

LAS SOCIEDADES DE INFRAESTRUCTURAS ESTRATÉGICAS. EL NACIMIENTO DE UN MODELO DE COMPAÑÍA REGULADA AL SERVICIO DEL MERCADO

RAFAEL CABALLERO SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I. LA APARICIÓN DE LA NUEVA FIGURA DE LAS *SOCIEDADES REGULADAS DE INFRAESTRUCTURAS ESTRATÉGICAS* EN LAS INDUSTRIAS DE RED.—II. EL ESTATUTO REGULADOR DE LAS SOCIEDADES DE INFRAESTRUCTURAS ESTRATÉGICAS DE TRANSPORTE DE ENERGÍA: 1. *Regulación de actividades*: A) La garantía de exclusividad en el ejercicio de sus funciones. B) El régimen de actividades incompatibles. C) El régimen económico de las actividades reguladas. 2. *Regulación sobre las infraestructuras*: A) La planificación de las inversiones. B) El régimen de autorización administrativa de instalaciones. C) Los privilegios para la implantación y extensión de redes. D) El uso regulado de las infraestructuras: los derechos de acceso e interconexión de terceros. 3. *Regulación del reparto accionario de la compañía*. A) Establecimiento de un límite máximo de participación accionarial individual para cada operador del sector. B) Establecimiento de un límite máximo de participación accionarial conjunta para los operadores del sector. C) Establecimiento de un límite máximo de participación accionarial individual para los accionistas en general. D) Establecimiento de un mínimo de participación accionarial pública. E) Suspensión de los derechos políticos que excedan los umbrales marcados y tipificación de las operaciones que no se ajusten a esos límites como infracciones administrativas.—III. LAS MULTIFORMES VÍAS DE INTERVENCIÓN DE LA REGULACIÓN Y EL RETO DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD DEL REGULADOR.

RESUMEN

En el actual contexto de liberalización de los sectores económicos en red (energía, transportes y telecomunicaciones) las actividades directamente conectadas al uso de las infraestructuras tienen carácter regulado para contrarrestar su condición de monopolios naturales. Dentro de las actividades reguladas destaca el segmento del transporte (transmisión a gran escala y distancia de bienes o servicios) por desarrollarse sobre instalaciones unitarias explotadas por una única compañía privada. En el ámbito de la energía se trata de Red Eléctrica de España (titular de la red de alta tensión), ENAGAS (titular de la red básica de gasoductos de alta presión y almacenamientos subterráneos) y la Compañía Logística de Hidrocarburos (titular de la red de oleoductos). El regulador ha investido a estas compañías privadas de funciones de interés general, en cuanto operadores del sistema y gestores de la red en su conjunto, que se añaden a su condición de transportistas. A la vez, estas sociedades son objeto de una regulación singular para garantizar su neutralidad en el ejercicio de sus funciones y su independencia respecto a los operadores del sector. Esta regulación se extiende a sus actividades (que son exclusivas e incompatibles con otras), al régimen de sus bienes (gravados por los derechos de uso de terceros), e incluso al reparto accionarial del capital de esas compañías. Las singularidades compartidas por estas empresas de transporte de energía revelan un novedoso estatuto jurídico, que puede ser extendido a otros sectores, y permean su catalogación como *sociedades reguladas de infraestructuras estratégicas*.

Palabras clave: regulación; liberalización; energía; infraestructuras en red; transporte de energía; funciones de interés general.

ABSTRACT

In the current liberalization context of the networking sectors (energy, transportation, and telecommunications) the use of essential facilities is regulated to counteract their natural monopoly condition. Transmission on a large scale and distance of goods and services plays a special role among the regulated activities as it's carried out through single network exploited by single private companies. In the realm of energy it's the case of *Red Eléctrica de España* (owner of the high-voltage grid), *ENAGAS* (owner of the basic high-pressure gas pipes and underground storages) and the *Compañía Logística de Hidrocarburos* (owner of the oil pipelines network). The regulator conferred these private companies on general interest functions, inasmuch as they are not only carriers, but system operators and whole net managers. At the same time these corporations receive special regulations to guarantee their operational neutrality and their independence from competitors in their utility sector. This regulation spreads out to their activities (exclusive and incompatible with others), their facilities (burdened by third party access) and even to the share distribution in the capital of these companies. The shared singularities of these energy transmission companies reveal an original legal status, exportable to other sectors, so that they deserve to be designated as strategic-facilities regulated companies.

Key words: regulation; liberalization; energy; networking facilities; energy transmission; general interest functions.

I. LA APARICIÓN DE LA NUEVA FIGURA DE LAS SOCIEDADES REGULADAS DE INFRAESTRUCTURAS ESTRATÉGICAS EN LAS INDUSTRIAS DE RED

El suministro de energía, al igual que otros sectores económicos en red (transportes, telecomunicaciones) desarrollados durante mucho tiempo como servicios públicos, han experimentado en los últimos años profundas transformaciones de su marco jurídico, orientadas principalmente hacia la liberalización de actividades y la introducción de la competencia empresarial. El poder público, que durante muchos años actuó como prestador directo o indirecto de estos servicios, se limita hoy a ejercer funciones reguladoras de estas actividades, que son desempeñadas por la iniciativa privada. El cambio se apoya en el convencimiento de que el nuevo modelo comportará efectos beneficiosos sobre la calidad, eficiencia y generalidad de estos servicios de suministro y sobre la economía en general.

El modelo no está todavía cerrado y aún atravesamos etapas transitorias de evolución, pero ya se van manifestando algunas de las claves del funcionamiento de los nuevos mercados, en los que las infraestructuras en red juegan un papel central. Si en estudios anteriores me he ocupado de analizar la vertiente objetiva o de régimen jurídico que estas transformaciones comportan para las propias redes o infraestructuras¹,

¹ Vid. Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, «El papel central de las infraestructuras en red en la liberalización de servicios públicos económicos», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 1 (2002), y, sobre todo, la monografía *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003.

quiero ahora poner de relieve la perspectiva subjetiva, es decir, la singular posición que ocupan las compañías titulares de las conexiones estratégicas, especialmente en el escalón mayorista, debido a su carácter unitario.

En el ámbito energético es el caso de Red Eléctrica de España (REE), ENAGAS y la Compañía Logística de Hidrocarburos (CLH), que son tres sociedades mercantiles titulares de las instalaciones mayoristas de transporte de electricidad, gas e hidrocarburos líquidos, respectivamente. Su negocio se ciñe a la gestión imparcial de la capacidad de transmisión de sus instalaciones energéticas entre los distintos operadores del mercado, que tienen un derecho de paso por sus redes. No prestan servicios a los consumidores finales, pero a cambio tienen una garantía de exclusividad en su actividad. Y es tal su posición en el sistema de suministro que el poder público les atribuye verdaderas funciones públicas o de interés general, de manera que asumen tareas de coordinación y de garantía de buen funcionamiento del sistema de aprovisionamiento respectivo².

Nace así esta figura de las sociedades instrumentales al servicio de la competencia. Son compañías privadas y titulares de activos estratégicos, de duplicación inviable, a las que el regulador impone normas de operación objetivas y neutrales, que les convierten en meros administradores de su capacidad. Sin estos gestores imparciales de la red no habría competencia posible en los sectores de aprovisionamiento colectivo, ya que el control de la red comportaría en principio el control absoluto del mercado final.

La progresiva formación de un régimen jurídico tan peculiar para estos *common carriers*³ permite, en mi opinión, que pueda hablarse no ya de compañías que operan en sectores regulados, sino de verdaderas compañías reguladas *uti singuli*. Esa singularidad y la apreciación de su regulación convergente en los distintos sectores de actividad económica me han llevado a proponer su identificación bajo un mismo pa-

² Para comprobarlo basta con dar lectura a los amplios artículos 33.2 LSE, 34.2 LSE y 64.3 LSH. En esos preceptos se enumeran las funciones que ejercen el operador del mercado eléctrico (OMEL), el operador del sistema eléctrico (REE) y el gestor técnico de la red de transporte gasista (ENAGAS), respectivamente. Se trata de piezas institucionales imprescindibles para el funcionamiento de esos mercados, constituidas por sociedades mercantiles que no son propiedad del Estado.

³ Así se les conoce en el sistema anglosajón. Estos *portadores comunes* están vinculados a las industrias de red, a través de las cuales prestan servicios de interés general. Sobre su origen, a partir de los denominados *common callings*, y sobre su carácter de modelo alternativo al tradicional europeo de servicios públicos, informo entre nosotros Juan José MONTERO PASCUAL, en su trabajo «Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones», en *REDA*, núm. 92 (1996), págs. 567 y ss.

raguas conceptual: el de las *sociedades reguladas de infraestructuras estratégicas*. Su denominador común es la titularidad unitaria de las redes de gran capacidad o de transporte de electricidad, gas o hidrocarburos y su consecuencia es la sujeción a un estatuto regulatorio de especial intensidad. No sólo se establece el marco jurídico-económico de su actividad externa, sino que la normativa sectorial introduce disposiciones singulares o nominativas sobre el control de la misma sociedad y de sus órganos de gobierno. La propuesta de una denominación común para estas entidades pretende destacar los rasgos regulatorios que comparten, así como la atribución legal de funciones públicas o de interés general.

Este modelo no sólo presenta rasgos comunes en los distintos apartados del suministro de energía, sino que puede ser trasladable a otros sectores en red, como el transporte ferroviario o el aéreo, en los que también se hace imprescindible contar con un administrador independiente de la capacidad de las infraestructuras para que pueda formarse un mercado competitivo. De momento, ese administrador es el propio Estado, a través de una entidad pública empresarial (ADIF y AENA, respectivamente), dado que las instalaciones que se utilizan son bienes de dominio público, pero sin que sea descartable la evolución en el futuro hacia un régimen de sociedades privadas reguladas. También se ha empezado a aplicar este régimen a entidades que no gestionan infraestructuras, pero que ejercen otras funciones claves de interés general. Es el caso del Operador del Mercado Ibérico de Energía (OMIE), que es la sociedad responsable del *pool* organizado de intercambio de electricidad en la Península Ibérica, o la Oficina de Cambios de Suministrador, que supervisa los procesos de canje de operador eléctrico por los consumidores.

En estos nuevos mercados de interés general el hecho de contar o no con infraestructuras en red propias determina el tipo de regulación aplicable a los distintos agentes intervinientes, exceptuando a las Administraciones públicas y a sus agencias reguladoras, que no tienen una participación directa o prestadora de servicios. En este sentido cabe identificar hasta tres grupos de sujetos, sometidos a escalones distintos de regulación jurídico-económica, en función del control que ejercen sobre las redes y del valor estratégico de las mismas.

En un primer escalón están las empresas o agentes sin redes propias que prestan servicios de aprovisionamiento a través de las instalaciones de terceros. Es la figura de los comercializadores (operadores sin red en el ámbito de las telecomunicaciones), cuya posición en el mercado sería en principio completamente inviable por la carencia de conductos propios para acceder a los consumidores. Su existencia queda

literalmente a expensas de que la regulación sectorial garantice en condiciones objetivas su derecho de acceso a las redes de terceros. Fueron las nuevas leyes de cabecera del sector eléctrico, del de hidrocarburos y del de telecomunicaciones quienes alumbraron, a finales de los noventa esta opción de comercialización de productos sin red propia.

En el siguiente escalón se sitúan los agentes prestadores de servicios de aprovisionamiento que son titulares de redes minoristas o de distribución. Estos agentes cuentan con filiales que desarrollan la comercialización de energía y prestación de servicios a sus clientes, ejerciendo si es preciso derechos de paso sobre redes ajenas para ganar nuevos clientes en territorios ajenos, y con filiales que gestionan la administración de la red propia, que se denominan distribuidores. En estos casos la regulación pública tiene como objeto la actividad, tanto de prestación de servicios como de gestión de las propias redes, y por tanto la garantía de la libre competencia empresarial.

Finalmente, se puede escalar un peldaño más en la regulación, hasta las sociedades reguladas de infraestructuras estratégicas. Es el caso de los transportistas de energía, que son titulares de las grandes redes mayoristas, cuya capacidad administran entre los agentes del mercado, sin prestar ellos directamente servicios de aprovisionamiento. La gestión neutral y objetiva de la capacidad de transporte pretende alcanzarse mediante una regulación de doble nivel: normativa sobre la actividad de transporte y el régimen de sus instalaciones (rasgo común con los sujetos del escalón anterior), y normativa sobre la estructura accionarial y de gobierno corporativo de las sociedades titulares de redes de transporte. El salto es cualitativo y merece la pena ahondar sobre el mismo.

II. EL ESTATUTO REGULADOR DE LAS SOCIEDADES DE INFRAESTRUCTURAS ESTRATÉGICAS DE TRANSPORTE DE ENERGÍA

Frente al modelo clásico de gestión pública empresarial de las infraestructuras, ha emergido la figura de las empresas formalmente privadas, o con una participación pública minoritaria, que controlan un monopolio natural y ejercen competencias instrumentales al servicio de los correspondientes mercados. El ámbito de la energía (REE, ENAGAS y CLH) es paradigmático y nos sirve para ofrecer las bases de un nuevo estatuto regulador.

El estudio de las medidas aplicadas por el regulador a estas sociedades de infraestructuras estratégicas permite su sistematización por razón del objeto en torno a tres ámbitos de intervención: regulación de sus actividades o servicios, regulación de las infraestructuras de las

que son titulares y regulación del gobierno corporativo de la compañía. En efecto, el poder público regula las actividades realizadas por estas singulares empresas, que son de dos tipos: actividad de transporte, por medio de su potente red de infraestructuras, y actividad de operación o gestión del sistema de suministro en su conjunto. En segundo lugar, sus instalaciones tienen un valor estratégico tan fundamental que reciben una ordenación especial por parte del regulador, que aproxima su régimen al de los bienes públicos afectados a un uso o servicio público. Por último, es tan decisivo garantizar la neutralidad e imparcialidad de estas entidades en el ejercicio de sus funciones que el regulador llega a entrar a detallar la fisonomía corporativa de las mismas, mediante el condicionamiento de las participaciones societarias, con el objetivo de que no tengan un único accionista dominante y que los operadores del sector no puedan controlar el funcionamiento de la compañía en detrimento de la competencia. La falta de espacio suficiente sólo permite aquí ofrecer una visión sistemática de los rasgos reguladores comunes de estas compañías.

1. *Regulación de actividades*

El primer aspecto de la regulación de las sociedades de infraestructuras estratégicas es la ordenación del modo de ejercer las específicas actividades que desempeñan. El régimen de liberalización de los sectores de red se caracteriza por la separación de actividades, que se clasifican en libres y reguladas. Aunque las primeras no estén exentas de regulación, se desarrollan en un régimen de libre competencia: son los segmentos que se quieren abrir al mercado. Por el contrario, las actividades reguladas están asociadas al uso de infraestructuras (y a la operación general del sistema), donde se concentra el efecto de monopolio natural característico de los sectores en red, exigiendo la intervención del poder público mediante una regulación que impida el abuso de la posición de control del titular de la red.

Concretamente, las sociedades reguladas de infraestructuras estratégicas desarrollan actividades reguladas en régimen exclusivo y al servicio imparcial de los operadores del sector, sin prestar servicio a los consumidores finales. Estas compañías se ocupan del transporte mayorista por medio de una red unitaria de alta capacidad y de la gestión o coordinación del sistema de aprovisionamiento general. En resumen, su regulación refuerza su posición estratégica y garantiza su neutralidad.

A) *La garantía de exclusividad en el ejercicio de sus funciones.*

a) Las actividades de red, especialmente en el escalón mayorista o de transporte, necesitan una estabilidad que garantice la circulación del suministro de recursos esenciales, sin sufrir interrupciones ni incidencias como consecuencia de cambios repentinos en la propiedad de las infraestructuras o de decisiones de política empresarial. Existe un interés general en el buen funcionamiento de las actividades de abastecimiento, pero especialmente en el segmento clave y central del transporte a gran escala y distancia, sobre todo cuando tiene una configuración unitaria. Por eso no es casualidad que «históricamente, las grandes redes de infraestructuras aparecen asociadas a formas de organización política de carácter estable y con vocación de permanencia»⁴. En la actualidad, al darse el paso de entregar la titularidad y gestión de esas redes unitarias a entidades privadas, se presenta el reto de garantizar esa estabilidad mediante una regulación externa apropiada.

La tendencia del regulador es la de favorecer, e incluso imponer, la competencia exclusiva y excluyente de estas sociedades estratégicas sobre las redes mayoristas de prestación de servicios de abastecimiento. En principio, basta con que esa competencia exclusiva se extienda a la gestión y coordinación del sistema, con independencia de quién sea titular de las infraestructuras correspondientes, pero en la práctica la complejidad técnica de operación de estos suministros aconseja que esa competencia abarque también el ejercicio en sí de toda la actividad de transporte, e incluso la titularidad de las instalaciones vinculadas a esa actividad⁵.

La planificación de infraestructuras y la gestión del tráfico en estos sistemas son más sencillas y eficientes cuando el escalón mayorista se concentra en manos de un solo operador, el cual explota un negocio seguro y estable bajo condiciones estipuladas por el regulador, sin posibilidad de participar en los mercados finales de suministro. Por el contrario, la multiplicación de operadores mayoristas y las operaciones de desinversión por parte de estos agentes de sus activos estratégicos pueden comportar desequilibrios en el sistema, que quieren evitarse por

⁴ Así lo demuestran el Imperio Romano y su formidable red de calzadas y los Estados nacionales del siglo XIX con su promoción de la revolución industrial, y especialmente del ferrocarril, tal como destacan Antonio LÓPEZ CORRAL y Antonio SÁNCHEZ SOLIÑO, en «Trenes políticos rigurosamente en marcha», en *Nueva Revista*, núm. 91 (enero-febrero 2004), pág. 5.

⁵ El artículo 128.2 CE contempla la posibilidad de establecer reservas de servicios esenciales, incluso en régimen de monopolio, pero sólo a favor del sector público. Aquí nos encontramos con un nuevo tipo de reserva, no previsto en la Constitución, por la que actividades esenciales se confían a sociedades privadas sometidas a una intensa regulación.

parte del regulador. De ahí los procedimientos establecidos para la autorización de operaciones de compra y venta de activos y de toma de control de compañías estratégicas.

Los tradicionales monopolios de oferta, característicos del sistema de servicios públicos formales de suministro, quedan hoy reducidos al segmento del transporte al por mayor, al establecerse un modelo de transportista y operador del sistema único e integrado. Ahora bien, no nos encontramos ante un monopolio formal, ya que normalmente no viene impuesto por la ley (salvo en el caso del sector eléctrico y, desde 2009, del sector gasista), sino ante una directriz o criterio de política reguladora, que se apoya en la obligación del poder público de velar por la seguridad y garantía de los grandes sistemas de suministro.

Como contrapartida de este privilegio de exclusividad de los transportistas, las sociedades estratégicas quedan vinculadas al ejercicio de esa actividad regulada de interés general al servicio de un mercado. Se produce una especie de afectación implícita entre el monopolista natural del segmento mayorista de los mercados de red y la actividad de transporte al por mayor, para que éste desarrolle esa actividad y sólo esa actividad. Es más, como consecuencia de esa posición central y neutral que asume, el regulador le encomienda también funciones públicas de coordinación, operación y seguridad general del sistema de aprovisionamiento.

Esa afectación se comunica a su vez a las infraestructuras esenciales y unitarias para el sector. Las grandes redes de transporte son propiedades vinculadas al funcionamiento del sistema, que no están en el mercado, sino al servicio del mercado, adquiriendo una indudable dimensión de interés general. Así se demuestra con el régimen legal privilegiado para la extensión de redes y con la sujeción pasiva de estas infraestructuras a los derechos de conexión y acceso de los operadores, a los que se hará alusión enseguida.

Finalmente, como es frecuente que estas compañías titulares de redes estratégicas desarrollen áreas de negocio conexas o complementarias de su actividad esencial (como actividades financieras, de servicios de telecomunicaciones, de expansión internacional...), el legislador viene introduciendo últimamente técnicas de separación jurídica y funcional, para garantizar que las sociedades reguladas sean neutrales en el ejercicio de sus funciones exclusivas. En primer lugar, las actividades reguladas (como es el transporte y la operación del sistema eléctrico, y el transporte, almacenamiento estratégico y regasificación de gas natural) deben ser desarrolladas por sociedades mercantiles de objeto único. Sólo a través de otras filiales o unidades orgánicas dentro del grupo podrán acometerse otro tipo de actividades empresariales, con la debida

separación orgánica y contable. En segundo lugar, los directivos y empleados de esa unidad funcional específica no deben ser influenciados en su actuación por el resto del personal y sociedades del grupo. Esto ha llevado a la adopción de códigos de conducta, que debe suscribir el personal implicado, y a la exigencia de elaboración de informes periódicos sobre cómo está desarrollándose esa separación funcional.

b) En el sector eléctrico ha sido llamativa la reordenación producida a partir de 2002 para facilitar la gestión de la red por una única mano mediante la adquisición por parte de REE de prácticamente todos los activos de transporte de nuestro sistema. A raíz de la sorprendente operación mercantil proyectada por Iberdrola, que planteó la venta de sus redes de alta tensión a una gestora de fondos anglosajona (*CVC Capital Partners*), se forzó por el Gobierno⁶ la reorientación de la operación, de manera que REE, operador del sistema, pudo adquirir primero una parte y luego el total de la sociedad intermedia titular de esos activos⁷. Esta crisis, originada por el proyecto de venta de un activo estratégico a un fondo extranjero con inversión en múltiples negocios ajenos al sector energético, provocó que se introdujera por la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos para 2003 la previsión de un derecho de adquisición preferente a favor de REE en todas las operaciones de venta de activos de transporte. Ese derecho se complementa con la obligación de la entidad enajenadora de dirigir una comunicación informativa a REE con los términos de toda operación de venta, abriéndose un plazo de un mes para ejercer el tanteo⁸.

⁶ El artículo 36 LSE establece un régimen de autorización administrativa previa para las operaciones de construcción, explotación, modificación, transmisión y cierre de cualesquiera elementos de la red de transporte de energía eléctrica. La autorización será estatal o autonómica según la dimensión que tenga la infraestructura, y atenderá tanto a la capacidad legal, técnica y económico-financiera de los solicitantes como a la incidencia de la instalación en el conjunto del sistema eléctrico.

⁷ Iberdrola era titular de casi 5.000 km de red de transporte a través de la sociedad Redalta (Red de Alta Tensión). En julio de 2002, y a pesar de contar con una oferta similar de REE, anunció su venta a la sociedad de capital riesgo *CVC Partners*, a través de su filial Inalta (Infraestructuras de Alta Tensión), creada *ad hoc* para esa operación. En ella, Iberdrola se reservaba las funciones de operación y mantenimiento de las líneas eléctricas durante 35 años, argumento que se esgrimió para defender que la seguridad de la gestión de la red quedaba garantizada. Tras el informe consultivo de la CNE, que apreció que la operación afectaba a la seguridad del funcionamiento del sistema, se llegó a un acuerdo con el Ministerio de Economía para que autorizase la transmisión. REE adquiriría inicialmente (noviembre de 2002) un 25% de Redalta, y se reservaba el derecho de compra del resto de la compañía. En 2005 culminó el proceso con la compra del 75% restante, y en 2006 REE procedió a la fusión por absorción de las sociedades Redalta e Inalta. Tras la operación, Iberdrola sólo ha ejercido funciones de asistencia técnica durante tres años, tras los cuales REE asumió la gestión completa de las líneas.

⁸ Curiosamente, ese derecho no se introdujo formalmente en la LSE, sino que consta sólo en el artículo 91 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, adminis-

Los operadores eléctricos han perdido interés por la actividad en sí del transporte, que está completamente regulada en sus condiciones, por lo que no aporta ventaja estratégica la titularidad de redes mayoristas propias para obtener una posición favorable en el mercado final, que es donde se pueden ganar o perder clientes. Por eso se entiende la política de desinversiones en redes de alta tensión de los operadores, beneficiosa por otro lado para reducir un endeudamiento que en la actualidad supera con creces a sus recursos propios, así como para facilitar la operación y control por el operador del sistema de la totalidad de las líneas de transporte⁹.

Esta orientación de la política reguladora tuvo plasmación en la LSE a raíz de las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública. El primer precepto de la LSE recoge ahora expresamente el principio o sistema de red única, que se extiende también al campo de la distribución eléctrica¹⁰. El legislador quiere evitar a toda costa la duplicación ineficiente de las redes, que deben ser únicas y bien gestionadas, en régimen de monopolio regulado.

Con la transposición de la Directiva del mercado interior de la electricidad de 2003 y la consiguiente reforma de la LSE en 2007 se termina de imponer el régimen de transportista único del sector eléctrico. La legislación vigente establece un monopolio formal tanto de la actividad de transporte de electricidad como de la titularidad de las infraestruc-

trativas y del orden social. La DA 3.^a, apartado 2, de la Ley 17/2007, de 4 de julio, recuerda que la nueva filial de REE, dedicada en exclusiva al ejercicio de las actividades reguladas que la Ley le encomienda, será la titular de este derecho de adquisición preferente. A tal efecto, los titulares propietarios de instalaciones de transporte deberán comunicar a Red Eléctrica de España, S.A. y al Ministerio de Industria su intención de proceder a su transmisión, identificando el objeto, precio, condiciones, posibles adquirentes y plazo de la oferta, para que aquélla decida en el plazo de un mes.

⁹ En realidad, hasta 2002 REE poseía el monopolio de las líneas de transporte primario (aquellas cuya tensión es de al menos 380 kV, junto con sus subestaciones y transformadores), pero sólo una cuarta parte de la red de transporte secundario o de media tensión (líneas eléctricas de tensión de 220 kV o más), que los operadores tradicionales habían ido tendiendo en los territorios en los que controlaban la distribución de electricidad. A la operación Iberdrola, a la que se ha hecho referencia, siguieron las de venta a REE de unos 7.000 km de líneas de transporte de Endesa y Unión Fenosa a finales de 2002. REE pasó de ser titular del 60 al 99% de las infraestructuras de transporte, aumentando su red de 19 a 31.000 km. El desembolso total fue de unos 2.000 millones de euros, cantidad superior a la capitalización bursátil de la compañía ese año (1.300 millones). Sólo Hidrocantábrico y Viesgo (hoy integrada en E.ON España) mantuvieron la propiedad de algunos tramos de red de alta tensión en Asturias y Cantabria.

¹⁰ El artículo 1.2.b) LSE dispone ahora que la regulación del sector eléctrico tiene por finalidad la racionalización, eficiencia y optimización de las actividades, de acuerdo con «los principios de monopolio natural del transporte y la distribución, red única y de realización al menor coste». Por su parte, el artículo 40.2 LSE aplica también el sistema de red única y monopolio natural a las redes de distribución.

turas de transporte, que se adjudica al operador del sistema (REE)¹¹. En un plazo de tres años desde la aprobación de la reforma deberá consumarse el traspaso de instalaciones de transporte a REE, que se realizará a precio de mercado¹². Por otro lado, para facilitar que sea realmente independiente de los operadores e incluso de otros posibles intereses comerciales de la propia empresa, la reforma mencionada obliga a la creación de una unidad funcional específica, cuyo objeto exclusivo sea la actividad de transporte y la operación del sistema eléctrico, sin interferencia de otras filiales o de directivos del grupo¹³.

c) En el sector gasista se ha impulsado también el principio de red única, dado el efecto de monopolio natural propio de las redes de trans-

¹¹ La Exp. Mot. de la Ley 17/2007, de 4 de julio, de reforma de la LSE, recuerda que el transporte de electricidad es una actividad regulada con carácter de monopolio natural, asignándose «en régimen de exclusividad esta figura de transportista a una única sociedad». Por eso, el artículo 35.2 LSE establece que «en todo caso el gestor de la red de transporte actuará como transportista único, desarrollando la actividad en régimen de exclusividad». De todas formas, el mismo precepto permite que el Ministerio de Industria autorice pequeñas excepciones de manera individual, previo informe de la CNE y de la CA afectada. En esos casos, que sólo podrán afectar a tramos de la red de transporte secundario (de menos de 380 kV de tensión) que sean propiedad de alguna empresa de distribución, será esta compañía la que realice las actividades de construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura.

¹² La DT 9.^a Ley 17/2007, de 4 de julio, impone como fecha límite el 6 de julio de 2010, salvo que por el Ministerio de Industria se autorice una excepción. Toda la red de alta tensión se terminará de concentrar así en una única mano, que actuará además como gestor de la red y transportista único. La Ley concede algunas ventajas económicas a estas transmisiones patrimoniales (reducción de aranceles y aplicación del régimen fiscal de las transmisiones de activos por obligación legal en materia de defensa de la competencia, previsto en la DA 4.^a del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades). En caso de discrepancia en el precio de venta de las instalaciones, la CNE queda facultada para nombrar un árbitro imparcial, que adopte una decisión vinculante.

¹³ Como explica la Exp. Mot. de la Ley 17/2007, de 4 de julio, «se crea una unidad orgánica específica encargada de desarrollar las funciones de operador del sistema y gestor de las redes de transporte dentro de Red Eléctrica de España, S.A. Esta medida adicional garantiza la independencia funcional y de gestión de esta actividad, de la actividad que Red Eléctrica de España, S.A. ejerce como transportista». Con carácter general, el artículo 14 LSE impone un régimen de separación jurídica y funcional a las compañías que ejerzan actividades reguladas. Pero, además, se introduce una DA 23.^a en la LSE, específicamente dirigida a REE, a la que se obliga a crear una unidad orgánica específica para el ejercicio exclusivo de las funciones de operador del sistema eléctrico y de gestión de la red de transporte, con separación contable y funcional de otras actividades de la empresa. El director ejecutivo de esa unidad orgánica sólo podrá ser nombrado y cesado por el Consejo de Administración con el visto bueno del Ministerio de Industria. Finalmente, el personal de esa unidad que actúe en el ámbito de la gestión técnica del sistema suscribirá un código de conducta sobre su independencia respecto al resto de actividades desarrolladas por el grupo empresarial. En su DA 3.^a, la Ley 17/2007, de 4 de julio, reitera la obligación de REE de crear una sociedad filial para el ejercicio de las actividades reguladas de operación del sistema eléctrico, gestión de la red de transporte y actividad de transporte de electricidad, aportando los activos correspondientes a esas funciones. La entidad matriz controlará el cien por cien del capital social y las acciones serán intransmisibles. En cambio, sí será posible la participación en el capital de esa entidad matriz, dentro los umbrales que la DA recoge. Con estas premisas, en mayo de 2008 REE se transformó en Red Eléctrica Corporación SA, una de cuyas tres filiales pasó a ser Red Eléctrica de España SAU.

porte y distribución¹⁴, pero sin acompañarse esta orientación de un régimen de propiedad también unitaria, como en el sector eléctrico, salvo para el escalón de la red de transporte primario. De hecho, los nuevos operadores entrantes en el sector han planteado iniciativas de instalación de nuevas infraestructuras. A raíz de la liberalización del sector y del éxito creciente de esta fuente energética, los nuevos competidores de Gas Natural, procedentes de grandes grupos extranjeros y de los propios operadores eléctricos, se han lanzado a poner en marcha proyectos de envergadura, como centrales de regasificación o incluso gasoductos de importación¹⁵. De esta forma, pretenden asegurar el suministro de gas a gran escala para sus nuevas centrales eléctricas y para el abastecimiento a sus nuevos clientes ante la situación actual de saturación¹⁶. Ante esta coyuntura, la actitud del regulador ha sido —sin llegar a la reordenación acometida en el sector eléctrico del transporte— la de fomentar al menos la participación minoritaria de ENAGAS en las nuevas inversiones, para garantizar su presencia en la gestión de esos activos estratégicos como gestor técnico del sistema que es.

La Ley 12/2007, de 2 de julio, de transposición de la Directiva del gas de 2003, refuerza la independencia del gestor técnico de la red gasista, sin llegar a establecer la regla del transportista único de gas natural. Mientras la gestión del sistema es una función única y exclusiva, la titularidad de las instalaciones y su operación puede estar en manos de diferentes sujetos.

En lo que se refiere a lo primero, la DA 20.^a LSH adjudica a ENAGAS SA la función de gestión técnica del sistema gasista, que ejercerá con exclusividad y a través de una unidad orgánica específica, que actuará con separación contable y funcional respecto a otras unidades de

¹⁴ En el ámbito de la distribución, el principio de red única se estableció por el artículo 29 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo. Ese precepto introdujo una DA 23.^a en la LSH por la que se prohíbe el otorgamiento de autorizaciones de construcción de instalaciones de distribución en zonas donde ya haya una vigente. Se supone que el sujeto que tenga la autorización en esa zona (que en este sentido tiene un perfil más parecido al de la concesión) acometerá las ampliaciones necesarias, bien por propia iniciativa, bien por aplicación de las obligaciones de servicio de interés general y de extensión de la red que impone la legislación sectorial.

¹⁵ Es el caso de la nueva planta de regasificación de Reganosa (Ferrol), en la que participan Endesa, Unión Fenosa y Sonatrach, junto con otras entidades financieras y la Xunta de Galicia, que se reparten el capital de la sociedad anónima titular del proyecto, que entró en funcionamiento a finales de 2007. También cabe citar la planta de regasificación de Bilbao que está previsto que se termine en 2011, liderada por Iberdrola, el Ente Vasco de la Energía, Repsol YPF y BP, que han constituido la sociedad *Bahía de Bizcaia Gas, S.L.* Hay otra planta en Sagunto (Valencia), puesta en marcha por Unión Fenosa (50%), Iberdrola (30%) y Endesa (20%). A estos proyectos se añade el nuevo gasoducto Argelia-España, en el que participan Cepsa, Sonatrach, Endesa, ENI, BP, Gaz de France y TotalFina.

¹⁶ En este planteamiento ha estado latente la desconfianza de los nuevos actores del sector gasista hacia ENAGAS, en cuanto empresa controlada por Gas Natural, especialmente entre 1998, en que se aprueba la LSH, y 2002, en que ENAGAS sale a Bolsa y Gas Natural reduce su participación del 100 al 40% del capital.

la compañía. Al igual que en REE, el director ejecutivo de esa unidad exclusiva será nombrado y cesado con el visto bueno del Ministro de Industria. Esta tarea será supervisada por un Comité de Seguimiento de la Gestión Técnica del Sistema Energético (DA 27.^a LSH).

En cuanto a lo segundo, la Ley de reforma de 2007 mantuvo el régimen concurrencial para la adjudicación de las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de transporte de gas natural que hayan sido objeto de planificación obligatoria¹⁷. Esta medida se ha revelado excesiva, al abrir la pugna empresarial en un segmento que requiere seguridad, estabilidad y garantía de funcionamiento. Por esta razón, el Gobierno ha dado marcha atrás parcialmente mediante el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, de medidas en el sector energético, que impone la regla del transportista único para la red de transporte primario, adjudica esa condición al gestor técnico del sistema (ENAGAS) y restringe el régimen de concurso para las instalaciones de transporte secundario de planificación obligatoria¹⁸. En cuanto a los tramos de la red de transporte que no hayan sido objeto de planificación y sean de competencia estatal, podrán ser adjudicados directamente a los titulares de las instalaciones a las que se conecten.

d) El sector de los hidrocarburos líquidos y de los GLP tiene una forma de funcionamiento más sencilla desde el punto de vista de la operación de las redes. La legislación se limita a establecer un derecho de acceso a las instalaciones de transporte y almacenamiento estratégico, sin establecer la figura del operador del sistema ni la del gestor de la red de transporte (que está concentrada en manos de CLH). Eso sí, la DA 29.^a LSH establece al menos una obligación de separación contable de las actividades de exploración, producción, refino, transporte,

¹⁷ Así se establecía desde la aprobación de la LSH en 1998. De hecho, el artículo 71 de la Ley estableció un Registro Administrativo de Instalaciones de Transportistas de Gas, denotando esta rotulación que los transportistas de la red secundaria pueden ser múltiples. Este Registro abarca también las instalaciones de regasificación y almacenamiento.

No se aplica el mismo criterio a las instalaciones de distribución de gas natural. El artículo 73 LSH establece en su apartado 7 que las autorizaciones de construcción y explotación de estas redes «deberán ser otorgadas preferentemente a la empresa distribuidora de la zona. En caso de no existir distribuidor en la zona, se atenderá a los principios de monopolio natural del transporte y la distribución, red única y de realización al menor coste para el sistema gasista». En términos aún más taxativos se pronuncia la DA 23.^a LSH.

¹⁸ El artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, viene a modificar así el artículo 67.1, párrafo cuarto, LSH. En palabras de la Exp. Mot., «se aborda la necesidad de establecer de inmediato un procedimiento claro y eficaz de adjudicación de aquellos gasoductos que dentro de la planificación energética sean prioritarios para la seguridad del suministro de gas, como es el caso de las conexiones internacionales, los almacenamientos subterráneos, etc. La adjudicación de dichas infraestructuras a la empresa que tiene encomendada legalmente la gestión técnica del sistema gasista y que actúa como transportista independiente, permitirá garantizar la ejecución en plazo de dichas instalaciones esenciales para el sistema. Además, con ello se completa la configuración del modelo gasista, equiparándolo al eléctrico».

almacenamiento, distribución de productos petrolíferos y GLP que pueda realizar una empresa o un grupo empresarial, habilitando al Gobierno para añadir reglas específicas al respecto. Se quieren evitar así compensaciones cruzadas entre los distintos segmentos de actividad.

B) *El régimen de actividades incompatibles.*

Aunque este rasgo se desprende de la regla anterior, es decir, del carácter exclusivo con que se adjudican determinadas funciones a las sociedades de infraestructuras estratégicas, conviene poner de relieve esta circunstancia. El objeto de estas compañías debe ser la gestión de las infraestructuras del sistema y sólo la gestión de las mismas. El buen funcionamiento de los mercados de suministro exige que las sociedades reguladas de infraestructuras estratégicas, que controlan de forma monopólica o cuasimonopólica el sector del transporte, no puedan ejercer las actividades iniciales, de producción o generación de energía, ni las finales, de comercialización o venta de la misma. De lo contrario se pondría en peligro su neutralidad en la administración de la infraestructura y la formación de un mercado libre.

En general, la liberalización de los sectores en red se caracteriza por la separación de actividades y por la exigencia paralela a los operadores de que segreguen sus negocios relativos a cada uno de esos segmentos y los gestionen de manera independiente¹⁹. El legislador español y el comunitario²⁰ han ido adoptando pasos sucesivos para reforzar

¹⁹ Como afirma la Exp. Mot. de la Ley 12/2007, de 2 de julio, de reforma de la LSH, uno de los objetivos de la norma es la «separación jurídica y funcional de las denominadas *actividades de red* de las actividades de producción y suministro» de gas natural, así como reforzar la independencia del gestor técnico del sistema.

²⁰ Las Directivas sobre la electricidad y el gas de 1996 y 1998 (Directivas 96/92/CE y 98/30/CE) no exigían más que una separación contable de las actividades libres y reguladas ejercidas por una compañía. Ambas fueron derogadas por el paquete de Directivas de 2003 (la 2003/54/CE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, y la 2003/55/CE, de la misma fecha, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural), que pasaron a exigir una separación jurídica y funcional entre las sociedades que ejercen actividades incompatibles. Ambas Directivas han sido transpuestas al ordenamiento español mediante las Leyes 12/2007, de 2 de julio, y 17/2007, de 4 de julio.

En el verano de 2009 se han vuelto a renovar esas Directivas por las vigentes (la 2009/72/CE, del Parlamento y del Consejo, de 13 de julio de 2009, para el sector de la electricidad, y la 2009/73/CE, del Parlamento y del Consejo, de 13 de julio de 2009, para el sector del gas natural), que se han de transponer antes del 3 de marzo de 2011. Ambas manifiestan una preocupación especial por la gestión independiente de la red y reconocen que las anteriores fallaron al no conseguir una separación efectiva. Plantean un sistema de separación patrimonial, al menos para el transporte primario, en el que el propietario de la red es designado gestor y es independiente de cualquier empresa con intereses en la producción y el suministro, obligándole bien a enajenar la red a un tercero, bien a dividir las acciones de la empresa correspondientes a las actividades de red y de producción y suministro.

ese régimen de separación, que hoy se regula por los artículos 63 LSH y 14 LSE, de contenido paralelo. Las actividades de red, como son el transporte, la distribución y la gestión del sistema, junto al almacenamiento básico y regasificación de gas natural, son actividades reguladas, con el fin de evitar que el control de las instalaciones pueda cortocircuitar el mercado. En cambio, la producción y la comercialización de productos energéticos se abren a la libre competencia. En principio, la legislación declara incompatible el ejercicio simultáneo de actividades libres y reguladas por una empresa, ni siquiera por la vía de la toma de participaciones en una compañía que ejerza esas actividades incompatibles. Sin embargo, sí es posible que dentro del mismo *holding* o grupo empresarial haya sociedades diferentes que tengan como objeto social actividades incompatibles. Esa separación jurídica u orgánica (que supone de por sí la separación contable y la prohibición de subvenciones cruzadas) viene reforzada por reglas de separación funcional en el ejercicio de actividades incompatibles, para garantizar su operación independiente. Esas reglas son paralelas para el sector eléctrico y del gas natural, y se aplican tanto a las sociedades²¹ como al personal responsable de la gestión de las mismas²². Aunque la Ley introduce algunas fórmulas de control, se antoja difícil que esas reglas de gobierno corporativo, instrumentadas en buena parte a base de códigos de conducta de las propias empresas, sean realmente eficaces fren-

²¹ El artículo 14.4 LSE exceptúa su aplicación a las pequeñas compañías de distribución eléctrica.

Respecto a las sociedades que realizan actividades reguladas, la Ley aspira a garantizar su independencia operativa en la gestión ordinaria de su negocio, introduciendo hasta cuatro medidas distintas. Para empezar, las compañías reguladas gozan de capacidad de decisión efectiva e independiente, sin que puedan recibir instrucciones del grupo empresarial al que pertenecen en su actividad propia y, en particular, en lo que se refiere a inversiones en instalaciones de red. Ello sin perjuicio de la supervisión económica, financiera y de gestión por parte del grupo empresarial, que puede imponerles límites de endeudamiento mediante planes financieros anuales, que lógicamente condicionan sus inversiones. En segundo lugar, se prohíbe compartir información comercialmente sensible (concepto de difícil delimitación y control) con otras sociedades del grupo. En tercer lugar, se introduce un régimen de autorización por parte de la CNE de toda adquisición de participaciones accionariales en otras entidades de actividades reguladas. Finalmente, las sociedades que realicen actividades reguladas deben aprobar un código de conducta en el que especifiquen el modo de cumplir las reglas legales de separación funcional en la compañía, tanto desde el punto de vista orgánico como del personal responsable de la misma y sus trabajadores. Anualmente remitirán un informe anual al Ministerio de Industria sobre las medidas adoptadas en este terreno.

²² En cuanto al personal gestor de las sociedades que realizan actividades reguladas, la Ley quiere garantizar su independencia profesional, al exigir reglas de garantía de sus retribuciones y cese, al vetar su participación en estructuras organizativas del grupo que se ocupen de actividades libres, y al prohibir que puedan tener acciones de sociedades que realicen actividades libres. Además, tanto ellos como el resto de trabajadores de la sociedad, primero, tienen prohibición de compartir información comercialmente sensible con otros trabajadores o sociedades que realicen actividades libres y, segundo, se sujetarán al código de conducta que apruebe la sociedad sobre la independencia funcional de su actividad, bajo la supervisión de la propia sociedad.

te a la tendencia natural de las sociedades del mismo grupo a colaborar y apoyarse mutuamente.

Pues bien, dentro de las actividades reguladas, el segmento del transporte de energía suele recibir un tratamiento más estricto que el de la distribución, aunque varía en función del tipo de suministro. En el campo de la electricidad, el transporte es una actividad del todo incompatible con otras en el sector. De hecho, como sabemos, la Ley establece una reserva de actividad en favor de una sociedad regulada de infraestructuras estratégicas al imponer la regla del transportista único del sistema²³. REE es una entidad única, monográfica y exclusiva en su objeto, que no puede desarrollar otras actividades distintas de la operación del sistema y la gestión de la red de transporte²⁴. Sólo podrán autorizarse pequeñas excepciones por razones técnicas para el buen funcionamiento del sistema, estando obligado en esos casos el titular de la red al cumplimiento de las instrucciones que dicte el operador del sistema sobre la gestión de la red (art. 35.3 LSE), siendo infracción muy grave el no ajustarse a las mismas (art. 60.a).16 LSE).

En el campo del gas natural la Ley permite la existencia de varios transportistas (art. 58.a) LSH), e incluso lo fomenta en el escalón del transporte secundario (art. 67.1, párrafo cuarto, LSH). Cuando éstos operen activos de la red básica, primaria o de alta presión, el legislador ha impuesto dos condiciones para garantizar su independencia. Primero, se deberá constituir una sociedad de objeto único y, segundo, en su funcionamiento deberá llevarse una contabilidad separada de las actividades de transporte, regasificación y almacenamiento, que integran el segmento del transporte en general²⁵. En cambio, la función de gestión técnica del sistema, que supone el gobierno de la red de transporte en su conjunto, con capacidad de dictar instrucciones y de dar órdenes específicas, está en manos de un solo sujeto —art. 58.b) y, sobre todo, art. 64 y DA 20.^a LSH—, que es ENAGAS, a través de una unidad orgánica específica. De todos modos, esta entidad es titular de por sí de la gran mayoría de la red española de gasoductos de transporte, tanto básica como secundaria.

Finalmente, en el campo de los productos derivados del petróleo, in-

²³ Así lo proclama el artículo 35.2 LSE. En consecuencia, cuando el artículo 9.1 LSE recoge los distintos tipos de sujetos del sistema eléctrico (productores, distribuidores, comercializadores), al llegar al escalón del transporte, sólo alude a «el transportista», definido como «la sociedad mercantil» que tiene la función de transportar la electricidad y de construir, mantener y maniobrar la red de transporte. Por su parte, el artículo 34.1 LSE indica que «el gestor» de la red de transporte asumirá también la función de operación del sistema eléctrico en general.

²⁴ Además, REE desarrolla esas funciones con la oportuna separación contable entre sí (art. 34.1 LSE).

²⁵ La LSH contempla la posibilidad de que las compañías de distribución de gas natural puedan construir, mantener y operar tramos de la red de transporte secundario con la debida separación contable —art. 58.c)—.

cludidos los GLP, su transporte es declarado como actividad libre por el artículo 37.1 LSH, si bien toda la red de oleoductos está de hecho en manos de CLH. Las instalaciones de transporte y de almacenamiento de estos productos están gravadas por el derecho de acceso de terceros, al igual que en los supuestos anteriores, pero en este caso no se sujetan a condiciones reguladas, sino a los términos que negocien las partes. En todo caso, las condiciones de acceso deberán ser transparentes, objetivas y no discriminatorias, y los precios deberán publicarse (art. 41.1 LSH)²⁶. Además, se impone un régimen de separación contable de sus distintas actividades a los operadores de este sector, que el Gobierno está habilitado para desarrollar (DA 29.^a LSH).

Lo importante es que, con independencia de los términos establecidos por la legislación, las tres grandes compañías de transporte de energía (REE, ENAGAS y CLH) no realizan actividades de producción ni comercialización de electricidad, gas u otros productos derivados del petróleo²⁷. Su objeto social se reduce a la actividad de transporte (y de gestión del sistema, en su caso), que ejercen en régimen regulado o neutral, sin comprar o vender energía por sí mismos²⁸. El interés general presente en los sistemas de abastecimiento social requiere, para su prestación en régimen de concurrencia, la existencia de estos *common carriers* de productos al por mayor al conjunto de los operadores y sin intereses propios en los mercados finales. Su labor es de intermediación entre productores, vendedores y consumidores de energía. En cambio, no hay inconveniente para que los operadores del mercado que desarrollan actividades libres puedan prestar servicios de transporte, sujetándose a las reglas de separación jurídica, contable y funcional que hemos referido. Eso sí, se tratará de una actividad marginal, conectada a la titularidad de algún tramo de red²⁹.

²⁶ El precepto citado habilita al Gobierno para establecer peajes de acceso para los territorios insulares y las zonas con dificultades de competencia por escasez de instalaciones. Los precios de acceso se publican a través de la CNE, que también es informada por los transportistas sobre los contratos de acceso que suscriban.

²⁷ Aunque esta incompatibilidad no está establecida expresamente con carácter general, el artículo 5.3 del Convenio internacional para la constitución del mercado ibérico de electricidad prohíbe a los Operadores del Sistema portugués y español (REN y REE) realizar cualquier operación de comercialización de energía eléctrica.

²⁸ La Compañía Logística de Hidrocarburos es una empresa de servicios logísticos de almacenamiento y transporte de hidrocarburos y productos químicos, que son comercializados libremente por los operadores del mercado español. Nació por segregación de las instalaciones mayoristas del monopolista tradicional (CAMPESA) y, desde su misma creación, no comercializa productos petrolíferos para no distorsionar el mercado final. Lo mismo ocurre con REE y ENAGAS, que desde 1984 y 1972, respectivamente, controlan el transporte de energía en sus sectores, sin ejercer actividad alguna en el resto del ciclo energético.

²⁹ Sólo HC Energía y E.ON España mantienen algunos tramos de red de transporte de electricidad en el norte de España asociados a sus redes de distribución, que terminarán siendo adquiridos por REE. En el campo del gas destaca el grupo Naturgas (controlado por

C) *El régimen económico de las actividades reguladas.*

Un rasgo común de las actividades reguladas, que son básicamente las relacionadas con las infraestructuras en red (entre las que se incluye por tanto el transporte mayorista), es su sujeción a un régimen económico regulado de explotación. La posición de dominio que concede al titular de la red la posesión de un activo estratégico único en su género debe ser compensada por la regulación externa y objetiva de las condiciones de desarrollo de su negocio, y especialmente de su régimen retributivo, evitando posibles abusos y discriminaciones³⁰. El objetivo es que los agentes del mercado puedan contar con el necesario servicio de transporte de sus productos, pero sin obtener ventajas o desventajas competitivas en este segmento del proceso de suministro. De esta forma, la actividad de construcción y explotación de las redes queda convertida en un negocio separado y distinto de la actividad de producción y venta de energía.

El servicio de transporte, naturalmente, debe ser retribuido, pero *fuera del sistema de mercado o de competencia empresarial*. Con esto se quiere decir que se presta a todos en las mismas condiciones económicas, con precios moderados y orientados a costes y sin posibilidad de negociación de un trato de favor. Concretamente, el artículo 3.1.c) y g) LSE atribuye a la Administración General del Estado la competencia para regular en general las actividades que componen el ciclo energético y, en particular, la estructura de precios y el peaje por el uso de las redes de transporte y distribución. Lo mismo dispone el artículo 3.1.c) LSH, que alude más específicamente al Gobierno³¹. Esta competencia debe ejercerse aplicando criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios, que incentiven la eficacia, eficiencia y calidad del suministro, tal como indica el artículo 15.2 LSE. Es responsabilidad del regulador el establecimiento, mediante disposiciones reglamentarias

EDP a través de HC Energía), cuya red de transporte, concentrada en el País Vasco, superaba los 300 km a finales de 2007 (la red de distribución alcanzaba casi los 6.000 km entre ocho CC.AA.). En cuanto al sector carburantes, junto al transporte por oleoducto que presta CLH, hay una decena de empresas logísticas independientes de almacenamiento y transporte, sobre todo en el País Vasco y Cataluña, que han recortado al operador dominante una cuota del 15% del mercado, que va en aumento.

³⁰ Según la Exp. Mot. LSE: «La retribución del transporte y la distribución continuará siendo fijada administrativamente, evitándose así el posible abuso de las posiciones de dominio determinadas por la existencia de una única red. Asimismo, para garantizar la transparencia de esta retribución, se establece para las empresas eléctricas la separación jurídica entre actividades reguladas y no reguladas en cuanto a su retribución».

³¹ El ejercicio de esa competencia es un derecho para los agentes del sistema. Tanto el artículo 69.a) LSH, respecto de las instalaciones de regasificación, almacenamiento y transporte, como el artículo 75.1.a) LSH, respecto de las instalaciones de distribución, establecen el derecho de sus titulares a la fijación por parte de la Administración de una retribución por el ejercicio de sus actividades.

(arts. 15.2 LSE, 70.1 LSH y 76.1 LSH), de fórmulas equilibradas de retribución que garanticen al titular de la infraestructura el retorno de las inversiones realizadas más una rentabilidad razonable que permita acometer otras nuevas, sin que los precios estén muy separados de los costes. Además, la inversión en infraestructuras debe internalizar el coste medioambiental de su implantación, de manera que pueda paliarse su impacto sobre el entorno, repercutiendo ese gasto en el coste de la actividad de suministro³².

El régimen económico del transporte se concreta en los peajes y cánones por el acceso y utilización de instalaciones ajenas, que garantizan a las sociedades reguladas de infraestructuras estratégicas que administran esos bienes unos ingresos tasados, estables y razonables. En el ámbito eléctrico, el Gobierno tiene la competencia para aprobar la metodología de cálculo de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución (art. 17.3 LSE)³³, ajustándose a la cual el Ministerio de Industria, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, concretará su modo de aplicación (art. 17.1 LSE). En el ámbito del gas natural no se prevé la aprobación de esa metodología y es directamente el Ministerio de Industria, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno, quien establece bien directamente el valor de esos peajes o cánones de acceso de terceros a la red, bien el sistema de determinación y actualización automática de los mismos (arts. 60.3 y 92.4 LSH)³⁴. En ambos casos, los peajes serán únicos para todo

³² Según el artículo 16.2 LSE, reformado en 2007, «la retribución de la actividad de transporte se establecerá», primero, «atendiendo a los costes de inversión y operación y mantenimiento de las instalaciones» y, segundo, adicionando los gastos «destinados a reducir el impacto social ambiental derivado de la construcción de infraestructuras (...) hasta una cuantía máxima del 3% de retribución de dicha actividad». Sólo las inversiones previstas en la planificación vinculante de las redes de transporte se beneficiarán de esas compensaciones.

De manera mucho más didáctica, aunque sin alusión al deber de repercutir los costes medioambientales, el artículo 92.1 LSH concreta los tres objetivos a cubrir por los peajes y cánones: «a) Asegurar la recuperación de las inversiones realizadas por los titulares en el periodo de vida útil de las mismas; b) Permitir una razonable rentabilidad de los recursos financieros invertidos; y c) Determinar el sistema de retribución de los costes de explotación de forma que se incentive una gestión eficaz y una mejora de la productividad, que deberá repercutirse en parte a los usuarios y consumidores».

³³ En cuanto a los costes de transporte y su retribución se ha de atender a los artículos 4 al 10 del RD 2819/1998, de 23 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica.

³⁴ En el caso del gas natural se prevé expresamente que el sistema de peajes y cánones se revise cada cuatro años (art. 92.2 LSH), estando obligadas las compañías del sector a facilitar al regulador la información necesaria para fijarlos (art. 92.3 LSH). Mediante el RD 949/2001, de 3 de agosto, se establece un sistema económico integrado para el sector del gas natural, que recoge el modelo de retribución de actividades reguladas. La formulación técnica del cálculo de las retribuciones se recoge por la Orden ITC/4099/2005, de 27 de diciembre.

Conforme al artículo 16.1 del Real Decreto, la retribución de las instalaciones de regasificación, almacenamiento y transporte se calcula individualizadamente, comprende los cos-

el territorio, aunque estarán diversificados según niveles de tensión/presión y niveles de consumo por cada horario y potencia, y no se sujetan a tributos estatales (aunque caben los autonómicos y locales)³⁵. Frente a los peajes de transporte y distribución de electricidad, téngase en cuenta que en el sector del gas natural se distingue entre un peaje de regasificación, un peaje de transporte y distribución, un canon de almacenamiento subterráneo y un canon de almacenamiento del gas natural licuado que haya excedido la capacidad de regasificación³⁶. Por su parte, los peajes eléctricos incluirán, junto al coste de la actividad de transporte o de distribución en sí, los llamados costes permanentes del sistema y los costes de diversificación y seguridad³⁷. En cambio, en el caso del gas natural se habla de *cuotas con destinos específicos*, como son las retribuciones debidas al gestor técnico del sistema.

Este régimen retributivo supone la atribución al poder público de una extraordinaria capacidad de control de estos sectores regulados y de sus operadores, dependientes por completo de la concreción de la retribución de su actividad empresarial por parte del *Boletín Oficial del Estado*, y de los cambios que puedan introducirse en cualquier momento en ese Diario Oficial. Esta enorme discrecionalidad debe ser ejercida con prudencia por el regulador, ponderando con neutralidad los intereses en juego, manejando información precisa y completa, y proporcionando seguridad y estabilidad a los operadores y a los consumidores, sin buscar otros objetivos colaterales que el funcionamiento correcto del mercado. Con todo, el margen de discrecionalidad para la fijación de tarifas, peajes, cánones y subvenciones nunca podrá reducirse a

tes de inversión, de operación y de mantenimiento, la disponibilidad y la utilización de las instalaciones, y se concreta en un término fijo y otro variable para cada una de ellas. Para facilitar esos cálculos, el artículo 24 concreta las obligaciones de información sobre los costes incurridos por los operadores del sistema.

³⁵ Aunque el artículo 17.1 LSE y el 95.1, primer párrafo, LSH sostienen que los peajes de acceso a redes no se gravarán con impuestos, el apartado 4 del primero y el párrafo segundo del segundo admiten que se les apliquen tributos autonómicos y locales. Esos tributos implicarán variaciones en el precio del suministro en las distintas partes de España y se instrumentarán como un suplemento territorial al peaje. El mismo criterio se aplica a las tarifas de último recurso (arts. 18.6 LSE y 95.1 LSH).

³⁶ Además, los peajes de regasificación, transporte y distribución de gas natural comprenden de por sí derechos limitados de almacenamiento operativo, ya que esas instalaciones sirven también como *contenedores* de gas natural. La DA 25.^a LSH regula este tipo de almacenamiento transitorio.

³⁷ Los costes permanentes del sistema tienen carácter institucional, e incluyen la retribución de la operación del sistema, el sostenimiento de la CNE (art. 16.5 LSE) y las compensaciones por sobrecostes del suministro extrapeninsular e insular (también lo fueron los CTC en su momento). En cambio, el operador del mercado (OMIE) se financia con los precios que cobra a los agentes del mercado por sus servicios. Los costes de diversificación y seguridad cubren las primas de producción de electricidad en régimen especial (art. 30.4 LSE), los costes de gestión de residuos radiactivos y combustibles nucleares (DA 6.^a.3 LSE) y la moratoria nuclear.

zero, por lo que la concreción final de esos precios siempre estará impregnada por cierta orientación de política económica que favorecerá a unos (operadores asentados en el mercado y receptores de ingresos por esos conceptos) y perjudicará a otros (nuevos operadores sin red propia y consumidores), o viceversa.

De todos modos, debe tenerse en cuenta que el legislador ha mostrado su voluntad de liberalizar el régimen de precios, tarifas y cánones en el sector de los hidrocarburos al menos, cuando el mercado sea suficientemente maduro como para funcionar sin intervención pública para la determinación de los mismos. Así lo expresa el artículo 97 LSH, con el que se cierra el capítulo dedicado al régimen económico, que delega en el Gobierno la adopción de esta decisión. De momento, el acceso de terceros a instalaciones de almacenamiento no básico tiene carácter negociado y no regulado (art. 61.3 LSH). En el sector eléctrico esa liberalización de precios, peajes y cánones es también posible en el futuro, pero requerirá con carácter previo una decisión expresa del legislador.

Una vez fijado el régimen de retribución de actividades, hay que aplicarlo teniendo en cuenta que en la cadena de suministro intervienen distintos sujetos y que al ser únicos los peajes y tarifas en todo el territorio hace falta repartir luego los ingresos totales obtenidos entre aquellos sujetos, liquidando obligaciones de pago y derechos de cobro. Por ejemplo, en el sector eléctrico los distribuidores son quienes físicamente llegan hasta cada consumidor a través de sus redes y se ocupan de su operación y mantenimiento y de medir el consumo, pero son los comercializadores quienes contratan y facturan el suministro. Los consumidores con alta tensión o con potencia contratada superior a 10 kW deben contratar su suministro con un comercializador en el mercado libre. Ese precio se descompone en un peaje o tarifa de acceso a las redes, que el comercializador debe abonar después al distribuidor, y un precio libremente pactado por la energía consumida. En cambio, los consumidores domésticos (o con potencia contratada inferior a 10 kW) pueden optar entre acudir al mercado libre o acogerse a la Tarifa de Último Recurso (TUR). Se trata de un precio regulado por el Ministerio de Industria que sólo puede ser ofrecido por los cinco comercializadores de último recurso oficialmente designados (que son las cuatro compañías eléctricas tradicionales más E.ON)³⁸. Es función de la CNE la liquidación de los costes de transporte y de distribución

³⁸ El coste del transporte eléctrico en la factura final de la luz representa aproximadamente un 5% del total, mientras que en el caso del gas natural supone en torno al 10% del coste del suministro.

y de los costes permanentes del sistema (art. 8.1.Octava LSE y DA 11.^a.Tercero.2.Primer LSH), que se hará mensualmente con carácter provisional y anualmente con carácter definitivo³⁹.

En cambio, en el sector gasista son los propios transportistas (y los distribuidores) quienes recaudan los peajes y cánones por uso de la red, dando luego a esas cantidades el destino que corresponda (art. 96 LSH). La determinación de los derechos de cobro y obligaciones de pago entre agentes a que den lugar la liquidación de las actividades gasistas reguladas corresponde a la Dirección General de Política Energética y Minas, a propuesta de la CNE. Al igual que en el sector eléctrico, se practicarán liquidaciones mensuales provisionales a cuenta de la liquidación anual definitiva⁴⁰.

Para garantizar la transparencia en la asignación de las cantidades ingresadas por las sociedades reguladas de infraestructuras estratégicas al realizar su actividad propia, la legislación establece obligaciones contables detalladas. Como ya se ha señalado antes, el ejercicio de distintas actividades reguladas por una compañía requiere llevar un régimen de contabilidad independiente para cada una de ellas, y el ejercicio de actividades libres y reguladas sólo será posible por medio de sociedades distintas dentro de un mismo grupo empresarial, y con sujeción a unas condiciones exigentes de gestión independiente. El régimen de contabilidad separada de las actividades reguladas pretende evitar que se produzcan discriminaciones para otros operadores del sistema, que se den subvenciones cruzadas entre sociedades de un mismo grupo, y que se distorsione la competencia en los mercados de producción y venta de energía. El sector eléctrico (art. 20 LSE) y el del gas natural (art. 62 LSH) se sujetan a las mismas pautas de separación contable, que se han ido mejorando fruto de la experiencia en la gobernanza del sector por las autoridades de regulación⁴¹. En el sector

³⁹ Véase el RD 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula la liquidación de los costes de transporte y distribución de electricidad, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad del abastecimiento, con varias modificaciones posteriores y Órdenes ministeriales de desarrollo.

⁴⁰ El procedimiento de liquidación de las actividades reguladas del sector del gas natural se desarrolla por la Orden ECO/2692/2002, de 28 de octubre. Hay un régimen de penalizaciones por retrasos, contenido en las DD.AA. 21.^a y 22.^a LSH, añadidas en 2003. La primera se refiere al cobro de intereses por no ingresar las cuotas con destinos específicos, y la segunda al cobro de intereses por impago de las liquidaciones debidas.

⁴¹ Ambos preceptos, de redacción paralela tras la reforma de 2007, aplican a los operadores el régimen de contabilidad de las sociedades anónimas (arts. 171 y ss. del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre), con independencia de su forma jurídica, y les obligan a tener una copia de sus cuentas anuales a disposición del público. El Gobierno podrá establecer especialidades contables y de publicación de las cuentas, sobre todo en relación con la preservación del medio ambiente. Téngase en cuenta la Orden ITC/1548/2009, de 4 de junio, por la que se establecen las obligaciones de presentación de información conta-

de los hidrocarburos líquidos y los GLP, la regulación (DA 29.^a LSH) no es tan matizada, pero se impone claramente el régimen de separación contable de actividades, que debe reflejar «con nitidez los ingresos y gastos de diferentes actividades y las transacciones realizadas entre sociedades de un mismo grupo».

La intervención pública sobre el régimen económico de las actividades de red es muy amplia y se extiende también a otros extremos, que afectan a otros sujetos del sistema distintos de los transportistas. Es el caso de la potestad de fijación de tarifas de suministro, que ha sido un instrumento clave de ordenación del sector y que ha dado lugar a un déficit acumulado por la política gubernamental de contención e incluso reducción de las mismas⁴². Hoy el régimen integral de tarifas ha sido eliminado con efectos de 1 de julio de 2009, manteniéndose únicamente una tarifa de último recurso (arts. 18 LSE y 93 LSH), o precio máximo de suministro en el que pueden refugiarse los pequeños consumidores que no quieren acudir al mercado libre⁴³.

Otro apartado es el de la subvención de actividades mediante primas de apoyo a nuevas fuentes de producción de energía. En efecto, la generación de electricidad a partir de fuentes renovables se sujeta a un régimen especial (arts. 27 a 31 LSE), que se beneficia de algunos privilegios (garantía de compra de la energía generada, prioridad de acceso a las redes de transporte y distribución, e incluso derecho a la percepción de una prima en su retribución). También el consumo de carbón nacional en la generación de electricidad puede ser primado cuando esté

ble y económico-financiera para las empresas que desarrollen actividades eléctricas, de gas natural y gases manufacturados por canalización.

Para evitar manifestaciones de contabilidad creativa, estas compañías deberán acompañar sus cuentas anuales de una memoria sobre los criterios aplicados al reparto de costes dentro del grupo empresarial, los criterios de asignación e imputación de activos, pasivos, gastos e ingresos, las reglas de amortización, y las modificaciones de estos criterios que se introduzcan cada año. Esta carga se refuerza con la obligación de información específica sobre los extremos que requieran las autoridades de regulación, y con la obligación de someter las cuentas de la sociedad a auditorías externas (reguladas por la Ley 19/1988, de 12 de julio, y por el Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre), si bien se podrán establecer excepciones para el caso de las pymes del sector eléctrico.

⁴² El Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, ha terminado aprobando un régimen progresivo de financiación del déficit tarifario, incorporado como DA 21.^a LSE, de manera que a partir de 2013 los peajes de acceso cubrirán el coste íntegro de las actividades reguladas. Además, crea un Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico, al que se cederán todos los derechos de cobro acumulados actualmente, que podrán así convertirse en activos financieros.

⁴³ Dentro de los consumidores con tarifa de último recurso, y para evitar que su actualización castigue a colectivos sociales vulnerables, el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, introduce un bono social que garantiza el derecho a mantener una tarifa reducida a los consumidores con potencia contratada por debajo de 3 kW, a los pensionistas mayores de 60 años, a las familias numerosas y a las familias en paro. Se trata de una obligación de servicio público, financiada por las empresas de generación de electricidad. La Resolución de 26 de junio de 2009 dispuso el modo de puesta en marcha del bono social.

en juego la garantía del suministro, hasta un máximo de 10 euros por MWh producido (DA 20.^a LSE), computándose esa prima como un coste permanente del sistema. Finalmente, cabe hacer referencia también a los célebres CTC o costes de transición a la competencia, que las empresas eléctricas consiguieron hacer reconocer al legislador con motivo del cambio de ordenación del sector hacia un sistema de mercado, y cuya compatibilidad con la prohibición comunitaria de ayudas públicas sólo se pudo salvar tras el establecimiento de un régimen de percepción de esas compensaciones condicionado al cumplimiento de ciertos objetivos en la producción eléctrica.

2. *Regulación sobre las infraestructuras*

Las grandes redes de transporte de energía son arterias fundamentales para el funcionamiento no ya de ciertos sectores económicos, sino de la misma sociedad. Ese valor estratégico y su vinculación a la prestación de servicios de suministro esencial exigen una regulación específica para este tipo de infraestructuras. Tradicionalmente, esa singularidad derivaba de su condición demanial, en cuanto bienes afectados a la prestación de un servicio público. Como es conocido, este régimen comporta su carácter de propiedades públicas, afectadas al uso de la colectividad, y dotadas de un régimen extraordinario de utilización y protección que las excluye de toda posible enajenación, usucapión o embargo mientras no sean desafectadas.

El panorama cambia cuando esas infraestructuras estratégicas pasan a estar en manos de sociedades privadas que actúan en un contexto de libre competencia, de manera que se hace necesario introducir una regulación sustitutiva del régimen demanial tradicional, pero análoga en su resultado de especial protección y vinculación a un servicio de interés general. En estos años ha cobrado fuerza el fenómeno de la financiación, titularidad y gestión privada de infraestructuras, la cual debe hacerse compatible con la garantía del acceso en condiciones de igualdad de los operadores privados a los mercados a través de la red y con la atención a los intereses generales que residen en el buen funcionamiento de los servicios de aprovisionamiento en red.

Esa conciliación de intereses se pretende alcanzar mediante una serie de limitaciones estructurales y funcionales que condicionan la explotación y funcionamiento de las infraestructuras en red, y unos privilegios singulares que facilitan su implantación y extensión al servicio de la colectividad, los cuales escapan al régimen ordinario de pro-

iedad. Básicamente, las singularidades de regulación de las redes estratégicas se pueden condensar en cuatro rasgos o aspectos, que expondré de modo breve por las condiciones de espacio que impone esta REVISTA y porque ya me he ocupado en trabajos previos de esa dimensión objetiva o de régimen jurídico de las infraestructuras⁴⁴.

A) *La planificación de las inversiones.*

Pese a su privatización, el legislador ha mantenido la planificación pública y vinculante de las redes mayoristas de energía, a diferencia del resto de instalaciones y redes minoristas en las que tal planificación sólo tiene valor indicativo u orientativo, quedando a expensas de los planes de inversiones de las empresas del sector. La cobertura universal del servicio está en juego, especialmente para atender nuevos focos de demanda y puntos de consumo poco rentables. El valor estratégico del escalón del transporte exige proyectar las necesidades del sistema a medio y largo plazo y comprometer las inversiones correspondientes. Así lo disponen con un marcado paralelismo los artículos 4 tanto de la LSE⁴⁵ como de la LSH⁴⁶, que desde 2007 incluyen la referencia a criterios medioambientales como orientadores de la planificación a realizar. El plan resultante deberá ser respetado por los instrumentos de ordenación del territorio y de ordenación urbanística, en los que deberá reservarse el suelo necesario para la ubicación de las instalaciones planificadas (arts. 5 LSE y LSH).

Al tratarse de instalaciones de transporte, la competencia para su planificación corresponde a la Administración del Estado, quien dará participación en el procedimiento a las Comunidades Autónomas afectadas y someterá el documento resultante al Congreso de los Diputa-

⁴⁴ Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, *Infraestructuras en red...*, cit., págs. 256 a 270, y 331 y ss., y voz «Infraestructuras en red», en *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, Iustel, Madrid, 2007, págs. 417 a 431.

⁴⁵ El artículo 4 LSE ha sido desarrollado por los artículos 8 a 16 del RD 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan, entre otras, las actividades de transporte y la autorización de instalaciones eléctricas. Allí se marca un horizonte temporal de cinco años para el plan de desarrollo de la red de transporte, que se complementa con programas anuales de instalaciones. El plan se elabora *a partir de las propuestas* de desarrollo de la red que formula REE, que es quien en realidad conoce el sistema y es el autor material de la planificación.

⁴⁶ Aquí la planificación vinculante abarca la red básica de gas natural, la red de transporte secundario (que no se incluía en la redacción anterior a 2007 del art. 4 LSH), la capacidad de regasificación de gas natural licuado, y las instalaciones de almacenamiento básico de gas natural. En el ámbito de los hidrocarburos líquidos, esa planificación alcanza a las instalaciones de almacenamiento de reservas estratégicas y a los criterios generales para el establecimiento de instalaciones de productos petrolíferos al por menor.

dos⁴⁷. Por otro lado, debido a su fuerte imbricación, la tendencia del Gobierno ha sido la de aprobar conjuntamente la planificación eléctrica y gasista, enmarcándolas en un documento más amplio de seguimiento y planificación, que abarca aspectos como la previsión de la demanda energética, las necesidades de plantas de generación y de refinerías, los costes de las instalaciones planificadas, y las reservas estratégicas de productos petrolíferos⁴⁸.

B) *El régimen de autorización administrativa de instalaciones.*

A pesar del nuevo contexto de actividades liberalizadas en el que se desenvuelven, cada paso relevante en la vida de las infraestructuras estratégicas (construcción, explotación, modificación, transmisión y cierre, con las excepciones que se indicarán) se somete a un régimen de autorización administrativa reglada, que será competencia de la Administración General del Estado siempre que la red afecte a más de una Comunidad Autónoma⁴⁹.

⁴⁷ A pesar de su importancia y su envergadura presupuestaria, la planificación energética no requiere ser aprobada por ley parlamentaria, aunque sí la intervención de la Cámara Baja (el art. 4.2 LSH indica simplemente que *será presentada* al Congreso, y el art. 4.2 LSE, que *será sometida* al Congreso). El Reglamento del Congreso de los Diputados prevé en su artículo 198 el trámite para el examen de programas y planes remitidos por el Gobierno, que en principio serán remitidos por la Mesa para su estudio en Comisión. La Cámara terminará dictando una resolución en la que se pronuncie sobre el plan o programa.

⁴⁸ En octubre de 2002 el Consejo de Ministros aprobó la «Planificación de los sectores de electricidad y gas. Desarrollo de las redes de transporte 2002-2011», que se completó en diciembre de 2003 con una Adenda para las Islas Baleares. Ese plan comprometió un voluminoso presupuesto de 6.500 millones de euros, a repartir entre redes de gas (3.800) y de electricidad (2.700). Los objetivos iniciales (ampliación de la red eléctrica de 440 kV en 7.680 km, y de las líneas de 220 kV en 3.573 km) fueron revisados a la baja por el Consejo de Ministros en marzo de 2006 para el periodo 2005-2011, reduciéndose en un 10% las inversiones previstas en red eléctrica.

En mayo de 2008 se sustituyó el plan por la vigente «Planificación de los sectores de electricidad y gas. Desarrollo de las redes de transporte 2008-2016», que se sometió a evaluación ambiental estratégica. En su elaboración, que duró dos años, se tuvieron en cuenta otros planes sectoriales como el de fomento de las energías renovables 2005-2010, el de reducción de emisiones de grandes instalaciones de combustión de 2004 (que empezó a aplicarse en 2008), el plan nacional de asignación de derechos de emisión, y el plan de acción para la estrategia de ahorro y eficiencia energética 2008-2012. En el ámbito eléctrico prevé instalar 1.163 subestaciones y 7.488 km de red de 440 kV, así como 2.313 subestaciones y 4.782 km de red de 220 kV. En el sector gasista se pretende extender la red de transporte primario en 6.025 km, y la de transporte secundario en 2.811. Se comprometen unas inversiones para REE de unos 9.200 millones de euros y para ENAGAS de unos 10.200.

⁴⁹ La reforma de la legislación gasista y eléctrica de 2007 introduce la distinción entre el escalón primario y el secundario dentro de la red de transporte, con fines competenciales. Las CC.AA. pueden asumir así la competencia para la autorización de instalaciones de distribución y de transporte secundario que no salgan de su ámbito territorial ni afecten a otras CC.AA., según recogen los artículos 3.2.c) y 3.3.d) LSH y 3.2.a) y 3.3.c) LSE.

En caso de que la competencia sea autonómica será al menos preceptivo el informe previo de la Administración del Estado, que valorará su incidencia sobre el sistema general de suministro (arts. 36.3, tercer párrafo, LSE y 114 del RD 1955/2000). El informe no es vincu-

A tal efecto, la Ley prevé que los transportistas de electricidad y de gas presenten cada año su proyecto de inversiones en red con su descripción técnica, presupuesto y plazos de ejecución, que se entenderán aprobados tras un mes si no recae resolución expresa⁵⁰. En cambio, la autorización de instalaciones concretas en ejecución de esos planes se somete a un régimen de silencio negativo, y es independiente de otros permisos ambientales, urbanísticos o administrativos necesarios (arts. 36.3 LSE y 67.3 LSH)⁵¹. Mediante este control se verifican sus condiciones técnicas y de seguridad, el cumplimiento de la legislación medioambiental, y la capacidad legal, técnica y económica del solicitante⁵², pudiéndose imponer condiciones para que la construcción y explotación de la instalación se ajuste a la normativa vigente (arts. 37.1 LSE y 67.4 LSH). Además, este trámite permite contar a la Administración con un instrumento idóneo de seguimiento de la planificación de las redes de transporte⁵³.

lante y se entiende emitido si transcurren dos meses sin respuesta. La Ley dice que la Administración competente deberá «tenerlo en cuenta» a la hora de resolver sobre la autorización, y el Reglamento añade que se notificará a la AGE y a la CNE la resolución final.

⁵⁰ Artículos 35.5 LSE y 68.b) LSH. Los expedientes son tramitados ante el Secretario General de Energía del Ministerio de Industria. El mismo régimen de aprobación anual se prevé para el caso de las redes de distribución —arts. 41.1.o) LSE y 74.1.s) LSH—, que son de competencia autonómica.

⁵¹ La regulación del procedimiento de otorgamiento de las autorizaciones administrativas en el sector eléctrico está desarrollada por el Título VII (arts. 111 a 139) del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre. El procedimiento consta de tres fases sucesivas para autorizar el anteproyecto de instalación, el proyecto de ejecución y la puesta en tensión de las instalaciones. La primera de ellas tiene un plazo de tres meses e incluye trámites de información pública, de alegaciones, de información a otras Administraciones afectadas y, en su caso, de evaluación ambiental. La resolución final es objeto de notificación y publicación. La segunda cuenta también con un plazo de tramitación y notificación de tres meses, y se encomienda a las áreas de industria de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno en cada provincia afectada por el proyecto. Con el certificado final de obra se podrá solicitar el acta de puesta en servicio, que es la tercera fase.

En el sector gasista hay que estar al Título IV (arts. 67 a 115) del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, que no es de aplicación a los almacenamientos subterráneos de gas natural. La competencia para autorizar instalaciones de transporte es de la Dirección General de Política Energética y Minas, hoy dependiente del Ministerio de Industria, instruyéndose los expedientes por las áreas de industria de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno en cada provincia. El procedimiento cuenta con las mismas tres fases de autorización del proyecto genérico, aprobación del proyecto de detalle o de ejecución, y autorización de explotación, una vez ejecutadas las obras. Las dos primeras pueden tramitarse de manera conjunta. El artículo 73 del Decreto recoge el régimen específico aplicable a los supuestos de concurrencia competitiva.

⁵² La cual es bien conocida en el caso del transporte de electricidad y del transporte primario de gas natural, por tratarse de un transportista único. Caben, no obstante, algunas excepciones (art. 35.2 LSE), sobre todo en el ámbito del transporte gasista secundario, para el que se prevé la adjudicación de autorizaciones de instalaciones en régimen de concurso competitivo.

⁵³ Según el artículo 120.3 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, no podrán autorizarse instalaciones que no estén incluidas en la planificación eléctrica. La misma regla impone el artículo 75.3 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, respecto a las redes gasistas, aunque permite excepciones por motivos justificados, a propuesta del Gestor Técnico del Sistema (ENAGAS).

El incumplimiento de las condiciones de la autorización otorgada podrá dar lugar a su revocación (arts. 37.2 LSE y 67.5 LSH), y las instalaciones de transporte quedan sometidas a un régimen de revisión trienal y a la potestad inspectora que ejerce la CNE.

Una vez autorizada la infraestructura, ésta se integra en la red general y pasa a someterse al régimen específico de las instalaciones estratégicas en los mercados regulados, que se caracteriza por tres notas principales: quedan gravadas por el derecho de acceso y tránsito de terceros, se sujetan a una retribución regulada (mediante peajes o cánones fijados por el regulador), y se benefician de algunas técnicas que facilitan su implantación física (art. 37.1 LSE). Por ello, estas autorizaciones «en ningún caso se concederán con derechos exclusivos de uso» (art. 73.4 LSH, respecto a las instalaciones de distribución de gas natural, y art. 40.2 LSE, para las de distribución eléctrica) ni «en régimen de monopolio» (art. 67.3 LSH, relativo a instalaciones de transporte de gas natural). En cambio, de manera congruente con el principio de red única y de monopolio natural de estas actividades, no se autorizará la duplicación redundante de instalaciones. Basta con que la red establecida asuma la carga de las obligaciones de servicio público, del acceso de terceros y de la extensión de la red⁵⁴.

En el sector gasista, el régimen de autorización se extiende a las plantas de regasificación y licuefacción de gas natural, así como a las instalaciones de almacenamiento (art. 55.1 LSH), y conlleva la obligación de constituir una garantía de un 2% del presupuesto de las obras. La transmisión de las instalaciones de la red de transporte se somete también a autorización (art. 67.1, párrafo segundo, LSH), si bien hasta la reforma de 2007 sólo se establecía la carga de dirigir al regulador una comunicación informativa⁵⁵. En cambio, se prevé en esa misma disposición que todas las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de transporte sujetas a planificación obligatoria sean adjudicadas en régimen concurrencial.

En el campo de los hidrocarburos líquidos, la construcción y explotación de refinerías, oleoductos y almacenamientos logísticos requieren autorización. En cambio, su transmisión sólo se sujeta a un régimen de comunicación administrativa. En cuanto al cierre de las

⁵⁴ Así, la DA 23.ª LSH, introducida por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, veta la concesión de autorizaciones de instalaciones de distribución de gas natural en las zonas donde ya se haya concedido una.

⁵⁵ Con deficiente técnica legislativa, el artículo 67.1 LSH, primer párrafo, enumera las operaciones sobre instalaciones de transporte sujetas a autorización (construcción, explotación, modificación y cierre), sin mencionar la transmisión, para añadir en un segundo párrafo que también ésta debe ser autorizada. Esta incoherencia proviene de cuando la transmisión se sujetaba a un régimen distinto (el de comunicación), y se reformó la Ley mediante un simple parche.

instalaciones, las refinerías requieren autorización (que podrá exigir su desmontaje a costa de la empresa), mientras que oleoductos y almacenamientos sólo exigen comunicación a la Administración (arts. 39.1 y 40.1 LSH).

Por último, cabe destacar que incluso la transmisión indirecta de infraestructuras por la vía de la adquisición de las empresas titulares de las mismas puede comportar la obligación de solicitar una autorización previa a la CNE. Así lo dispuso el polémico Real Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero, aprobado por el Gobierno precipitadamente y con efectos retroactivos ante la irrupción de una OPV inesperada del grupo alemán E.ON sobre la española Endesa⁵⁶.

C) *Los privilegios para la implantación y extensión de redes.*

Los titulares de infraestructuras en red, al estar vinculadas al servicio de la colectividad, se benefician de una serie de privilegios que facilitan el tendido e instalación de las redes en el suelo, vuelo o subsuelo de terrenos de terceros, semejantes a los propios de las obras públicas. Esos privilegios son básicamente tres: la declaración de utilidad pública de las infraestructuras para que el operador de la red sea beneficiario de la expropiación forzosa (con el consiguiente efecto de declaración implícita de la necesidad de la ocupación y la aplicación del procedimiento expropiatorio de urgencia); el reconocimiento del derecho a obtener las autorizaciones necesarias para la ocupación de propiedades públicas, tanto de condición demanial como patrimonial (de hecho, es frecuente aprovechar el trazado de las vías públicas para tender otro tipo de redes); y la atribución del derecho a la imposición de servidumbres forzosas de paso sobre propiedades privadas de terceros⁵⁷. La regulación de estos privilegios se contiene en el Título IX LSE (arts. 52 a 58), bajo el rótulo de expropiaciones y servidumbres, y en el Título V LSH (arts. 103 a 107)⁵⁸.

⁵⁶ El Real Decreto-ley incorpora en la DA 11.^a Tercero.1 LSH como competencia 14.^a de la CNE la autorización previa de operaciones de adquisición de empresas o activos energéticos estratégicos.

⁵⁷ Sobre esta materia, vid. Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, *Infraestructuras en red...*, cit., págs. 261 a 267.

⁵⁸ Esos preceptos están desarrollados por los artículos 140 a 162 del RD 1955/2000, de 1 de diciembre, para el sector eléctrico, y por los artículos 92 a 113 del RD 1434/2002, de 27 de diciembre, para el sector gasista. Allí se establece el modo de solicitar la declaración de utilidad pública, sus efectos en la subsiguiente expropiación forzosa y las servidumbres de paso de instalaciones.

D) *El uso regulado de las infraestructuras: los derechos de acceso e interconexión de terceros.*

La regulación reduce a las compañías titulares de infraestructuras estratégicas a la condición de meras administradoras o gestoras imparciales de la capacidad de sus instalaciones. Es decir, están sujetas a fuertes medidas limitadoras de las facultades de uso o explotación, con el objetivo de separar la titularidad del uso de las instalaciones y garantizar así su apertura a terceros operadores, sin discriminaciones ni preferencias⁵⁹.

Estas limitaciones de su derecho de propiedad se estructuran en tres direcciones. En primer lugar, y con carácter general, las actividades de red se sujetan a un régimen de regulación pública de sus parámetros jurídico-económicos, establecidos por el legislador y las Administraciones públicas competentes, auxiliadas por Comisiones reguladoras.

En segundo lugar, se reconoce a los operadores de cada sector con título habilitante el derecho de uso de las instalaciones de interés general ajenas, a cambio de una contraprestación tasada y orientada a costes reales. Ese derecho se concreta en las técnicas del acceso de terceros a la red, de la interconexión de redes (que deben ser interoperables) y de la compartición de instalaciones, emplazamientos o conducciones entre operadores⁶⁰. Los derechos de paso de terceros operadores, que salpican toda la legislación sobre energía⁶¹, se sujetan a criterios obje-

⁵⁹ Como reconoce la Exp. Mot. LSH, «la separación entre la propiedad de la infraestructura de transporte y el servicio que dicha infraestructura presta y la progresividad en este proceso de separación son las dos herramientas que, al igual que la LSE, la presente Ley utiliza para transformar el panorama de la industria del gas natural».

⁶⁰ En el ámbito de la energía no se duplican las instalaciones para competir, pero en otros sectores, como el de las telecomunicaciones, es frecuente que cada operador deba desplegar su propia red para prestar servicios. En estos casos, el regulador puede permitir que se celebren acuerdos para ahorrar costes compartiendo el mero emplazamiento físico de las instalaciones, las canalizaciones tendidas para instalar una red (a través de las cuales cada uno desplegará sus líneas), o incluso las propias redes para prestar servicio si tienen capacidad suficiente.

⁶¹ *Electricidad*. El artículo 11.2 LSE garantiza el acceso de terceros a las redes eléctricas en general, que luego es recogido como derecho de cada tipo de operador: productores —art. 26.1.d) LSE—, productores en régimen especial —que tienen prioridad, según el art. 30.2.b) LSE— y comercializadores —art. 45.2.f) LSE—. De modo paralelo, el titular de las instalaciones está obligado a facilitar el acceso —art. 37.1.b) LSE—. Este régimen se desarrolla por los artículos 52 y ss. del RD 1955/2000, de 1 de diciembre. El acceso a la red de transporte se solicita a REE, que tendrá hasta dos meses para evaluar la capacidad de la red para atenderlas. Tras su estimación favorable se formaliza el contrato de acceso en el plazo de un mes. En el caso de nuevas instalaciones de producción será necesario constituir un aval, cuya cuantía está en función de su potencia.

Gas natural. El derecho de acceso viene reconocido por los artículos 60.3 y 61.2 LSH. La obligación del titular de medios de transporte y almacenamiento de facilitar el acceso y de

tivos, transparentes y no discriminatorios. El acceso sólo puede denegarse de manera motivada invocando alguna de las causas tasadas previstas en la Ley: la falta de capacidad disponible de la red, el no estar al corriente del pago de peajes precedentes y la falta de reciprocidad internacional (arts. 38.2 LSE, 41.4 y 5 LSH y 70.3, 4 y 5 LSH). En caso de conflicto, los interesados podrán acudir a la CNE para que resuelva de manera imparcial en el plazo de dos meses.

Por último, se reconoce el derecho de los consumidores finales a la acometida y enganche a la red para poder recibir los correspondientes servicios (arts. 2.2 y 10.1 LSE y 57.1 LSH). Este derecho puede asegurarse mediante concretas obligaciones de servicio público y de servicio universal (reconocimiento general del derecho de todo ciudadano, en cualquier parte del territorio, a un conjunto de servicios de calidad determinada a un precio asequible).

3. *Regulación del reparto accionario de la compañía*

Quizás en este apartado resida el salto cualitativo más singular en la regulación de estas sociedades estratégicas. El carácter regulado de sus actividades y la separación entre propiedad y uso de sus infraestructuras son notas compartidas con otros operadores de red como son los distribuidores. Pero las compañías titulares de activos de transporte ocupan una posición única y estratégica en los sistemas de aprovisionamiento. La garantía de la neutralidad en su actuación en favor de la competencia ha conducido al legislador a intervenir incluso sobre el reparto de propiedad de estas compañías entre sus accionistas y, por tanto, sobre la formación de sus órganos gestores. Aunque existe algún

celebrar los contratos oportunos se recoge en los artículos 68.c) y e) y 70.1 LSH. El RD 949/2001, de 3 de agosto, desarrolla el procedimiento. El acceso de terceros a la red se inicia mediante petición formal de reserva de capacidad del operador interesado (art. 5), que debe ser resuelta de manera motivada en un plazo de 24 días hábiles (12 si se trata de una petición reiterada). Las peticiones se contestan en orden cronológico, aunque se admiten excepciones en caso de congestión y de las conexiones internacionales. El gestor técnico del sistema (ENAGAS) puede acudir a la CNE para que deniegue un determinado acceso o lo sujete a condiciones. Una vez concedido el acceso, se celebra el contrato en los siguientes 24 días hábiles (art. 6). El contrato puede ser de corto plazo (por menos de dos años), en cuyo caso es improrrogable, o de largo plazo (por más de dos años), en cuyo caso cabe prórroga. El cumplimiento del contrato se asegura mediante una fianza por doce meses de término fijo de peaje sobre el 85% de la capacidad contratada. La infrautilización continuada de la capacidad reservada podrá ser causa de denegación de futuras solicitudes.

Hidrocarburos líquidos. El artículo 41.1 LSH establece la obligación de los titulares de instalaciones de transporte y de almacenamiento de permitir el acceso en condiciones negociadas—no reguladas—y sujetas a publicidad. Por el contrario, el artículo 41.2 y 3 LSH alude a los sujetos con derecho de acceso a esas instalaciones.

precedente al respecto⁶², resulta llamativa esta intensa injerencia del poder público en la configuración de estas empresas privadas. Se confirma así su condición de piezas instrumentales al servicio de un mercado de interés general, es decir, de sociedades que, pese a su forma jurídica privada, ejercen funciones públicas y tienen un estatuto jurídico singular.

Las empresas mayoristas de transporte de energía (REE, ENAGAS y CLH), al igual que el operador del mercado eléctrico (OMIE), tienen forma jurídica de sociedades anónimas, por lo que su capital social se divide en acciones o partes alícuotas de igual valor nominal⁶³. Los titulares de las acciones participan en la toma de decisiones de la compañía a través de la Junta General de Accionistas, ordinaria o extraordinaria, con un peso proporcional a su participación social⁶⁴. Igualmente, los accionistas eligen por votación proporcional a los miembros del Consejo de Administración, cuyo número vendrá fijado por los estatutos sociales⁶⁵. Pues bien, el regulador ha encontrado en la introducción de limitaciones a la composición accionarial y al ejercicio de los derechos políticos que proporciona la condición de socio una vía fecunda para garantizar la neutralidad de la gestión de las redes por estas sociedades estratégicas y su independencia respecto de los operadores del sector.

⁶² Por ejemplo, la legislación sobre OPAs establece la obligación del accionista mayoritario de lanzarla sobre el conjunto de la sociedad cuando sobrepasa, directa o indirectamente, el 30% de los derechos de voto de una compañía (art. 60 de la Ley del Mercado de Valores, modificado por Ley 6/2007, de 12 de abril).

Más claro es el caso del artículo 19.2 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, en la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que veta la designación directa o indirecta de los órganos de administración de más de una sociedad concesionaria de servicio público de televisión a quienes tengan también la condición de concesionario o tengan una participación superior al 5% en un concesionario. La Ley 7/2009, de 3 de julio, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones, ha modificado varios apartados del artículo 19, introduciendo más condiciones de ese mismo estilo a quienes tienen una participación relevante en cadenas de televisión privadas.

⁶³ Tal como afirma el artículo 48.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, «la acción confiere a su titular legítimo la condición de socio y le atribuye los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos».

⁶⁴ Conforme al artículo 105 de la Ley de Sociedades Anónimas, los estatutos de la sociedad pueden imponer un número mínimo de acciones para poder concurrir a las reuniones, que nunca podrá ser superior al 1 por mil del capital, y que se podrá alcanzar mediante agrupación de acciones de varios socios.

⁶⁵ En ocasiones los estatutos sólo determinan el número máximo y mínimo de consejeros, por lo que será la Junta General la que concrete el número (art. 123.1 LSA). En la votación para elegir a los miembros del Consejo, se podrán agrupar voluntariamente acciones «hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de vocales del Consejo», de manera que «tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción», sin que las acciones así agrupadas puedan intervenir en la votación de los restantes miembros del Consejo (art. 137 LSA).

Las técnicas de limitación han seguido varios criterios de diseño y, con frecuencia, se combinan entre sí para garantizar los objetivos del regulador. Básicamente se manejan cuatro tipos de límites, que se refuerzan con algunas medidas complementarias para el caso de incumplimiento. Tras más de un decenio de evolución y ensayo en la formulación legal de estos límites, es patente la convergencia en la regulación de las distintas sociedades de infraestructuras, lo cual resulta lógico al tratarse de sectores interconectados. Además, se tiende a estrechar los límites aplicables, de manera que los umbrales iniciales máximos de participación societaria se han ido reduciendo progresivamente. De esta forma, se ha suavizado el proceso de desinversión en estas compañías por parte de sus socios de referencia tradicionales en cuyas manos se encontraban.

Estas técnicas se han aplicado también a otros operadores del sector distintos de las sociedades estratégicas de infraestructuras de transporte, al menos cuando adquieren la condición de operador principal o dominante⁶⁶, e incluso se están *exportando* más allá de nuestras fronteras a través de la creación del mercado ibérico de electricidad⁶⁷.

A) *Establecimiento de un límite máximo de participación accionarial individual para cada operador del sector.* Es la medida primaria aplicada a todas las sociedades reguladas de infraestructuras estratégicas, para que ningún operador de actividades libres de un mercado

⁶⁶ El artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia (retocado sucesivamente en los años 2000, 2005 y 2007), introdujo la prohibición de que los operadores principales de algunos sectores regulados (electricidad, carburantes, gases licuados del petróleo, gas natural y telefonía fija y portátil) tengan accionistas comunes y puedan ejercer los correspondientes derechos políticos. En concreto, prohíbe, y tipifica como infracción muy grave, el ejercicio de derechos políticos por encima de un 3% en más de un operador principal del mismo sector, y la designación de miembros del Consejo de Administración en más de un operador principal. También prohíbe (salvo que se trate de grupos empresariales consolidados) que un operador principal pueda ejercer derechos políticos en otro operador principal del mismo sector, ni designar directa o indirectamente ningún miembro del Consejo de Administración. Se entiende por operadores principales las cinco empresas con mayor cuota de mercado en un sector. A tal efecto, la CNE publica anualmente una resolución con el listado de los operadores principales y dominantes en cada subsector (véanse las Resoluciones de la CNE de 3 de julio de 2008, modificadas por otra de 17 de marzo de 2009, tras la estimación del recurso interpuesto por ACS contra aquéllas). La CNE y la CMT podrán autorizar excepciones justificadas a esta prohibición, siguiendo el procedimiento regulado por el RD 1232/2001, de 12 de noviembre.

⁶⁷ En efecto, el artículo 4, apartados 4.b) y 6, del Convenio internacional para la constitución del mercado ibérico de electricidad prohíbe a los Operadores del Sistema portugués y español (REN y REE, respectivamente) superar el 3% de participación en las sociedades rectoras de los mercados correspondientes (OMIP y OMIE, que son dos polos que terminarán fundiéndose en una única entidad, el OMI). Esta medida está claramente orientada hacia el sistema portugués, ya que el capital del operador del mercado (OMIP) fue desembolsado íntegramente por el operador del sistema (*Rede Eléctrica Nacional SA, REN*), que a su vez es una sociedad pública.

pueda alcanzar el control directo o indirecto de la sociedad titular de las redes mayoristas de ese sector, preservando la neutralidad en la administración de las redes de transporte⁶⁸. La producción y venta de energía son negocios distintos e independientes de las actividades de red (el transporte y la distribución, que a su vez han de ser segmentos separados de actividad), sin que se deban mezclar los intereses comerciales de los actores de esas distintas categorías. Este límite se aplica a los operadores del sector y a los accionistas que tengan más de un 5% de algún operador del sector.

Para evitar fraudes el legislador señala que, a estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las participaciones directas como indirectas de un sujeto o entidad, ya sea a través de otras entidades del mismo grupo, a través de una persona que actúe en nombre propio, pero por cuenta ajena, o a través de socios con los que se ejerza el control de otra sociedad. Las reglas que la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, establece en este punto son de aplicación. Estas indicaciones se introdujeron en el año 2000 en relación con CLH y ENAGAS, con una redacción idéntica⁶⁹, y dos años más tarde se extendieron también a REE⁷⁰, mantenién-

⁶⁸ En el sector eléctrico existen limitaciones de este tipo tanto para el operador del sistema (REE) como para el operador del mercado (OMIE). Así, el artículo 34.1 LSE, en la redacción dada por el artículo 23 del RD-L 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para mejora de la contratación pública (que no ha sido modificado en este punto por la Ley de 2007), establece un límite de participación de un 1% en el capital social de REE, aplicable tanto a operadores del sector como a accionistas que tengan más de un 5% de participación en un operador eléctrico (para el resto de socios ajenos al sector el límite es del 3%). Inicialmente, ese límite era del 10% individual, y en 2003 se redujo al 3% por la Ley 53/2002, de acompañamiento. Por su parte, el artículo 33.1 LSE mantuvo desde su aprobación hasta 2003 el techo del 10% para la participación individual en el entonces llamado OMEL. Este límite quedó reducido a la mitad por el artículo 91.2 de la Ley de acompañamiento a los presupuestos para 2004 (Ley 62/2003). Esa reducción al 5% quedó confirmada por el Convenio internacional para la constitución del mercado ibérico —art. 4.4.a)—, que se aplica al Operador del Mercado Ibérico de Energía-Polo Español SA (que es como se ha pasado a denominar el OMEL). Ahora bien, ese límite se aplica a todo tipo de socios de la compañía, no sólo a los que sean operadores eléctricos.

En el sector gasista, la DA 20.^a LSH (reformada por el artículo 92.3 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social) limitó la participación directa o indirecta de cualquier persona física o jurídica al 5% del capital social o de los derechos de voto en ENAGAS SA (en el año 2000, cuando se creó esa limitación, el umbral era del 35%). Posteriormente, la Ley 12/2007, de 2 de julio, de reforma de la LSH, redujo ese límite al 1% para el caso de los operadores gasistas y para aquellos socios que tengan una participación en un operador gasista superior al 5%, igualando en este punto el régimen de REE y ENAGAS.

En el sector de los hidrocarburos líquidos el artículo 1 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, prohibió que ningún accionista de CLH superase, directa o indirectamente, el 25% del capital. Esta medida no ha sido incorporada al texto de la LSH, pero se mantiene vigente.

⁶⁹ Cuando las participaciones no son directas se pueden plantear dificultades probatorias, que el legislador quiere allanar invirtiendo en algunos casos la carga de la prueba, por ejemplo mediante la presunción *iuris tantum* de que las personas que forman parte del órgano de administración de una entidad actúan de manera concertada con ella. El Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, en sus artículos 1 y 10, impone a CLH y ENAGAS las mismas reglas

dose hoy vigentes⁷¹. Por otro lado, téngase en cuenta que el incumplimiento de estos deberes se califica de infracción muy grave a efectos sancionadores, como se verá más abajo.

B) *Establecimiento de un límite máximo de participación accionarial conjunta para los operadores del sector.* El regulador quiere evitar tanto el control de las redes neurálgicas por un único operador como el control corporativo por los operadores dominantes de un sistema, organizados como un oligopolio. Por eso, el límite individual de presencia de los operadores en la sociedad titular de la red de transporte se combina normalmente con un límite global de participación del conjunto de los operadores del sector⁷². Además, como ese límite se sitúa por debajo del 50%, el regulador está exigiendo en la práctica una participación mayoritaria en la compañía de socios ajenos a los mercados de producción, distribución y comercialización de energía, reforzando

de cómputo de las participaciones accionariales. Con invocación del artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, se atribuyen a la misma persona física o jurídica las acciones y valores adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo, y las acciones cuya titularidad corresponda:

«a) A aquellas personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquélla, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión. Se entenderá, salvo prueba en contrario, que actúan por cuenta de una persona jurídica o de forma concertada con ella los miembros de su órgano de administración.

b) A los socios junto a los que aquélla ejerza el control sobre una entidad dominada conforme a lo previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores».

⁷⁰ Artículo 92.Uno de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el que se modificó la redacción del artículo 34.1 LSE.

⁷¹ La misma fórmula de cómputo de participaciones figura hoy en el artículo 34.1 LSE (en relación con REE), en la DA 20.^a LSH (en relación con ENAGAS) y en el artículo 1 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio (en relación con ENAGAS).

⁷² En el sector eléctrico este límite se estableció en función del máximo individual de participación y de la existencia de cuatro grandes operadores que controlaban el mercado (Endesa, Iberdrola, Unión Fenosa e Hidrocantábrico). El límite se fijó en el 40% al aprobarse la LSE (cuando el límite individual era del 10%), y luego se redujo al 12% en el año 2003 (cuando la participación máxima individual se situó en el 3%). En la actualidad, el artículo 34.1 LSE, modificado por el RD-L 5/2005, de 11 de marzo, se separa de esa tradición y, teniendo en cuenta que han surgido nuevos operadores y que la dimensión del mercado es ahora peninsular, ha reestablecido el límite inicial conjunto del 40% a la participación corporativa. La Ley 17/2007, de 4 de julio, de modificación de la LSE, mantiene ese umbral. Ese mismo límite del 40% es el que se aplica al OMIE desde la redacción original de la LSE (art. 33.1).

En el campo de los hidrocarburos, el artículo 1 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de liberalización del sector energético, asignó un tope de participación del 45% del capital de CLH para el conjunto de los operadores petrolíferos con actividad de refino en España. Es curioso que ese límite no se haya incorporado a la LSH, que es donde debería constar esa limitación, tal como hizo este mismo Decreto-ley respecto a ENAGAS.

ENAGAS ha sido la última sociedad regulada de infraestructuras a la que se ha aplicado un límite global de participación colectiva de los operadores del sector del gas natural. La DA 20.^a LSH recoge desde su reforma por Ley 12/2007, de 2 de julio, un tope del 40% de participación corporativa, homogéneo con el de REE y el OMIE.

esa separación entre tramos de actividad⁷³. También aquí, para el cómputo de esos porcentajes, se tendrán en cuenta tanto las participaciones directas como indirectas de los operadores en la compañía titular de la red de transporte.

Una vez alcanzado ese límite, no cabrá la entrada de un nuevo operador en el capital de la compañía, ni el aumento de la participación de un operador que ya sea socio, salvo mediante la adquisición de acciones de un socio que tenga esa misma condición (en el caso del OMEL el art. 33.1 LSE prevé el procedimiento de entrada de nuevos socios, que puede llevar a la ampliación de capital de la compañía. Con independencia de las consecuencias sancionadoras que puedan derivarse, los derechos políticos o de voto de las acciones que excedan de ese límite quedarán en suspenso y no podrán ser ejercidos.

C) *Establecimiento de un límite máximo de participación accionarial individual para los accionistas en general.* El regulador desconfía también de la concentración de estas compañías en una sola mano e incluso de la toma de participaciones relevantes, por lo que tiende a establecer un tope individual para cualquier socio, sea persona física o jurídica. El regulador opta en ocasiones por establecer un único límite de participación individual, aplicable a cualquier accionista, tenga o no la condición de operador del sector (es el caso del OMIE y de CLH)⁷⁴, y en ocasiones opta por acompañar esa medida con un límite todavía más reducido para los socios que sean operadores del sector o tengan participación en otras sociedades que sí lo sean (como ocurre con REE y ENAGAS)⁷⁵. La legislación energética suele añadir que no cabe la

⁷³ Se trata de un modelo diferente al seguido en otros países, como Estado Unidos, donde las ISO (*Independent System Operators*) y las RTO (*Regional Transmission Operators*) que operan en las zonas del país que cuentan con un sistema de suministro eléctrico liberalizado, y que ejercen funciones semejantes a REE en España en cuanto a la operación y gestión del sistema (aunque sin ser titulares de la red de transporte), son organizaciones corporativas formadas por los operadores del sector.

⁷⁴ Según el artículo 33.1 LSE, ningún socio del operador del mercado (OMIE), ya sea persona física o jurídica, puede superar, directa o indirectamente, el 5% de participación en el capital social (como se vio antes, existe además un límite para los socios que sean operadores eléctricos, pero sólo para el conjunto de ellos). En su redacción original, la LSE impuso un límite individual de participación en el operador del mercado del 10%, parejo con el límite impuesto al operador del sistema. Fue el artículo 91.dos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, quien redujo ese tope al 5%, que se mantiene actualmente.

Caso paralelo es el de CLH. El regulador ha condicionado la formación del accionariado de esta compañía con un límite individual de participación del 25% del capital social, que se combina con un límite conjunto para los operadores con capacidad de refino en España (45%). Esos límites se introdujeron por el artículo 1 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de intensificación de la competencia, y se mantienen vigentes hoy en día.

⁷⁵ La LSE, en su redacción original, sólo estableció límites a la participación en REE de los operadores eléctricos. El artículo 34.1 LSE, tras su reforma por el artículo 23 del RD-L

sindicación de acciones (art. 33.1 LSE, respecto a REE; art. 34.1 LSE, respecto al OMIE; DA 20.^a LSH, respecto a ENAGAS), es decir, acuerdos bilaterales o plurilaterales de socios para ejercer sus derechos de voto conjuntamente. De manera que no es posible formar un núcleo duro de varios accionistas que gobierne la compañía.

De esta forma, salvo que el umbral individual de participación máxima sea generoso, como ocurre en el caso de CLH, se impide que un socio de la compañía se convierta en accionista de referencia, lo cual puede tener efectos contraproducentes. Esta pulverización del accionariado en estas sociedades reguladas presenta el peligro de la pérdida de referencias o de identidad de la compañía. La empresa debe *ser de alguien* que no sea tan despersonalizado y fragmentado como es el *free float* de las sociedades que cotizan en Bolsa, con el peligro añadido de poder convertirse en un monopolio de unos gestores no bien identificados. En ocasiones, las compañías inversoras sólo tienen interés en entrar en el capital de una sociedad si tienen opción de hacerse con su control o al menos de entrar en el Consejo de Administración.

D) *Establecimiento de un mínimo de participación accionarial pública.* En sentido contrario a los límites recogidos hasta ahora, el regulador puede imponer a este tipo de compañías que el Estado sea uno de sus accionistas, aunque sea con una participación reducida. Todas estas sociedades estratégicas proceden de monopolios públicos (salvo el OMIE, nacido ya como compañía privada a raíz de la liberalización del sector eléctrico)⁷⁶, pero ahora se trata sólo de garantizar una

5/2005, de 11 de marzo, de medidas urgentes para el impulso de la productividad y para mejora de la contratación pública, pasó a contener un límite del 3% de participación individual en el operador del sistema eléctrico, que era de aplicación a cualquier tipo de socio de REE, tuviese o no intereses en el sector. Finalmente, la Ley 17/2007, de 4 de julio, vuelve a disociar los límites aplicables a los socios ajenos al sector y a los socios-operadores del sector o con participación significativa (superior al 5%) en un operador del sector. Los primeros pueden alcanzar hasta un 5% del capital social, pero sólo pueden ejercer hasta un 3% de los derechos de voto en REE. Los segundos sólo pueden alcanzar el 1% de las acciones y de los derechos de voto en la compañía.

En el caso de ENAGAS, que es la compañía equivalente a REE en un sector energético estrechamente relacionado con el eléctrico, sorprende que no se introdujeran limitaciones a la participación en el capital social de la compañía hasta el año 2000, y que se hiciese entonces de modo muy suave (35% de participación individual máxima, aplicable a cualquier socio, ya fuese persona física o jurídica). Sin embargo, desde entonces su régimen se ha ido aproximando al de REE, y la Ley 12/2007, de 2 de julio, de modificación de la LSH, ha terminado de unificar los umbrales aplicables a ambas compañías (a excepción del mínimo obligatorio de participación pública en REE). En lo que respecta al punto que aquí se trata, la DA 20.^a impone a todo socio ajeno al sector gasista un límite máximo de participación accionarial del 5% y de ejercicio de derechos políticos del 3%. En cambio, los socios que sean operadores gasistas o tengan participación superior al 5% en un operador gasista, no podrán superar el 1% de participación social y de derechos de voto en ENAGAS.

⁷⁶ A efectos prácticos, si bien es muy sencillo poner un límite a la privatización del capital de estas sociedades que fueron íntegramente estatales y garantizar así la presencia y super

presencia directa del sector público en el capital y en los órganos de gobierno societario. El ejercicio de importantes funciones públicas de garantía de operación de los sistemas básicos de abastecimiento y suministro social por las compañías que controlan las redes neurálgicas y unitarias de prestación de servicios parece una razón suficiente para justificar la presencia del Estado.

La valoración de esta política del regulador admite distintos enfoques. Por un lado, la presencia directa del poder público en la gestión de infraestructuras estratégicas, que son precisamente instrumentos al servicio de todos los agentes del mercado, constituye una garantía para los consumidores, da estabilidad al sistema, proporciona al regulador información directa del mercado y de la situación de una empresa estratégica, y facilita su eventual intervención *desde dentro* en casos de crisis. Además, el carácter minoritario de la participación impide contagiar a la sociedad con las tradicionales ineficiencias y disfunciones que suelen predicarse de la gestión pública empresarial.

Por otro lado, la participación pública mínima no se compadece del todo con el nuevo modelo de regulación de los sectores liberalizados. Una de las reglas sagradas no escritas en este terreno es la de la separación de intereses, por supuesto entre operadores, pero también entre el regulador y los sujetos regulados. El poder público no debería jugar en dos equipos a la vez: el de los reguladores del mercado y el de los operadores prestadores de servicios. Si confiamos en el mercado y la libre pugna empresarial como el mejor sistema de asignación de recursos, y en la regulación del poder público para corregir los fallos de aquél, deberíamos ser consecuentes con ese planteamiento.

De momento, la garantía de participación pública mínima sólo se aplica al operador del mercado eléctrico, pero puede ser un ejemplo a seguir para otras sociedades reguladas de infraestructuras estratégicas⁷⁷. La cláusula de REE, según la cual la participación pública de la compañía no puede bajar del 10% (art. 34.1 LSE), implica la presencia de la SEPI en el Consejo de Administración del operador del mercado⁷⁸.

visión internas por el poder público, más complicado resulta *a posteriori* hacer el esfuerzo financiero de entrar en el accionariado de la empresa y de blindarlo mediante una disposición legal.

⁷⁷ En el Estado francés, tan favorable al mantenimiento de sus tradicionales empresas públicas, ese límite mínimo se estableció en el 70% del capital del operador de gas (*Gaz de France*), y ése fue uno de los principales obstáculos para la operación de fusión amistosa con la entidad privada Suez (con el propósito de evitar la adquisición de ésta por la italiana ENEL). Se tuvo que reformar la ley para permitir que el Estado redujese su participación por debajo del 70%.

⁷⁸ Esta cláusula no constaba en la redacción originaria de la LSE, y fue introducida por la Ley de medidas para 2003, para ser aplicada a partir de 2004. Durante varios años, la participación pública ha sido del 28,5% y, aunque el Estado ha querido desinvertir, en la actualidad se mantiene en un 20%.

Aunque ese umbral está lejos de proporcionar al Estado el control directo de la compañía y de determinar la naturaleza pública de la sociedad, como los porcentajes máximos de participación en REE son tan reducidos, en la práctica el Estado es el accionista de referencia en esta sociedad y controla su operación.

Otro ejemplo de sociedad estratégica con participación pública es ENAGAS. En este caso no hay una garantía legal de presencia mínima del sector público, pero de hecho el Estado, a través de la SEPI, se ha hecho con un 5% de las acciones. El legislador ha querido facilitar esa presencia introduciendo a través de la Ley 12/2007, de 2 de julio, una cláusula por la que los límites accionariales a los socios de ENAGAS no son aplicables a la participación directa o indirecta del sector público en la compañía.

Los condicionamientos expuestos hasta ahora pueden exponerse de manera resumida en el siguiente cuadro:

<i>Condicionamientos/ Sociedades</i>	<i>REE</i>	<i>OMIE</i>	<i>ENAGAS</i>	<i>CLH</i>
Límite de participación individual de operadores del sector y de accionistas con participación superior al 5% en otros operadores del sector	1%	(5%)	1%	(25%)
Límite de participación conjunta de operadores del sector	40%	40%	40%	45%
Límite de participación individual de accionistas ajenos al sector	5% (3% de los derechos de voto)	5%	5% (3% de los derechos de voto)	25%
Participación pública mínima	10%	—	Sin límite	—

Como efecto reflejo de esa participación, el Estado tiene derecho a situar cierto número de representantes en el Consejo de Administración de la empresa. En la actualidad hay tres consejeros dominicales designados por la SEPI, uno externo y siete independientes, a los que se añaden el Presidente ejecutivo y el Secretario y el Vicesecretario no consejeros para completar el Consejo de Administración.

E) Para reforzar el cumplimiento de los umbrales positivos o negativos de participación, el regulador suele introducir medidas complementarias, como la *suspensión automática de los derechos políticos que excedan los umbrales marcados y la tipificación de las operaciones que no se ajusten a esos límites como infracciones muy graves*.

La suspensión de los derechos de voto correspondientes a las acciones que excedan los porcentajes máximos legales de participación en el capital social es una medida accesorias que suele acompañar a las sucesivas reformas legales de modificación de esos límites⁷⁹. Se garantiza así la efectividad inmediata del efecto práctico que persigue el regulador⁸⁰, aunque se conceda un plazo más dilatado para hacer los ajustes financieros del reparto accionarial. Así, los afectados tienen margen para buscar el momento más apropiado para su desinversión accionarial, sin que la obligatoriedad de esa venta devalúe, o al menos condicione en exceso, esa operación mercantil. Por otro lado, este tipo de medida cautelar se aplica también a las posibles operaciones mercantiles de adquisición o venta de acciones que se realicen sin ajustarse a los límites de la estructura del capital social, para evitar que tengan efectos en el gobierno de la compañía⁸¹. De esta forma se desactivan

⁷⁹ Cuando la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de acompañamiento, a través de una enmienda introducida en el Congreso, modificó el artículo 34.1 LSE para reducir la participación máxima de los operadores eléctricos en REE al 3%, estableció además la suspensión de los derechos de voto de las acciones que superasen ese tope, como medida de aplicación inmediata mientras se abría el periodo de un año para el reajuste de participaciones. Lo mismo hizo después el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo. También es el caso de la DA 20.^a LSH, redactada conforme al artículo 10 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, respecto a las limitaciones al reparto accionarial en ENAGAS, y del propio artículo 1.3 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, respecto a CLH.

⁸⁰ El artículo 92 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de acompañamiento a los presupuestos de 2004, redujo el tope de participación accionarial en ENAGAS al 5%, abriendo un plazo de tres años para proceder al necesario reajuste, pero estableciendo de inmediato la suspensión de los derechos de voto de los socios que excediesen ese umbral. Para aplicar esa medida la empresa modificó sus Estatutos en tal sentido, pero sin aplicar esa prohibición a las participaciones adquiridas antes de la reforma legal. Esta medida provocó la apertura de un expediente por la CNE, que comunicó al Consejo de Administración de la sociedad que esa prescripción estatutaria vulneraba lo dispuesto por la LSH y solicitó, en consecuencia, que se suspendiesen los derechos políticos de Gas Natural por encima del 5% marcado por el legislador (entonces poseía el 24,9% del capital). ENAGAS terminó accediendo a ese requerimiento, que no se hizo efectivo hasta abril de 2005.

⁸¹ Es el caso del OMEL, aunque no por indicación del artículo 33.1 LSE, sino por prescripción estatutaria. Para el caso de no respetarse los límites legales de participación en la compañía, los Estatutos sociales prevén la suspensión de los derechos políticos y económicos (por ejemplo, la percepción de dividendos) del accionista infractor en lo que excedan de los mismos. El Presidente del Consejo de Administración es el competente para hacer esa declaración, abriendo un plazo de hasta tres meses para regularizar el incumplimiento. De todos modos, la redacción actual del artículo 33.1 LSE hace innecesaria estas prescripciones, al establecer el procedimiento de entrada de nuevos socios en el capital. Éstos deben dirigir una solicitud a la Junta General, junto con una certificación de realizar o no actividades en el sector eléctrico. La aceptación de la solicitud por la Junta deberá acompañarse bien de la voluntad de venta de acciones por la compañía o por algún socio, bien de la decisión de ampliar capital. En todo caso, esas operaciones deberán respetar los condicionamientos de reparto accionarial marcados por la LSE.

las tentaciones de incumplir los límites legales de participación, al evitar la principal consecuencia de adquirir una posición de dominio en una sociedad anónima, como es la de tener más peso en el Consejo de Administración y en la Junta General.

En segundo lugar, el incumplimiento de los límites de participación accionarial es tipificado además como infracción administrativa, que permite imponer sanciones de cuantía considerable. Existe un paralelismo claro en este punto entre la LSE y la LSH, aunque con pequeñas diferencias, fruto de defectos de técnica legislativa. El legislador comenzó hace unos años a calificar la superación de los límites accionariales como infracción muy grave⁸² (pero no en todos los casos; respecto al OMIE sólo se ha tipificado esta infracción en 2007). Luego pasó a incluir formalmente esa conducta en el listado de las infracciones muy graves, como resulta lógico. Pero sólo lo ha hecho en la LSE, no en la LSH, y sin eliminar en ocasiones la *doble tipificación* (en el precepto regulador de los límites accionariales y en el precepto enumerador de las infracciones)⁸³.

Por encima de estas discordancias, lo cierto es que hoy es infracción muy grave la superación de los límites de participación accionarial en todas las sociedades reguladas del sector energético (REE, OMIE, ENAGAS y CLH)⁸⁴. Los responsables serán «las personas físicas o jurídicas que adquieran participaciones, designen miembros en los órganos de administración o quienes asuman el exceso de participación en el capital o en los derechos de voto» —art. 60.a).6 LSH—. En el caso de lí-

⁸² El Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia, estableció límites a la participación en CLH y ENAGAS y tipificó su incumplimiento como infracción muy grave (art. 1.4 respecto de CLH y art. 10, por el que se introduce la DA 20.^a LSH, respecto a ENAGAS), que podían castigarse con multas de entre 100 y 500 millones de pesetas (entre 600.000 y 3 millones de euros).

En el sector eléctrico fue el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, el que reformó el artículo 34.1 LSE para catalogar como infracción muy grave el incumplimiento de los límites accionariales de participación en REE, castigado entonces con multas de la misma cuantía que en el caso anterior. En cambio, la reforma no introdujo una previsión análoga respecto a los límites de participación en el operador del mercado (OMEL).

⁸³ Tanto la Ley 12/2007, de 2 de julio, de modificación de la LSH, como la Ley 17/2007, de 4 de julio, de modificación de la LSE, actualizan el listado de infracciones (arts. 109 LSH y 60 LSE). Pero mientras la LSE incluye ahora un apartado entre las infracciones muy graves dedicado a la falta de ajuste a los límites legales de participación en REE, el OMIE y la Oficina de Cambio de Suministrador —art. 60.a).6 LSE, manteniendo además la tipificación en el art. 34.1 respecto de REE—, en la LSH no se ha hecho —sólo se alude en el art. 109.1.i) a los casos de toma de participaciones accionariales sin autorización de la CNE o sin respetar las condiciones impuestas por la CNE en la autorización—. Eso sí, la DA 20.^a LSH califica como infracción muy grave «el incumplimiento de la limitación en la participación en el capital (de ENAGAS) a que se refiere el presente artículo». Por cierto que no se entiende por qué se usa el singular («la limitación») en vez del plural, ya que son varias las limitaciones impuestas por el precepto.

⁸⁴ Véanse los artículos 34.1 LSE, 60.a).6 LSE, DA 20.^a LSH y 1.4 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio.

mites conjuntos de participación el responsable es quien realice la operación de adquisición por la que se supere el umbral máximo, y sus acciones quedarán en suspenso en cuanto al ejercicio de los derechos correspondientes. La sanción a imponer en estos casos puede ser de hasta 30 millones de euros o hasta el doble del beneficio obtenido por el infractor, si lo hubo (arts. 64 LSE y 113 LSH). El infractor puede ser castigado además con la revocación o suspensión de la autorización y con la inhabilitación para operar en el mercado hasta un año. Estas infracciones prescriben en el plazo de cuatro años en el sector eléctrico (art. 67 LSE) y de tres en el sector de los hidrocarburos (art. 117 LSH).

III. LAS MULTIFORMES VÍAS DE INTERVENCIÓN DE LA REGULACIÓN Y EL RETO DEL CONTROL DE LA DISCRETIONALIDAD DEL REGULADOR

El anterior esfuerzo sistematizador no agota, ni mucho menos, las posibilidades de actuación de un regulador que tiene a su disposición innumerables instrumentos de condicionamiento de las actividades económicas. La dimensión de servicios de interés general que reúnen los sectores de red, en los que el Estado está comprometido a garantizar sistemas universales de prestación con niveles básicos de calidad; la condición de monopolios naturales de las infraestructuras en red que deben operarse de una manera neutral al servicio del mercado; el fomento de la competencia en sectores que tienen un esquema monopolístico, o al menos oligopolístico, de partida en el momento de su liberalización..., son títulos más que sobrados que justifican la intervención del Estado regulador en estos sectores.

Por eso, junto a las anteriores técnicas, quizás más específicas de las sociedades reguladas de infraestructuras estratégicas, y que les dotan de un estatuto de publicación encubierta en aras de su neutralidad, cabe descubrir todo un panorama de actividad de regulación de sectores económicos.

Desde el punto de vista formal, esa panoplia de medidas se plasma en normas de distinto tipo. Junto a las leyes parlamentarias de cabecera de cada sector y su normativa complementaria, hay que subrayar el tentador instrumento del Decreto-ley de medidas de ordenación económica, siempre calificadas de *urgentes* sin especial justificación⁸⁵ (y de

⁸⁵ Buen ejemplo es el Real Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero, con el que el Gobierno español reaccionó de manera fulminante a los tres días de anunciarse la OPA de E.ON sobre Endesa, por la que se mejoraba sustancialmente la oferta presentada unos meses antes por Gas Natural. Con esta medida se modificaron las funciones de la CNE en sentido ampliatorio y retroactivo para poder intervenir en la operación planteada.

las hoy extinguidas leyes de acompañamiento), que permiten al Gobierno de turno legislar y adoptar importantes decisiones administrativas regulatorias (verdaderas leyes-medida) para corregir en la dirección deseada el desenvolvimiento de los mercados regulados.

Desde el punto de vista material, el panorama de técnicas no parece tener más límite que el de la imaginación de los responsables de la política económica en el país. Emisión de autorizaciones de operaciones mercantiles de adquisición de empresas o de participaciones relevantes, establecimiento de obligaciones de venta forzosa⁸⁶, moratorias y límites de crecimiento a los operadores dominantes⁸⁷, introducción de cláusulas de control de participaciones cruzadas entre empresas⁸⁸, fijación de tarifas⁸⁹, entre otras, van salpicando el *Boletín Oficial del Estado* en función de las necesidades de cada momento.

⁸⁶ Es el caso de la subasta del gas de Argelia. La exclusividad de suministro de gas natural por gasoducto de la que disfrutaba el monopolista español fue quebrada parcialmente por el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, cuyo artículo 15 introduce la DT 16.ª LSH, por la que se obligó a subastar un 25% del suministro del gas procedente del Magreb a favor de los nuevos comercializadores, exigiendo paralelamente que el 75% restante del abastecimiento que correspondía a ENAGAS se emplease para la atención del suministro a tarifa de gas natural.

⁸⁷ El Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia, diseñó una serie de medidas de control del crecimiento de los operadores de referencia en los mercados energéticos. A pesar de su redacción en términos abstractos, se trata de indudables leyes-medida dirigidas a concretos operadores. Así, el artículo 4 impuso una prohibición de apertura de nuevas estaciones de servicio durante cinco años a los operadores con cuota de mercado superior al 30% (Repsol), y durante tres años a los operadores con cuota entre el 15 y el 30% (Cepsa). Por su parte, el artículo 7.4 de esta norma establece que, a partir de 2003, ningún grupo empresarial podrá aportar más del 70% del gas natural del sistema español, habilitando al Gobierno para modificar este límite en el futuro. Medida que estaba dirigida al Grupo Gas Natural. Finalmente, el artículo 16 introduce una limitación de crecimiento a los productores de electricidad con más de un 40% de mercado (Endesa) durante cinco años, y entre 20 y 40% (Iberdrola) durante tres años. A raíz de esta medida, Endesa procedió a desinvertir una parte de su parque empresarial, dando lugar a la quinta eléctrica española (Viesgo), que fue adquirida en primera instancia por la italiana Enel y, finalmente, por la alemana E.ON.

⁸⁸ El Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, también introdujo la condición de que ningún operador del sector eléctrico podría tener más del 3% del accionariado de otra compañía del mismo segmento, suspendiéndose en caso de excederse ese umbral los derechos políticos que correspondiesen a la participación superior al 3%. Así se impide que puedan tener una posición determinante en el gobierno de otras compañías del sector.

⁸⁹ El sistema de tarifas integrales ha quedado hoy reducido a la *tarifa de último recurso* (TUR), reservada para los consumidores que tengan contratada una potencia reducida y, dentro de ella, al *bono social* aplicable a consumidores con escasos recursos. La potestad de fijación y revisión de tarifas ha sido un poderoso instrumento en manos del regulador frente a los grandes operadores, cuyas economías dependen drásticamente de los ajustes anuales de tales tarifas. En el primer periodo de liberalización (1997-2003) la reducción de tarifas impuesta anualmente por el Gobierno fue un elemento fundamental para controlar la inflación, haciendo descender hasta un 30% el precio de la electricidad en términos reales (un 20% en términos nominales, sin tener en cuenta el IPC). Las presiones de los operadores eléctricos han conducido en los últimos ejercicios a subidas moderadas (1,71% en 2005) y, sobre todo, a la negociación con el Gobierno de garantías para el incremento de las tarifas y para el cobro del denominado *déficit de tarifa* que se va acumulando anualmente (véase en nota 43 un trabajo a este respecto). Algo parecido ha ocurrido en el Reino Unido, cuyas tarifas eléctricas se redujeron un 40% entre 1998 y 2002.

Todo ello conduce a concluir que ni mucho menos ha disminuido la intensidad del poder público en los sectores liberalizados, manteniendo el Gobierno un amplio margen de discrecionalidad cuando ejerce sus funciones reguladoras. De hecho, el reto del control de esa discrecionalidad es quizás el frente más directo que se abre hoy en el campo de la regulación socioeconómica. La batería de instrumentos reguladores al servicio de la política económica de turno no debería tener un alcance y potencialidad tan indefinidos como en la actualidad. Es necesario explorar en el Derecho comunitario, que ya ha actuado en ocasiones como contrapeso⁹⁰, y en el constitucional las bases del nuevo Derecho de la regulación, pendiente aún de maduración y consolidación. También el principio de proporcionalidad, el ajuste entre fines y medios, debe jugar un papel importante, especialmente cuando queden afectados derechos fundamentales. El estudio y desarrollo del marco constitucional y legal de la actividad de regulación, puestos en relación con las diversas técnicas regulatorias, es el camino a seguir para poner los fundamentos del control del regulador en este nuevo panorama que abren los sectores económicos de interés general, y la tarea perentoria a la que hay que convocar a la doctrina iuspublicista.

⁹⁰ A raíz de la OPA de Endesa por Gas Natural y de la contraoferta presentada por la alemana E.ON, la Comisión Europea se ha visto obligada a intervenir en defensa de la libre circulación de capitales garantizada por el Derecho comunitario. Con el objeto de facilitar que una empresa de la envergadura y tradición de Endesa se mantuviera en manos españolas, nuestro Gobierno impuso severas condiciones para autorizar la segunda de las operaciones —que conducían, entre otras cosas, a la desinversión de una tercera parte de la potencia instalada de Endesa, a renunciar a la gestión de centrales nucleares y al suministro eléctrico en territorios insulares, y al mantenimiento de Endesa como sociedad matriz durante diez años—. Aunque esas condiciones se trataron de justificar en la voluntad de garantizar la seguridad del suministro nacional, la Comisión Europea las declaró por unanimidad contrarias al Derecho comunitario en septiembre de 2006. España habría infringido así los artículos 43 y 56 del Tratado CE y el 21 del Reglamento de Fusiones, por lo que debía revisar su autorización condicionada de la OPA y retirar los poderes suplementarios adjudicados a la CNE mediante Decreto-ley.