría Nigeria con España.

Como pujante herencia de las empresas *Gas de Asturias* (surgida al abrigo de Hidroeléctrica del Cantábrico) y *Gas de Euskadi* (gestada al calor del Ente Vasco de la Energía), se encuentra hoy el grupo portugués EDP, como líder de otro grupo gasista en España. Posee la práctica totalidad del capital (96,60 por ciento), del Grupo HC Energía, donde se integra, a su vez, el Grupo *Naturgas Energía*, que realiza, principalmente, actividades de transporte, distribución y comercialización de gas natural en España. Posee una extensión de 3.000 km de red de distribución, y más de 670.000 puntos de suministro, repartidos por varias áreas de la geografía española, principalmente en el País Vasco y Asturias, pero, también, en Cantabria, Madrid, Extremadura (*Gas Mérida*) y Murcia. El Grupo está controlado, conjuntamente, por HC Energía y el EVE, que poseen, respectivamente, el 65,57 por ciento y el 30,35 por ciento de su capital social. El restante 4,07 por ciento lo detenta el Ayuntamiento de San Sebastián (el Gobierno vasco privatizó la mayor parte de su participación en el negocio gasista).

Otros operadores gasistas (activos en el transporte, la distribución y el suministro), pivotan alrededor de grupos eléctricos, como Iberdrola, Endesa (*Endesa Gas*), y E.On. Unión Fenosa fue comprada por Gas Natural, SDG, convirtiéndose así, como *Gas Natural Fenosa*, en el mayor grupo energético integrado. El desarrollo de la industria del gas entre 1998 y 2010 ha estado influenciado por el paralelo desarrollo de la industria eléctrica. Las empresas eléctricas operan libremente y compiten entre sí en el marco de un *Pool*, establecido, de modo efectivo, en enero de 1998, en ejecución de las previsiones de la LSE de 1997. En su afán por ofertar precios cada vez más baratos en el mercado, las empresas eléctricas acometieron, desde antes de la aprobación de la LH, la construcción y puesta en marcha de nuevas centrales generadoras —o la reconversión de algunas existentes—, cuya materia prima es el gas natural. Son las llamadas centrales de *ciclo combinado*. Estas centrales vienen siendo las que permiten la subsistencia de un cierto grado de competencia, vienen determinando el precio marginal del *Pool*, y su existencia explica que todos los productores de electricidad hayan desarrollado sus propias políticas de aprovisionamiento de gas natural, contribuyendo así, al mismo tiempo, a la diversificación del abastecimiento, a su seguridad y a la creación de una presión competitiva.

Existen otros operadores en el mercado de suministro, como Cepsa, Shell, GDF Suez, BBE, BP, Sonatrach, y Galp. Los grupos con mayores ventas en el conjunto del mercado, durante el año 2009, fueron Gas Natural (36,8%), Unión Fenosa (12,97%), Iber-

drola (12,63%), Endesa (11,42%), Naturgas Energía (5,21%), Cepsa (4,96%), Shell (3,6%), GDF Suez (3,55%), EON (3,16%), BBE (2,24%), BP (1,71%), Sonatrach (1,03%), Galp (0,44%) y otros (0,28%). Estos datos reflejan una pérdida de cuota de mercado de Gas Natural, SDG, S.A. y Naturgas, y un crecimiento de Endesa e Iberdrola³.

Las empresas gasistas españolas se agrupan en el seno de SEDI-GAS, la asociación española del gas, nacida en 1970, integrada, a su vez, en EUROGAS (que agrupa a las diversas compañías y asociaciones del sector del gas en el ámbito europeo, para defender sus intereses y promover la cooperación), en IGU (*International Gas Union*).

6.- Metodología:

6.1.- La necesidad de operar mediante grupos normativos:

El ordenamiento jurídico tiene una estructura solidaria y, cuando se opera con él, es preciso hacerlo mediante grupos normativos, que podríamos definir como aquellas agrupaciones normativas dotadas de coherencia interna y conexas unas con otras. Cada grupo tiene una cabecera (compuesta por una o varias leyes o por partes de una o varias leyes), y cumple, respecto del grupo considerado, una función orientadora (contiene los criterios para ser desarrollado o interpretado), lo preserva frente a posibles modificaciones (tiene una mayor resistencia frente a la derogación) y lo economiza (pues las restantes normas del grupo pueden remitirse a ella). La operación mediante grupos normativos nos proporciona el contexto mediato para la interpretación de las normas que forman parte de ese grupo (a la interpretación de las normas «en relación con el contexto» se refiere el Código Civil español). Igualmente, tal operación relativiza el principio *lex posterior derogat anteriorem*, puesto que es exigible que la derogación de la norma o normas que forman la cabecera del grupo normativo sea expresa (o, si no lo es, la nueva norma debe ser flagrantemente contradictoria, de manera que no quepan dudas acerca de que la norma cabecera ha sido derogada). El grupo es algo distinto al conjunto que forman una ley y las normas que la desarrollan, porque, entre otras cosas, los grupos pueden estar formados por varias leyes y reglamentos, o por partes de varias leyes y reglamentos. Este es el caso de los grupos normativos relativos a los subsistemas energéticos⁴.

El suministro de gas natural (canalizado, o en forma de GNL), y, por extensión, de algunos otros gases combustibles que se su-

³ Informe trimestral de supervisión de la CNE, del mercado minorista de gas natural en España (cuarto trimestre de 2009), en www.cne.es.

⁴ Art. 3, I, del Código Civil español. Sobre las cuestiones metodológicas y conceptuales, propias del Derecho Administrativo, las ideas del Tratado son tributarias de González Navarro, F., *Derecho Administrativo Español*, I y II, EUNSA, Pamplona, respectivamente, 1993, 2ª ed. actualizada y ampliada, y 1994, 2ª ed. actualizada y ampliada.

ministran, también, mediante canalización, constituye un subsistema de un sistema más amplio, el energético, y, a su vez, el grupo normativo atinente al suministro de gases combustibles, mediante canalización, es parte de un grupo normativo, también más amplio, cual es el grupo normativo de las actividades energéticas. En orden a la correcta comprensión y aplicación del derecho atinente al gas natural, es necesario operar mediante grupos normativos. Frente a lo aparente, el grupo normativo del gas natural no está constituido, sólo, por la LH (y sus normas de desarrollo), sino, también, por otras normas, pertenecientes a otros grupos, a las cuales la LH hace expreso llamamiento (como la LEF, la LI, la LRJPAC, etc.), o a las cuales ha de acudir, bien de modo supletorio, bien de modo analógico. El suministro de gas natural está sujeto a un ordenamiento específico, atinente a lo que podríamos llamar *regulación*, pero, también, a otros ordenamientos, con los cuales el específico ordenamiento gasista (el *regulatorio*), intersecciona. El último Capítulo de este Tratado contiene un esbozo de análisis de esos grupos normativos que interseccionan con el grupo normativo del gas canalizado.

La parte del ordenamiento jurídico que trata sobre el suministro de energía es un grupo normativo, formado, a su vez, por tantos subgrupos como formas existen de suministro final de energía a los consumidores, entre los que se encuentra el suministro de gases combustibles por canalización. Las normas jurídicas del grupo normativo se crean de forma plural (no aislada), sucesiva (no simultánea) y escalonada. Es posible identificar un momento jurídico distinto al creativo, el momento aplicativo, en el cual esa pluralidad de normas se nos presenta como una unidad, como un grupo normativo. Repárese, por ejemplo, en la normativa de Gestión Técnica del Sistema Gasista, que se crea de forma plural y sucesiva: la LH de 1998, el RDL núm. 6/2000, el RD núm. 949/2001, las normas de gestión técnica aprobadas desde 2005, a partir de la OM núm. ITC/3126/2005, así como los diferentes Protocolos, que se fueron aprobando a partir de la Resolución de 13 de marzo de 2006, de la DGPEYM; sin embargo, esas normas se aplican conjuntamente, y ha de darse prioridad a aquellas que tengan rango de ley.

6.2.- Grupos normativos horizontales y verticales:

En derecho administrativo, existe una distinción entre grupos normativos verticales, cuyo objeto es una organización (la Administración General del Estado, las Administraciones Locales, las Administraciones Autonómicas o las llamadas Administraciones instrumentales, también designadas como institucionales), y grupos normativos horizontales, que se refieren a aspectos de la actividad de esas organizaciones. Los grupos horizontales se entrecruzan con los verticales y, por tanto, forman parte de ellos. En consecuencia, las posibles anomías descubiertas en el grupo vertical se sortean mediante el recurso al grupo normativo hori-

zontal. El grupo horizontal se aplica a la actividad de una determinada organización, salvo que el grupo vertical de esa organización contenga una regulación contraria a la del grupo horizontal o excluya expresamente su aplicación.

Trasladada esa distinción al ámbito energético, el grupo vertical estaría formado por las normas que contienen las competencias de las diferentes Administraciones Públicas sobre energía, incluyendo las de la CNE, así como las normas relativas a las empresas públicas energéticas. El tamaño del grupo vertical ha disminuido, considerablemente, en los últimos años, porque las empresas energéticas españolas han salido del ámbito de lo público, es decir, se han privatizado y, en esa medida, el derecho atinente a las organizaciones que operan en el sector energético, que son, hoy, empresas privadas, no forma parte del grupo normativo vertical de las Administraciones Públicas y sus entes instrumentales. Hemos de incluir, no obstante, en el grupo vertical, algunas de las normas que regulan la organización y funciones de determinadas organizaciones -públicas, privadas, o mixtas-, que actúan en el sector de la energía, y que ejercitan funciones de indudable naturaleza pública, como la Corporación de Reservas Estratégicas, el GTS en el sector del gas natural, o Red Eléctrica de España, en el sector de la electricidad. El grupo normativo horizontal está formado por las normas que regulan cada uno de los tipos de suministros de energía a los consumidores, es decir, cada uno de los subsistemas energéticos. Debe criticarse la inseguridad generada, en el sector del gas natural, por el modo en que algunas normas suceden a otras, sin que el autor de la norma recoja previsiones expresas acerca de la derogación de normas anteriores, sobre materias similares.

6.3.- Estructura de la industria del gas y estructura del grupo normativo de las actividades gasistas. Derecho reflexivo:

La LH constituye la cabecera del grupo normativo relativo al suministro de gases combustibles por canalización, pero la configuración actual del sector del gas natural no deriva, sólo, de las previsiones normativas de la LH, sino, también, de las exigencias que impone la propia industria del gas, sobre el derecho atinente a los gases combustibles por canalización; dicho en términos positivos, la estructura del SG diseñado por la LH es el resultado de los presupuestos económicos, geográficos y de ingeniería, de la industria del gas, porque tales presupuestos condicionan el contenido de las normas que se aprueban para regularla. La configuración actual de la industria gasista es, así, una expresión del llamado *derecho reflexivo*, es decir, un tipo de derecho, que, sin dejar de ser, exclusivamente, un sistema jurídico, roza, ocasionalmente, con otros sistemas, como el económico, y, tras la reflexión que impone el contacto con esos otros sistemas, se acomoda a sus exigencias, y convierte determinadas reglas eco-

nómicas en reglas jurídicas. La industria del gas tiene su propia estructura, formada por las reglas económicas a que se ajustan los sujetos del sector, cuyo cumplimiento desemboca, en efecto, en una determinada estructura empresarial; también la parte del ordenamiento jurídico que disciplina las actividades gasistas (principalmente, la LH), tiene una estructura, que puede ser, o no, coincidente con la estructura a que tiende la industria, en la medida en que los principios jurídicos del ordenamiento impongan el respeto a las reglas de la estructura del suministro de gases combustibles por canalización, o, por el contrario, impongan correcciones exigidas por otros valores igualmente protegidos por el ordenamiento (piénsese, por ejemplo, en la tendencia natural a la integración vertical y horizontal de la industria del gas, que el Derecho impide o corrige mediante reglas de separación de actividades). Hay varios ejemplos, en el desarrollo normativo de la LH, del carácter reflexivo de esta parte del ordenamiento jurídico; a continuación menciono, tan sólo, tres: en primer lugar, la integración vertical de la industria, que es una tendencia natural, concretamente entre el transporte, la distribución y el suministro, obstaculizaba la aparición de competencia, y, por eso, se adoptaron, en el año 2000, medidas de separación; en segundo lugar, la posibilidad de admitir varios distribuidores, en la misma zona, choca con las más elementales reglas de eficiencia económica y, por eso, en el año 2005, se acogió en la LH el principio de distribuidor único; en tercer lugar, la forma en que se reglaba, originalmente, el cambio de suministrador, dañaba la seguridad del suministro; cuando ese daño llegó a ser evidente, se modificaron, también en 2005, las reglas sobre cambio de suministrador, para conjurar los riesgos sobre la seguridad del suministro.

El ejemplo del régimen jurídico de la separación de actividades es muestra, en efecto, de la diferencia entre el funcionamiento real del SG y el funcionamiento del sistema jurídico que regula el SG. El SG es una realidad distinta del sector del ordenamiento que lo regula, y, por tanto, una cosa es la estructura del funcionamiento del SG –las reglas, que, en cuanto parte del sistema energético y de un sistema más amplio, que es el económico, tiene la industria gasista por sí misma, sin interferencia del derecho- y otra la del grupo normativo que lo regula. La Exposición de Motivos de la LH comienza diciendo que *la presente Ley persigue proporcionar un tratamiento integrado a una industria verticalmente articulada*. El derecho va por detrás de los acontecimientos vitales, en este caso, de los acontecimientos económicos. El ordenamiento jurídico se enfrenta con un sector de la economía, el sector energético, que tiene unas características propias, distintas de otros sectores económicos. Concretamente, las industrias energéticas tienden a integrarse unas con otras, vertical y horizontalmente. El derecho tratará de corregir el comportamiento que, de modo natural, los

agentes de ese sector tienden a seguir. El ordenamiento jurídico, que está formado, entre otras cosas, por principios y por normas, corregirá el comportamiento de los agentes económicos, en la medida en que de ese comportamiento se sigan resultados contrarios a algunos principios que sustentan el ordenamiento y, en particular, a los principios de igualdad, libertad y justicia (los que la CE designa, junto con el pluralismo político, «valores superiores del ordenamiento»). Por ese motivo, es lógico que el legislador afirme en la Exposición de Motivos de la LH que quiere dar un *tratamiento integrado a una industria verticalmente articulada*. No dice que quiera dar un tratamiento integrado a una industria integrada, precisamente porque la tendencia en el ordenamiento jurídico de la UE –y, por tanto, en los Estados miembros- es a desintegrar la industria, o, más propiamente, a separar –contable, económica o jurídicamente- lo que de modo natural tiende a unirse. Verdaderamente, la palabra *unbundling* inglesa puede traducirse en español por desintegración. Si no se hace así es porque, en nuestro idioma, desintegrar significa, entre otras posibles acepciones, destruir, y el legislador evita cuidadosamente esa acepción, dado que trata de separar las actividades de la cadena energética, pero no de destruirlas. El legislador de la UE y, como consecuencia de la primacía del derecho europeo, los legisladores de los Estados miembros, han querido separar las actividades de producción, transporte y suministro de energía. Se trata de una separación que ha de ser, como mínimo, contable, que en algunos países es también jurídica (las empresas que pertenezcan a un mismo grupo energético y que se dediquen a actividades relacionadas con el suministro eléctrico o gasista, deben ser personas jurídicas diferentes), y que en otros países llega a ser una separación económica, estructural o propietaria (por ejemplo, la empresa que suministra, y la que distribuye, no pueden pertenecer al mismo grupo). Por tanto, lo que procura hacer el autor de la LH es tratar integradamente lo que está desintegrado. Aunque la tendencia sea, como he expuesto, a desintegrar, lo cierto es que, como dice el legislador en la Exposición de Motivos, la industria energética está «verticalmente articulada», pues una cosa es que, en beneficio de los consumidores, las normas impidan que la empresa que distribuya también suministre, y otra muy distinta es que se ignore la estrecha vinculación («articulación», por emplear la misma palabra que el legislador) entre, por ejemplo, la distribución y suministro⁵.

Para la comprensión de la estructura del sistema energético existen modelos. En materia de gas, por ejemplo, tenemos los modelos antitéticos del Reino Unido y de Francia, junto a versiones llenas de particularidades nacionales, como la alemana, la italiana, la belga, etc. La licitud de la adopción de un modelo depende de que las condiciones económicas, físicas, técnicas, empresariales y

⁵ Vid., ampliamente, mi trabajo, *Apertura y clausura operativa del sistema jurídico*, en Alenza García, J.F. y Razquin Lizarraga, J.A., (directores), «Organización y Procedimientos administrativos. Libro Homenaje al Profesor Francisco González Navarro», Instituto Navarro de Administración Pública/Aranzadi, Pamplona 2007, pp. 149-176.

jurídicas sean parecidas. Mientras la oferta esté tan limitada como lo está en España, será imposible crear aquí un mercado gasista como el norteamericano o el británico, por la sencilla razón de que, a diferencia de lo que ocurre en la Península Ibérica, hay en ellos gasoductos en competencia (Estados Unidos) o una pluralidad de oferta (Estados Unidos y Reino Unido).

7.- El componente internacional y europeo del grupo normativo del suministro de gas natural:

Existen Tratados internacionales suscritos por España en materia de energía o que tienen una incidencia especial sobre el grupo normativo de los gases combustibles por canalización, como el Convenio sobre Derecho del Mar de 1982 o el Convenio Marco sobre Cambio Climático de 1992 (en cuyo seno se aprobó el Protocolo de Kyoto), ambos aprobados al amparo de la Organización de Naciones Unidas, y el Tratado de la Carta de la Energía, de 1995. Algunos de esos Tratados, además, han creado una organización internacional con misiones en asuntos energéticos, como la Agencia Internacional de la Energía y la Agencia de Energía Nuclear (en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) y la propia Organización de las Naciones Unidas, de la cual dependen el Consejo Económico y Social (al que pertenece, a su vez, la Comisión Económica para Europa, que tiene en su seno un Comité de Energía y Recursos Naturales para el Desarrollo y una Comisión de Desarrollo Sostenible), la Organización Marítima Internacional y la Agencia Internacional de Energía Atómica. Una mención especial ha de hacerse al GATT y a la Organización Mundial del Comercio.

En cuanto al Derecho europeo, el grupo normativo está formado por el derecho originario y derivado de la UE. Entre el derecho originario han de destacarse las reglas sobre libre circulación de bienes, sobre la libre competencia, y las normas sobre ayudas de Estado, del TFUE, así como el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Evidentemente, el resto del derecho originario, y en particular el atinente a la libre prestación de servicios y al libre movimiento de capitales puede, eventualmente, tener aplicación al sector de la energía, así como las excepciones que el TFUE contempla en materia de libre circulación de bienes y libre competencia. Entre el derecho derivado, compuesto por Reglamentos, Directivas y Decisiones (y Recomendaciones), que afectan bien a varios subsistemas energéticos, bien a uno sólo de ellos, destacan las normas que, desde 1998, se han venido aprobado para impulsar la creación de un mercado interior del

gas natural en Europa, y, en particular, las vigentes, que son la DG y el RG, ambos de 2009⁶.

Tras la entrada en vigor, el 1 de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa, en el marco del mercado interior de la energía, y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la UE tiene los siguientes cuatro objetivos: a) garantizar el funcionamiento del mercado de la energía; b) garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión; c) fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables; y d) fomentar la interconexión de las redes energéticas. Sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones de los Tratados, el Parlamento Europeo y el Consejo han de establecer (previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones), con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las medidas necesarias para alcanzar estos objetivos. No obstante, el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, ha de establecer esas medidas, cuando sean esencialmente de carácter fiscal. Además, sin perjuicio de los demás procedimientos establecidos en los Tratados, el Consejo, a propuesta de la Comisión, puede decidir, con un espíritu de solidaridad entre Estados miembros, medidas adecuadas a la situación económica, en particular si surgieren dificultades graves en el suministro de determinados productos, especialmente en el ámbito de la energía⁷.

Queda, sin embargo, un largo camino que recorrer para crear un auténtico mercado interior europeo, pues la Comisión tuvo que actuar el 25 de junio de 2009 contra veinticinco Estados miembros (entre ellos, España), por no haber adoptado suficientes medidas dirigidas a garantizar una competencia leal que redunde en beneficio de los consumidores. Los principales incumplimientos detectados por la Comisión fueron los siguientes: a) falta de información por parte de los gestores de las redes de transporte de gas, que en la práctica obstruye el acceso de las compañías suministradoras a las redes; b) inadecuación de los sistemas de asignación de capacidad de red para optimizar el uso de la red en la distribución de gas; c) escasos esfuerzos realizados por los gestores de la red de transporte de gas para liberar una capacidad máxima y así optimizar las posibilidades de acceso al mercado y de competencia; este problema afecta esencialmente a la capacidad a corto plazo —que corre el riesgo de desaprovecharse— y de la capacidad en dirección inversa a aquélla en la que el gas fluye físicamente (capacidad de retorno o *backhaul*); d) falta de

⁶ Vid. arts. 30 a 37, y 101 a 109, del TFUE.

⁷ Aquello que se recoge en el texto procede del art. 2, apartado 147, del Tratado de Lisboa, que estableció lo siguiente: «El título XX se sustituye por el nuevo título y el nuevo artículo 176 A siguientes: "TÍTULO XX. ENERGÍA. Artículo 176 A». En la actualidad, el Título XX es el Título XXI, y el art. 176 es el art. 194, de la Versión Consolidada del TFUE; vid., respectivamente, Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007: DO C 306, de 17 de diciembre de 2007, y Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: DO C 115, de 9 de mayo de 2008; y art. 122, I, de la Versión Consolidada del TFUE (antiguo art. 100 del TCE).

medidas ejecutivas por parte de las autoridades competentes en los casos de violación de las normas de la UE, incluida la inexistencia de sistemas de sanción eficaces a nivel nacional; e) persistencia de precios regulados que benefician a los grandes consumidores y obstaculizan el acceso de nuevos operadores al mercado; y f) inexistencia de sistemas adecuados de solución de litigios a los que puedan recurrir los consumidores, en procedimientos transparentes, sencillos y asequibles para tramitar sus reclamaciones, de manera que se genera cierta renuencia a participar en el mercado interior.

8.- Estado y Comunidades Autónomas:

8.1.- La centralización del poder en materia de hidrocarburos:

Dadas las características de la industria de suministro de gases combustibles por canalización y, en particular, dada la completa dependencia de suministros de gas natural, procedentes de fuera de España, tanto por medio de buques metaneros, con GNL, como por medio de gasoductos internacionales, el ordenamiento jurídico español ha atribuido a las instituciones centrales españolas las competencias principales, normativas y ejecutivas, sobre este sector, como subraya la propia LH, cuando habla de un mercado unitario de los hidrocarburos, comprensivo de los gases combustibles por canalización⁸.

Existe una tendencia generalizada a centralizar (o a no descentralizar), las cuestiones relativas a la energía, y, así, por escoger tan sólo un ejemplo, sobre los procesos de *devolution* a Escocia, Gales, e Irlanda del Norte, se ha escrito que la política energética es una materia propia de las instituciones centrales, dado su papel estratégico, y que, afortunadamente, las cuestiones energéticas no han sido devueltas, aun cuando, dado que la planificación sí está entre los poderes devueltos, los gobiernos de esas regiones pueden estar estrechamente implicados en proyectos concretos⁹.

El proceso dirigido a la construcción de un mercado europeo de gas, en el cual se han dado pasos relevantes, conducirá, a largo plazo, a una centralización de los poderes reguladores en Bruselas, y ha conducido ya, con efectos, del 3 de marzo de 2011, a la creación de una Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía, Agencia a la cual se irán atribuyendo, cada vez más competencias, en la medida en que los mercados nacionales

vayan interconectándose, de acuerdo con el Reglamento núm. 713/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía¹⁰.

La cuestión energética es, hoy, una cuestión de dimensiones mundiales, no sólo europeas, y el suministro debe garantizarse por instancias supranacionales, como lo demuestra el creciente protagonismo de cuestiones energéticas, tanto en el G8, como en el seno de la UE, en sus relaciones, por ejemplo, con Rusia (productora), y Ucrania y Bielorrusia (países por donde transita, hacia la UE, el gas ruso).

8.2.- La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de gases combustibles por canalización:

La distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, en materia de energía, está establecida en la CE, así como en los diversos Estatutos de Autonomía de las CCAA. El panorama completo, no obstante, ha de obtenerse, también, de las leyes estatales del sector energético, en la medida que, en ellas, el Estado determina los aspectos básicos de cada uno de los sectores energéticos y, por ende, determina, igualmente, el espacio que corresponde a las CCAA para el desarrollo de las bases estatales. La apelación a la normativa sectorial, para la determinación definitiva de la distribución de competencias en materia de energía, no significa, obviamente, que al legislador estatal corresponda redistribuir, por medio de leyes ordinarias, las competencias constitucional y estatutariamente fijadas, sino que sólo trata de recordar, como ha hecho la jurisprudencia constitucional, que la determinación de qué constituye lo básico en una materia determinada (en nuestro caso, el régimen energético) corresponde sólo al Estado, sin perjuicio de que los excesos en que el Estado pueda incurrir en la determinación de lo básico puedan ser corregidos por el Tribunal Constitucional.

El gas natural es un producto que se encuentra allende nuestras fronteras, y cuya entrada en España acontece por un número limitado de puntos, a partir de los cuales se transporta, distribuye y suministra en todo el territorio nacional. Esta circunstancia explica que la lógica del sistema gasista imponga sus exigencias, a la lógica del sistema normativo constitucional, no tanto porque lo contradiga, cuanto porque el binomio bases estatales-complemento autonómico, un binomio operante en otros ámbitos, ha de lle-

⁸ Último párrafo de la Exposición de Motivos de la LH.

⁹ Fortunately, energy issues are not amongst the devolved powers, although as planning matters are devolved, the Scottish Executive and the Northern Ireland Executive can become quite closely involved in individual projects. Energy policy is a matter for the UK (Westminster) government, *giving its strategic role*" (el subrayado es mío): Dow, S., *Energy Law in the United Kingdom* (Capítulo XV), en Roggenkamp, M.M., Redgwell, C., Del Guayo, I., y Ronne, A. (editores), «Energy Law in Europe. National, EU and International Regulation», Oxford University Press, Oxford 2007, 2ª ed., pp. 1169-1261. La cita está en p. 1170.

¹⁰ DO L 211, de 14 de agosto de 2009.

narse, en el caso del gas natural, de una forma acentuadamente favorecedora de lo básico, en las normas que rigen el sistema. La LH se aprobó durante la vigencia de unas determinadas versiones de los Estatutos de Autonomía, y en esa ley se contiene un determinado régimen, bastante detallado, de la distribución de competencias, en materia de hidrocarburos. Puede reputarse que la LH interpreta, con gran precisión, el alcance de las respectivas competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, en el sector de hidrocarburos¹¹.

Varios años después de la entrada en vigor de la LH, se aprobaron trascendentales modificaciones de los Estatutos de Autonomía (en los años 2006 y 2007), como el catalán y el andaluz, y se trataría de examinar si, y hasta qué punto, esos nuevos Estatutos obligaron a una modificación de la LH, para ampliar el número y la intensidad de las competencias autonómicas. Adelanto aquí que, en mi opinión, por el contrario, la entrada en vigor de los nuevos Estatutos de Autonomía, para Andalucía y para Cataluña, no supuso que fuese necesario modificar, en líneas generales, la distribución de competencias establecida en la LH. De hecho, cuando en julio de 2007 (con posterioridad, por tanto, a la entrada en vigor de los nuevos Estatutos catalán y andaluz), se modificó la LH, para adaptarla a la DG, tan sólo se produjeron, en la LH, en materia de distribución de competencias, unos mínimos retoques, todo lo cual ha de ser interpretado en un triple sentido. En primer lugar, que la versión original de la LH interpretaba con exactitud la distribución de competencias querida por el constituyente, y que los Estatutos de Autonomía, los antiguos y los nuevos, obviamente, han de respetar. En segundo lugar, que, en general, el número e intensidad de las competencias autonómicas en materia de hidrocarburos no ha variado significativamente con los nuevos Estatutos, sin perjuicio de las importantes matizaciones que luego haré. En tercer lugar, que hay razones para pensar que, en numerosos aspectos del régimen jurídico de distribución de competencias en materia de hidrocarburos, lo que ha ocurrido es que la distribución de competencias recogida en la versión original de la LH, ha alcanzado ahora, por medio de su incorporación (parcial, al menos), a los nuevos Estatutos de Autonomía, un rango superior, es decir, un rango *estatutario*.

9.- Las normas españolas integrantes del grupo:

El grupo normativo español, atinente a los gases combustibles por canalización, está formado por abundantes normas, que cu-

bren aspectos variados, tales como la generación, producción, fabricación, exploración, investigación, explotación, licuefacción, regasificación, refino, transporte, distribución y suministro de energía, etc. En cuanto a la parte española del grupo normativo, hay que atender, en primer lugar, a la CE y, en particular, a determinadas previsiones constitucionales con especial incidencia en la energía, esparcidas por todo el texto constitucional¹².

9.1.- La cabecera del grupo normativo: la Ley del Sector de Hidrocarburos:

La ley española, cabecera del grupo normativo de los gases combustibles por canalización, es la LH, que entró en vigor el 9 de octubre de 1998¹³.

La LH ha sufrido en sus casi doce años de vida numerosas modificaciones, alguna de ellas de gran relevancia.

La LH tiene por objeto la regulación del régimen jurídico de las actividades relativas a los hidrocarburos líquidos y gaseosos, incluyendo tres aspectos principales: en primer lugar, la exploración, investigación y explotación de yacimientos y de almacenamientos subterráneos de hidrocarburos, una materia relevante, en España, no tanto en materia de yacimientos (dada su inexistencia), cuanto en materia de almacenamientos; en segundo lugar, el comercio exterior, refino, transporte, almacenamiento y distribución de crudo de petróleo y productos petrolíferos, incluidos los gases licuados del petróleo (en adelante, GLP); y en tercer lugar, la adquisición, producción, licuefacción, regasificación, transporte, almacenamiento, distribución y suministro (comercialización) de combustibles gaseosos por canalización. Al primero de esos aspectos se consagra el Título II de la LH, y, al segundo y tercero, respectivamente, los Títulos III y IV de la LH; así como, antes de la reforma de 2007, un análisis del régimen jurídico de los gases combustibles por canalización, podría –en líneas generales– haber prescindido del análisis del Título III de la LH, en la medida en que el régimen jurídico de todos los gases suministrados por canalización, también de los GLP suministrados por canalización, estaba recogido en el Título IV, tras las reformas operadas en 2007, el régimen jurídico del suministro de GLP, mediante canalización, ha sido *reubicado* en el Título III¹⁴.

En sus doce años de vida, la LH ha sido modificada en dieciséis ocasiones, por dieciséis leyes o reales decretos-leyes, de modo más extenso por la Ley núm. 12/2007, de 2 de julio, por la que se mo-

¹¹ Art. 3 de la LH.

¹² Como, por ejemplo, las contenidas en los arts. 38, 45, 128, 132 y 149, I, 25ª.

¹³ De acuerdo con la DF 4ª, la LH entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE (la actual DF 4ª, de la LH era, en la versión original, la DF 3ª, y pasó a ser la 4ª en virtud del art. 23, Dos, de la Ley núm. 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que añadió una DF 3ª).

¹⁴ Art. 1, I y 2, de la LH.

difica la LH, 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, que entró en vigor el 4 de julio de 2007 (en adelante, LT, i.e., Ley de Transposición). Además, frente a las diecinueve disposiciones adicionales y a las quince disposiciones transitorias que tenía en su versión original, la LH tiene hoy treinta disposiciones adicionales y veintiuna transitorias, y ha sido objeto de numerosos desarrollos reglamentarios. Por el contrario, la Ley núm. 21/1974, de 27 de junio, sobre investigación y explotación de hidrocarburos, la Ley núm. 10/1987, de 15 de junio, de disposiciones básicas para un desarrollo coordinado de actuaciones en materia de combustibles gaseosos, y la Ley núm. 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero, todas las cuales fueron derogadas por la LH, gozaron de gran estabilidad. Concretamente, la Ley núm. 21/1974 sólo experimentó tres modificaciones en veinticuatro años, la Ley núm. 10/1987 no fue modificada en ninguna ocasión en sus once años de vigencia, y apenas tuvo desarrollos reglamentarios, y la Ley núm. 34/1992 fue modificada, en casi seis años de vigencia, sólo una vez. Las constantes modificaciones de la LH prueban que, en determinados sectores, ligados a redes físicas, donde algunas fases de la cadena presentan las características propias de los monopolios naturales, la introducción de competencia requiere más regulación (en afortunada expresión anglosajona, *regulation for competition*), aun cuando, obviamente, no todas las reformas llevadas a cabo en la LH, ni sus desarrollos reglamentarios, obedecen a esa finalidad. Cabe recordar, además, que, en el caso de la LG de 1987, su finalidad era, precisamente, garantizar la necesaria estabilidad para que las empresas pudiesen acometer la gasificación de España, mientras que una de las finalidades de la LH es introducir competencia en el mercado y, como la experiencia demuestra, la introducción de competencia en mercados como el gasista requiere más regulación, la cual, a su vez, ha de tener capacidad de respuesta rápida a los cambios que el mercado experimenta¹⁵.

9.2.- En particular, la Ley núm. 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley del Sector de Hidrocarburos:

9.2.1- La transposición en España de la Directiva de 2003:

El plazo de transposición de la DG de 2003 terminó el 1 de julio de 2004, y España incumplió, ampliamente, ese plazo, a pesar de que, en 2006, se aprobó una Orden Ministerial con el propósito de

acomodarse a algunos aspectos de la DG de 2003, concretamente, a los relativos a la separación contable, y, aún en ese campo, la transposición fue incompleta y carecía del contexto adecuado¹⁶.

El hecho cierto es que el Reino de España fue condenado por el TJUE, mediante Sentencia de 19 de noviembre de 2006, por no haber transpuesto al ordenamiento interno la DG de 2003. En el caso español, la impuntualidad en la transposición de la DG de 2003 se explica (aunque no se justifica), por una serie de circunstancias. En primer lugar, España cumplía, a diferencia de otros países de la UE, con las exigencias de la DG de 2003, en un significativo número de aspectos, antes, incluso, de que fuera aprobada y, de modo singular, España cumplía ya con el mandato, contenido en la DG de 2003, de que el mercado de gas estuviese completamente abierto antes del 1 de julio de 2007, pues, en nuestro país, todos los consumidores –con independencia de su nivel de consumo– gozan de libertad para elegir suministrador desde el 1 de enero de 2003; sin embargo, otras previsiones de la DG de 2003, como, por ejemplo, la separación jurídica, y funcional, entre la distribución y el suministro, no estaban todavía incorporadas a nuestro ordenamiento, cuando se cumplió el plazo para llevar a cabo la transposición. En segundo lugar, el notable retraso en la transposición de la DG de 2003, encuentra una explicación en el calendario electoral; en efecto, una de las primeras decisiones del nuevo Gobierno, elegido en marzo de 2004, fue encargar un estudio sobre las reformas necesarias en el sector eléctrico, incluyendo un análisis sobre el modo en que había de transponerse la Directiva eléctrica, de manera que el retraso en las decisiones relativas al sector eléctrico, conllevó una demora en la transposición de la DG de 2003, dada la estrecha vinculación entre ambas Directivas y, a la postre, entre el mercado eléctrico y *el gasista*; *la necesidad de esperar al Libro Blanco sobre la reforma del marco regulatorio de la generación eléctrica en España*, dirigido por el Profesor Pérez-Arriaga (que finalizó en junio de 2005), explica que no se hiciera una mención a la necesidad de transponer ambas Directivas, en la reunión del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, en el cual, a propuesta de varios Ministerios, se suscribió un Acuerdo por el que se adoptaron *mandatos* para poner en marcha medidas de impulso a la productividad, incluyendo varios relativos al sector energético¹⁷.

El Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes Generales en septiembre de 2006, tuvo por finalidad la modificación de la LH,

¹⁵ Disposición derogatoria Única, letras a, b y c, de la LH; la derogación de las letras a y b del art. 9, de la LG, que contenían algunos beneficios fiscales, aconteció por la Ley núm. 43/1995, de 27 de diciembre, del impuesto sobre sociedades.

¹⁶ Orden ITC/2348/2006, de 14 de julio, por la que se establecen las normas de presentación de información contable para las empresas que desarrollen actividades de gas natural y gases manufacturados por canalización. Por medio del dictamen núm. 682/2006, el Consejo de Estado informó el Proyecto de Orden Ministerial, y llamó la atención sobre lo inhabitual de este rango de norma de transposición, aunque lo consideró aceptable, ya que antes existía una ley española (la LH), y otras normas aprobadas previamente.

¹⁷ La condena recayó mediante Sentencia dictada en el Asunto C-357/05 (DO C 331, de 30 de diciembre de 2006). La universalización del derecho a elegir suministrador se produjo por obra de la modificación de la DT 5ª de la LH, llevada a cabo por el art. 11 del RDL núm. 6/2000. El acuerdo está publicado en BOE núm. 79, de 2 de abril de 2005.

con objeto, a su vez, de proceder a la transposición, a nuestro ordenamiento, de la DG de 2003. Ese Proyecto se convirtió en la LT.

9.2.2.- Líneas maestras de la reforma:

Antes de la LT, los transportistas podían adquirir gas, en origen, para su venta a otros transportistas, o para su venta a los distribuidores que estuviesen conectados a sus redes, para que los distribuidores atendiesen los suministros a tarifa a consumidores no cualificados. Los transportistas no suministraban a los distribuidores, ni a otros transportistas, sino que les *vendían* gas. Por su parte, los distribuidores sólo podían adquirir gas de los transportistas, para atender el suministro a consumidores a tarifa (no cualificados), a un precio, llamado de cesión. Como refuerzo de la separación jurídica establecida entre el transporte y/o la distribución, por un lado, y la comercialización, por otro, la LH establecía, inicialmente, que los consumidores no cualificados (los sujetos a tarifa) sólo podían suministrarse de los distribuidores, y que los consumidores cualificados sólo podían suministrarse de un comercializador, o bien adquirir gas para su propio consumo, en uno de los dos sentidos que la palabra *adquisición*, como distinta a *suministro*, tenía en la versión inicial de la LH, es decir, como adquisición en origen o directamente de un productor; en el primero de esos dos casos, los consumidores cualificados eran suministrados por un comercializador, siempre que, por supuesto, hubiesen ejercitado el derecho derivado de su condición de cualificados, es decir, siempre que hubiesen decidido ser suministrados por un comercializador, abandonando el suministro de un distribuidor, o, si eran nuevos consumidores, es decir, sin un distribuidor (suministrador) previo, siendo suministrados *ex novo* por un comercializador; inversamente, los distribuidores no podía suministrar gas a clientes cualificados, es decir, no podían comercializar gas y los comercializadores no podían suministrar a clientes no cualificados¹⁸.

Con la decisión adoptada en 2000, consistente en convertir a todos los consumidores en consumidores elegibles, decisión que fue efectiva el 1 de enero de 2003, la situación varió un tanto, en la medida en que todos los consumidores tuvieron, desde entonces, el derecho a suministrarse de un comercializador, pero el proceso no ha dado los resultados perseguidos, entre otras razones, porque, distintas circunstancias, como el encarecimiento del gas natural en los mercados internacionales, condujeron a que la tarifa *compitiere* con el precio libre ofrecido por los comercializadores, y el resultado ha sido que pocos consumidores han ejercitado su derecho, que otros regresaron del mercado libre a ser suministrados a tarifa administrativamente fijada, y que, por último, el comercializador elegido haya sido, precisamente, aquel

integrado en el mismo grupo empresarial que el antiguo distribuidor/suministrador.

Para cambiar la situación descrita, hacia una más liberalizada, la LT incluye tres tipos de reformas, pues, junto a la adopción de algunas medidas directamente ligadas a la transposición de la DG de 2003, contiene otras, destinadas a la introducción de más competencia en el mercado (no exigidas, propiamente, por la normativa comunitaria), así como, por último, una serie de mejoras o ajustes técnicos en la LH vigente. La legislación española cumplía ya con gran parte de las determinaciones de la DG de 2003, pero no en punto al régimen de separación de actividades, tal y como destaca la exposición de motivos de la LT, de ahí que, en líneas generales, la esencia de la reforma consista en los tres aspectos siguientes, sin perjuicio, por supuesto, de que todos ellos estén sujetos a un período transitorio, antes de su completa entrada en vigor: en primer lugar, se desligan las actividades de transporte y distribución, de la actividad de suministro de gas natural, de manera que, a partir de su entrada en vigor, el suministro va a ser llevado a cabo, exclusivamente, por las empresas comercializadoras; en segundo lugar, y dado que se mantiene la posibilidad de que, dentro de un mismo grupo empresarial, coexistan empresas de transporte, de distribución, y de comercialización, se adoptan previsiones para la gestión independiente de cada una de esas actividades, mediante técnicas de separación funcional; en tercer lugar, se suprimen las tarifas administrativamente fijadas, y todos los consumidores podrán (y deberán) acudir a un mercado libre de suministro, pero algunos comercializadores tendrán la condición de suministradores de último recurso, una figura concebida para que los consumidores más pequeños puedan acogerse a un suministro cuyo precio seguirá estando controlado –incluso fijado– por la propia Administración.

De acuerdo con la versión de la LH inmediatamente anterior a la LT, el suministro de gas natural es realizado, bien por los distribuidores, bien por los comercializadores, siendo evidente, por tanto, que la reforma introducida por la LT tuvo una incidencia significativa en la actividad de distribución, que ya no puede comprender actividades de suministro. Para entender de qué manera la LT afectó, desde el punto de vista del suministro, a los transportistas, son necesarias algunas explicaciones adicionales. De acuerdo con la versión inicial de la LH, los transportistas no suministraban gas natural, sino que lo *vendían* a los distribuidores o a otros transportistas y, en derecho español, el suministro es, exclusivamente, la venta de gas natural al consumidor final, con la obligación de que sea continua y regular, diferenciándose así de la simple venta, que tendría un carácter ocasional. La LH ha venido configurando la transacción entre transportistas y distribuidores,

¹⁸ Arts. 61, 1, Párrafo 1º; y 68, letra b; art. 75, 1; art. 60, 3, Párrafo 3º; arts. 60, 3, Párrafo 1º; art. 61, 1, Párrafo 3º; Art. 63, 1; y art. 82, letra b, todos ellos de la versión original de la LH.

en efecto, como una *venta*, y no como un *suministro*, a pesar de que existen argumentos para defender que, en la versión de la LH inmediatamente anterior a la LT, la venta de gas natural, realizada por los transportistas a favor de los distribuidores, e incluso a favor de otros transportistas, era un verdadero suministro, que había de ser, también, regular y continuo. La DG de 2003 (la de 2009), sin embargo, tiene un concepto más amplio de suministro, que incluye la actividad de compraventa que, en la actualidad, llevan a cabo los transportistas en España (fundamentalmente, ENAGAS), de ahí que, al exigir que los transportistas estén desligados de la actividad de suministro, la consecuencia es, en España, que debe también terminar la actividad de compraventa de los transportistas. Así lo hace la LT, pues los transportistas ya no van a desarrollar actividades de compraventa de gas natural, y, por eso, ya no adquieren gas natural (según la terminología original de la LH), ni incorporan gas al SG (según la terminología que introduce la LT)¹⁹.

La LT persistió en la línea de otras reformas que se realizaron en el año 2005 en materia de distribución, dirigidas, precisamente, a ahondar en las consecuencias derivadas de su consideración como monopolio natural; si bien tales reformas gozan de cierta racionalidad económica, en la medida en que prohíben el otorgamiento de nuevas autorizaciones de distribución en aquellas zonas en que ya exista un distribuidor, no parecen tener en cuenta que, en aquellas otras zonas, más o menos amplias, en las cuales no hay aún redes de distribución, sí parecería admisible un cierto grado de competencia, precisamente para proceder al tendido de la red (competencia para establecerse en la zona), de ahí que, desde este punto de vista, sea un tanto simplista que las nuevas autorizaciones vayan a otorgarse, en todo caso, y preferentemente, al distribuidor ya establecido²⁰.

9.3.- La necesidad de transponer el tercer paquete normativo de 2009:

El Tratado analiza, en los lugares oportunos, el contenido del llamado tercer paquete comunitario y proporciona, en línea con las Notas de la propia Comisión Europea, algunas pautas sobre el modo en que su contenido habrá de transponerse en España (o lo está ya).

9.4.- Desarrollos reglamentarios de la Ley del Sector de Hidrocarburos:

Existen varios desarrollos reglamentarios de la LH, algunos directamente relacionados con la aprobación de la LT, en cumplimiento del llamamiento que la misma Ley hace al Gobierno, para que los aprobase mediante Real Decreto. Tales RRDD fueron desarrollados, a su vez, por otras normas, como consecuencia, normalmente, de expresas habilitaciones normativas, contenidas en los RRRD de desarrollo de la LH²¹.

No obstante, durante casi tres años, entre octubre de 1998 y septiembre de 2001, la LH estuvo huérfana de desarrollos normativos reglamentarios, durante los cuales estuvieron vigentes, en lo que no se opusiesen a la LH, las disposiciones reglamentarias existentes antes de su aprobación, en materias que constituyesen su objeto; este retraso obstaculizó la efectiva implantación del nuevo modelo, por cuanto, como los hechos posteriores demostraron, la liberalización y la introducción de competencia, en sectores ligados a redes físicas, requieren más regulación (y, por tanto, más reglas); el retraso se explica, en parte, por las mismas razones que explican la ausencia, en el seno de la versión original de la LH, de algunas decisiones trascendentales para la eficacia del nuevo modelo, como las relativas a la Gestión Técnica del Sistema; esas razones tienen que ver con una cierta fragmentación de los apoyos parlamentarios del Gobierno, entre 1996 y 2000, que se solventó con la mayoría absoluta obtenida en el año 2000²².

A continuación, se incluye una relación, por orden cronológico, de los siete desarrollos reglamentarios principales de la LH, aprobados, mediante sucesivos Reales Decretos, por el Gobierno, con la advertencia de que, particularmente tras la LT, algunas sus previsiones han de entenderse derogadas, o inaplicables:

- a) Real Decreto núm. 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía; fue modificado por el RD núm. 1434/2002, pero hubo dos RRDD, específicamente aprobados para modificarlo, que fueron el núm. 3487/2000, de 29 de diciembre, y el núm.

¹⁹ El art. 31 del RD núm. 1434/2002, proporciona la siguiente definición de suministro: «A los efectos del presente Real Decreto se define el suministro de gas natural o gases manufacturados para su consumo final como su entrega, mediante contraprestación económica, en las condiciones de regularidad y calidad que resulten exigibles. Dicha entrega podrá efectuarse a través de las redes de transporte y distribución o en forma de gas natural licuado. El suministro sólo podrá ser realizado por empresas distribuidoras o por empresas comercializadoras debidamente autorizadas»; sobre el suministro de los transportistas: arts. 61, I, primer párrafo, y art. 68, letras a y b, de la LH, ambos de la versión inicial de la LH; vid. también, art. 2, 7, de la DG: el suministro es «la venta y la reventa a clientes de gas natural, incluido el GNL».

²⁰ Las reformas aludidas en el texto, sobre la distribución, se encuentran en el RDL núm. 5/2005, cuyos arts. 28 y 29, respectivamente, modificaron el art. 73 e introdujeron una DA 20ª, y cuya Disposición Derogatoria Única derogó las DDTT quinta y decimoquinta de la LH.

²¹ La DF 2ª del RD núm. 1434/2002, por ejemplo, autoriza al MITYC para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y cumplimiento de lo establecido en el RD.

²² DT 2ª de la LH y DF 2ª de la LH.

1204/2006, de 20 de octubre; la modificación de 2006 fue anulada por el Tribunal Supremo²³.

- b) Real Decreto núm. 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural; este RD se aprobó (además de para desarrollar las previsiones de la LH sobre ATR), en cumplimiento de lo previsto en el RDL núm. 6/2000, a cuyo tenor, el Gobierno hubo de aprobar, mediante RD, en el plazo de seis meses, un sistema económico integrado del sector gas natural, que incluyese el modelo para el cálculo de las tarifas de gas natural y de los peajes y cánones aplicables al uso por terceros de la red gasista, el sistema para determinar la remuneración que correspondiese a cada uno de los titulares de las instalaciones gasistas, y el procedimiento de reparto de los ingresos totales entre los distintos agentes que actuasen en el sector gasista; el sistema, que se aplicó desde el 1 de enero de 2001, debió seguir los criterios y principios recogidos en el capítulo VII del título IV de la LH, modificando, por tanto, el sistema, vigente hasta el año 2001, de cálculo de las tarifas industriales de gas natural basado en energías alternativas, por un sistema basado en costes²⁴.
- c) Real Decreto núm. 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural; este RD constituye el desarrollo reglamentario general, propiamente, de la LH²⁵.
- d) Real Decreto núm. 1716/2004, de 23 de julio, por el que se regula la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, la diversificación de abastecimiento de gas natural y la incorporación de reservas estratégicas de productos petrolíferos²⁶.
- e) Real Decreto núm. 919/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias ICG 01 a 11.
- f) Real Decreto núm. 1011/2009, de 19 de junio, por el que se regula la Oficina de Cambios de Suministrador.

- g) Real Decreto 104/2010, de 5 de febrero, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural; originalmente, la puesta en marcha del SUR estuvo regulada por el Real Decreto núm. 1068/2007, de 27 de julio, pero fue declarado nulo por STS de 21 de abril de 2009. Tanto el RD núm. 1068/2007, como el RD 104/2010, traen causa inmediata de la LT, por cuanto la desaparición del sistema tarifario, y la implantación de una TUR, requería un desarrollo más detallado, del que la LT estaba ayuna.

El Decreto núm. 2913/1973, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del servicio público de gases combustibles (en adelante, RG), no ha sido íntegramente derogado, sino que el RD núm. 1434/2002, dispuso que quedaba derogado el RG, *en los aspectos regulados por este RD, permaneciendo en vigor en todo lo no contemplado en este RD; por su parte, el RD núm. 919/2006, dispuso que quedaban derogadas, en aquello que contradijesen o se opusiesen a lo dispuesto en el reglamento y sus ITCs aprobados por el RD, varias normas, entre ellas, el RG*²⁷.

10.- El grupo normativo del gas natural y su intersección con otros grupos:

10.1.- La regulación como núcleo del grupo normativo del suministro de gas natural:

El derecho propio del gas natural está constituido, principalmente, por aquellas previsiones relativas a la regulación –en sentido estricto– de las actividades gasistas, como queda recogido en los capítulos precedentes (transporte, regasificación, almacenamiento, distribución, comercialización, acceso a las redes gasistas, gestión técnica del sistema, y retribución de las actividades gasistas). Esas previsiones constituyen el grupo normativo del suministro de gases combustibles por canalización, y tienen la condición de grupo normativo por el grado de especialización alcanzado frente a otras agrupaciones normativas. En las materias propiamente regulatorias, el grupo tiene cierta autonomía, pero, en relación con otras materias, el grupo remite a otros grupos, cuyo contenido, deviene, así, parte del suyo.

²³ El RD núm. 1434/2002 añadió, además, una DA 5ª. El art. 45, I, del RD núm. 1339/1999, fue declarado nulo por STS de 16 de julio de 2001.

²⁴ Art. 8 del RDL núm. 6/2000, con el encabezamiento «Hidrocarburos gaseosos. Régimen económico». El RD núm. 949/2001 fue modificado, a su vez, por el RD núm. 1434/2002, por el RD núm. 1716/2004, por el RD núm. 942/2005 (que añadió, también, un art. 30 bis), por la LT, y por el RD núm. 1766/2007.

²⁵ Fue modificado, a su vez, por el RDL núm. 5/2005, por el RD núm. 942/2005, por el RD núm. 1766/2007, por el RD núm. 1011/2009; por el RD núm. 104/2010, y por el RD núm. 97/2010, de 26 de febrero, por el que se adaptan determinadas disposiciones relativas al sector de hidrocarburos a lo dispuesto en la Ley núm. 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

²⁶ Fue modificado por el RD núm. 1766/2007.

²⁷ Respectivamente, DD Única del RD núm. 1434/2002 y DD Única, I, del RD núm. 919/2006.

10.2.- La pertenencia del grupo normativo del gas natural al derecho administrativo, y la remisión del grupo normativo del gas natural a otros grupos normativos jurídico-administrativos:

El derecho del suministro de gases combustibles por canalización es, de modo considerable, una parte del derecho administrativo, en la medida en que establece los fines y los medios de la regulación pública sobre este sector de la actividad económica, y la regulación se ejercita por las administraciones públicas (de acuerdo con un derecho que es, fundamentalmente, administrativo), tanto por la AGE, como por la Administración de las CCAA, y, en menor medida, por la CNE, que es, también, una Administración Pública (la tendencia que ha de fomentarse, sin embargo, es que la regulación recaiga, de modo exclusivo, sobre una nueva CNE). Son muchas y variadas las competencias que las normas relativas a los gases combustibles por canalización, atribuyen a las administraciones públicas, destacando el otorgamiento de las autorizaciones para el ejercicio de las distintas actividades gasistas, y por esa razón, la LH establece que *respecto de dichas actividades, las Administraciones públicas ejercen las facultades previstas en la ley*²⁸.

El grupo normativo de los gases combustibles por canalización no está constituido, exclusivamente, por aquellas normas cuyo objeto directo es alguna actividad propia de la industria del gas -cuya cabecera es la LH-, y cuya finalidad es el establecimiento de la regulación aplicable, sino, también, por otras normas que inciden en el desenvolvimiento de las actividades gasistas, pertenecientes a otros grupos, a los cuales el grupo remite, de modo expreso, o a los que debe acudir por aplicación de la regla de la supletoriedad. Hay en la LH un conjunto de aspectos cuyo régimen jurídico queda remitido a otros grupos normativos, con mayor o menor amplitud. Entre esos aspectos, algunos forman parte del núcleo del derecho administrativo, como el régimen jurídico de los actos de las administraciones públicas que intervienen y/o regulan el desenvolvimiento de las actividades gasistas, es decir, la LRJPAC. A ese núcleo pertenecen también las previsiones relativas a expropiaciones, servidumbres (y otras limitaciones a la propiedad y autorizaciones de pago), ocupación del dominio público, y lo relativo a las infracciones y sanciones. La LH –y su normativa de desarrollo– regula algunos aspectos típicos del derecho administrativo y, en esos aspectos, remite al derecho administrativo, con mayor o menor amplitud, en función del detalle contenido en la propia LH. En consecuencia, la remisión de la LH a los grupos normativos nucleares del derecho administrativo (expropiación, sanciones, régimen jurídico de las administraciones públicas, procedimiento

administrativo, etc), implica que el derecho del suministro de gas natural es, en gran medida, una parte del derecho administrativo.

Hay en la LH otras remisiones, a otros grupos normativos del derecho administrativo, como al derecho propio del medio ambiente (incluyendo aquí, por ejemplo, las normas de protección del dominio público hidráulico), y a la ordenación del territorio y el urbanismo. Dice la LH que existe libertad para el desarrollo de las actividades gasistas, que pueden ejercitarse «sin perjuicio de otras disposiciones, y en especial de las fiscales y de las relativas a la ordenación del territorio y al medio ambiente y de defensa de los consumidores y usuarios». Esta referencia coincide, parcialmente, con la existente en la DG de 2009, precisamente para permitir que los Estados impongan obligaciones de servicio público, en atención a la protección del medio ambiente. En ambos casos, tanto en la LH como en la DG, ha de notarse que las limitaciones a la libertad de establecimiento por razón de la ordenación del territorio o por razón de la protección del ambiente natural, proceden de razones ajenas a la regulación u ordenación del mercado gasista. Salvando todas las distancias, podría decirse que esas dos materias cumplen en el ordenamiento regulador de las actividades gasistas, la misma función que tradicionalmente cumplió la cláusula del «orden público». Es decir, que la eventual negativa a autorizar la construcción de un segundo gasoducto, paralelo a otro existente, en atención a la normativa medioambiental o de ordenación del territorio, no puede interpretarse como una negativa fundamentada en los poderes regulatorios de las instituciones competentes en materia de energía, sino en razones ajenas a la actividad gasista misma. Las previsiones sobre infraestructura gasista en los instrumentos de la ordenación del territorio no constituyen «regulación» de las actividades gasistas, sino limitaciones provenientes de otros círculos competenciales que el legislador ha reputado prevalentes²⁹.

10.3.- La intersección del grupo normativo del gas natural con otras ramas del ordenamiento:

No todo el derecho propio del suministro de gases combustibles por canalización puede ser reconducido al derecho administrativo, sino que la liberalización operada por la LH tuvo, como consecuencia, que importantes aspectos del suministro hayan sido extraídos de su ámbito, como el derecho propio de los contratos en el mercado liberalizado, que ya no están sujetos a la intensa tutela administrativa a que antaño estaban sujetos todos los contratos de suministro de gas³⁰.

Además de las remisiones existentes en la LH a otros grupos normativos propios del derecho administrativo (expropiaciones, sancio-

²⁸ Art. 2, 2, segundo párrafo, segunda frase, de la LH.

²⁹ Art. 54, 1, de la LH y art. 3, 2, de la DG de 2003, y de la DG de 2009.

³⁰ Art. 38, párrafo 2º, del RD núm. 1434/2002.

nes...), existen remisiones a otras ramas del ordenamiento, como al derecho tributario, o a sectores del ordenamiento, donde confluyen componentes públicos y privados, como, por ejemplo, la protección de consumidores y usuarios y el derecho de la competencia. Las relaciones de las previsiones específicas del grupo normativo del gas natural, sobre protección de los consumidores de gas, con el grupo normativo, genérico, de la defensa de consumidores y usuarios, se aborda en el Capítulo VIII. En variados aspectos, es el propio derecho sectorial quien llama al general (de la competencia), como cuando la DG de 2009 dispone que las autoridades nacionales de competencia debe gozar de todos los poderes necesarios para controlar, de modo efectivo, que el propietario de la red de transporte cumple sus obligaciones respecto del GRI o ISO. La LH contiene algunas reglas propias sobre competencia, sobre todo en materia de transporte y distribución (en la medida en que excluye la competencia en esas dos actividades), pero el ordenamiento propio del derecho de la competencia se aplica, también, a las actividades gasistas. El legislador ha creado un derecho propio y específico, de carácter preventivo, para las actividades energéticas, incluyendo el gas natural, relativo a las llamadas participaciones cruzadas. Los conflictos relativos a la competencia (concretamente, los relativos a operaciones de concentración) son los que mayor notoriedad pública han alcanzado en la sociedad española³¹.

El último Capítulo del Tratado contiene un conciso análisis —a modo de esbozo— del modo en que se aplican esos otros grupos normativos u ordenamientos jurídicos, a la industria de los gases combustibles por canalización. Tras una reflexión regulatoria sobre

las otras autorizaciones y/o concesiones, no industriales, necesarias para el desarrollo de actividades gasistas reguladas, el Capítulo analiza, en primer lugar, de modo somero, las previsiones de la LH sobre el modo en que operan, sobre el suministro de gas natural, otros grupos normativos y, en particular, los de ocupación de bienes públicos (y de las zonas de servidumbre pública), expropiaciones, servidumbres (y otras limitaciones de la propiedad), autorizaciones de paso, ordenación del territorio, urbanismo, planificación sectorial (y planificación de infraestructuras gasistas), medio ambiente, infracciones y sanciones, y defensa nacional; en segundo lugar, el Capítulo examina, también brevemente, la intersección del grupo normativo de los gases combustibles por canalización, con otras ramas del ordenamiento jurídico, como el derecho tributario y el derecho de la competencia.

11.- Presente y futuro del Tratado:

En la elaboración de los diez capítulos que componen el Tratado, he perseguido poner a disposición de cuantos se interesan por los aspectos jurídicos y regulatorios del gas natural, una herramienta útil, que proporcione orientación en la búsqueda de soluciones. He procurado, al mismo tiempo, proporcionar algunos análisis sobre el sentido en que el derecho ha evolucionado en estos últimos años y sobre las pautas previsibles de su futura evolución. Tratándose de un sector tan dinámico, sometido a tensiones competitivas, he intentado dar al Tratado una configuración apta para futuras y eventuales actualizaciones.

³¹ Art. 14, 6, de la DG de 2009, y art. 34 del RDL núm. 6/2000.

