

LA NUEVA REGULACION DEL MERCADO DEL GAS NATURAL

Por

ALFREDO GALLEGO ANABITARTE
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

y

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

A Ramón MARTÍN MATEO, en cuyo libro homenaje no me fue posible colaborar.

(A.G.A.)

SUMARIO: I. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL SISTEMA DE GAS NATURAL.—II. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA REFORMA DEL MERCADO DE GAS NATURAL: A) *De las actividades reservadas (art. 128.2 CE) a la libertad de empresa (art. 38 CE)*. B) *Privatización de la actividad y principio de proporcionalidad*. C) *Aplicabilidad de los derechos fundamentales*. D) *Derecho de propiedad sobre las redes (art. 33 CE) y derecho de acceso de terceros a las mismas*. E) *Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*.—III. CUESTIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS: A) *De la concesión de servicio público a la autorización con cláusulas accesorias*. B) *Servicio público, dominio público y obra pública: breve referencia histórica*. C) *Las denominadas «cargas u obligaciones de servicio público»*. D) *Autorización de instalaciones y autorización de actividad*. E) *La cuestión de los denominados «contratos forzosos»*. F) *La Comisión Nacional de Energía (en especial, en relación con el sector gasista)*.

I. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL SISTEMA DE GAS NATURAL (1)

1. La ordenación del sistema de gas natural que lleva a cabo la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (en adelante, LSH) —fundamentalmente en su título IV: «ordenación del suministro de gases combustibles por canalización»—, puede exponerse, en sus líneas básicas, atendiendo a dos perspectivas complementarias: la que se refiere a las *infraestructuras* de las que

(1) Los autores quieren agradecer a altos funcionarios del Ministerio de Industria y Energía, y muy en especial a doña Carmen Becerril, las facilidades que les han dado con ocasión de varias consultas sobre determinados puntos del Proyecto de Ley del Sector de Hidrocarburos. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO tiene la generosidad de dejarme que dedique este trabajo a mi viejo amigo Ramón MARTÍN MATEO.

se sirve dicho sistema y la que alude a los *sujetos* que intervienen en el mismo.

2. Desde el punto de vista de las *infraestructuras*, el sistema gasta comprende las siguientes instalaciones: la *red básica* (integrada, por su parte, por los gasoductos con la máxima presión de diseño, las plantas de regasificación y licuefacción de gas natural, los almacenamientos estratégicos, las conexiones internacionales, etc.), las *redes de transporte secundario* (constituidas por los gasoductos de presión de diseño intermedia) y las *redes de distribución* (integradas por los gasoductos con la mínima presión de diseño y por aquellos que, con independencia de su presión de diseño, tengan por objeto llevar el gas al consumidor a partir de un gasoducto de la red básica o de transporte secundario). *Vid.*, en especial, artículos 59 y 73.1 LSH.

3. Desde la perspectiva de los *sujetos* del sistema hay que distinguir: los *transportistas* (titulares de las instalaciones de la red básica y de las redes de transporte secundario), los *distribuidores* (titulares de las instalaciones de distribución y encargados del suministro a consumidores —no cualificados— en régimen de tarifa) y los *comercializadores* (que no son titulares de instalaciones, sino que utilizan la infraestructura de los demás sujetos del sistema para realizar su actividad de adquisición del gas natural y suministro a los consumidores cualificados o venta a otros comercializadores). *Vid.*, en especial, artículos 58 y 79.1 LSH.

4. Como se explicará con detalle más adelante, todas estas actividades se realizan en régimen de libre competencia (como consecuencia de la derogación de su reserva en favor del Estado —o de las Comunidades Autónomas—). Sin embargo, la LSH distingue entre las *actividades reguladas* (regasificación, almacenamiento, transporte y distribución) y las *libres* (comercialización) —art. 60.1 y 2 LSH—. No parece que esa clasificación legal responda a una diferenciación esencial entre el régimen jurídico de unas y otras. En todos los casos se trata de actividades que se realizan en el marco de la libertad de empresa (art. 38 de la Constitución española; en adelante, CE), pero que, por su *relevancia desde la perspectiva de los intereses generales*, son objeto de una regulación legal que impone límites o cargas: necesidad de obtener una autorización administrativa previa (que no concede derechos exclusivos; arts. 67.3, 73.4 y 80.2 LSH) y de soportar determinadas cargas (información, forma de llevar la contabilidad, acceso de terceros a las instalaciones propias, existencias mínimas de seguridad, etc.). Hay libertad de empresa, pero su ejercicio está modulado y condicionado por el interés público y la trascendencia de una actividad que es esencial para la vida ordinaria de los ciu-

dadanos, lo que remite a la conocida expresión de *Daseinsvorsorge* (asistencia vital), acuñada por E. FORSTHOFF: hay actividades privadas cuyo ejercicio tiene que estar controlado por el poder y el Derecho público.

5. En el sistema de la LSH la distinción entre las actividades reguladas y la comercialización (que «se ejercerá libremente», art. 60.2 LSH) parece responder, tan sólo, por una parte, a que mientras las primeras se ejercen conforme a un régimen retributivo fijado por el poder público (tarifas, peajes y cánones; arts. 91-94 LSH), la LSH remite a la libertad de las partes para establecer los precios que los consumidores cualificados pagarán a los comercializadores (*vid.*, p. ej., art. 60.2 y 3 LSH). Por otra parte, la LSH utiliza esa clasificación para regular el régimen de la *separación de actividades*: las actividades reguladas son compatibles entre sí e incompatibles con la comercialización, en los términos del artículo 63 LSH.

II. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA REFORMA DEL MERCADO DE GAS NATURAL

A) *De las actividades reservadas (art. 128.2 CE) a la libertad de empresa (art. 38 CE)*

1. Desde la perspectiva jurídico-constitucional, el punto de partida de la nueva ordenación del suministro de gases combustibles por canalización (fundamentalmente, gas natural) lo constituye la decisión legislativa de pasar de un régimen en el que las actividades incluidas en el mismo estaban *reservadas al Estado* (o a las Comunidades Autónomas), o, lo que es lo mismo, que los particulares tenían prohibido el ejercicio de las mismas, salvo concesión por parte del poder público (art. 128.2 CE, segunda frase, en relación con el art. 1 de la Ley 10/1987, de 15 de junio, de disposiciones básicas para un desarrollo coordinado de las actuaciones en materia de combustibles gaseosos —en adelante, LG—), a un régimen en el que esas actividades son prestadas libremente por los particulares, en ejercicio de la *libertad de empresa* (art. 38 CE) —*vid.* arts. 1.3; 2.2: «se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades a que se refiere [el título] IV de la presente Ley»; 54 LSH—, sin perjuicio de las limitaciones establecidas legalmente. En el contexto de la confusión terminológica que, como se sabe, existe en torno al concepto de la privatización, esta decisión legislativa puede ofrecerse como ejemplo de *privatización en sentido propio*: una tarea que ha estado reservada a un sujeto jurídico-público (y, en consecuencia, prohibida, sal-

vo concesión, a los ciudadanos) se traslada al ámbito de libre ejercicio por parte de éstos (2).

2. Como es evidente, la circunstancia de que las actividades relacionadas con el suministro de combustibles gaseosos por canalización dejen de ser servicios reservados no significa que la garantía del suministro de los mismos haya dejado de ser una *tarea estatal o competencia pública*. El Estado (en sentido amplio) debe garantizar a los ciudadanos el acceso en condiciones aceptables de calidad y seguridad a aquellas prestaciones que forman parte de lo que hoy comúnmente se considera, en nuestro ámbito cultural, como vida humana digna (entre las que se cuenta el suministro de energía), y que el mercado, dominado por el interés lucrativo de los sujetos, no tendría por qué garantizar. Esa competencia pública se fundamenta en el principio del Estado social (arts. 1.1 y 9.2 CE) y en la denominada vertiente objetiva (que implica actuaciones positivas de intervención por parte del Estado) (3) de los derechos fundamentales (art. 10.1 CE, por lo que respecta a la dignidad de la persona) (4).

3. La elección entre que esa tarea pública se lleve a cabo mediante la prestación (en régimen de gestión directa o indirecta) por el Estado (u otras personas jurídico-públicas) del servicio de que se trate, o que el Estado se limite a garantizar mediante una regulación adecuada que las actividades realizadas en el marco de la libertad de empresa cumplan con las mencionadas condiciones de prestación a los ciudadanos, es algo que queda entregado —dejando de lado, por ahora, obligaciones derivadas del Derecho internacional (5)—, en lo

(2) Como se sabe, es frecuente la distinción entre *privatización patrimonial* (enajenación a particulares de acciones o participaciones de las que eran titulares organizaciones jurídico-públicas), *privatización organizativa* (organización de una actividad, desarrollada hasta ese momento en régimen de Derecho público, bajo una forma total o parcialmente regida por el Derecho privado) y *privatización de la tarea o actividad* (entrega de tareas que hasta un momento dado estaban reservadas a la Administración al ámbito de la libertad de mercado). Es habitual calificar a esta última como la *privatización en sentido propio*. Vid. TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid, 1997, págs. 42-47; ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid, 1993, págs. 238-240; ARIÑO y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, en ARIÑO/DE LA CUÉTARA/MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, Madrid, 1997, págs. 23, 195; en Alemania, WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht II*, 5.ª ed., Munich, 1987, págs. 426, 433; H. BAUER, «Privatisierung von Verwaltungsaufgaben», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 54 (1995), págs. 251-252 (en nota 41).

(3) Sobre la vertiente objetiva de los derechos fundamentales, con cita de las fuentes alemanas, GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 1994, págs. 81 ss., *passim*.

(4) Así, para el Derecho alemán, H. P. BULI, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 2.ª ed., Kronberg/Ts., 1977, págs. 224, 226, 240-241.

(5) Es suficientemente conocido que la regulación de la LSH del suministro de combustibles gaseosos por canalización responde a la ordenación del sector que lleva a cabo la Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (publicada en el «DOCE» de 21 de julio de 1998, L 204).

esencial, a la decisión política discrecional (6). La LSH lleva a cabo la privatización aludida, pero, desde luego, considera que es una competencia pública la garantía del suministro «a todos los consumidores que lo demanden (...) en las condiciones de calidad y seguridad que reglamentariamente se establezcan (...)» (art. 57 LSH), para lo que «las Administraciones públicas ejercerán las facultades previstas en la presente Ley» (art. 2.2, *in fine*, LSH).

B) *Privatización de la actividad y principio de proporcionalidad*

4. Desde esta perspectiva jurídico-constitucional podría plantearse la cuestión de si la entrega al ámbito de la libertad de empresa de estas actividades es una *exigencia del principio de proporcionalidad* (que, por supuesto, vincula también al legislador) en relación con el artículo 38 CE, dado que, como pondría de manifiesto la nueva regulación legal, es posible garantizar el interés público que supone la garantía del suministro sin una medida tan restrictiva de la libertad reconocida en dicho precepto como era la reserva de dichas actividades al Estado (con la simultánea prohibición para los ciudadanos) (7). Dejando de lado consideraciones de oportunidad y legítimas discrepancias sobre la más correcta solución política, parece que, en el plano estrictamente jurídico, la decisión que acaba de adoptar el legislador no debe derivarse como una necesidad del principio de proporcionalidad que rige en el ámbito de las relaciones entre el poder público y la libertad del ciudadano. El artículo 128.2 CE (segunda frase: autorización para la reserva por ley de servicios esenciales) constituye una regla especial frente al artículo 38 CE y, sin desconocer que los preceptos constitucionales deben interpretarse sistemáticamente, como partes de una unidad, parece claro que concede al legislador un *ámbito de libertad decisoria en este punto más amplio* que el que se derivaría de la estricta aplicación del principio de proporcionalidad (con sus mandatos parciales o subprincipios: utilidad, necesidad y ponderación) al ámbito protegido por el artículo 38 CE.

(6) BULL, *Die Staatsaufgaben...*, pág. 245.

(7) Este argumento es utilizado por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, en ARIÑO/DE LA CUÉTARA/MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo...*, págs. 210-211, *passim*.

C) *Aplicabilidad de los derechos fundamentales*

5. En el marco de la nueva regulación parece claro que, aunque los sujetos que actúan en el sistema lleven a cabo actividades sobre las que se proyecta la competencia pública de la garantía del suministro, su posición frente a las organizaciones jurídico-públicas viene determinada por la *plena aplicabilidad en sus relaciones con éstas de los derechos fundamentales* (8) [en especial, libertad de empresa, propiedad, el denominado derecho a la autodeterminación informativa—relevante, sobre todo, en lo que se refiere a las múltiples obligaciones informativas que la LSH impone a estas empresas; *vid.* arts. 62.3, 68.f) y g), 74.f) y 81.e) LSH—, etc.], con lo que eso supone: *reserva de ley* (que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial); aplicabilidad del *principio de proporcionalidad* en las medidas que adopte la Administración; y de otras doctrinas elaboradas en el ámbito de la teoría de los derechos fundamentales, como la del *efecto recíproco* (los límites impuestos al derecho deben limitarse, a su vez, por el derecho mismo, lo que conduce a una ponderación en el caso concreto que constate en qué medida el fin de interés público al que sirve la limitación justifica la restricción del derecho) (9), etc.

6. No parece posible, sin embargo, aceptar que sean titulares de esos derechos fundamentales las *empresas públicas* que, en concurrencia con los particulares, intervengan en el sector. Ni el Estado, en sentido amplio, ni la Administración, como conjunto de órganos u organizaciones pertenecientes o integrados en éste, son, en términos generales, salvo excepciones justificadas por motivos especiales, titulares de derechos fundamentales (10), ni de ámbitos de libertad,

(8) Así, en el Derecho alemán, con respecto a las empresas privadas dedicadas al suministro de energía, que cumplen (o actúan en relación con) una tarea pública (lo que se conoce allí con el concepto de *Indienstnahme Privater*), lo que supone el sometimiento a obligaciones especiales, pero en el marco de la plena vigencia de los derechos fundamentales. JARASS, *Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2.ª ed., Frankfurt a. M., 1984, pág. 100; ARNDT, en STEINER (dir.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 4.ª ed., Heidelberg, 1992, pág. 799. *Vid.*, también, G. HERMES, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, Tübingen, 1998, que expone esas opiniones (págs. 75-82), aunque no coincidan con la suya (págs. 481-482, *passim*).

(9) Sobre la teoría de la eficacia recíproca, GALLIGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales...*, págs. 185 (en nota 19) y 216, *passim*.

(10) Hay, como se sabe, excepciones, en virtud de las cuales organizaciones jurídico-públicas son reconocidas como titulares de derechos fundamentales: autonomía universitaria (STC 55/1989, de 23 de febrero, FJ 4: «la Universidad compostelana, en el ejercicio de su derecho fundamental a la autonomía...»), tutela judicial efectiva de personas públicas cuando litigan, etc. Sobre esta cuestión, en nuestro Derecho, J. M. DÍAZ LEMA, *¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?*, núm. 120 de esta REVISTA, págs. 81 ss. En la doctrina alemana, sintéticamente, JARASS/PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 2.ª ed., Munich, 1992, págs. 34-35.

ni de autonomía de la voluntad, en el mismo sentido en que esto se predica del individuo. En principio, cae por su propio peso que nada puede cambiar en ello la circunstancia de que el Estado utilice para desarrollar alguna actividad una forma organizativa de Derecho privado (11). Que la Administración se valga de la forma de una sociedad mercantil, por ejemplo, no la convierte en ciudadano. Cuando el Estado crea una organización jurídico-privada, no cabe pensar que esta organización pueda invocar los derechos fundamentales. *Tendríamos Estado frente a Estado* (12). La propiedad del artículo 33 CE y la libertad de empresa del 38 CE protegen al ciudadano titular de derechos de contenido patrimonial y al empresario, pero no al Estado como titular de acciones, por ejemplo, o como voluntad de influencia decisiva en una empresa (13).

7. Debe destacarse, además, que por empresa pública, en este contexto, hay que entender no sólo aquella en la que un sujeto jurídico-público ostenta la totalidad o la mayoría del capital o de las participaciones, sino toda aquella en la que, por las diversas vías posibles, uno de esos sujetos ostente una *posición de influencia dominante* (14). No puede ignorarse, por último, que en estos últimos supuestos es problemática la posición en la que con respecto a los derechos fundamentales quedan los particulares que participan con la Administración en la empresa en cuestión y que, para ellos, habría que introducir las matizaciones pertinentes.

D) *Derecho de propiedad sobre las redes (art. 33 CE) y derecho de acceso de terceros a las mismas*

8. Uno de los pilares de la nueva regulación del sector es, sin duda, el denominado *derecho de acceso de terceros a las redes* (15). La apertura de este mercado (como el de otros suficientemente conocidos: telecomunicaciones, electricidad, etc.) a la competencia pivota

(11) JARASS, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*..., pág. 219. Hay, no obstante, disparidad de opiniones en la doctrina alemana.

(12) La gráfica expresión en WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht I*, 10.^a ed., Munich, 1994, pág. 238.

(13) Para Alemania, esta tesis en WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht I*, pág. 238.

(14) Sobre este concepto de empresa pública, que tiene apoyo positivo en la Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio (art. 2), TRONCOSO, *Privatización*..., págs. 37-42; ARNDT, en STEINER (dir.), *Besonderes*..., pág. 769. De este concepto se vale, por ejemplo, el artículo 2.1.c) de la reciente Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.

(15) La regulación del acceso de terceros a las redes por la LSH parece cumplir satisfactoriamente las exigencias que sobre esta cuestión se derivan de los artículos 14 a 23 de la mencionada Directiva 98/30/CE.

sobre este eje: en la prestación de un servicio dependiente de una red de conducción, en el que (por razones obvias) no es practicable la construcción de infraestructuras paralelas, o la red se abre a la utilización de otros, o no es posible la competencia (16).

9. Esto, sin embargo, plantea la cuestión del encuadramiento jurídico-constitucional de una propiedad (art. 33 CE) de las redes sobre la que pesa la carga de permitir su utilización a terceros [vid., p. ej., arts. 60.4, 68.c), 70 y 76 LSH]. Una posible explicación es la de considerar el acceso de terceros a las redes como una *carga que delimita el contenido de la propiedad sobre las infraestructuras de canalización del gas en virtud de la función social del derecho de propiedad* (art. 33.2 CE). Esa carga no excedería la frontera de lo que es una mera delimitación (no expropiatoria) del contenido del derecho, si se tiene en cuenta que el propietario de la red ostenta una *preferencia* de uso de la misma, en virtud de la cual puede denegar el acceso a terceros en caso de insuficiente capacidad, o debido a dificultades económicas y financieras graves, etc. (vid. arts. 70.3 y 76.2 LSH). Además, la imposición de esa carga sería conforme con el principio de proporcionalidad, si se tiene en cuenta que dicha medida es *idónea* y *necesaria* para alcanzar el fin de introducir la competencia en el sector; y es *ponderada* porque, para conseguir el equilibrio más adecuado entre el interés público y la limitación que se impone a la propiedad, se prevé que se pagarán por los terceros que utilicen la red los correspondientes *peajes* y *cánones*, que, entre otras finalidades, tienen la de «asegurar la recuperación de las inversiones realizadas por los titulares en el período de vida útil de las mismas» [art. 92.1.a) LSH] (17).

10. Otra posible explicación sería la de considerar que el derecho de acceso de terceros es una *servidumbre legal* que se impone a los propietarios de las redes, indemnizable por imperativo del artículo 33.3 CE. La indemnización sería, precisamente, el pago de

(16) Esta explicación es unánime; vid. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. IV. El sistema eléctrico*, Madrid, 1998, pág. 145; ARIÑO y MARTINEZ LÓPEZ-MUÑOZ, en ARIÑO/DE LA CUÉTARA/MARTINEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *El nuevo...*, págs. 27-28, 216.

(17) Esta es, en síntesis, la explicación que para la nueva regulación alemana de la propiedad de las infraestructuras en el sector eléctrico (en algún punto relevante distinta, no obstante, a la del mercado del gas en España) ofrece H. J. KOCH, «Verfassungsrechtlicher Bestandsschutz als Grenze der Deregulierung und der umweltpolitischen Steuerung im Bereich der Elektrizitätswirtschaft?», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1994, págs. 840-844. Una exposición de las distintas opiniones en este punto, en HERMES, *Staatliche...*, págs. 477-482. Los autores quieren expresar su agradecimiento al profesor SCHMIDT-PREUS, de la Universidad de Erlangen, por la ayuda que, con toda generosidad y atención, nos ha prestado para conocer esta materia en Alemania; de este autor, sobre esta cuestión, «Die Gewährleistung des Privateigentums durch Art. 14 GG im Lichte aktueller Probleme», *Die Aktiengesellschaft*, 1996, págs. 1-11; «Verfassungskonflikt um die Durchleitung?», *Recht der Energiewirtschaft*, 1996, págs. 1-9.

los mencionados peajes por los terceros que hagan uso del derecho (18).

11. Consideración especial merece, desde la perspectiva del artículo 33 CE, el *régimen transitorio* aplicable a unos propietarios de las redes que las construyeron bajo una legislación en la que sólo ellos tenían el derecho de utilizarlas y a los que la nueva LSH impone ahora la carga de soportar el acceso de terceros. Como punto de partida, parece que hay que aceptar que el principio del equilibrio económico y financiero establecido en la legislación anterior en favor de los antiguos concesionarios (art. 15 LG), como tal, es un principio legal que vinculaba a la Administración, pero no un principio constitucional que vincule al legislador, que está sometido a límites constitucionales cuyas exigencias no tienen por qué coincidir con el contenido del principio del mantenimiento del equilibrio financiero.

12. Desde este punto de vista, parece posible afirmar que el régimen transitorio previsto por la LSH ha sido más generoso con los antiguos concesionarios de lo que hubiese sido, estrictamente, un imperativo constitucional. Posiblemente, la simple previsión de los *peajes* (como se ha dicho, fijados conforme al criterio de asegurar la recuperación de inversiones) hubiera sido suficiente. Pero el legislador ha previsto, además, un *derecho de exclusividad*, durante un plazo máximo de quince años, en favor de las empresas hasta ahora concesionarias de la distribución (Disposición Transitoria 15.ª LSH, que, no obstante, no excluye el acceso de terceros —por ejemplo, los comercializadores— a esas redes de distribución); y un denominado «*término de conexión y seguridad*» (Disposición Transitoria 6.ª LSH) (19) que responde a una idea bastante parecida a la que subyace a los tan polémicos

(18) Menos correcta es, a nuestro juicio, la tesis que habla de una separación entre *propiedad* y *uso* (esto, sin matizaciones, desconocería el derecho de preferencia que se reconoce al propietario); y se refiere a una *propiedad afecta al uso público* (no parece que pueda hablarse aquí de un *uso público*, al menos en el sentido que ese concepto tiene en nuestro Derecho de bienes públicos). Esta explicación la ofrece ARIÑO, en ARIÑO/DE LA CUÉTARA/MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *El nuevo...*, pág. 31, si bien es cierto que no se refiere, en concreto, a la regulación del mercado del gas a que aquí se alude, sino a un general «nuevo modelo de servicios públicos competitivos». La referencia a la servidumbre legal es una mera sugerencia; en el derecho alemán las cosas públicas son propiedad privada gravada con una servidumbre jurídico-pública, cuya base es la afectación (PAPIER, *Recht der Öffentlichen Sachen*, 1984, págs. 7 y ss.) del bien al uso público; pero claro, entre otras razones, la apertura de las redes a terceros no es a un uso público, sino a los sujetos que reúnan determinados requisitos o estén debidamente autorizados (consumidores cualificados, comercializadores y transportistas).

(19) A lo largo de la tramitación del proyecto de Ley este concepto ha ido cambiando de denominación. Los autores quieren expresar su agradecimiento a los servicios de biblioteca y archivo del Congreso de los Diputados, gracias a los cuales hemos podido contar con el material necesario, tras su inmediata publicación, durante la tramitación parlamentaria del proyecto.

micos «costes de transición a la competencia» en el ámbito del sector eléctrico (20).

13. En este punto, no debería pasarse por alto que si las antiguas empresas concesionarias han llevado a cabo inversiones que merecen un respeto por el legislador, también es cierto que lo hicieron bajo un régimen en el que disfrutaban de *derechos de exclusividad* y privilegios. Por lo demás, la Disposición Adicional 6.^a LSH suprime la *reversión de las instalaciones* construidas por dichas empresas [reversión prevista en el art. 7.c) LG], lo que, como es lógico, amplía indefinidamente el plazo de amortización de las inversiones. Esta polémica cuestión, desde el punto de vista jurídico-constitucional, debe abordarse, *prima facie*, teniendo en cuenta lo siguiente: 1.º ante un cambio legislativo la indemnización debe considerarse como algo excepcional y sólo debida cuando se produzca una privación de derechos consolidados; 2.º los cambios generales y estructurales [del feudalismo (señoríos) al liberalismo, por ejemplo] no dan lugar a indemnización (21); 3.º el legislador es libre de conceder una indemnización a un grupo afectado por una nueva ley, siempre y cuando no viole el principio de no discriminación. Sobre decisiones legislativas de este tipo siempre cabe y debe hacerse un análisis constitucional.

(20) Un análisis, en el ámbito del sector eléctrico, de los conceptos que pueden integrar esos costes, de su cuantificación (cuestiones éstas que parecen bastante complejas) y de los posibles fundamentos constitucionales de un derecho a su compensación [derecho de propiedad (art. 33 CE), prohibición de retroactividad (art. 9.3 CE), responsabilidad patrimonial por daños residuales, principio de protección de la confianza legítima], en ARIÑO ORTIZ/VELASCO CABALLERO, «Los costes de transición a la competencia», en AA.VV., *Competencia y sector eléctrico: nuevo marco jurídico*, Madrid, 1998, págs. 149-192; con una opinión favorable a la indemnización de los que se denominan «costes varados prudentes» (en especial, pág. 188).

(21) Ejemplos históricos [derechos feudales —Ley de 6 de agosto de 1811 y 3 de mayo de 1823, y 23-26 de agosto de 1836— (no se indemnizó); esclavitud (se indemnizó en Cuba y Puerto Rico, 125 pts. por esclavo, Ley de 4 de julio de 1870, etc.); ley seca en Estados Unidos (no se indemnizó); regidores —concejales perpetuos— (se indemnizó); libertad de comercio en España en 1834 (se indemnizó a determinados grupos comerciales —asentadores—, con vínculos contractuales vigentes), etc.] en GALLEGO ANABITARTE, *Derecho general de organización*, Madrid, 1972, págs. 268 ss. En el artículo de ARIÑO-VELASCO citado en nota anterior, en las págs. 168 ss., se citan varias Sentencias del Tribunal Constitucional sobre perjuicios económicos causados por nuevas leyes (propiedad, sistema de pensiones, función pública, tributos), y se distingue entre leyes expropiatorias (p. ej., Ley de Aguas) y leyes no expropiatorias, en virtud del artículo 139.3 Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común de 1992, que *prima facie* no parece convincente a partir de los artículos 33 y 9.3 de la Constitución española, como se dice en dicho artículo (pág. 180).

E) *Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*

14. A la distribución de competencias en la materia que nos ocupa, de conformidad con lo dispuesto en el denominado bloque de la constitucionalidad, se dedica, fundamentalmente, el artículo 3 LSH, en sus apartados 2 —en especial, letras *c)* a *f)*— y 3 —en especial, letras *d)* a *f)*—. Existe, además, jurisprudencia constitucional sobre el reparto competencial en los diversos sectores de la energía (en especial, Sentencias del Tribunal Constitucional 24/1985, de 21 de febrero, y 197/1996, de 28 de noviembre). En los últimos años ha sido tal la proliferación de estudios dedicados a este tema que no merece la pena prestar aquí atención más detallada.

III. CUESTIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

A) *De la concesión de servicio público a la autorización con cláusulas accesorias*

1. El marco jurídico-administrativo en el que, a partir de la entrada en vigor de la LSH, desarrollarán su actividad los denominados sujetos del sistema deja de ser el del *contrato de gestión de servicio público*, en su modalidad de concesión de servicio público, para pasar a ser, como ya se ha dicho, el de actividades que se prestan en ejercicio de la libertad de empresa, previa la obtención de una *autorización (resolución administrativa) con cláusulas accesorias* (condiciones y, sobre todo, cargas modales; la LSH no prevé la inclusión de término final en dichas autorizaciones) (22). Del régimen de autorización previa escapan algunas actividades (consumo propio, suministro a usuarios de un mismo bloque de viviendas, líneas directas, etcétera; art. 55.2 LSH), que tampoco estaban sometidas a la concesión bajo el régimen anterior (*vid.* Disposición Final 3.ª LG).

2. Este cambio ya implica, de por sí, algunas consecuencias jurídicas. Por lo pronto, el *régimen de responsabilidad* del concesionario de servicio público era el propio de la *responsabilidad patrimonial*

(22) Sobre estas cláusulas accesorias, VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Madrid, 1996, en especial, sobre el modo, págs. 115 ss., 266 ss.; GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS FERNÁNDEZ, *Derecho Administrativo. I. Materiales*, 8.ª reimp., Madrid, 1996, págs. 354 ss.

administrativa (23). Cuando un concesionario causara daños a terceros, éstos debían dirigirse a la Administración para que, conforme a las reglas de la responsabilidad patrimonial administrativa, ésta se pronunciara sobre la procedencia de la indemnización y sobre quién debía pagarla (el concesionario o ella misma, si el daño se ha producido por causas que le sean imputables); *vid.* artículos 162.c) Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 134 del Reglamento General de Contratación del Estado, 123 Ley de Expropiación Forzosa, 1.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo). Este último precepto, por una parte, concreta cuándo el daño es imputable a la Administración (cuando sea consecuencia de una orden directa e inmediata suya o de los vicios del proyecto elaborado por ella); por otra, sin embargo, por su redacción, plantea la duda de si también cuando es el concesionario quien debe indemnizar corresponde hacer esta declaración a la Administración, con posible recurso contencioso-administrativo posterior. A nuestro juicio, esta última es la interpretación correcta, que coincide con la regulación tradicional del supuesto en el citado artículo 123 LEF. Frente a esto, en la nueva regulación los sujetos del sistema responden frente a terceros, en principio, conforme al *Derecho privado*, y la jurisdicción competente para conocer de estas cuestiones ha de ser la ordinaria.

3. Por otra parte, las *relaciones patrimoniales* entre la empresa del sector y la Administración dejan de estar regidas por el *principio del mantenimiento del equilibrio financiero* (art. 15 LG) cuando ésta ejerciera sus facultades de modificación o resolución, para pasar a someterse a las reglas relativas a la indemnización (o no) por *revocación o modificación de los actos declarativos de derechos*.

B) *Servicio público, dominio público y obra pública:* *breve referencia histórica*

4. En la nueva regulación del sector del gas se encuentra, en primera línea, la afirmación de que estamos ante un sector que ha sido calificado de *servicio público* y que ahora se convierte en un sector abierto a la competencia y a la libertad de empresa. Se suele decir que la teoría del servicio público es una concepción de principios del siglo xx. Con anterioridad, alguna actividad se consideraba servi-

(23) Sobre esto, DEL GUAYO, *El servicio público del gas*, Madrid, 1992, págs. 283 ss., que informa sobre cierta confusión en la jurisprudencia en lo relativo a la jurisdicción competente.

cio público, pero la intervención del Estado era a través del título demanial; en la concesión de servicio público a un particular se incluían tanto reglas sobre el derecho real administrativo como reglas sobre la actividad que el particular va a cumplir a partir de dicha concesión. Posteriormente, según este sector doctrinal, se independiza la teoría (la concesión) del servicio público del hecho de un uso exclusivo del dominio público. Hasta llegar a una doctrina sustantiva del servicio público se partía de un «vínculo indivisible» entre el dominio público y la actividad ejercida sobre dicho espacio.

5. Esta interpretación no parece estar plenamente apoyada por las fuentes. Con toda brevedad. Se pone como ejemplo de esta extensión del poder público a las actividades por medio del concepto de dominio público (se dice «título») la Ley de Ferrocarriles de 1877, que, en su artículo 3 (se supone que modificando en algo la anterior regulación), declara que todas las líneas de ferrocarril son de dominio público. Pero esto no es correcto: ya la Ley de Ferrocarriles de 1855, en su artículo 3, contenía la misma declaración. Otro ejemplo: la Ley de Carreteras de 1857, al utilizar la expresión «vías de servicio público», supondría el paso de la «*publicatio* demanial a la *publicatio* del servicio público». Pero esto no es correcto: la expresión «servicio público» aquí sólo quiere decir uso general o público, esto es, *dominio público*, como lo prueba la propia evolución legislativa. En efecto, las Leyes de Carreteras de 1960, 1974 y 1988 califican ya con precisión las carreteras como vías de dominio y uso público (*vid.*, por último, art. 2.1 Ley de Carreteras de 1988).

6. Además, la actividad de construcción y explotación de *obras públicas que no ocupaban dominio público* se otorgaba con concesión que, según la ley, debía incluir todas las cláusulas de control e intervención del poder público en el establecimiento y uso de la obra pública (arts. 53 y 60 de la Ley General de Obras Públicas de 1877).

7. Por eso, parece más correcto, para comprender la evolución histórica, por un lado, centrarse sobre el *concepto clave de obra pública*, cabecera de las leyes de aguas, ferrocarriles, carreteras y puertos. Hay que recordar el concepto de obra pública que domina esta legislación: obra pública es la obra de general uso y aprovechamiento. La obras públicas no sólo son de uso general, sino, también, de general aprovechamiento (por ejemplo, saneamiento de lagunas y terrenos insalubres, encauzamiento de ríos, desagües de grandes pantanos, la construcción de un faro, etc.). Por otro lado, es necesario retener el análisis efectuado sobre el concepto de dominio público (24), que

(24) GALLEGO ANABITARTE, en GALLEGO/MENÉNDEZ REXACH/DÍAZ LEMA, *El Derecho de aguas en España*, Madrid, 1986, págs. 27 ss., para lo dicho en este apartado.

concluye subrayando que en el artículo 339 del Código Civil hay tres conceptos de dominio público: 1.º) determinadas cosas sometidas a su uso público y general, y posibles usos especiales por medio de concesión; 2.º) bienes que son propiedad privada del Estado (edificios, bienes muebles —por ejemplo, los cuadros del Museo del Prado—, etc.), pero que están destinados a algún servicio público (administrativo); 3.º) por último, bienes (p. ej., minas; con el tiempo, también serán actividades) sometidos a la prohibición de que los particulares accedan a ellos, salvo expresa concesión estatal (reserva al Estado). No parece correcto reducir esta explicación al simple concepto de «potestades» (25).

8. Servicios públicos, en sentido técnico, han existido siempre, y el más clásico han sido las postas y correos reales, concedidos como privilegio a determinada familia durante siglos. Muy interesante es la regulación de coches de diligencias y carromatos de transporte de mercancías, con todo un mundo alrededor de arrieros, carreteros, tasas, ejercicio en exclusiva de la actividad, o en competencia con otros sujetos, entre 1750 y 1850, estudio que quizá se pueda presentar en un próximo futuro. Servicio público ha sido y es *competencia del Estado*, esto es, servicio administrativo que se ejerce directamente o, en el caso de las prestaciones, se puede otorgar por concesión a particulares. El concepto de servicio público está unido a la secular figura del establecimiento público (distinto de la corporación, en dualismo expuesto, como se sabe, en primer lugar, por GIERKE), frente a la autoridad de regulación y mando o policía.

9. Todo esto serviría para una reflexión jurídica rigurosa sobre cómo hay que calificar el servicio del gas en la nueva regulación, alejado ya del estricto control concesional del Estado, pero que en absoluto es una actividad que se pueda ejercer como una típica o mera actividad privada comercial. No es éste el lugar para intentar esta labor.

C) *Las denominadas «cargas u obligaciones de servicio público»*

10. Según el artículo 3.2 de la citada Directiva 98/307/CE, de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, se podrán «imponer a las compañías de gas natural *obligaciones de servicio público* de interés económico general, que podrán referirse a la seguridad (...), a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambien-

(25) Como hacen ARIÑO/LÓPEZ DE CASTRO, *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Madrid, 1998, pág. 68 (en nota 60).

te. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables (...)».

11. En la regulación de la LSH estas obligaciones de servicio público se configuran jurídicamente, en la generalidad de los casos, como *modos que se imponen a la autorización* que obtiene el sujeto que desea actuar en el sistema. Se trata de modos *iuris* o legales, porque su inclusión está prevista obligatoriamente por la norma. Algunos de ellos se refieren a la regularidad y calidad del servicio [*vid.*, p. ej., art. 68.a) LSH]; otros a la obligatoria ampliación, expansión y mejora de la red por parte de los transportistas y distribuidores [*vid.* arts. 66.2, 73.5 y 74.d) LSH]. En principio, cuando existe uno de esos modos o cargas en la autorización, la orden de la Administración de proceder a la ampliación, por ejemplo, de las instalaciones de distribución *no tiene por qué ser indemnizable* (26). La cuestión, no obstante, no se planteará mientras esté en vigor el régimen de fijación por el poder público de las tarifas, peajes y cánones, pues la LSH obliga a tener en cuenta, como criterios para su establecimiento, que se asegure la recuperación de inversiones y una razonable rentabilidad económica (art. 92.1 LSH). En su caso, el problema será relevante cuando se llegue al sistema de liberalización de precios (art. 97.1 LSH). Por lo demás, el incumplimiento de los modos (y, en su caso, condiciones) de la autorización determinará la revocación (podría también calificarse como caducidad, pero parece que se impone, para estos casos, el concepto de revocación) (27) de aquélla.

(26) Parece sostener una opinión contraria MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, en ARIÑO/DE LA CUÉTARA/MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo...*, págs. 247-249, que, no obstante, no se plantea la articulación técnica de esas obligaciones como modos de la autorización. En su opinión, la imposición de esas «obligaciones especiales» a alguno de los sujetos del sistema implica la necesidad de compensarle económicamente: «la imposición de tal sacrificio individualizado requerirá la adecuada y justa compensación económica, como exige la doctrina del ejercicio de potestades ablativas o expropiatorias sobre los particulares y la justicia distributiva que la fundamenta». Parece que la solución correcta exige alguna matización en el sentido de lo que se indica en el texto.

(27) Sobre esto, GALLEGU ANABITARTE, en el «Prólogo» a VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Madrid, 1996, págs. 22-28. Las últimas leyes o normas administrativas utilizan «revocación» frente a caducidad: Ley 40/94 (derogada) O. Sector Eléctrico, artículos 63 y ss.; Ley de Transportes Terrestres, artículo 143.5 (equivoco: caducidad de concesión y revocación de autorización, por incumplimiento); Ley 54/97 del Sector Eléctrico, artículo 64.5 (infracciones: multa→revocación); artículo 93.2 (nuevo) de la Ley de Energía Nuclear, modificada por Disposición Adicional Quinta Ley 54/97, y naturalmente la LSH artículo 113.4. El término «caducidad» es iuscivilista y no tiene lugar en el moderno derecho administrativo; quizá sólo para designar la terminación del plazo del acto jurídico (¿extinción?).

D) *Autorización de instalaciones y autorización de actividad*

12. Del texto literal de la regulación del título IV de la LSH se deduce una pretendida distinción entre *autorizaciones de instalaciones* (*vid.*, p. ej., la rúbrica de los arts. 55 y 73) —que sería la necesaria para los sujetos que se dedican a las actividades vinculadas a infraestructuras concretas: transportistas y distribuidores— y *autorizaciones de actividad*: la de los comercializadores, que cumplen con su objeto utilizando infraestructuras de los demás. A esta clasificación legal no parece que haya que otorgarle mucha importancia. Por lo pronto, no está nada claro que las autorizaciones previstas para los transportistas y los distribuidores se refieran exclusivamente a sus instalaciones. Con claridad dispone la LSH que las autorizaciones se refieren también a la «explotación» de las instalaciones (arts. 67.1, primer y cuarto párrafos —para los transportistas— 73.1, segundo párrafo, y 73.5, primer párrafo —para los distribuidores—); y, de forma todavía más rotunda, se establece que tanto unos como otros deberán «realizar sus *actividades* en la forma *autorizada*» [arts. 68.a) y 74.c) LSH]. Parece que la única diferencia relevante entre el régimen jurídico de lo que la LSH denomina autorizaciones de instalación y las autorizaciones de los comercializadores es el *carácter transmisible* de las primeras (arts. 67.1, segundo párrafo, y 73.1, cuarto párrafo), al que no se hace referencia para las autorizaciones de los comercializadores, de lo que hay que deducir que son intransferibles, lo que también parece razonable.

E) *La cuestión de los denominados «contratos forzosos»*

13. En varios preceptos de la LSH se establece la *obligatoriedad para los diversos sujetos del sistema de celebrar los contratos* destinados a permitir el acceso de terceros a las instalaciones propias [*vid.* arts. 68.e) y 74.e) LSH], o a efectuar el suministro a los consumidores [arts. 74.a) y 83.1.a): es obligatorio para los distribuidores «atender, en condiciones de igualdad, las demandas de nuevos suministros de gas en las zonas en que operen y formalizar los contratos de suministro de acuerdo con lo establecido por la Administración»]. Con carácter general, además, dicha contratación se realiza conforme a modelos aprobados por la Administración (*vid.* arts. 70.2, *in fine* y 79.2 LSH).

14. Esto, desde luego, no constituye nada nuevo en el ámbito de la prestación de los tradicionales servicios públicos. También es cier-

to, sin embargo, que esa obligatoria celebración de contratos (*Kontrahierungszwang*, en la terminología alemana), conforme a modelos predeterminados, poco tiene que ver con la idea del contrato (igualdad de las partes, libertad de conformación de la relación contractual, etc.) que todavía se contiene en nuestros códigos de Derecho privado, procedentes del siglo pasado; sobre todo, si se tiene en cuenta que aquí no es sólo la libertad de una de las partes la que está comprometida (como sucede en la figura de los denominados «contratos de adhesión»), sino que la de los dos sujetos contratantes se ve limitada en la misma medida (28). Se hace necesaria la calificación jurídica de estas relaciones.

15. A nuestro juicio, aunque la LSH reconozca un *derecho subjetivo de los usuarios* a contratar el suministro (a veces, bajo determinados presupuestos, como el de solicitarlo dentro del área en la que actúa un distribuidor) y a ser tratados sin discriminación, y establezca, también, la *obligación de la empresa* de prestar el servicio de que se trate, el fundamento jurídico de la obligación concreta de prestar el servicio (o permitir el acceso a las instalaciones) y de la obligación de pago por el usuario, es el *acuerdo de voluntades*. Esto es, hay un acuerdo de voluntades del que nacen las obligaciones de las partes; y a esto se le llama contrato (que, por celebrarse, con carácter general, entre dos sujetos privados, es un *contrato jurídico-privado*). La concreta obligación de pago y del suministro a que éste responde no nacen de la ley. De ésta deriva sólo la obligatoriedad de contratar.

16. La cuestión se sitúa en cierta conexión con lo que en la doctrina civil se ha denominado «*contrato forzoso*», concepto con el que ésta se refiere a todos aquellos casos en los cuales, por obra de la intervención estatal en materia económica y de las normas de Derecho público en el ámbito de las relaciones patrimoniales, las partes se ven inmersas, sin su voluntad o contra su voluntad, en una relación jurídica similar a la que habría creado un contrato; relación ésta que, sin embargo, no merece el calificativo de contractual, precisamente por no proceder de la voluntad autónoma de las partes. Se aportan como ejemplos de este tipo de figuras las llamadas ventas mediante cupo; la venta forzosa de solares, conforme a la legislación urbanística; el arrendamiento forzoso acordado por el Gobernador Civil para supuestos de viviendas susceptibles de ser ocupadas y que no lo fueran; etc. Se sostiene por la mencionada doctrina que en supuestos como éstos no se está ante verdaderos contratos, sino ante la constitución forzosa y heterónoma de relaciones jurídicas de Derecho privado. Dicha cons-

(28) Así, en el Derecho alemán, *vid.* K. VOGEL, *Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand*, Hamburgo, 1959, en especial págs. 251-252.

titudinación puede deberse directamente a la Ley, o bien ser impuesta por acto administrativo o por decisión judicial (29).

17. Pero es la propia doctrina civil la que reconoce, no obstante, que no estamos ante la figura del contrato forzoso cuando una persona resulta obligada a contratar (en nuestro supuesto, los denominados sujetos del sistema) porque ella misma lo ha querido o *voluntariamente se ha puesto en la situación de ser obligada a contratar* (30). Esto sucede en el caso objeto de nuestra atención: la empresa que desarrolla la actividad de que se trate está obligada por las normas citadas a celebrar un contrato con los usuarios porque ella se ha puesto en la situación de que se le imponga dicha obligación, a través de la *autorización administrativa que ampara su actividad empresarial*.

18. Por estar, con carácter general, ante contratos jurídico-privados, la tutela judicial, en caso de conflicto derivado de la relación contractual, corresponderá, en principio, a la *jurisdicción ordinaria*. Ello sin perjuicio de que los conflictos que específicamente se refieran a la admisión del uso de instalaciones por terceros (resolver, por ejemplo, si una denegación de acceso está justificada por una falta de capacidad de la red invocada por su titular), por imperativo de la Disposición Adicional —en adelante, DA— 11.^a (tercero, 1, decimotercera) LSH (en este punto vinculada por la citada Directiva 98/30/CE, art. 21.2), deban resolverse por la Comisión Nacional de Energía; que, sin embargo, no parece que deba ser la competente para pronunciarse, por ejemplo, sobre un impago del peaje correspondiente a dicho acceso. La competencia de la jurisdicción civil debe entenderse también sin perjuicio de la eventual función de arbitraje voluntario que se atribuye a la mencionada Comisión (DA 11.^a, tercero, 1, novena).

F) *La Comisión Nacional de Energía (en especial, en relación con el sector gasista)*

19. Desde hace años se está utilizando, en ocasiones, como se sabe, un modelo de organización para la realización de competencias estatales de intervención en sectores económicos en los que está implicado un interés público relevante, según el cual esas competencias se atribuyen a organizaciones jurídico-públicas reguladas de forma que queden garantizadas su *independencia* frente a directrices

(29) L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I*, Madrid, 1996, págs. 133-134.

(30) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, pág. 133.

políticas y su actuación conforme a criterios estrictamente técnicos, que aseguren la objetividad, la transparencia y la libre competencia en la actuación de los sujetos que intervienen en el sector (31). En nuestra doctrina se las ha situado bajo el concepto de «*Administraciones independientes*» (32).

20. Esta forma de organización suscita, como también ha sido ya suficientemente destacado por la doctrina, algunos problemas de tipo constitucional que deben ser adecuadamente resueltos. No es infrecuente que dichas organizaciones tengan *competencia para dictar reglamentos* (conocidos, normalmente, como «circulares», pero que tienen poco que ver con las tradicionales circulares e instrucciones propias del ámbito, en principio interno, de una organización jerarquizada); lo que hay que hacer compatible con la disposición constitucional de que la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno (art. 97 CE). A esta cuestión podría contestarse llamando la atención sobre el texto del citado precepto constitucional: el Gobierno ejerce la potestad reglamentaria «de acuerdo con la Constitución y las leyes». Según esta frase, nada debería impedir que una ley atribuya el ejercicio de la potestad reglamentaria a otro órgano (u organización) que no sea el Consejo de Ministros. Así se ha explicado también, por ejemplo, algo tradicional en nuestro Derecho, como es el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Ministro (33).

21. También se plantean algunas posibles dificultades con respecto a la competencia del Gobierno de *dirigir la política* (art. 97 CE). Si un volumen considerable de competencias que pudieran subsumirse bajo el, ciertamente, no muy preciso concepto de dirección política (34) (piénsese en el caso de la dirección de la política monetaria por el Banco de España) se atribuyera a esas organizaciones, la independencia de éstas frente a aquél podría hacer surgir una contradicción con la atribución competencial del artículo 97 CE, que, por otra parte, también plantearía problemas desde la perspectiva del *principio democrático*, porque la independencia de estas organi-

(31) Vid. J. M. SALA ARQUER, *El Estado neutral: contribución al estudio de las administraciones independientes*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 42, 1984, págs. 401 ss., y, por último, ARIÑO, en el «Prólogo» a DEL GUAYO, *El servicio...*, págs. 11-16; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, en ARIÑO/DE LA CUÉTARA/MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo...*, págs. 258 ss.

(32) Sobre el tema, por ejemplo, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, Madrid, 1994; que analiza los casos del Consejo de Seguridad Nuclear, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Agencia de Protección de Datos.

(33) Vid. GALLEGO ANABITARTE, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo VIII, 1998, dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL, págs. 160, 163-165, *passim*.

(34) Por último, sobre esta expresión del artículo 97 CE, GALLEGO ANABITARTE, en *Comentarios...*, págs. 96 ss., 165 ss.

zaciones con respecto al Gobierno dificultaría la competencia de los órganos de representación democrática de controlar el ejercicio de la tarea de dirección política del Gobierno (art. 66.2 CE).

22. *Ninguno de estos problemas, sin embargo, parece plantearse con respecto a las competencias de la Comisión Nacional de Energía en el sector del gas. Su potestad reglamentaria (vid. DA 11.^a, tercero, 1, séptima: «circulares de desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos y las Ordenes del Ministerio de Industria y Energía que se dicten en desarrollo de la normativa energética, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello») se puede explicar conforme se ha expuesto más arriba. Por otra parte, no parece que estas circulars puedan tener, en cuanto a su contenido, un alcance muy relevante, si se tiene en cuenta que hasta la normativa de gestión técnica del sistema es aprobada por el Ministro de Industria y Energía (art. 64.1 LSH).*

23. Si a eso se añade que la planificación en materia de hidrocarburos corresponde realizarla al Gobierno (art. 4.2 LSH), que las tarifas, peajes y cánones son aprobados por Orden del Ministro de Industria y Energía (arts. 93 y 94 LSH), que las autorizaciones se otorgan, también, por el Ministro [salvo error, la Ley no lo establece expresamente, pero sí dispone que su otorgamiento corresponde a la «Administración General del Estado» —art. 3.2.c) y d)— y que a la citada Comisión corresponde sólo una función de informe en los expedientes —DA 11.^a, tercero, 1, quinta—], que muchas de las competencias de la Comisión en este sector son de mera propuesta o informe (vid. DA 11.^a, tercero, 1, primera a sexta), y que, salvo contadas excepciones, las resoluciones de la Comisión son impugnables en *recurso ordinario* ante el Ministro de Industria y Energía (DA 11.^a, tercero, 5), parece evidente que no estamos, en este caso, ante una Administración independiente en el sentido al que se ha aludido. Podría hablarse más bien (aunque fueran necesarias algunas matizaciones) de una *Administración desconcentrada*, aunque la organización que ejerce por atribución legal las competencias esté dotada de personalidad jurídica.

24. Otras competencias que puede ejercer la Comisión procederán, en su caso, de un acto jurídico concreto: la *encomienda*, que debe explicarse como actuación en nombre y por cuenta de otro (vid. DA 11.^a, tercero, 1, decimotercero), esto es, una delegación impropia, es decir, una delegación para el mero ejercicio de una competencia (35).

(35) Vid. GALLEGO ANABITARTE, núm. 122 de esta REVISTA, mayo-agosto 1990, págs. 57-58, *passim*.

LA NUEVA REGULACION DEL MERCADO DEL GAS NATURAL

Por

ALFREDO GALLEGO ANABITARTE
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

y

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

A Ramón MARTÍN MATEO, en cuyo libro homenaje no me fue posible colaborar.

(A.G.A.)

SUMARIO: I. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL SISTEMA DE GAS NATURAL.—II. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA REFORMA DEL MERCADO DE GAS NATURAL: A) *De las actividades reservadas (art. 128.2 CE) a la libertad de empresa (art. 38 CE)*. B) *Privatización de la actividad y principio de proporcionalidad*. C) *Aplicabilidad de los derechos fundamentales*. D) *Derecho de propiedad sobre las redes (art. 33 CE) y derecho de acceso de terceros a las mismas*. E) *Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*.—III. CUESTIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS: A) *De la concesión de servicio público a la autorización con cláusulas accesorias*. B) *Servicio público, dominio público y obra pública: breve referencia histórica*. C) *Las denominadas «cargas u obligaciones de servicio público»*. D) *Autorización de instalaciones y autorización de actividad*. E) *La cuestión de los denominados «contratos forzosos»*. F) *La Comisión Nacional de Energía (en especial, en relación con el sector gasista)*.

I. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL SISTEMA DE GAS NATURAL (1)

1. La ordenación del sistema de gas natural que lleva a cabo la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (en adelante, LSH) —fundamentalmente en su título IV: «ordenación del suministro de gases combustibles por canalización»—, puede exponerse, en sus líneas básicas, atendiendo a dos perspectivas complementarias: la que se refiere a las *infraestructuras* de las que

(1) Los autores quieren agradecer a altos funcionarios del Ministerio de Industria y Energía, y muy en especial a doña Carmen Becerril, las facilidades que les han dado con ocasión de varias consultas sobre determinados puntos del Proyecto de Ley del Sector de Hidrocarburos. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO tiene la generosidad de dejarme que dedique este trabajo a mi viejo amigo Ramón MARTÍN MATEO.

se sirve dicho sistema y la que alude a los *sujetos* que intervienen en el mismo.

2. Desde el punto de vista de las *infraestructuras*, el sistema gasta comprende las siguientes instalaciones: la *red básica* (integrada, por su parte, por los gasoductos con la máxima presión de diseño, las plantas de regasificación y licuefacción de gas natural, los almacenamientos estratégicos, las conexiones internacionales, etc.), las *redes de transporte secundario* (constituidas por los gasoductos de presión de diseño intermedia) y las *redes de distribución* (integradas por los gasoductos con la mínima presión de diseño y por aquellos que, con independencia de su presión de diseño, tengan por objeto llevar el gas al consumidor a partir de un gasoducto de la red básica o de transporte secundario). *Vid.*, en especial, artículos 59 y 73.1 LSH.

3. Desde la perspectiva de los *sujetos* del sistema hay que distinguir: los *transportistas* (titulares de las instalaciones de la red básica y de las redes de transporte secundario), los *distribuidores* (titulares de las instalaciones de distribución y encargados del suministro a consumidores —no cualificados— en régimen de tarifa) y los *comercializadores* (que no son titulares de instalaciones, sino que utilizan la infraestructura de los demás sujetos del sistema para realizar su actividad de adquisición del gas natural y suministro a los consumidores cualificados o venta a otros comercializadores). *Vid.*, en especial, artículos 58 y 79.1 LSH.

4. Como se explicará con detalle más adelante, todas estas actividades se realizan en régimen de libre competencia (como consecuencia de la derogación de su reserva en favor del Estado —o de las Comunidades Autónomas—). Sin embargo, la LSH distingue entre las *actividades reguladas* (regasificación, almacenamiento, transporte y distribución) y las *libres* (comercialización) —art. 60.1 y 2 LSH—. No parece que esa clasificación legal responda a una diferenciación esencial entre el régimen jurídico de unas y otras. En todos los casos se trata de actividades que se realizan en el marco de la libertad de empresa (art. 38 de la Constitución española; en adelante, CE), pero que, por su *relevancia desde la perspectiva de los intereses generales*, son objeto de una regulación legal que impone límites o cargas: necesidad de obtener una autorización administrativa previa (que no concede derechos exclusivos; arts. 67.3, 73.4 y 80.2 LSH) y de soportar determinadas cargas (información, forma de llevar la contabilidad, acceso de terceros a las instalaciones propias, existencias mínimas de seguridad, etc.). Hay libertad de empresa, pero su ejercicio está modulado y condicionado por el interés público y la trascendencia de una actividad que es esencial para la vida ordinaria de los ciu-

dadanos, lo que remite a la conocida expresión de *Daseinsvorsorge* (asistencia vital), acuñada por E. FORSTHOFF: hay actividades privadas cuyo ejercicio tiene que estar controlado por el poder y el Derecho público.

5. En el sistema de la LSH la distinción entre las actividades reguladas y la comercialización (que «se ejercerá libremente», art. 60.2 LSH) parece responder, tan sólo, por una parte, a que mientras las primeras se ejercen conforme a un régimen retributivo fijado por el poder público (tarifas, peajes y cánones; arts. 91-94 LSH), la LSH remite a la libertad de las partes para establecer los precios que los consumidores cualificados pagarán a los comercializadores (*vid.*, p. ej., art. 60.2 y 3 LSH). Por otra parte, la LSH utiliza esa clasificación para regular el régimen de la *separación de actividades*: las actividades reguladas son compatibles entre sí e incompatibles con la comercialización, en los términos del artículo 63 LSH.

II. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA REFORMA DEL MERCADO DE GAS NATURAL

A) *De las actividades reservadas (art. 128.2 CE) a la libertad de empresa (art. 38 CE)*

1. Desde la perspectiva jurídico-constitucional, el punto de partida de la nueva ordenación del suministro de gases combustibles por canalización (fundamentalmente, gas natural) lo constituye la decisión legislativa de pasar de un régimen en el que las actividades incluidas en el mismo estaban *reservadas al Estado* (o a las Comunidades Autónomas), o, lo que es lo mismo, que los particulares tenían prohibido el ejercicio de las mismas, salvo concesión por parte del poder público (art. 128.2 CE, segunda frase, en relación con el art. 1 de la Ley 10/1987, de 15 de junio, de disposiciones básicas para un desarrollo coordinado de las actuaciones en materia de combustibles gaseosos —en adelante, LG—), a un régimen en el que esas actividades son prestadas libremente por los particulares, en ejercicio de la *libertad de empresa* (art. 38 CE) —*vid.* arts. 1.3; 2.2: «se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades a que se refiere [el título] IV de la presente Ley»; 54 LSH—, sin perjuicio de las limitaciones establecidas legalmente. En el contexto de la confusión terminológica que, como se sabe, existe en torno al concepto de la privatización, esta decisión legislativa puede ofrecerse como ejemplo de *privatización en sentido propio*: una tarea que ha estado reservada a un sujeto jurídico-público (y, en consecuencia, prohibida, sal-

vo concesión, a los ciudadanos) se traslada al ámbito de libre ejercicio por parte de éstos (2).

2. Como es evidente, la circunstancia de que las actividades relacionadas con el suministro de combustibles gaseosos por canalización dejen de ser servicios reservados no significa que la garantía del suministro de los mismos haya dejado de ser una *tarea estatal o competencia pública*. El Estado (en sentido amplio) debe garantizar a los ciudadanos el acceso en condiciones aceptables de calidad y seguridad a aquellas prestaciones que forman parte de lo que hoy comúnmente se considera, en nuestro ámbito cultural, como vida humana digna (entre las que se cuenta el suministro de energía), y que el mercado, dominado por el interés lucrativo de los sujetos, no tendría por qué garantizar. Esa competencia pública se fundamenta en el principio del Estado social (arts. 1.1 y 9.2 CE) y en la denominada vertiente objetiva (que implica actuaciones positivas de intervención por parte del Estado) (3) de los derechos fundamentales (art. 10.1 CE, por lo que respecta a la dignidad de la persona) (4).

3. La elección entre que esa tarea pública se lleve a cabo mediante la prestación (en régimen de gestión directa o indirecta) por el Estado (u otras personas jurídico-públicas) del servicio de que se trate, o que el Estado se limite a garantizar mediante una regulación adecuada que las actividades realizadas en el marco de la libertad de empresa cumplan con las mencionadas condiciones de prestación a los ciudadanos, es algo que queda entregado —dejando de lado, por ahora, obligaciones derivadas del Derecho internacional (5)—, en lo

(2) Como se sabe, es frecuente la distinción entre *privatización patrimonial* (enajenación a particulares de acciones o participaciones de las que eran titulares organizaciones jurídico-públicas), *privatización organizativa* (organización de una actividad, desarrollada hasta ese momento en régimen de Derecho público, bajo una forma total o parcialmente regida por el Derecho privado) y *privatización de la tarea o actividad* (entrega de tareas que hasta un momento dado estaban reservadas a la Administración al ámbito de la libertad de mercado). Es habitual calificar a esta última como la *privatización en sentido propio*. Vid. TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid, 1997, págs. 42-47; ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid, 1993, págs. 238-240; ARIÑO y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, en ARIÑO/DE LA CUÉTARA/MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, Madrid, 1997, págs. 23, 195; en Alemania, WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht II*, 5.ª ed., Munich, 1987, págs. 426, 433; H. BAUER, «Privatisierung von Verwaltungsaufgaben», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 54 (1995), págs. 251-252 (en nota 41).

(3) Sobre la vertiente objetiva de los derechos fundamentales, con cita de las fuentes alemanas, GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 1994, págs. 81 ss., *passim*.

(4) Así, para el Derecho alemán, H. P. BULI, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 2.ª ed., Kronberg/Ts., 1977, págs. 224, 226, 240-241.

(5) Es suficientemente conocido que la regulación de la LSH del suministro de combustibles gaseosos por canalización responde a la ordenación del sector que lleva a cabo la Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (publicada en el «DOCE» de 21 de julio de 1998, L 204).

esencial, a la decisión política discrecional (6). La LSH lleva a cabo la privatización aludida, pero, desde luego, considera que es una competencia pública la garantía del suministro «a todos los consumidores que lo demanden (...) en las condiciones de calidad y seguridad que reglamentariamente se establezcan (...)» (art. 57 LSH), para lo que «las Administraciones públicas ejercerán las facultades previstas en la presente Ley» (art. 2.2, *in fine*, LSH).

B) *Privatización de la actividad y principio de proporcionalidad*

4. Desde esta perspectiva jurídico-constitucional podría plantearse la cuestión de si la entrega al ámbito de la libertad de empresa de estas actividades es una *exigencia del principio de proporcionalidad* (que, por supuesto, vincula también al legislador) en relación con el artículo 38 CE, dado que, como pondría de manifiesto la nueva regulación legal, es posible garantizar el interés público que supone la garantía del suministro sin una medida tan restrictiva de la libertad reconocida en dicho precepto como era la reserva de dichas actividades al Estado (con la simultánea prohibición para los ciudadanos) (7). Dejando de lado consideraciones de oportunidad y legítimas discrepancias sobre la más correcta solución política, parece que, en el plano estrictamente jurídico, la decisión que acaba de adoptar el legislador no debe derivarse como una necesidad del principio de proporcionalidad que rige en el ámbito de las relaciones entre el poder público y la libertad del ciudadano. El artículo 128.2 CE (segunda frase: autorización para la reserva por ley de servicios esenciales) constituye una regla especial frente al artículo 38 CE y, sin desconocer que los preceptos constitucionales deben interpretarse sistemáticamente, como partes de una unidad, parece claro que concede al legislador un *ámbito de libertad decisoria en este punto más amplio* que el que se derivaría de la estricta aplicación del principio de proporcionalidad (con sus mandatos parciales o subprincipios: utilidad, necesidad y ponderación) al ámbito protegido por el artículo 38 CE.

(6) BULL, *Die Staatsaufgaben...*, pág. 245.

(7) Este argumento es utilizado por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, en ARIÑO/DE LA CUÉTARA/MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo...*, págs. 210-211, *passim*.

C) *Aplicabilidad de los derechos fundamentales*

5. En el marco de la nueva regulación parece claro que, aunque los sujetos que actúan en el sistema lleven a cabo actividades sobre las que se proyecta la competencia pública de la garantía del suministro, su posición frente a las organizaciones jurídico-públicas viene determinada por la *plena aplicabilidad en sus relaciones con éstas de los derechos fundamentales* (8) [en especial, libertad de empresa, propiedad, el denominado derecho a la autodeterminación informativa—relevante, sobre todo, en lo que se refiere a las múltiples obligaciones informativas que la LSH impone a estas empresas; *vid.* arts. 62.3, 68.f) y g), 74.f) y 81.e) LSH—, etc.], con lo que eso supone: *reserva de ley* (que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial); aplicabilidad del *principio de proporcionalidad* en las medidas que adopte la Administración; y de otras doctrinas elaboradas en el ámbito de la teoría de los derechos fundamentales, como la del *efecto recíproco* (los límites impuestos al derecho deben limitarse, a su vez, por el derecho mismo, lo que conduce a una ponderación en el caso concreto que constate en qué medida el fin de interés público al que sirve la limitación justifica la restricción del derecho) (9), etc.

6. No parece posible, sin embargo, aceptar que sean titulares de esos derechos fundamentales las *empresas públicas* que, en concurrencia con los particulares, intervengan en el sector. Ni el Estado, en sentido amplio, ni la Administración, como conjunto de órganos u organizaciones pertenecientes o integrados en éste, son, en términos generales, salvo excepciones justificadas por motivos especiales, titulares de derechos fundamentales (10), ni de ámbitos de libertad,

(8) Así, en el Derecho alemán, con respecto a las empresas privadas dedicadas al suministro de energía, que cumplen (o actúan en relación con) una tarea pública (lo que se conoce allí con el concepto de *Indienstnahme Privater*), lo que supone el sometimiento a obligaciones especiales, pero en el marco de la plena vigencia de los derechos fundamentales. JARASS, *Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2.ª ed., Frankfurt a. M., 1984, pág. 100; ARNDT, en STEINER (dir.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 4.ª ed., Heidelberg, 1992, pág. 799. *Vid.*, también, G. HERMES, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, Tübingen, 1998, que expone esas opiniones (págs. 75-82), aunque no coincidan con la suya (págs. 481-482, *passim*).

(9) Sobre la teoría de la eficacia recíproca, GALLIGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales...*, págs. 185 (en nota 19) y 216, *passim*.

(10) Hay, como se sabe, excepciones, en virtud de las cuales organizaciones jurídico-públicas son reconocidas como titulares de derechos fundamentales: autonomía universitaria (STC 55/1989, de 23 de febrero, FJ 4: «la Universidad compostelana, en el ejercicio de su derecho fundamental a la autonomía...»), tutela judicial efectiva de personas públicas cuando litigan, etc. Sobre esta cuestión, en nuestro Derecho, J. M. DÍAZ LEMA, *¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?*, núm. 120 de esta REVISTA, págs. 81 ss. En la doctrina alemana, sintéticamente, JARASS/PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 2.ª ed., Munich, 1992, págs. 34-35.

ni de autonomía de la voluntad, en el mismo sentido en que esto se predica del individuo. En principio, cae por su propio peso que nada puede cambiar en ello la circunstancia de que el Estado utilice para desarrollar alguna actividad una forma organizativa de Derecho privado (11). Que la Administración se valga de la forma de una sociedad mercantil, por ejemplo, no la convierte en ciudadano. Cuando el Estado crea una organización jurídico-privada, no cabe pensar que esta organización pueda invocar los derechos fundamentales. *Tendríamos Estado frente a Estado* (12). La propiedad del artículo 33 CE y la libertad de empresa del 38 CE protegen al ciudadano titular de derechos de contenido patrimonial y al empresario, pero no al Estado como titular de acciones, por ejemplo, o como voluntad de influencia decisiva en una empresa (13).

7. Debe destacarse, además, que por empresa pública, en este contexto, hay que entender no sólo aquella en la que un sujeto jurídico-público ostenta la totalidad o la mayoría del capital o de las participaciones, sino toda aquella en la que, por las diversas vías posibles, uno de esos sujetos ostente una *posición de influencia dominante* (14). No puede ignorarse, por último, que en estos últimos supuestos es problemática la posición en la que con respecto a los derechos fundamentales quedan los particulares que participan con la Administración en la empresa en cuestión y que, para ellos, habría que introducir las matizaciones pertinentes.

D) *Derecho de propiedad sobre las redes (art. 33 CE) y derecho de acceso de terceros a las mismas*

8. Uno de los pilares de la nueva regulación del sector es, sin duda, el denominado *derecho de acceso de terceros a las redes* (15). La apertura de este mercado (como el de otros suficientemente conocidos: telecomunicaciones, electricidad, etc.) a la competencia pivota

(11) JARASS, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*..., pág. 219. Hay, no obstante, disparidad de opiniones en la doctrina alemana.

(12) La gráfica expresión en WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht I*, 10.^a ed., Munich, 1994, pág. 238.

(13) Para Alemania, esta tesis en WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht I*, pág. 238.

(14) Sobre este concepto de empresa pública, que tiene apoyo positivo en la Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio (art. 2), TRONCOSO, *Privatización*..., págs. 37-42; ARNDT, en STEINER (dir.), *Besonderes*..., pág. 769. De este concepto se vale, por ejemplo, el artículo 2.1.c) de la reciente Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.

(15) La regulación del acceso de terceros a las redes por la LSH parece cumplir satisfactoriamente las exigencias que sobre esta cuestión se derivan de los artículos 14 a 23 de la mencionada Directiva 98/30/CE.

sobre este eje: en la prestación de un servicio dependiente de una red de conducción, en el que (por razones obvias) no es practicable la construcción de infraestructuras paralelas, o la red se abre a la utilización de otros, o no es posible la competencia (16).

9. Esto, sin embargo, plantea la cuestión del encuadramiento jurídico-constitucional de una propiedad (art. 33 CE) de las redes sobre la que pesa la carga de permitir su utilización a terceros [vid., p. ej., arts. 60.4, 68.c), 70 y 76 LSH]. Una posible explicación es la de considerar el acceso de terceros a las redes como una *carga que delimita el contenido de la propiedad sobre las infraestructuras de canalización del gas en virtud de la función social del derecho de propiedad* (art. 33.2 CE). Esa carga no excedería la frontera de lo que es una mera delimitación (no expropiatoria) del contenido del derecho, si se tiene en cuenta que el propietario de la red ostenta una *preferencia* de uso de la misma, en virtud de la cual puede denegar el acceso a terceros en caso de insuficiente capacidad, o debido a dificultades económicas y financieras graves, etc. (vid. arts. 70.3 y 76.2 LSH). Además, la imposición de esa carga sería conforme con el principio de proporcionalidad, si se tiene en cuenta que dicha medida es *idónea* y *necesaria* para alcanzar el fin de introducir la competencia en el sector; y es *ponderada* porque, para conseguir el equilibrio más adecuado entre el interés público y la limitación que se impone a la propiedad, se prevé que se pagarán por los terceros que utilicen la red los correspondientes *peajes* y *cánones*, que, entre otras finalidades, tienen la de «asegurar la recuperación de las inversiones realizadas por los titulares en el período de vida útil de las mismas» [art. 92.1.a) LSH] (17).

10. Otra posible explicación sería la de considerar que el derecho de acceso de terceros es una *servidumbre legal* que se impone a los propietarios de las redes, indemnizable por imperativo del artículo 33.3 CE. La indemnización sería, precisamente, el pago de

(16) Esta explicación es unánime; vid. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. IV. El sistema eléctrico*, Madrid, 1998, pág. 145; ARIÑO y MARTINEZ LÓPEZ-MUÑOZ, en ARIÑO/DE LA CUÉTARA/MARTINEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *El nuevo...*, págs. 27-28, 216.

(17) Esta es, en síntesis, la explicación que para la nueva regulación alemana de la propiedad de las infraestructuras en el sector eléctrico (en algún punto relevante distinta, no obstante, a la del mercado del gas en España) ofrece H. J. KOCH, «Verfassungsrechtlicher Bestandsschutz als Grenze der Deregulierung und der umweltpolitischen Steuerung im Bereich der Elektrizitätswirtschaft?», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1994, págs. 840-844. Una exposición de las distintas opiniones en este punto, en HERMES, *Staatliche...*, págs. 477-482. Los autores quieren expresar su agradecimiento al profesor SCHMIDT-PREUS, de la Universidad de Erlangen, por la ayuda que, con toda generosidad y atención, nos ha prestado para conocer esta materia en Alemania; de este autor, sobre esta cuestión, «Die Gewährleistung des Privateigentums durch Art. 14 GG im Lichte aktueller Probleme», *Die Aktiengesellschaft*, 1996, págs. 1-11; «Verfassungskonflikt um die Durchleitung?», *Recht der Energiewirtschaft*, 1996, págs. 1-9.

los mencionados peajes por los terceros que hagan uso del derecho (18).

11. Consideración especial merece, desde la perspectiva del artículo 33 CE, el *régimen transitorio* aplicable a unos propietarios de las redes que las construyeron bajo una legislación en la que sólo ellos tenían el derecho de utilizarlas y a los que la nueva LSH impone ahora la carga de soportar el acceso de terceros. Como punto de partida, parece que hay que aceptar que el principio del equilibrio económico y financiero establecido en la legislación anterior en favor de los antiguos concesionarios (art. 15 LG), como tal, es un principio legal que vinculaba a la Administración, pero no un principio constitucional que vincule al legislador, que está sometido a límites constitucionales cuyas exigencias no tienen por qué coincidir con el contenido del principio del mantenimiento del equilibrio financiero.

12. Desde este punto de vista, parece posible afirmar que el régimen transitorio previsto por la LSH ha sido más generoso con los antiguos concesionarios de lo que hubiese sido, estrictamente, un imperativo constitucional. Posiblemente, la simple previsión de los *peajes* (como se ha dicho, fijados conforme al criterio de asegurar la recuperación de inversiones) hubiera sido suficiente. Pero el legislador ha previsto, además, un *derecho de exclusividad*, durante un plazo máximo de quince años, en favor de las empresas hasta ahora concesionarias de la distribución (Disposición Transitoria 15.ª LSH, que, no obstante, no excluye el acceso de terceros —por ejemplo, los comercializadores— a esas redes de distribución); y un denominado «*término de conexión y seguridad*» (Disposición Transitoria 6.ª LSH) (19) que responde a una idea bastante parecida a la que subyace a los tan polémicos

(18) Menos correcta es, a nuestro juicio, la tesis que habla de una separación entre *propiedad* y *uso* (esto, sin matizaciones, desconocería el derecho de preferencia que se reconoce al propietario); y se refiere a una *propiedad afecta al uso público* (no parece que pueda hablarse aquí de un *uso público*, al menos en el sentido que ese concepto tiene en nuestro Derecho de bienes públicos). Esta explicación la ofrece ARIÑO, en ARIÑO/DE LA CUÉTARA/MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *El nuevo...*, pág. 31, si bien es cierto que no se refiere, en concreto, a la regulación del mercado del gas a que aquí se alude, sino a un general «nuevo modelo de servicios públicos competitivos». La referencia a la servidumbre legal es una mera sugerencia; en el derecho alemán las cosas públicas son propiedad privada gravada con una servidumbre jurídico-pública, cuya base es la afectación (PAPIER, *Recht der Öffentlichen Sachen*, 1984, págs. 7 y ss.) del bien al uso público; pero claro, entre otras razones, la apertura de las redes a terceros no es a un uso público, sino a los sujetos que reúnan determinados requisitos o estén debidamente autorizados (consumidores cualificados, comercializadores y transportistas).

(19) A lo largo de la tramitación del proyecto de Ley este concepto ha ido cambiando de denominación. Los autores quieren expresar su agradecimiento a los servicios de biblioteca y archivo del Congreso de los Diputados, gracias a los cuales hemos podido contar con el material necesario, tras su inmediata publicación, durante la tramitación parlamentaria del proyecto.

micos «costes de transición a la competencia» en el ámbito del sector eléctrico (20).

13. En este punto, no debería pasarse por alto que si las antiguas empresas concesionarias han llevado a cabo inversiones que merecen un respeto por el legislador, también es cierto que lo hicieron bajo un régimen en el que disfrutaban de *derechos de exclusividad* y privilegios. Por lo demás, la Disposición Adicional 6.^a LSH suprime la *reversión de las instalaciones* construidas por dichas empresas [reversión prevista en el art. 7.c) LG], lo que, como es lógico, amplía indefinidamente el plazo de amortización de las inversiones. Esta polémica cuestión, desde el punto de vista jurídico-constitucional, debe abordarse, *prima facie*, teniendo en cuenta lo siguiente: 1.º ante un cambio legislativo la indemnización debe considerarse como algo excepcional y sólo debida cuando se produzca una privación de derechos consolidados; 2.º los cambios generales y estructurales [del feudalismo (señoríos) al liberalismo, por ejemplo] no dan lugar a indemnización (21); 3.º el legislador es libre de conceder una indemnización a un grupo afectado por una nueva ley, siempre y cuando no viole el principio de no discriminación. Sobre decisiones legislativas de este tipo siempre cabe y debe hacerse un análisis constitucional.

(20) Un análisis, en el ámbito del sector eléctrico, de los conceptos que pueden integrar esos costes, de su cuantificación (cuestiones éstas que parecen bastante complejas) y de los posibles fundamentos constitucionales de un derecho a su compensación [derecho de propiedad (art. 33 CE), prohibición de retroactividad (art. 9.3 CE), responsabilidad patrimonial por daños residuales, principio de protección de la confianza legítima], en ARIÑO ORTIZ/VELASCO CABALLERO, «Los costes de transición a la competencia», en AA.VV., *Competencia y sector eléctrico: nuevo marco jurídico*, Madrid, 1998, págs. 149-192; con una opinión favorable a la indemnización de los que se denominan «costes varados prudentes» (en especial, pág. 188).

(21) Ejemplos históricos [derechos feudales —Ley de 6 de agosto de 1811 y 3 de mayo de 1823, y 23-26 de agosto de 1836— (no se indemnizó); esclavitud (se indemnizó en Cuba y Puerto Rico, 125 pts. por esclavo, Ley de 4 de julio de 1870, etc.); ley seca en Estados Unidos (no se indemnizó); regidores —concejales perpetuos— (se indemnizó); libertad de comercio en España en 1834 (se indemnizó a determinados grupos comerciales —asentadores—, con vínculos contractuales vigentes), etc.] en GALLEGO ANABITARTE, *Derecho general de organización*, Madrid, 1972, págs. 268 ss. En el artículo de ARIÑO-VELASCO citado en nota anterior, en las págs. 168 ss., se citan varias Sentencias del Tribunal Constitucional sobre perjuicios económicos causados por nuevas leyes (propiedad, sistema de pensiones, función pública, tributos), y se distingue entre leyes expropiatorias (p. ej., Ley de Aguas) y leyes no expropiatorias, en virtud del artículo 139.3 Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común de 1992, que *prima facie* no parece convincente a partir de los artículos 33 y 9.3 de la Constitución española, como se dice en dicho artículo (pág. 180).

E) *Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*

14. A la distribución de competencias en la materia que nos ocupa, de conformidad con lo dispuesto en el denominado bloque de la constitucionalidad, se dedica, fundamentalmente, el artículo 3 LSH, en sus apartados 2 —en especial, letras *c)* a *f)*— y 3 —en especial, letras *d)* a *f)*—. Existe, además, jurisprudencia constitucional sobre el reparto competencial en los diversos sectores de la energía (en especial, Sentencias del Tribunal Constitucional 24/1985, de 21 de febrero, y 197/1996, de 28 de noviembre). En los últimos años ha sido tal la proliferación de estudios dedicados a este tema que no merece la pena prestar aquí atención más detallada.

III. CUESTIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

A) *De la concesión de servicio público a la autorización con cláusulas accesorias*

1. El marco jurídico-administrativo en el que, a partir de la entrada en vigor de la LSH, desarrollarán su actividad los denominados sujetos del sistema deja de ser el del *contrato de gestión de servicio público*, en su modalidad de concesión de servicio público, para pasar a ser, como ya se ha dicho, el de actividades que se prestan en ejercicio de la libertad de empresa, previa la obtención de una *autorización (resolución administrativa) con cláusulas accesorias* (condiciones y, sobre todo, cargas modales; la LSH no prevé la inclusión de término final en dichas autorizaciones) (22). Del régimen de autorización previa escapan algunas actividades (consumo propio, suministro a usuarios de un mismo bloque de viviendas, líneas directas, etcétera; art. 55.2 LSH), que tampoco estaban sometidas a la concesión bajo el régimen anterior (*vid.* Disposición Final 3.ª LG).

2. Este cambio ya implica, de por sí, algunas consecuencias jurídicas. Por lo pronto, el *régimen de responsabilidad* del concesionario de servicio público era el propio de la *responsabilidad patrimonial*

(22) Sobre estas cláusulas accesorias, VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Madrid, 1996, en especial, sobre el modo, págs. 115 ss., 266 ss.; GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS FERNÁNDEZ, *Derecho Administrativo. I. Materiales*, 8.ª reimp., Madrid, 1996, págs. 354 ss.

administrativa (23). Cuando un concesionario causara daños a terceros, éstos debían dirigirse a la Administración para que, conforme a las reglas de la responsabilidad patrimonial administrativa, ésta se pronunciara sobre la procedencia de la indemnización y sobre quién debía pagarla (el concesionario o ella misma, si el daño se ha producido por causas que le sean imputables); *vid.* artículos 162.c) Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 134 del Reglamento General de Contratación del Estado, 123 Ley de Expropiación Forzosa, 1.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo). Este último precepto, por una parte, concreta cuándo el daño es imputable a la Administración (cuando sea consecuencia de una orden directa e inmediata suya o de los vicios del proyecto elaborado por ella); por otra, sin embargo, por su redacción, plantea la duda de si también cuando es el concesionario quien debe indemnizar corresponde hacer esta declaración a la Administración, con posible recurso contencioso-administrativo posterior. A nuestro juicio, esta última es la interpretación correcta, que coincide con la regulación tradicional del supuesto en el citado artículo 123 LEF. Frente a esto, en la nueva regulación los sujetos del sistema responden frente a terceros, en principio, conforme al *Derecho privado*, y la jurisdicción competente para conocer de estas cuestiones ha de ser la ordinaria.

3. Por otra parte, las *relaciones patrimoniales* entre la empresa del sector y la Administración dejan de estar regidas por el *principio del mantenimiento del equilibrio financiero* (art. 15 LG) cuando ésta ejerciera sus facultades de modificación o resolución, para pasar a someterse a las reglas relativas a la indemnización (o no) por *revocación o modificación de los actos declarativos de derechos*.

B) *Servicio público, dominio público y obra pública:* *breve referencia histórica*

4. En la nueva regulación del sector del gas se encuentra, en primera línea, la afirmación de que estamos ante un sector que ha sido calificado de *servicio público* y que ahora se convierte en un sector abierto a la competencia y a la libertad de empresa. Se suele decir que la teoría del servicio público es una concepción de principios del siglo xx. Con anterioridad, alguna actividad se consideraba servi-

(23) Sobre esto, DEL GUAYO, *El servicio público del gas*, Madrid, 1992, págs. 283 ss., que informa sobre cierta confusión en la jurisprudencia en lo relativo a la jurisdicción competente.

cio público, pero la intervención del Estado era a través del título demanial; en la concesión de servicio público a un particular se incluían tanto reglas sobre el derecho real administrativo como reglas sobre la actividad que el particular va a cumplir a partir de dicha concesión. Posteriormente, según este sector doctrinal, se independiza la teoría (la concesión) del servicio público del hecho de un uso exclusivo del dominio público. Hasta llegar a una doctrina sustantiva del servicio público se partía de un «vínculo indivisible» entre el dominio público y la actividad ejercida sobre dicho espacio.

5. Esta interpretación no parece estar plenamente apoyada por las fuentes. Con toda brevedad. Se pone como ejemplo de esta extensión del poder público a las actividades por medio del concepto de dominio público (se dice «título») la Ley de Ferrocarriles de 1877, que, en su artículo 3 (se supone que modificando en algo la anterior regulación), declara que todas las líneas de ferrocarril son de dominio público. Pero esto no es correcto: ya la Ley de Ferrocarriles de 1855, en su artículo 3, contenía la misma declaración. Otro ejemplo: la Ley de Carreteras de 1857, al utilizar la expresión «vías de servicio público», supondría el paso de la «*publicatio* demanial a la *publicatio* del servicio público». Pero esto no es correcto: la expresión «servicio público» aquí sólo quiere decir uso general o público, esto es, *dominio público*, como lo prueba la propia evolución legislativa. En efecto, las Leyes de Carreteras de 1960, 1974 y 1988 califican ya con precisión las carreteras como vías de dominio y uso público (*vid.*, por último, art. 2.1 Ley de Carreteras de 1988).

6. Además, la actividad de construcción y explotación de *obras públicas que no ocupaban dominio público* se otorgaba con concesión que, según la ley, debía incluir todas las cláusulas de control e intervención del poder público en el establecimiento y uso de la obra pública (arts. 53 y 60 de la Ley General de Obras Públicas de 1877).

7. Por eso, parece más correcto, para comprender la evolución histórica, por un lado, centrarse sobre el *concepto clave de obra pública*, cabecera de las leyes de aguas, ferrocarriles, carreteras y puertos. Hay que recordar el concepto de obra pública que domina esta legislación: obra pública es la obra de general uso y aprovechamiento. La obras públicas no sólo son de uso general, sino, también, de general aprovechamiento (por ejemplo, saneamiento de lagunas y terrenos insalubres, encauzamiento de ríos, desagües de grandes pantanos, la construcción de un faro, etc.). Por otro lado, es necesario retener el análisis efectuado sobre el concepto de dominio público (24), que

(24) GALLEGO ANABITARTE, en GALLEGO/MENÉNDEZ REXACH/DÍAZ LEMA, *El Derecho de aguas en España*, Madrid, 1986, págs. 27 ss., para lo dicho en este apartado.

concluye subrayando que en el artículo 339 del Código Civil hay tres conceptos de dominio público: 1.º) determinadas cosas sometidas a su uso público y general, y posibles usos especiales por medio de concesión; 2.º) bienes que son propiedad privada del Estado (edificios, bienes muebles —por ejemplo, los cuadros del Museo del Prado—, etc.), pero que están destinados a algún servicio público (administrativo); 3.º) por último, bienes (p. ej., minas; con el tiempo, también serán actividades) sometidos a la prohibición de que los particulares accedan a ellos, salvo expresa concesión estatal (reserva al Estado). No parece correcto reducir esta explicación al simple concepto de «potestades» (25).

8. Servicios públicos, en sentido técnico, han existido siempre, y el más clásico han sido las postas y correos reales, concedidos como privilegio a determinada familia durante siglos. Muy interesante es la regulación de coches de diligencias y carromatos de transporte de mercancías, con todo un mundo alrededor de arrieros, carreteros, tasas, ejercicio en exclusiva de la actividad, o en competencia con otros sujetos, entre 1750 y 1850, estudio que quizá se pueda presentar en un próximo futuro. Servicio público ha sido y es *competencia del Estado*, esto es, servicio administrativo que se ejerce directamente o, en el caso de las prestaciones, se puede otorgar por concesión a particulares. El concepto de servicio público está unido a la secular figura del establecimiento público (distinto de la corporación, en dualismo expuesto, como se sabe, en primer lugar, por GIERKE), frente a la autoridad de regulación y mando o policía.

9. Todo esto serviría para una reflexión jurídica rigurosa sobre cómo hay que calificar el servicio del gas en la nueva regulación, alejado ya del estricto control concesional del Estado, pero que en absoluto es una actividad que se pueda ejercer como una típica o mera actividad privada comercial. No es éste el lugar para intentar esta labor.

C) *Las denominadas «cargas u obligaciones de servicio público»*

10. Según el artículo 3.2 de la citada Directiva 98/307/CE, de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, se podrán «imponer a las compañías de gas natural *obligaciones de servicio público* de interés económico general, que podrán referirse a la seguridad (...), a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambien-

(25) Como hacen ARIÑO/LÓPEZ DE CASTRO, *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Madrid, 1998, pág. 68 (en nota 60).

te. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables (...)».

11. En la regulación de la LSH estas obligaciones de servicio público se configuran jurídicamente, en la generalidad de los casos, como *modos que se imponen a la autorización* que obtiene el sujeto que desea actuar en el sistema. Se trata de modos *iuris* o legales, porque su inclusión está prevista obligatoriamente por la norma. Algunos de ellos se refieren a la regularidad y calidad del servicio [*vid.*, p. ej., art. 68.a) LSH]; otros a la obligatoria ampliación, expansión y mejora de la red por parte de los transportistas y distribuidores [*vid.* arts. 66.2, 73.5 y 74.d) LSH]. En principio, cuando existe uno de esos modos o cargas en la autorización, la orden de la Administración de proceder a la ampliación, por ejemplo, de las instalaciones de distribución *no tiene por qué ser indemnizable* (26). La cuestión, no obstante, no se planteará mientras esté en vigor el régimen de fijación por el poder público de las tarifas, peajes y cánones, pues la LSH obliga a tener en cuenta, como criterios para su establecimiento, que se asegure la recuperación de inversiones y una razonable rentabilidad económica (art. 92.1 LSH). En su caso, el problema será relevante cuando se llegue al sistema de liberalización de precios (art. 97.1 LSH). Por lo demás, el incumplimiento de los modos (y, en su caso, condiciones) de la autorización determinará la revocación (podría también calificarse como caducidad, pero parece que se impone, para estos casos, el concepto de revocación) (27) de aquélla.

(26) Parece sostener una opinión contraria MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, en ARIÑO/DE LA CUÉTARA/MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo...*, págs. 247-249, que, no obstante, no se plantea la articulación técnica de esas obligaciones como modos de la autorización. En su opinión, la imposición de esas «obligaciones especiales» a alguno de los sujetos del sistema implica la necesidad de compensarle económicamente: «la imposición de tal sacrificio individualizado requerirá la adecuada y justa compensación económica, como exige la doctrina del ejercicio de potestades ablativas o expropiatorias sobre los particulares y la justicia distributiva que la fundamenta». Parece que la solución correcta exige alguna matización en el sentido de lo que se indica en el texto.

(27) Sobre esto, GALLEGU ANABITARTE, en el «Prólogo» a VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Madrid, 1996, págs. 22-28. Las últimas leyes o normas administrativas utilizan «revocación» frente a caducidad: Ley 40/94 (derogada) O. Sector Eléctrico, artículos 63 y ss.; Ley de Transportes Terrestres, artículo 143.5 (equivoco: caducidad de concesión y revocación de autorización, por incumplimiento); Ley 54/97 del Sector Eléctrico, artículo 64.5 (infracciones: multa→revocación); artículo 93.2 (nuevo) de la Ley de Energía Nuclear, modificada por Disposición Adicional Quinta Ley 54/97, y naturalmente la LSH artículo 113.4. El término «caducidad» es iuscivilista y no tiene lugar en el moderno derecho administrativo; quizá sólo para designar la terminación del plazo del acto jurídico (¿extinción?).

D) *Autorización de instalaciones y autorización de actividad*

12. Del texto literal de la regulación del título IV de la LSH se deduce una pretendida distinción entre *autorizaciones de instalaciones* (*vid.*, p. ej., la rúbrica de los arts. 55 y 73) —que sería la necesaria para los sujetos que se dedican a las actividades vinculadas a infraestructuras concretas: transportistas y distribuidores— y *autorizaciones de actividad*: la de los comercializadores, que cumplen con su objeto utilizando infraestructuras de los demás. A esta clasificación legal no parece que haya que otorgarle mucha importancia. Por lo pronto, no está nada claro que las autorizaciones previstas para los transportistas y los distribuidores se refieran exclusivamente a sus instalaciones. Con claridad dispone la LSH que las autorizaciones se refieren también a la «explotación» de las instalaciones (arts. 67.1, primer y cuarto párrafos —para los transportistas— 73.1, segundo párrafo, y 73.5, primer párrafo —para los distribuidores—); y, de forma todavía más rotunda, se establece que tanto unos como otros deberán «realizar sus *actividades* en la forma *autorizada*» [arts. 68.a) y 74.c) LSH]. Parece que la única diferencia relevante entre el régimen jurídico de lo que la LSH denomina autorizaciones de instalación y las autorizaciones de los comercializadores es el *carácter transmisible* de las primeras (arts. 67.1, segundo párrafo, y 73.1, cuarto párrafo), al que no se hace referencia para las autorizaciones de los comercializadores, de lo que hay que deducir que son intransferibles, lo que también parece razonable.

E) *La cuestión de los denominados «contratos forzosos»*

13. En varios preceptos de la LSH se establece la *obligatoriedad para los diversos sujetos del sistema de celebrar los contratos* destinados a permitir el acceso de terceros a las instalaciones propias [*vid.* arts. 68.e) y 74.e) LSH], o a efectuar el suministro a los consumidores [arts. 74.a) y 83.1.a): es obligatorio para los distribuidores «atender, en condiciones de igualdad, las demandas de nuevos suministros de gas en las zonas en que operen y formalizar los contratos de suministro de acuerdo con lo establecido por la Administración»]. Con carácter general, además, dicha contratación se realiza conforme a modelos aprobados por la Administración (*vid.* arts. 70.2, *in fine* y 79.2 LSH).

14. Esto, desde luego, no constituye nada nuevo en el ámbito de la prestación de los tradicionales servicios públicos. También es cier-

to, sin embargo, que esa obligatoria celebración de contratos (*Kontrahierungszwang*, en la terminología alemana), conforme a modelos predeterminados, poco tiene que ver con la idea del contrato (igualdad de las partes, libertad de conformación de la relación contractual, etc.) que todavía se contiene en nuestros códigos de Derecho privado, procedentes del siglo pasado; sobre todo, si se tiene en cuenta que aquí no es sólo la libertad de una de las partes la que está comprometida (como sucede en la figura de los denominados «contratos de adhesión»), sino que la de los dos sujetos contratantes se ve limitada en la misma medida (28). Se hace necesaria la calificación jurídica de estas relaciones.

15. A nuestro juicio, aunque la LSH reconozca un *derecho subjetivo de los usuarios* a contratar el suministro (a veces, bajo determinados presupuestos, como el de solicitarlo dentro del área en la que actúa un distribuidor) y a ser tratados sin discriminación, y establezca, también, la *obligación de la empresa* de prestar el servicio de que se trate, el fundamento jurídico de la obligación concreta de prestar el servicio (o permitir el acceso a las instalaciones) y de la obligación de pago por el usuario, es el *acuerdo de voluntades*. Esto es, hay un acuerdo de voluntades del que nacen las obligaciones de las partes; y a esto se le llama contrato (que, por celebrarse, con carácter general, entre dos sujetos privados, es un *contrato jurídico-privado*). La concreta obligación de pago y del suministro a que éste responde no nacen de la ley. De ésta deriva sólo la obligatoriedad de contratar.

16. La cuestión se sitúa en cierta conexión con lo que en la doctrina civil se ha denominado «*contrato forzoso*», concepto con el que ésta se refiere a todos aquellos casos en los cuales, por obra de la intervención estatal en materia económica y de las normas de Derecho público en el ámbito de las relaciones patrimoniales, las partes se ven inmersas, sin su voluntad o contra su voluntad, en una relación jurídica similar a la que habría creado un contrato; relación ésta que, sin embargo, no merece el calificativo de contractual, precisamente por no proceder de la voluntad autónoma de las partes. Se aportan como ejemplos de este tipo de figuras las llamadas ventas mediante cupo; la venta forzosa de solares, conforme a la legislación urbanística; el arrendamiento forzoso acordado por el Gobernador Civil para supuestos de viviendas susceptibles de ser ocupadas y que no lo fueran; etc. Se sostiene por la mencionada doctrina que en supuestos como éstos no se está ante verdaderos contratos, sino ante la constitución forzosa y heterónoma de relaciones jurídicas de Derecho privado. Dicha cons-

(28) Así, en el Derecho alemán, *vid.* K. VOGEL, *Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand*, Hamburgo, 1959, en especial págs. 251-252.

titución puede deberse directamente a la Ley, o bien ser impuesta por acto administrativo o por decisión judicial (29).

17. Pero es la propia doctrina civil la que reconoce, no obstante, que no estamos ante la figura del contrato forzoso cuando una persona resulta obligada a contratar (en nuestro supuesto, los denominados sujetos del sistema) porque ella misma lo ha querido o *voluntariamente se ha puesto en la situación de ser obligada a contratar* (30). Esto sucede en el caso objeto de nuestra atención: la empresa que desarrolla la actividad de que se trate está obligada por las normas citadas a celebrar un contrato con los usuarios porque ella se ha puesto en la situación de que se le imponga dicha obligación, a través de la *autorización administrativa que ampara su actividad empresarial*.

18. Por estar, con carácter general, ante contratos jurídico-privados, la tutela judicial, en caso de conflicto derivado de la relación contractual, corresponderá, en principio, a la *jurisdicción ordinaria*. Ello sin perjuicio de que los conflictos que específicamente se refieran a la admisión del uso de instalaciones por terceros (resolver, por ejemplo, si una denegación de acceso está justificada por una falta de capacidad de la red invocada por su titular), por imperativo de la Disposición Adicional —en adelante, DA— 11.^a (tercero, 1, decimotercera) LSH (en este punto vinculada por la citada Directiva 98/30/CE, art. 21.2), deban resolverse por la Comisión Nacional de Energía; que, sin embargo, no parece que deba ser la competente para pronunciarse, por ejemplo, sobre un impago del peaje correspondiente a dicho acceso. La competencia de la jurisdicción civil debe entenderse también sin perjuicio de la eventual función de arbitraje voluntario que se atribuye a la mencionada Comisión (DA 11.^a, tercero, 1, novena).

F) *La Comisión Nacional de Energía (en especial, en relación con el sector gasista)*

19. Desde hace años se está utilizando, en ocasiones, como se sabe, un modelo de organización para la realización de competencias estatales de intervención en sectores económicos en los que está implicado un interés público relevante, según el cual esas competencias se atribuyen a organizaciones jurídico-públicas reguladas de forma que queden garantizadas su *independencia* frente a directrices

(29) L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I*, Madrid, 1996, págs. 133-134.

(30) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, pág. 133.

políticas y su actuación conforme a criterios estrictamente técnicos, que aseguren la objetividad, la transparencia y la libre competencia en la actuación de los sujetos que intervienen en el sector (31). En nuestra doctrina se las ha situado bajo el concepto de «*Administraciones independientes*» (32).

20. Esta forma de organización suscita, como también ha sido ya suficientemente destacado por la doctrina, algunos problemas de tipo constitucional que deben ser adecuadamente resueltos. No es infrecuente que dichas organizaciones tengan *competencia para dictar reglamentos* (conocidos, normalmente, como «circulares», pero que tienen poco que ver con las tradicionales circulares e instrucciones propias del ámbito, en principio interno, de una organización jerarquizada); lo que hay que hacer compatible con la disposición constitucional de que la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno (art. 97 CE). A esta cuestión podría contestarse llamando la atención sobre el texto del citado precepto constitucional: el Gobierno ejerce la potestad reglamentaria «de acuerdo con la Constitución y las leyes». Según esta frase, nada debería impedir que una ley atribuya el ejercicio de la potestad reglamentaria a otro órgano (u organización) que no sea el Consejo de Ministros. Así se ha explicado también, por ejemplo, algo tradicional en nuestro Derecho, como es el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Ministro (33).

21. También se plantean algunas posibles dificultades con respecto a la competencia del Gobierno de *dirigir la política* (art. 97 CE). Si un volumen considerable de competencias que pudieran subsumirse bajo el, ciertamente, no muy preciso concepto de dirección política (34) (piénsese en el caso de la dirección de la política monetaria por el Banco de España) se atribuyera a esas organizaciones, la independencia de éstas frente a aquél podría hacer surgir una contradicción con la atribución competencial del artículo 97 CE, que, por otra parte, también plantearía problemas desde la perspectiva del *principio democrático*, porque la independencia de estas organi-

(31) Vid. J. M. SALA ARQUER, *El Estado neutral: contribución al estudio de las administraciones independientes*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 42, 1984, págs. 401 ss., y, por último, ARIÑO, en el «Prólogo» a DEL GUAYO, *El servicio...*, págs. 11-16; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, en ARIÑO/DE LA CUÉTARA/MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo...*, págs. 258 ss.

(32) Sobre el tema, por ejemplo, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes*, Madrid, 1994; que analiza los casos del Consejo de Seguridad Nuclear, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Agencia de Protección de Datos.

(33) Vid. GALLEGO ANABITARTE, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo VIII, 1998, dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL, págs. 160, 163-165, *passim*.

(34) Por último, sobre esta expresión del artículo 97 CE, GALLEGO ANABITARTE, en *Comentarios...*, págs. 96 ss., 165 ss.

zaciones con respecto al Gobierno dificultaría la competencia de los órganos de representación democrática de controlar el ejercicio de la tarea de dirección política del Gobierno (art. 66.2 CE).

22. *Ninguno de estos problemas, sin embargo, parece plantearse con respecto a las competencias de la Comisión Nacional de Energía en el sector del gas. Su potestad reglamentaria (vid. DA 11.^a, tercero, 1, séptima: «circulares de desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos y las Ordenes del Ministerio de Industria y Energía que se dicten en desarrollo de la normativa energética, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello») se puede explicar conforme se ha expuesto más arriba. Por otra parte, no parece que estas circulares puedan tener, en cuanto a su contenido, un alcance muy relevante, si se tiene en cuenta que hasta la normativa de gestión técnica del sistema es aprobada por el Ministro de Industria y Energía (art. 64.1 LSH).*

23. Si a eso se añade que la planificación en materia de hidrocarburos corresponde realizarla al Gobierno (art. 4.2 LSH), que las tarifas, peajes y cánones son aprobados por Orden del Ministro de Industria y Energía (arts. 93 y 94 LSH), que las autorizaciones se otorgan, también, por el Ministro [salvo error, la Ley no lo establece expresamente, pero sí dispone que su otorgamiento corresponde a la «Administración General del Estado» —art. 3.2.c) y d)— y que a la citada Comisión corresponde sólo una función de informe en los expedientes —DA 11.^a, tercero, 1, quinta—], que muchas de las competencias de la Comisión en este sector son de mera propuesta o informe (vid. DA 11.^a, tercero, 1, primera a sexta), y que, salvo contadas excepciones, las resoluciones de la Comisión son impugnables en *recurso ordinario* ante el Ministro de Industria y Energía (DA 11.^a, tercero, 5), parece evidente que no estamos, en este caso, ante una Administración independiente en el sentido al que se ha aludido. Podría hablarse más bien (aunque fueran necesarias algunas matizaciones) de una *Administración desconcentrada*, aunque la organización que ejerce por atribución legal las competencias esté dotada de personalidad jurídica.

24. Otras competencias que puede ejercer la Comisión procederán, en su caso, de un acto jurídico concreto: la *encomienda*, que debe explicarse como actuación en nombre y por cuenta de otro (vid. DA 11.^a, tercero, 1, decimoctavo), esto es, una delegación impropia, es decir, una delegación para el mero ejercicio de una competencia (35).

(35) Vid. GALLEGO ANABITARTE, núm. 122 de esta REVISTA, mayo-agosto 1990, págs. 57-58, *passim*.