



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

---

**TRABAJO FIN DE MÁSTER COMILLAS, MUAAP,  
CURSO 2023-2025, ITIRNERARIO DERECHO  
PÚBLICO**

**Tutora: Rosa María Collado Martínez.**

**Alumno: Pedro Serrano Martín.**

DICTAMEN JURÍDICO SOBRE LA POSIBLE ADQUISICIÓN DE PARTE DEL  
CAPITAL DE COMPAÑÍA DE GAS S.A. POR EL FONDO SOBERANO  
NEOZELANDÉS SMART INVESTMENTS FUND.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN AL SECTOR GASÍSTICO ESPAÑOL .....	4
PRIMERA.- ¿ES PRECEPTIVA LA SUPERVISIÓN DE LA CNCM EN LA OPERACIÓN?....	7
SEGUNDA.- ¿EXISTE OTRO CONTROL PÚBLICO QUE DEBA DE OBSERVAR LA OPERACIÓN?.....	10
2.1 Descripción del control público adicional. ....	10
2.2 Criterios que determinan el sometimiento a este control público .....	13
2.3 Existencia de exención que evite someter la operación a control público.....	13
2.4 Consecuencias de no someter la inversión a la obtención de la autorización del Consejo de Ministros. ....	14
TERCERA.- PERMISOS NECESARIOS PARA LLEVAR A CABO LAS INSTALACIONES DE DISTRIBUCIÓN DEL GAS EN ESPAÑA.....	15
CUARTA.- RATIOS DE PRUDENCIA FINANCIERA DE COMPAÑÍA DE GAS S.A.....	21
4.1 Significación de los ratios.....	21
4.2 Consecuencias prácticas del índice de ratio global otorgado a “Compañía de Gas S.A.”.	23
QUINTA.- CUESTIONES RELACIONADAS CON LA SANCIÓN IMPUESTA A COMPAÑÍA DE GAS S.A.....	27
5.1 Posibilidad de recurrir la sanción. En caso afirmativo, tipo de recurso, plazo para interponerlo y órgano al que dirigirlo.....	27
5.2 Posibilidad de solicitar suspensión cautelar. ....	28
5.3 Forma de proceder en caso afirmativo .....	33
SEXTA.- ¿EXISTE LA POSIBILIDAD DE QUE COMPAÑÍA DE GAS S.A. AMPLIE SU ACTIVIDAD A LA COMERCIALIZACIÓN? .....	35
6.1 ¿Existe restricción alguna a esta expansión de actividades?.....	35
6.2 Vía legal para la expansión de Compañía de Gas S.A. a la actividad de comercialización. ....	42
CONCLUSIONES .....	44
NORMATIVA APLICABLE .....	48
BIBLIOGRAFÍA .....	49

## INTRODUCCIÓN AL SECTOR GASÍSTICO ESPAÑOL

El gas natural ha desempeñado un papel fundamental en la matriz energética española durante décadas. Su versatilidad lo ha convertido en una fuente de energía esencial para diversos sectores, desde la generación eléctrica hasta la calefacción doméstica e industrial. Sin embargo, la creciente preocupación por la sostenibilidad y la transición energética están impulsando una transformación profunda en este sector.

La cadena de valor del gas natural engloba una serie de etapas, desde la exploración y producción hasta la distribución y comercialización. Cada eslabón de esta cadena está sujeto a una regulación específica y a dinámicas de mercado particulares, tanto que es uno de los sectores regulados en España, junto al sector eléctrico, entre otros.

Pues bien, las etapas que componen el sistema gasista se correlacionan en el ámbito económico con un **mercado interior del gas español** que engloba todas ellas y en el cual, actúan todos los operadores de este sector:

- **Transportistas**, (gestores de la red de transporte y gestores de red independiente)
- **Gestor Técnico del Sistema**.
- **Distribuidores**.
- **Comercializadores**.
- **Consumidores finales**.
- **Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos**.
- **Operador del mercado organizado del gas**, (MIBGAS, conjunto entre España y Portugal).

El sector gasístico español se regula, principalmente, por la **Ley 34/1998 de 7 de octubre del sector de Hidrocarburos**, por el **Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre**, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, el **Real Decreto 984/2015 del de 30 de octubre**, por el que se regula el mercado organizado de gas y el acceso de terceros a las instalaciones del sistema de gas natural.

Como se ha indicado, el sector gasístico español se constituye en un sector regulado por el Estado, no obstante, en los últimos años se ha tenido lugar una progresiva liberalización del mismo, llegando a encontrar un equilibrio entre los regulado y lo liberalizado, armonía lograda en base a la extensa normativa aplicable en este sector, siguiendo las directrices que marca la Unión Europea.

Dentro del sector del gas, ninguna actividad tiene la consideración de “servicio público” sino de “**actividad de interés general**”, lo que es reflejo de la liberalización del sector, a continuación, se expone una breve ilustración de lo que se considera servicio de interés general:

“sobre la base de lo señalado, consideramos que son **servicios de interés general aquellas actividades públicas o privadas** que pueden abarcar **servicios de mercado o no**, que tienen a su cargo **misiones de interés general** - por lo que deben responder a **principios de continuidad, universalidad e igualdad de acceso y transparencia** -, y

que por ello están sometidas a obligaciones de servicio Público en atención a razones diversas que plasman valores colectivos comúnmente asumidos: **la cohesión social, el medio ambiente, la protección de los consumidores, la garantía de un mínimo común de bienestar.**”<sup>1</sup>

Otro hecho que muestra la liberalización del sector es la **supresión de las concesiones** y su **sustitución por autorizaciones** como así se recoge en la Disposición Transitoria 6ª de la LH:

“1. A la entrada en vigor de esta Ley, todas las **concesiones** para actividades incluidas en el servicio público de suministro de gases combustibles por canalización quedan **extinguidas**. Dichas concesiones quedan **sustituidas de pleno derecho por autorizaciones administrativas** de las establecidas en el Título IV de la presente Ley que habilitan a su titular para el ejercicio de las actividades, mediante las correspondientes instalaciones, que constituyeran el objeto de las concesiones extinguidas.”

Sin embargo, la mayoría actividades que conforman el sector gasístico español son reguladas, así lo establece el **artículo 60** de la Ley de Hidrocarburos, el cual, establece:

“La **regasificación, el almacenamiento básico, el transporte, y la distribución** tienen carácter de **actividades reguladas**, cuyo régimen económico y de funcionamiento se ajustará a lo previsto en la presente Ley”.

Resultando las actividades de **producción y comercialización**, las únicas que se desarrollan en **libre competencia**.

La estructura del sistema gasista español se establece en el **artículo 59** de la Ley de Hidrocarburos que se titula, “*Sistema gasista y red básica de gas natural*” y dispone:

- **Red básica de gas natural**, se integra por:
  - **Gaseoductos de transporte primario de gas natural de alta presión.** (presión máxima, más de 60 bares).
    - **Red Troncal**, son los considerados gaseoductos “esenciales” los cuales son “conexiones internacionales del sistema gasista español con otros sistemas, las conexiones con yacimientos de gas natural en el interior o con almacenamientos básicos, las conexiones con las plantas de regasificación, las estaciones de compresión y los elementos auxiliares necesarios para su funcionamiento”.
    - **Red de influencia local**, son los gaseoductos utilizados fundamentalmente para el suministro local.
  - **Plantas de regasificación de gas natural licuado (GNL) y plantas de licuefacción de gas natural.**

---

<sup>1</sup> “Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del service public en el sistema jurídico” de Diego Zegarra Valdivia para la revista “CIRCULO DE DERECHO ADMINISTRATIVO”, pág. 37.

➤ **Almacenamientos básicos de gas natural**, que abastezcan sistema gasista

- **Redes de transporte secundario** (presión máxima, entre 60 y 16 bares). El transporte secundario actúa como una **conexión esencial** entre las **infraestructuras troncales y la red de distribución final**, garantizando un suministro seguro y continuo a los consumidores finales.
- **Redes de distribución** (presión máxima, es igual o inferior a 16 bares) Aquellos gaseoductos que **llevan el gas a los puntos de consumo** y aquellos otros que, con independencia de su presión máxima de diseño, tengan por objeto **conducir el gas a un único consumidor partiendo de un gasoducto de la red básica o de transporte secundario** (líneas directas).
- **Almacenamientos no básicos de gas natural**, también conocidos como “operativos”, son las estructuras en el subsuelo y en la superficie que se necesitan para guardar gas. Pueden ser temporales o permanentes y se usan para almacenar el gas extraído de las explotaciones subterráneas. También incluyen conductos que conectan el almacenamiento con la red principal de gas natural.

La distribución de gas natural en España (actividad que desempeña Compañía de Gas S.A.) es una actividad altamente regulada en la que las compañías encargadas desempeñan varias funciones esenciales, como la **construcción y el mantenimiento de una compleja red de distribución** que se extiende por todo el territorio nacional, la **conexión de nuevos consumidores** gestionando los procesos necesarios para su incorporación a la red, la **medición precisa del consumo** para garantizar una facturación correcta a los clientes y la **gestión de emergencias**, asegurando que están preparadas para responder ante cualquier incidente que pueda afectar a dicha red.

Las empresas que se encargan de la distribución del gas en España tienen asignados una porción del territorio, dentro de la cual, solo ellas pueden ejercer la actividad de distribución.

Antes de proceder al desarrollo de las cuestiones realizadas por el fondo soberano neozelandés “Smart Investments Fund”, resulta conveniente aclarar que la adquisición que es pretendida por nuestro cliente, se considera por el artículo 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, es considerada como una “**inversión extranjera directa**”, ya que se pretende adquirir más del 10% (25% en concreto) de la empresa “target” y la inversión es realizada por una sociedad residente fuera de la UE o de la Asociación Europea de Libre Comercio, en adelante, AELC, como es el caso, del cliente.

A continuación, se procederá a dar respuesta a las cuestiones formuladas por el cliente en relación con la operación de inversión en la sociedad distribuidora de gas “Compañía de Gas S.A.”

## **PRIMERA.- ¿ES PRECEPTIVA LA SUPERVISIÓN DE LA CNCM EN LA OPERACIÓN?**

Lo primero de todo es clarificar que la operación que pretende realizar el fondo soberano es considerada como una operación de “**concentración económica**” de acuerdo con los artículos 7 y 8 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

### Artículo 7

“1. A los efectos previstos en esta Ley se entenderá que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de:

- a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, o
- b) La adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.**
- c) La creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.”

### Artículo 8

“1. El procedimiento de control previsto en la presente ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que como consecuencia de la concentración se **adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio** en el ámbito nacional o en **un mercado geográfico definido dentro del mismo**.
- b) Que el **volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros**, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

Habría que comprobar si la operación de compra se encuadra en alguno de los dos supuestos del artículo 8. Para la realización del presente apartado, se partirá de la hipótesis que se si se da alguna de estas circunstancias.

Consecuentemente, se genera la obligación de **notificar** a la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia, en adelante “CNMC”, de manera **individualizada** por “Smart Investments Fund”, así se recoge en el artículo 9, puntos 1 y 4. b) del mismo

cuerpo legal. Esto, a su vez, crea la necesidad de **obtener la autorización de la CNMC**<sup>2</sup> para la **ejecución de la operación**, de acuerdo con el punto 2 del mismo artículo.

Esto se encuentra en concordancia con lo dispuesto en la normativa sobre las inversiones extranjeras, la Ley 19/2003. Esta, determina en su artículo 7 bis.2 la suspensión del régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España que son realizadas en determinados sectores, entre los que se encuentra el sector gasístico español y aquellas que afectan a infraestructuras críticas como son es la red de distribución de gas. Este artículo será objeto de estudio en la siguiente cuestión.

Lo que determina que, la inversión que se pretende realizar por el “Smart Investments Fund” en “Compañía del Gas S.A” va a estar sujeta necesariamente algún tipo de supervisión, siendo uno de los órganos encargados de dicha supervisión la CNMC, como se determina en la Ley 15/2007.

Antes de la notificación a la CNMC, existe la posibilidad de realizar una consulta a la CNMC, el artículo 55.2 de la Ley 15/2007, establece los contenidos posibles de estas consultas y son:

- “a) si una determinada operación es una concentración de las previstas en el artículo 7,
- b) si una determinada concentración supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previstos en el artículo 8.”

Una vez confirmada la naturaleza de la operación como una concentración económica, la ley recoge un procedimiento por el que se transcurre desde de la notificación al otorgamiento de la autorización.

Este procedimiento está integrado por dos fases, recogidas en los artículos 57 y 58 de la Ley 15/2007. Los pasos que deberá de completar el Smart Investments Fund para obtener la preceptiva autorización, son los siguientes:

- La **Primera fase** (artículo 57), una vez recibida la notificación realizada por el fondo realizado mediante el formulario de notificación que se establece reglamentariamente, así dispone el artículo 55 de la ley, se abrirá expediente por la **Dirección de Investigación**, la cual, elaborará un **informe** en base a los criterios establecidos en el artículo 10, estos son:

- “a) la estructura de todos los mercados relevantes,
- b) la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera,

---

<sup>2</sup> Resulta necesario poner en conocimiento del cliente que, actualmente se encuentra en tramitación un Proyecto de Ley para el restablecimiento de la Comisión Nacional de Energía, por el cuál, dicho órgano, hasta ahora integrado dentro de la CNMC, sería independiente de esta y pasaría a ostentar competencias en materia de control, supervisión y regulación, entre otras, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en ese futuro texto legal cuando sea aprobado para determinar cuál es el órgano competente.



- c) la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional,
- d) las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados,
- e) la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados,
- f) la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate,
- g) el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas,
- h) las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios.”

Además, la Dirección de Investigación, realizará también una **propuesta de resolución**.

En base al informe y a la propuesta realizados por la Dirección de investigación, el **Consejo de la CNMC** dictará una **resolución**, cuyo sentido puede ser:

- “a) Autorizar la concentración.
- b) Subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes.
- c) Acordar iniciar la segunda fase del procedimiento, cuando considere que la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional.
- d) Acordar la remisión de la concentración a la Comisión Europea de acuerdo con el artículo 22 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y el archivo de la correspondiente notificación. En este caso, se notificará dicha remisión al notificante, indicándole que la competencia para adoptar una decisión sobre el asunto corresponde a la Comisión Europea de acuerdo con la normativa comunitaria y que, por tanto, la operación no se puede beneficiar del silencio positivo previsto en el artículo 38.
- e) Acordar el archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la presente Ley.”

➤ **Segunda fase** (artículo 58),

- En esta fase, la Dirección de Investigación realizará una nota sobre la concentración que hará pública y remitirá a todos los afectados y al Consejo de Consumidores y Usuarios, para que presenten sus alegaciones en el plazo

de 10 días. En el caso de que se afecten a comunidades autónomas en concreto, la Dirección de Investigación les solicitará informe.

- También este órgano se encargará de realizar un pliego de concreción, que se notificará a los interesados para que realicen las alegaciones que estimasen en el plazo de 10 días.
- Pudiéndose celebrar una vista ante el Consejo de la CNMC a solicitud de los notificantes.
- El Consejo, una vez recibida propuesta de resolución definitiva realizada por la Dirección de Investigación, dictará resolución que contendrá la decisión definitiva que podrá ser:
  - “a) Autorizar la concentración.
  - b) Subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes o condiciones.
  - c) Prohibir la concentración.
  - d) Acordar el archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la presente Ley.”

Otra de las consecuencias que se derivan de la supervisión de la CNMC, es la imposición de sanciones en el caso de que se realice la operación sin obtener la autorización o sin cumplir con las condiciones por la que fue otorgada. Las sanciones se recogen en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 y son:

- “a) Las infracciones leves con multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total mundial de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
- b) Las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total mundial de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
- c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total mundial de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.”

Además de la sanción prevista para la empresa adquirente, se prevé la posibilidad de imponer a los representantes legales de la misma, sanciones pecuniarias de hasta 60.000€.

Por lo que resulta muy recomendable la observancia y cumplimiento del procedimiento de notificación y autorización previsto en la ley.

## **SEGUNDA.- ¿EXISTE OTRO CONTROL PÚBLICO QUE DEBA DE OBSERVAR LA OPERACIÓN?**

### **2.1 Descripción del control público adicional.**

Para realizar una operación como la pretendida por el cliente, no solo es preceptiva la autorización por parte de la CNMC, sino que también, lo es obtener el beneplácito del **Consejo de Ministros** para realizarla.

El RD 34/2020 de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria modifica el artículo 7 bis de la Ley 19/2003, en su apartado 5º, estableciendo la **necesidad de obtener autorización de manera preceptiva a la realización de la operación** cuando la inversión afecte a alguna de las materias y sectores dispuestos en ese mismo artículo. Estos vienen recogidos en el punto 2 del mismo artículo 7 bis. Que dice así:

“2. Queda **suspendido el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España**, que se realicen en los sectores que se citan a continuación y que afectan al orden público, la seguridad pública y a la salud pública:

a) **Infraestructuras críticas**, ya sean físicas o virtuales (incluidas las **infraestructuras de energía**, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, de defensa, electoral o financiera, y las instalaciones sensibles), así como terrenos y bienes inmuebles que sean claves para el uso de dichas infraestructuras, entendiéndose por tales, las contempladas en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas. (...)

c) **Suministro de insumos fundamentales**, en particular energía, entendiéndose por tales los que son objeto de regulación en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y en **la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos** o los referidos a servicios estratégicos de conectividad o a materias primas, así como a la seguridad alimentaria.”

Pero no solo resulta necesaria la autorización por lo expuesto, sino también por ser el inversor una **sociedad que depende directamente de un Gobierno de un tercer país** como es Nueva Zelanda (apartado 3):

“3. Asimismo, queda **suspendido el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España** en los siguientes supuestos:

a) si el inversor extranjero **está controlado directa o indirectamente por el gobierno**, incluidos los organismos públicos o las fuerzas armadas, **de un tercer país** aplicándose a efectos de determinar la existencia del referido control los criterios establecidos en el artículo 7.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.”

Pues bien, como consecuencia de la suspensión del régimen de liberalización, resulta necesaria la obtención de una autorización y el órgano encargado de resolver sobre la procedencia del otorgamiento de la misma es el **Consejo de Ministros**, por ser el importe de la operación de adquisición de unos 150 millones de euros, de acuerdo con lo dispuesto en el **artículo 14. 8 del RD 571/2023 de 4 de julio, sobre inversiones exteriores**:

“8. La resolución de dichas solicitudes corresponderá, previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores:

a) A la persona titular de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones, cuando el importe de la inversión sea igual o inferior a cinco millones de euros.

b) Al **Consejo de Ministros**, en el resto de los casos.

Antes de iniciar el procedimiento, existe la posibilidad de realizar una **consulta dirigida a la Dirección General de Comercio e Inversiones** perteneciente al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo sobre la necesidad de obtener la autorización de acuerdo con el artículo 9.1. a) del RD sobre inversiones exteriores.

Para llegar a esta resolución es necesario seguir el procedimiento establecido en el artículo 13 del Real Decreto 571/2023, el consiste en:

Primero es determinar cuándo se debe de presentar la solicitud, “lo cierto es que a falta de una mayor definición al respecto en la práctica se viene haciendo (sin que ello haya planteado ningún problema y siendo práctica jurídicamente impecable) **tras la firma privada del oportuno contrato de compraventa de acciones, sometiendo el cierre de la operación, como una condición suspensiva más, a la obtención de la oportuna autorización.**<sup>3</sup>

La solicitud debe ir dirigida a la **Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones**, esta se encuentra integrada dentro del organigrama del **Ministerio de Economía, Comercio y Empresa**. Aquel órgano, será el encargado de instruir el procedimiento a través de la Subdirección General de Inversiones Exteriores.

Este Ministerio, junto con el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, por ser el competente en el sector donde se va a realizar la operación, elevan propuesta, previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores, no vinculante, **al Consejo de Ministros** para que este resuelva.

El plazo para emitir resolución será de **3 meses**, una vez finalizado este sin resolución expresa, se entiende denegada la autorización, así se dispone en el artículo 13.3 del RD 571/2023.

Se abre así la posibilidad de recurrir, tanto en vía administrativa, mediante **recurso potestativo de reposición** (artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante, LPAC) o en **vía contenciosa mediante el recurso contencioso – administrativo** (artículos 43 – 77 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en adelante, LJCA.) ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Una vez otorgada la autorización, la operación se tiene que **materializar en un plazo de 6 meses desde que aquella es otorgada.**

Una vez realizada la operación, es obligatorio su **inclusión en el Registro de Inversiones perteneciente al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo**, así dispone el artículo 5 del RD 571/2023, para ello, se tiene que declarar la inversión al Registro dentro del

---

<sup>3</sup> “El nuevo régimen de inversiones extranjeras como consecuencia de la crisis sanitaria del Covid-19: aspectos prácticos tras los primeros meses de aplicación y la primera reforma”, Diario La Ley, Nº 9760, Sección Tribuna, 23 de Diciembre de 2020.

**mes siguiente a la realización de la operación** utilizando en la declaración **el modelo D-1A**.

## **2.2 Criterios que determinan el sometimiento a este control público**

Los criterios que determinan que una operación se deba de someter a este control por parte del Consejo de Ministros son:

- Es considerada una **inversión extranjera directa**, ya que se pretende adquirir el 25% de “Compañía de Gas S.A. y es realizada por Smart Investments Fund, un fondo soberano perteneciente a Nueva Zelanda (artículo 7 bis.1 de la Ley 19/2003).
- El **sector** en el que se produce la inversión, en la presente operación, es el de los hidrocarburos, un sector considerado estratégico que puede afectar al orden público y a la seguridad pública. Además, la operación afectaría a infraestructuras críticas como son las del sector gasístico español (artículo 7 bis.2).
- Otro factor determinante, es que Smart Investments Fund es un fondo soberano, por lo que es **controlado directa o indirectamente por el gobierno de otro país**, por el Gobierno de Nueva Zelanda (artículo 7 bis.3).

## **2.3 Existencia de exención que evite someter la operación a control público**

Existe la posibilidad de que las inversiones extranjeras directas queden exentas de la obligatoriedad de obtener la autorización, así lo prevé el apartado 6 del artículo 7 bis de la Ley 19/2003 y se desarrollan por el RD 571/2023, este contiene el **artículo 17** que detalla las distintas exenciones que se exponen a continuación:

“De acuerdo con la habilitación del apartado 6 del artículo 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, quedan exentas de someterse al régimen de autorización previa, las siguientes operaciones de inversión extranjera:

1. En el sector energético, independientemente de su montante, quedarán exentas de autorización previa las inversiones extranjeras referidas en el apartado 2.c) del artículo 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, en las que el inversor no reúna ninguna de las características previstas en apartado 3 del mismo artículo y siempre que concurren estas condiciones:

a) Que las sociedades o activos adquiridos no ejerzan actividades reguladas, entendiéndose como tales la operación del sistema y del mercado eléctrico, el transporte y distribución de energía eléctrica, el suministro eléctrico en los territorios no peninsulares, la gestión técnica del sistema gasista, y la regasificación, almacenamiento básico, transporte y distribución de gas natural. Asimismo, tendrán la consideración de actividades reguladas aquellas otras que establezca la legislación sectorial de aplicación.

b) Que, como consecuencia de la operación, la sociedad no adquiera la condición de operador dominante en los sectores de generación y suministro de energía eléctrica, producción, almacenamiento, transporte

y distribución de carburantes o biocarburantes, producción y suministro de gases licuados del petróleo o producción y suministro de gas natural, en los términos regulados en el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

c) Cuando la inversión extranjera suponga la adquisición de activos de producción de energía eléctrica, siempre que la cuota de potencia instalada por tecnología resultante sea inferior al 5 por ciento.

d) Cuando la inversión extranjera suponga la adquisición de sociedades que ejerzan la actividad de comercialización de energía eléctrica, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.1.f) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, siempre que el número de clientes de la sociedad adquirida sea inferior a 20.000

2. En todos los demás supuestos de las letras b), c), d) y e) del artículo 7 bis.2 de la Ley 19/2003, de 4 de julio, quedarán exentas de autorización previa las inversiones extranjeras en las que la cifra de negocios de las sociedades adquiridas, no superen los 5.000.000 de euros en el último ejercicio contable cerrado, siempre que sus tecnologías no hayan sido desarrolladas al amparo de programas y proyectos de particular interés para España.

**No resultan aplicables** ninguna de las exenciones que recoge el artículo a la operación que pretende realizar el cliente debido a que es una **sociedad controlada directa o indirectamente por un gobierno extranjero, la entidad donde se pretende invertir realiza una actividad regulada y la operación tiene un valor de 150 millones.**

Existiría otra posibilidad de exención de la obligación de obtención de la autorización. La UE en la práctica está eximiendo de la preceptiva autorización a aquellos inversores extranjeros de fuera de la UE o AELC, que quieran realizar inversiones directas que se encuadran dentro de las expuestas en el subapartado anterior, que tienen la **residencia legal fuera de la UE o de la AELC, pero cuyo titular último es un residente en la UE o la AELC.**

Esta circunstancia no se da en el caso de “Smart Investments Fund” al ser un fondo soberano de Nueva Zelanda y ser el titular último el Gobierno de dicho Estado.

En conclusión, no se aplicará ninguna exención en esta potencial operación por lo que será preceptiva la autorización otorgada por el Consejo de Ministros. Si se lleva a cabo la operación sin la autorización habrá que atenerse a lo dispuesto en el siguiente subapartado.

#### **2.4 Consecuencias de no someter la inversión a la obtención de la autorización del Consejo de Ministros.**

Las consecuencias que se pueden derivar de realizar la operación de inversión sin haber obtenido previamente la preceptiva autorización por el Consejo de Ministros o habiéndola recibido, realizarla en términos diferentes a los que fueron autorizados o habiendo

caducado la autorización (6 meses para materializar la operación desde que es otorgada la autorización, son las siguientes:

- En el plano contractual mercantil, implicaría dejar sin efectos y sin validez jurídica los elementos españoles de la operación, así se dispone en el artículo 11 del RD 571/2023, letra a):  
“Las operaciones de inversión llevadas a cabo **sin la preceptiva autorización previa carecerán de validez y efectos jurídicos**, en tanto no se produzca su legalización, **sin que quepa el ejercicio de los derechos económicos y políticos del inversor extranjero en la sociedad española** objeto de inversión hasta que se obtenga la necesaria autorización.”
- En campo administrativo, constituye una **infracción muy grave** de acuerdo con el artículo 8.2.b) de la Ley 19/2003;  
  
“2. Constituirán **infracciones muy graves**:
  - a) La realización de actos, negocios, transacciones u operaciones prohibidas en virtud de la adopción de las medidas a que se refieren los artículos 4, y 5.
  - b) **La realización de actos, negocios, transacciones u operaciones sin solicitar autorización cuando sea preceptiva conforme a los artículos 6, 7 y 7 bis, o con carácter previo a su concesión o con incumplimiento de las condiciones establecidas en la autorización.**
  - c) La falta de veracidad en las solicitudes de autorización presentadas ante los organismos competentes, siempre que pueda estimarse como especialmente relevante”
- La posibilidad de la **suspensión de inversiones** concretas cuando por su naturaleza, forma o condiciones de realización, afecten «o puedan afectar» a actividades relacionadas «aunque sólo sea de modo ocasional» **al ejercicio del poder público, a la defensa nacional, al orden público, a la seguridad pública o a la salud pública.**

### **TERCERA.- PERMISOS NECESARIOS PARA LLEVAR A CABO LAS INSTALACIONES DE DISTRIBUCIÓN DEL GAS EN ESPAÑA.**

Constituyen redes de distribución, de acuerdo con el artículo 73.1 de la LH, todos aquellos gaseoductos que tengan una **presión máxima igual o inferior a 16 bares**, como se ya se ha indicado con anterioridad en el presente escrito y aquellos otros que tengan por objeto **conducir el gas a un único consumidor**, partiendo de un **gaseoducto de la red básica o de transporte secundario.**

Como se ha indicado al principio del presente dictamen, la Ley del Sector de los Hidrocarburos vino a extinguir todas las concesiones otorgadas en materia de gas y por lo tanto también para las infraestructuras que componen todo el sistema y las sustituyó por autorizaciones, que como se indican en el apartado 2 de la Disposición Transitoria sexta se otorgan por tiempo indefinido.

Siguiendo lo dispuesto en la ley, se establecen varios apartados en los que se disponen la necesidad de obtener la respectiva autorización para la realización de las distintas actividades que integran el sistema gasístico español. Para las instalaciones de la red de distribución del gas en España es necesario una serie de autorizaciones otorgadas por la autoridad competente.

Necesidad de autorización para:

- Instalaciones de distribución del gas natural, en concreto, es necesario la obtención de autorización para la **construcción, modificación, explotación y cierre** (pudiendo, esta última, llevar incluida la obligación de dismantelar la instalación) de estas instalaciones. (Artículo 73.2 de la LH).
- Para la **transmisión de cualquiera de estas instalaciones** es necesario la autorización de la administración competente. (Artículo 73.2 LH).
- Para la actividad de la distribución del gas (manufacturado, sintético)

Se establecen en el apartado 3º del mismo artículo una serie de **requisitos** que tiene que cumplir cualquier solicitante de autorización, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 74 del Real Decreto 1434/2002 de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas son los siguientes:

- a) Las condiciones técnicas y de seguridad de las instalaciones propuestas.
- b) El adecuado cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente.
- c) La adecuación del emplazamiento de la instalación al régimen de ordenación del territorio.
- d) Su capacidad legal, técnica y económico-financiera para la realización del proyecto.

El apartado 4º recoge la obligación del titular de la autorización de constituir una **garantía o fianza del 2% del presupuesto de las instalaciones** a disposición del Director general de Política Energética y Minas, retornándose al titular, una vez formalizada el acta de puesta en servicio, lo solicite y se acredite el cumplimiento de las obligaciones.

Estas autorizaciones **no conceden en ningún caso la exclusividad de los derechos de uso** de las instalaciones.



En el caso de que se modifiquen sustancialmente los presupuestos que determinaron el otorgamiento de la autorización de las instalaciones, se incumplan las condiciones o requisitos establecidos, existirá la posibilidad de que la autorización sea **revocada**.

Tras esta visión sucinta de lo dispuesto en la Ley de Hidrocarburos sobre las autorizaciones necesarias para las instalaciones de distribución del gas en España, hemos de acudir al **Título IV** del ya mencionado Real Decreto 1434/2002, el cual detalla las características de cada una de ellas, que fue modificado para adaptar al Reglamento de la UE 347/2013, de 17 de abril que ha establecido, entre otras cosas, una serie de características procedimentales comunes a las instalaciones de los diversos tipos de energías claves para el funcionamiento de la UE. Tras un análisis exhaustivo de dicho Real Decreto se expone:

Antes de iniciar el procedimiento, hay que distinguir si el aprovechamiento de la instalación o la propia instalación salen del ámbito territorial de una comunidad autónoma, este hecho determina que órgano será el competente otorgar la autorización. En el caso de que las instalaciones de distribución tengan un efecto o extensión **intercomunitario**, la competencia la ostentará **la Administración General del Estado**, en el caso de que sea **intracomunitario**, la competencia será de la **administración de la comunidad autónoma** donde encuentre localizada la instalación.

Una vez determinado la administración competente, se exponen a continuación los **permisos** necesarios para obtener la autorización para las instalaciones de distribución de gas, los cuales vienen recogidos en el artículo 70 del RD 1434/2002:

- **Autorización administrativa**, se refiere al proyecto general de la instalación en su calidad de documento técnico-económico, cuya tramitación, en su caso, podrá realizarse juntamente con el estudio de impacto ambiental, y que confiere a la entidad autorizada el derecho a llevar a cabo una instalación específica en condiciones determinadas. Pudiéndose obtener dicha autorización de dos formas distintas. La solicitud deberá de ser presentada ante la **Dirección General de Política Energética y Minas** perteneciente del Ministerio para Transición Ecológica y Reto Demográfico, órgano que será el encargado resolver el otorgamiento de la autorización, así disponen los artículos 75 y 81 del Real Decreto respectivamente.

El **procedimiento para el otorgamiento de la autorización** viene recogido a lo largo del articulado del Real Decreto, en concreto entre los **artículos 75 y 82**, que puede ser resumido brevemente en la necesidad de realizar **trámite de información pública** (20 días), **obtención de informes elaborados por aquellas administraciones cuyos bienes y derechos pueden verse afectados** por las instalaciones que se pretenden autorizar, ello en un plazo de 20 días también, en el caso de ser una autorización de nuevas instalaciones, sería necesario obtener **informe de la CNMC**.

Entre la solicitud de la autorización y la resolución de la misma, no pueden transcurrir más de **6 meses**, en el caso de no resolverse dentro de dicho plazo, se entenderá denegada la autorización por silencio negativo.

- **Aprobación del proyecto de detalle de las instalaciones o ejecución de las mismas.** Se desarrolla en los artículos 83 y 84, y tienen que obtenerla todos aquellos que sean titulares de la autorización administrativa recientemente expuesta.

El objeto de este permiso viene dispuesto en el artículo 84.9 y es el siguiente:

“9. La aprobación del proyecto de ejecución constituye la resolución **que habilita al titular de la misma a la construcción de la instalación proyectada.**”

En cuanto a la competencia sobre este permiso tenemos que diferenciar diferentes etapas:

- **Solicitud:** debe de ser presentada en la **Dirección General de Política Energética y Minas o en las Direcciones de las áreas o, en su caso, dependencias de Industria y Energía de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno de las provincias donde radique la instalación.**
  - **Resolución:** en este momento hay que distinguir si continúa habiendo discrepancias sobre el condicionado técnico entre el solicitante de la aprobación y alguna administración o entidad pública, en caso de que las haya, la **Dir. Gen. De Política Energética y Minas** podrá resolver si está de acuerdo con el condicionado, sino lo está, podrá remitirlo al Ministro de Transición Ecológica y Reto Demográfico que lo elevará al **Consejo de Ministros.**
- **Autorización de explotación,** es recogida en el artículo 85 del RD, también es denominada como ***acta de puesta en servicio***, consiste en el último permiso a obtener antes de que empiecen a funcionar las instalaciones y siempre tras finalizar la materialización del proyecto previamente aprobado.  
La solicitud de este permiso debe de presentarse ante las **Direcciones de las áreas o, en su caso, dependencias de Industria y Energía, de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, respectivas que hayan tramitado el expediente por provincias,** además de ir acompañada por el **certificado final de obra realizado por técnico facultativo competente.**  
El **órgano competente para expedir el acta de puesta en servicio es el mismo ante el que se ha presentado la solicitud,** debiendo este, informar a la Dir. Gen. De Política Energética y Minas de la fecha exacta de la puesta en funcionamiento de las instalaciones
- **Declaración de utilidad pública,** se recoge entre los artículos 92 a 113 del Real Decreto, es necesaria para la expropiación de aquellos bienes y derechos que se vean afectados por las instalaciones autorizadas.

Debe de ser **solicitada** por el titular de las instalaciones, a la **Dirección General de Política Energética y Minas**, ya sea, de manera simultánea a la solicitud de la autorización administrativa y/o la aprobación del proyecto de ejecución, al igual que también, es posible solicitarla posteriormente a la obtención de la autorización. La solicitud se deberá de acompañar de una relación de bienes y derechos que el solicitante considera necesarios para la explotación de las instalaciones de las que es titular.

La **tramitación** será llevada a cabo por **las Direcciones de las áreas o, en su caso, dependencias de Industria y Energía de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno en cuyas provincias se ubique o discurra la instalación.**

**Resolverá la Dirección General de Política Energética y Minas** dentro de los 6 meses siguientes a la solicitud de la declaración de utilidad pública.

Los efectos de la declaración de utilidad pública se recogen en el artículo 101, resultando los siguientes:

“1. El reconocimiento en concreto de la **utilidad pública** llevará implícita la **necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de los derechos afectados** e implicará la **urgente ocupación** a los efectos del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, adquiriendo la **empresa solicitante la condición de beneficiario** en el expediente expropiatorio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley de Expropiación Forzosa.”

- **Declaración de impacto ambiental**, debido a las instrucciones recibidas por el cliente, no se desarrollará este permiso, solo exponer que se recoge la obligación de obtenerla en **el artículo 77 del RD 1434/2002** condicionándola a su previsión en la **Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación medioambiental**.
- **Autorización para la transmisión de instalaciones:** se recoge en los artículos 86 y 87 del RD, en el caso de que las instalaciones sean pretendidas por otra sociedad que no es la titular, aquella deberá presentar solicitud de esta autorización a la **Dir. Gen. De Política Energética y Minas**.

Una vez presentada la solicitud, el órgano debe resolver, previo informe de la CNMC dentro del plazo de 3 meses. Desde que es otorgada, se debe hacer efectiva la transmisión dentro de los 6 meses siguientes, en caso de no hacerlo, se producirá la caducidad del procedimiento de tramitación de la autorización.

Una vez efectuada la transmisión, será necesario su comunicación por el solicitante (nuevo titular) a la Dirección General en el plazo de 1 mes.

- **Autorización de cierre de las instalaciones**, viene detallada en entre los artículos 88 y 91 bis del RD. Es preceptiva su autorización cuando el titular pretende el cierre de las instalaciones ya sea definitivo o temporal.

La **solicitud** deberá de ir dirigida a la **Dir. Gen. De Política Energética y Minas**, su **tramitación** será llevada a cabo por **Dirección del área o, en su caso, dependencia de Industria y Energía de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno** de las provincias en las que se localice la instalación, este órgano elevará el expediente a la **Dirección General**, que **resolverá** en el plazo de tres meses.

Esta autorización podrá llevar a aparejada la obligación para el titular del **desmantelamiento** de las instalaciones. Una vez concedida la autorización se levantará **acta de cierre**.

En el caso de que se queden obsoletas las instalaciones, habrá que proceder a su sustitución, para ello será necesario “disponer de la **autorización de cierre** de la instalación y la necesidad de **iniciar el procedimiento de adjudicación y autorización** de la nueva instalación según lo dispuesto en el capítulo II de este presente real decreto” así dispone el artículo 91 bis.

La autorización para las instalaciones de distribución deberá contener, además del contenido genérico para las autorizaciones de las demás instalaciones del sistema gasístico español, el siguiente contenido que se expone en **apartado 7 del artículo 81** del Real Decreto:

“7. Las autorizaciones de instalaciones de distribución deberán contener, entre sus requisitos, la **delimitación concreta de la zona en que debe prestar la empresa distribuidora el suministro de gas**, los **compromisos de expansión de la red en dicha zona** y, en su caso, el **plazo para la ejecución de las instalaciones previstas en el proyecto autorizado**.”

En relación con la cuestión que plantea el cliente con respecto a la **necesidad de modificar los permisos** que ya ostenta Compañía de Gas S.A. con la entrada en su capital por parte de aquél, **no debería, en principio, alterar los permisos de distribución de gas** que la compañía ya posee. Esto se debe a que una participación del 25% **no implica un cambio de titularidad ni modifica sustancialmente las condiciones** bajo las cuales se otorgaron las autorizaciones de distribución. Sin embargo, de otorgar esta participación al inversor un grado de control efectivo sobre la gestión de la Target, podrían surgir ciertas obligaciones regulatorias adicionales. Entre estas, destacan la notificación a las autoridades competentes y, en casos específicos, la posible necesidad de una autorización previa.

Es importante señalar que la administración podría considerar particularmente relevante cualquier cambio estructural en el accionariado que afecte a los compromisos de inversión o al plan de expansión de la red de distribución previamente aprobado. En este escenario, la inversión del Fondo Soberano podría estar sujeta a revisiones adicionales o incluso a un reexamen de los términos de la concesión, según la normativa aplicable en el sector del gas en España.

## CUARTA.- RATIOS DE PRUDENCIA FINANCIERA DE COMPAÑÍA DE GAS S.A.

### 4.1 Significación de las ratios

Los índices de ratios globales son herramientas utilizadas por la CNMC para medir la solvencia económica y financiera de las empresas que operan en sectores regulados, como el transporte y la distribución de energía natural, eléctrica y del gas.

Estas ratios, calculados utilizando diferentes ponderaciones de las ratios financieros, permiten a la CNMC evaluar si la empresa está suficientemente capitalizada y si tiene una estructura de deuda sostenible. La **Comunicación de la CNMC núm. 1/2019** establece las siguientes ratios para evaluar la solvencia de la deuda y la capacidad económica y financiera de las empresas:

- **Ratio 1:**

$$\text{Ratio 1} = \frac{\text{Deuda neta}}{(\text{Deuda neta} + \text{Patrimonio neto})}$$

Esta ratio evalúa el **grado de endeudamiento de la empresa en comparación con sus recursos propios**. Un valor alto en este indicador sugiere que la empresa se apoya considerablemente en capital externo, lo que podría generar riesgos financieros si no se maneja con prudencia. Por esta razón, se establece un **límite máximo del 70%** como medida preventiva.

- **Ratio 2**

$$\text{Ratio 2} = \frac{(\text{Fondos procedentes de operaciones} + \text{Gastos por intereses})}{\text{Gastos por intereses}}$$

Este índice muestra la **capacidad de la empresa para cubrir los intereses de su deuda mediante los fondos generados por sus actividades operativas**. La CNMC sugiere que este indicador alcance un **mínimo de 5.0**, con el fin de

asegurar que las empresas cuenten con suficiente liquidez para cumplir con sus pagos de intereses sin comprometer su funcionamiento diario.

- **Ratio 3:**

Este indicador, por su parte, mide la **relación entre el nivel de deuda y el valor de los activos fijos de la empresa**. En cuanto a esta ratio, se considera adecuado un límite **máximo del 70%** para evitar un apalancamiento excesivo y mantener una relación prudente entre los activos y la deuda. Existen dos tipos de esta ratio.

“En el caso de las empresas que tienen reconocido un inmovilizado neto con derecho a retribución”

$$\text{Ratio 3} = \frac{\text{Deuda neta}}{\text{RAB} + \text{Inmovilizado en curso}}$$

“Para el resto de las sociedades incluidas dentro del ámbito de la presente Comunicación”

$$\text{Ratio 3} = \frac{\text{Deuda neta}}{\text{Activos fijos} + \text{Inmovilizado en curso}}$$

Ambos vinculan la deuda a los activos fijos que generan ingresos imputados.

- **Ratio 4**

$$\text{Ratio 4} = \frac{\text{Deuda neta}}{\text{EBITDA}}$$

Este indicador **calcula los años que la empresa necesitaría para saldar su deuda si destinara exclusivamente el EBITDA** a este fin. En este contexto, la CNMC establece un límite **máximo de 6.0** indicando una capacidad de endeudamiento razonable que permite a la empresa operar con normalidad y fomentar su crecimiento.

- **Ratio 5**

$$\text{Ratio 5} = \frac{\text{Deuda neta}}{\text{Fondos procedentes de operaciones}}$$

Este indicador evalúa la **capacidad de la empresa para sostener su deuda en función de los fondos que genera**. La CNMC ha fijado un límite **máximo de 7,3** para esta ratio, representando un estándar de estabilidad financiera

El **índice global de ratios**, en adelante IGR, es la forma de evaluar de manera global el nivel de endeudamiento y la capacidad económico-financiera de cada empresa, es decir, la estabilidad económica de la empresa. Siendo 0 lo mínimo y 1 lo máximo.

Este índice se calcula de la siguiente manera:

$$IGR = 0,1 \times R1 + 0,05 \times R2 + 0,3 \times R3 + 0,2 \times R4 + 0,35 \times R5$$

En el caso de “Compañía de Gas S.A., el índice de ratio global es de **0,40**.

#### **4.2 Consecuencias prácticas del índice de ratio global otorgado a “Compañía de Gas S.A.”**

Se establece en la circular 4/2020 de 31 de marzo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de retribución de la distribución de gas natural la posibilidad de **penalizar** a aquellas empresas distribuidoras cuyo Índice Global de Ratios es **inferior 0,90**, dicha penalización, será determinada por la CNMC cada año natural.

Pues bien, antes de empezar a analizar las consecuencias de la penalización, resulta conveniente la exposición de determinadas características de la retribución del gas en las empresas distribuidoras:

- Cada año la CNMC determina la retribución, el Índice Global de Ratios y la penalización correspondiente a ese año, para aquellas empresas que tengan un IGR menor a 0,90.
- El año gasístico va desde el 1 de octubre del año anterior, hasta el 30 de septiembre del presente año.
- La retribución de las empresas distribuidoras se encuentra integrada por retribuciones por diferentes conceptos, cuyas fórmulas para su respectivo cálculo son recogidas en la Circular 4/2020 de la CNMC además de otras retribuciones específicas que se puedan disponer en la resolución oportuna. Estas retribuciones que son:
  - **Retribución base (RB)**, se basa en los puntos de suministros existentes en el año correspondiente al presente ejercicio, la cantidad de gas suministrado y unos valores unitarios dispuestos en la normativa aplicable al sector del gas.

- **Retribución por desarrollo de mercado (RDM)**, Consistente en una compensación adicional que pretende incentivar la expansión de la red de distribución de gas natural y la creación de nuevos puntos de suministros, teniendo en cuenta la variación de los puntos de suministro, el consumo anual de gas en las nuevas conexiones y tiene en cuenta también la diferencia entre los municipios que estaban ya conectados a redes de distribución con aquellos que lo han hecho recientemente.
- **Retribución transitoria de distribución (RTD)**, consiste en una compensación destinada a atenuar el efecto de la transición al nuevo sistema de remuneración instaurado por la Circular 4/2020. Se lleva a cabo durante el periodo normativo 2021-2026, con el propósito de aliviar la disminución de ingresos para las compañías distribuidoras al mismo tiempo que se ajustan a los nuevos estándares de cálculo. Esta retribución se distribuye de la siguiente manera:

	2021 (ene 21-sep 21)	2022 (oct 21-sep 22)	2023 (oct 22-sep 23)	2024 (oct 23-sep 24)	2025 (oct 24-sep 25)	2026 (oct 25-sep 26)
<b>RTD<sub>a</sub><sup>e</sup></b>	¾ *85% AAD <sub>2000</sub> <sup>e</sup>	70% AAD <sub>2000</sub> <sup>e</sup>	50% AAD <sub>2000</sub> <sup>e</sup>	35% AAD <sub>2000</sub> <sup>e</sup>	15% AAD <sub>2000</sub> <sup>e</sup>	0% AAD <sub>2000</sub> <sup>e</sup>

Consecuentemente, se prevé la **imposición de la penalización correspondiente a Compañía de Gas S.A por tener un IGR (0,40) inferior a 0,90**, el cual es el dispuesto por la Resolución de la CNMC por la que se establece el valor del índice global de ratios de 2024 y la penalización relativa a la prudencia financiera de las empresas que realizan las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica y las actividades de transporte, regasificación, almacenamiento subterráneo y distribución de gas natural que sirve como referencia para imponer la penalización a aquellas distribuidoras que tengan un IGR inferior.

La penalización se aplica a la retribución que se dispone anualmente por la CNMC para las sociedades de distribución produciendo aquella una disminución en esta.

La fórmula que establece la CNMC para el cálculo de la penalización es la siguiente:

$$PPF = -0,01 \cdot R_n \cdot (1 - IGR)$$

Donde:

- Siendo **PPF** la penalización relativa a la prudencia financiera de 2024,
- **Rn** la retribución del año natural 2024,
- **IGR** el Índice Global de Ratios de 2024.



La penalización se determina aplicando la expuesta fórmula proporcional a la retribución anual de la empresa y al valor del IGR. Cuanto menor sea el IGR, mayor será la penalización aplicada sobre la retribución total

Debería de ser tomada en cuenta por el Cliente a la hora de realizar la operación consistente en un ajuste de la retribución de la actividad de distribución, ya que Smart Investments Fund es un potencial inversor en Compañía de Gas S.A.

El IGR es un indicador público y es supervisado por la CNMC. Un indicador tan bajo puede afectar la percepción que el mercado tiene de la empresa, generar desconfianza entre los inversores y dificultar la atracción de capital. Una situación así puede afectar negativamente a todas las negociaciones futuras, por ejemplo, la compra de parte de la empresa por un fondo de soberano como lo es Smart Investments Fund.

Un IGR bajo puede hacer que sea más difícil para la Target conseguir financiamiento a un costo menor. En este caso, si el índice es bajo, los bancos e inversores externos podrían interpretarlo como arriesgado, lo que resultaría en mayores costos de financiamiento o en dificultades para acceder a nuevas fuentes de capital debido al conocimiento por parte de los bancos de las dificultades de Compañía de Gas S.A. a la hora de pagar la deuda.

La CNMC no tiene competencia para imponer una sanción directamente a Compañía de Gas S.A. por presentar un Índice Global de Ratios inferior 0,90, que coincide con la cifra dispuesta en la Circular 4/2020, pero la penalización que impone la CNMC, no tiene consideración de sanción como tal, pero si supone una disminución en la retribución de ese año, lo que provoca un efecto parecido al de una sanción en términos económicos a la sociedad penalizada.

La Comisión Nacional de Mercados y la Competencia puede también **recomendar** a la empresa Target que **implemente medidas correctivas**, como un plan de ajuste financiero, para mejorar su solvencia. Esto podría indicar la importancia de disminuir la deuda o buscar financiamiento adicional para fortalecer su situación económica y financiera.

La CNMC podrá reforzar el seguimiento a Compañía de Gas S.A. exigiendo **informes financieros más detallados y frecuentes**. La empresa target deberá de demostrar su capacidad para mejorar el IGR y cumplir con los estándares de sostenibilidad establecidos. Además, de facilitar auditorías externas para verificar su desempeño financiero.

La falta de capital podría poner en riesgo la capacidad de la empresa de invertir en la operación y mantenimiento de sus infraestructuras. Esto podría afectar la estabilidad de la empresa y también a la calidad del servicio que se ofrece a los clientes, como al igual podría poner el peligro el suministro de gas en la determinada zona en la que desarrolle sus actuaciones de distribución Compañía de Gas S.A., lo que afectaría directamente a los consumidores.

La falta de inversión en la operación y mantenimiento de las infraestructuras de la target podría suponer un **mayor riesgo de averías o fugas en la red de distribución**, conllevaría también el aumento del **riesgo de cortes de suministro o falta de suministro continuo**

en la zona asignada para el desarrollo de la actividad de distribución por Compañía de gas S.A., todo ello supondría una de las situaciones que se pretenden evitar con el principio de prudencia financiera como es la perjuicio a la calidad del servicio de distribución.

Pero esta situación, también podría suponer una afección a los consumidores en términos económicos debido al más que probable **aumento en los precios que pagan los consumidores** como consecuencia de la repercusión de las dificultades financieras de Compañía de Gas S.A.

En conclusión, la Circular 4/2020 de la CNMC establece un marco regulatorio para la remuneración de las compañías distribuidoras de gas natural en España, incluyendo reducciones de retribución para aquellas empresas que tengan un IGR inferior a 0,90. Este índice es un marcador esencial de la fuerza financiera de las compañías, y su examen busca asegurar la estabilidad del sistema de gas y proteger a los consumidores. Para Compañía de Gas S.A., con un IGR de 0,40, la penalización económica que surja será considerable, lo que podría suponer dificultades económicas o agravar las ya existentes al disminuir la compensación anual determinada por la CNMC. Esta disminución supondrá una restricción aún mayor de la habilidad de la compañía para hacer las inversiones requeridas en infraestructura y mantenimiento, lo que conllevará un mayor riesgo para la continuidad del suministro.

Un índice tan reducido produce indicadores de advertencia para posibles inversores, como lo es Smart Investments Fund, a causa de la percepción de riesgo financiero. Esto podría complicar el proceso de compra y modificar la percepción de la compañía dentro del mercado. Una consecuencia directa es la mayor dificultad para acceder a préstamos financieros en unas condiciones competitivas, dado que tanto bancos como otros inversores podrían ver a Compañía de Gas S.A. como un activo de mayor riesgo. Esta circunstancia también eleva los gastos económicos, y como consecuencia se afecta a los consumidores a través de eventuales aumentos en los precios.

Desde un punto de vista operativo, una menor cantidad de fondos económicos afectaría directamente la capacidad de la compañía para conservar y actualizar su red de distribución, esto podría incrementar la probabilidad de errores en la infraestructura, tales, poniendo en riesgo la continuidad y la seguridad del suministro. Estas carencias, tendrían un efecto negativo en los clientes dentro del área de distribución asignada, pudiendo llegar a causar interrupciones en el servicio, así como una disminución en la calidad del mismo.

Por lo tanto, la implementación del principio de prudencia financiera tiene como objetivo evitar precisamente estas situaciones, asegurando que las compañías distribuidoras conserven una administración económica firme que garantice un servicio constante y eficaz a los consumidores.

## **QUINTA.- CUESTIONES RELACIONADAS CON LA SANCIÓN IMPUESTA A COMPAÑÍA DE GAS S.A.**

La reciente decisión de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) sobre Compañía del Gas, S.A. ha creado un panorama legal complejo. El organismo regulador ha identificado una posible vulneración **del artículo 62.6 de la Ley 34/1998**, del sector de hidrocarburos, en relación con el contrato de crédito a los accionistas de la compañía por un contrato celebrado en 2013, ya que esta práctica está prohibida para las entidades que operan en mercados regulados. La CNMC impuso una sanción económica a la empresa y ordenó la devolución de la totalidad de los préstamos concedidos a los accionistas, cuyo importe asciende a 22 millones de euros.

Ante esta situación, se analizan las alternativas legales disponibles, que tras comprobar la no concurrencia de prescripción de la infracción al tratarse de una conducta continuada en el tiempo como tampoco consta la prescripción de la sanción, resultan posibles las vías de recurso y/o solicitud de adopción de medidas cautelares, así como se procede a la determinación los costos legales asociados a las mismas. Esto permitirá a la empresa evaluar las estrategias más adecuadas para afrontar el desafío actual.

### **5.1 Posibilidad de recurrir la sanción. En caso afirmativo, tipo de recurso, plazo para interponerlo y órgano al que dirigirlo.**

Posibilidad de recurrir la sanción impuesta por la CNMC: Si, es posible recurrir la sanción.

Tipología de recurso: Existen dos vías para recurrir los y resoluciones dictadas por la CNMC, que se exponen a continuación:

- a) **Vía administrativa.** Se pueden interponer recursos administrativos en los casos que se recogen dentro del **artículo 36 de la Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.** Estos son:

“1. Los **actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo** podrán ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

No obstante, respecto a los actos dictados en aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, únicamente **podrán ser objeto de recurso** aquéllos a los que hace referencia el **artículo 47** de dicha Ley.

2. Los actos y resoluciones del **Presidente y del Consejo**, en pleno y en salas, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictados en el ejercicio de sus funciones públicas **pondrán fin a la vía administrativa y no serán susceptibles de recurso de reposición**, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa.”.

En base a este artículo solo se pueden recurrir los actos y resoluciones dictados por órganos de la CNMC distintos del Presidente y del Consejo. Pero el segundo apartado del punto primero del artículo expuesto abre la puerta a la posibilidad de recurrir más actos y resoluciones, estos son los de la Dirección de Investigación

que producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Estos recursos serán resueltos por el Consejo de la CNCM de acuerdo con el **artículo 47 de la Ley 15/2007**.

Pero lo expuesto no supone la posibilidad de recurso de una resolución del Consejo, más bien, el artículo 36 de la Ley 3/2013 sigue la línea de lo dispuesto en el **artículo 48 de la Ley 15/2007** que junto con el **artículo 70** de la misma ley que dice así:

“2. La **Dirección de Competencia** será el órgano competente para la **iniciación e instrucción** del procedimiento sancionador y el **Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para la resolución del mismo.**”

- b) **Vía jurisdiccional:** Consistiría en interponer recurso contencioso administrativo ante la resolución sancionatoria.

En base a lo expuesto se determina la **imposibilidad de recurrir por vía administrativa** la resolución del procedimiento sancionador abierto contra Compañía de Gas S.A.

Consecuentemente solo cabría interponer **recurso contencioso – administrativo** en los términos que establece la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el resto de cuestiones se resolverán en base a esta vía.

Plazo para interponer el recurso: Es de **dos meses** a contar desde “desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la **notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso**” de acuerdo con el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, es decir, desde la notificación de la sanción.

Órgano competente para conocer del recurso: De acuerdo con la LJCA, será competente para conocer del recurso interpuesto con la sanción impuesta por la CNMC a “Compañía de Gas S.A.” la **Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Audiencia Nacional**, así dispone el artículo 11 de esta ley:

“La **Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional** conocerá en única instancia:

- g) De los recursos contra los actos del Banco de España, de la **Comisión Nacional del Mercado de Valores** y del FROB adoptados conforme a lo previsto en la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.”

## **5.2 Posibilidad de solicitar suspensión cautelar.**

El legislador español ha recogido la posibilidad de solicitar medidas cautelares en el artículo 129 de la LJCA y las desarrolla en los artículos siguientes. Este artículo 129 dice así:

- “1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de **cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.**”

De esta disposición podemos deducir que no existe una lista cerrada de medidas a solicitar al juzgador, consecuentemente **se puede solicitar la suspensión de la resolución sancionatoria** y tantas otras que cumplan el fin que deben de perseguir estas medidas que no es otro que garantizar la efectividad de la futura sentencia que será dictada en el procedimiento.

La jurisprudencia contenciosa-administrativa ha realizado una clasificación de las medidas cautelares que está compuesta por varias tipologías diferentes: positivas (obligaciones de hacer), negativas (obligación de no hacer y suspensión), al igual que es correcto afirmar que debido a la subsidiariedad de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en el proceso contencioso-administrativo “*En lo no previsto por esta Ley*”<sup>4</sup> o “*En defecto de disposiciones*”<sup>5</sup> se pueda solicitar la adopción de las medidas cautelares previstas en dicha ley.

También el **artículo 129 de la LJCA** establece la posibilidad de solicitar las medidas cautelares en cualquier momento durante desde la vigencia el procedimiento, pero desde la experiencia que atesora este bufete, recomendamos su solicitud conjuntamente a la presentación del escrito de interposición o junto con el escrito de demanda.

Posteriormente el **artículo 130** recoge los dos motivos *sine qua non* para la adopción de medidas cautelares en el ámbito contencioso-administrativo:

“1. Previa **valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto**, la medida cautelar podrá **acordarse únicamente** cuando la **ejecución del acto o la aplicación de la disposición** pudieran **hacer perder su finalidad legítima al recurso.**”

Aunque no este recogido en el precepto, en la práctica el juez de lo contencioso-administrativo suele comprobar el denominado *periculum in mora* o lo que es lo mismo la constatación de que la ejecución de la sanción impuesta a Compañía de Gas S.A. podría afectar a la efectividad de la resolución que se dicte en el procedimiento. Una vez constatado el riesgo de pérdida de finalidad del recurso, el juez pasa a valorar los intereses en conflicto alrededor de la adopción de la medida cautelar, así lo expone Anabelén Casares Marcos:

“Así, una vez **constatado por el juzgador el riesgo cierto de pérdida de la finalidad legítima del recurso**, esto es, la concurrencia del presupuesto cautelar *de periculum in mora*, procede **valorar en detalle, circunstanciadamente, todos los intereses en conflicto** a fin de determinar si los perjuicios susceptibles de derivar de la adopción de la medida cautelar pudieran resultar de mayor entidad que sus eventuales beneficios en relación no solo con los intereses del solicitante, sino con otros que resulten ser igualmente merecedores de protección jurídica, ya sean de titularidad de terceros o de la propia colectividad. A este fin, los presupuestos de la tutela cautelar exigirían considerar, además, el denominado *fumus boni iuris*, al que no se ha referido el legislador de forma expresa en el enunciado de la LJCA pero que resulta de aplicación en vía contenciosa, no solo por el lastre que supone en tal sentido la tradición en la materia sino por la acogida y vigencia actual del principio al albur de la doctrina jurisprudencial habida en materia

---

<sup>4</sup> Disposición final primera LJCA.

<sup>5</sup> Artículo 4 de la LEC.

cautelar. No en vano, es “una experiencia común que ningún juez o tribunal otorga jamás una suspensión cautelar (no digamos ya medidas positivas) por el simple argumento del daño irreparable si, simultáneamente, no aprecia prima facie que el recurso pueda tener éxito en el fondo.”<sup>6</sup>

Pero no solo la adopción de la medida cautelar es un mecanismo recogido en la ley, es más, realmente, las características y “requisitos” para su adopción se han ido definiendo a lo largo del tiempo por la jurisprudencia, prueba de ello se expone a continuación el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001 por su claridad a la hora de determinar los criterios a ponderar por el juzgador para la decisión de adoptar de la medida cautelar, dice así:

“Cuarto: La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse **ponderando las circunstancias del caso**, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos **criterios que deben ser tomados en consideración según la LJ** y teniendo en cuenta **la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional**.

La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un **alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal**, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguientes puntos:

a) **Necesidad de justificación o prueba**, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 junio 1997: «la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación». **El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil** concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) **Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto**. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 «el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal» (Cfr. ATS de 20 May. 1993).

c) **El *periculum in mora***, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

---

<sup>6</sup> CASARES MARCO, ANABELÉN en “Eficacia de las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo, página 72.

d) **El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso** y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: «al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego». Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia «cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto» (ATS 3 de junio 1997, entre otros).

e) **La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*)** supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

La LJ no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris* (tampoco la LJCA), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728.”

Desde la experiencia que respalda a este bufete, podemos afirmar la efectividad de una futura solicitud de la medida cautelar ya que tras el estudio de manera superficial de los hechos que rodean a la sanción impuesta por la CNMC a la sociedad target consideramos factible motivar suficientemente la existencia del riesgo de pérdida de efectividad de la sentencia que se dicte al final del procedimiento al igual que consideramos que los intereses de Compañía de Gas S.A. y los intereses generales pesan más que los beneficios que se puedan derivar de la ejecutividad de la sanción impuesta. Todo ello en base a las siguientes valoraciones.

A continuación, se expone una muestra de aquellos motivos que se podrían argumentar para la adopción de la medida cautelar de suspensión

- Pérdida de eficacia de la sentencia, Uno de los fundamentos esenciales para la adopción de una medida cautelar es el riesgo de que el **recurso pierda su finalidad legítima si no se adopta la suspensión de la actuación administrativa**. Este riesgo, es el llamado *periculum in mora* en términos legales, se refiere a la posibilidad de que el tiempo que pasa mientras se resuelve el proceso judicial pueda hacer que una sentencia favorable no sea efectiva o no pueda restaurar los derechos del afectado de manera adecuada. El *periculum in mora* se presenta especialmente cuando la ejecución inmediata de una sanción o decisión administrativa puede **causar daños irreparables o de difícil reparación**, en el caso de Compañía de Gas S.A., la ejecución de la sanción

supondría el pago de la misma lo que resultaría en una **disminución considerable del patrimonio de la sociedad**.

La adopción de esta medida cautelar de suspensión de la sanción es necesaria para **garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva** de Compañía de Gas S.A. evitando así que el pronunciamiento judicial se convierta en una mera declaración sin consecuencias prácticas.

- Posibilidad de éxito del recurso: la presencia de **una apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris***, un concepto legal ampliamente aceptado en el campo del derecho procesal, pero con una menor relevancia que el *periculum in mora* en el ámbito de lo contencioso-administrativo, pero no por ello deja de ser necesario, como viene exigiendo la jurisprudencia (Sentencia del TS de 17 diciembre de 2001). Este concepto hace alusión a que el recurso interpuesto por Compañía de Gas S.A. cuenta con **una fundamentación legal lo suficientemente robusta como para pensar que podría triunfar en un futuro proceso judicial**. Expresado de otra forma, se percibe una probabilidad razonable de que la pretensión de la sociedad distribuidora de gas tenga éxito, dado que los argumentos y fundamentos legales presentados no son simplemente especulativos, sino que están respaldados por la normativa actual y por precedentes judiciales.

El *fumus boni iuris* no exige demostrar de manera concluyente la ilegalidad de la sanción en esta fase preliminar; basta con **mostrar que hay indicios serios y razonables de que la decisión administrativa podría ser anulada** debido a su falta de conformidad con el ordenamiento jurídico.

- Buena fe y continuidad en las operaciones: el contrato de apertura de crédito se suscribió en 2013 y se ha venido utilizando durante años por lo que se podría interpretar como una **práctica consolidada que no buscaba eludir la ley**.

La target podría señalar que la concesión de créditos a los accionistas no ha tenido impacto negativo en las actividades reguladas ni ha dado lugar a subvenciones cruzadas entre actividades liberalizadas, demostrando así su compromiso con las buenas prácticas financieras.

Este argumento se basa en la idea de que la empresa ha seguido los principios financieros y operativos correctos, y que los préstamos otorgados no han afectado la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 62.6 de la Ley de Hidrocarburos.

- Posibilidad de que la ejecución de la sanción pueda crear una situación que afecte al interés general, por el hecho de ser la target una sociedad que desarrolla su actividad en el sector gasístico español, concretamente la actividad de distribución, abarcando gran parte de las infraestructuras de distribución de gas que componen el sistema gasístico español. Por lo que el pago de la sanción podría dejar a “Compañía de Gas S.A.” en una situación vulnerable que podría afectar a



su actividad y por lo tanto podría repercutirse en los consumidores finales que se localicen en la zona en la que tenga encomendada su actuación la target.

- La suspensión de la sanción no supone un perjuicio para el interés general ni para derechos de terceros. Si la suspensión de la sanción **no afecta a la competencia en el mercado ni provoca perjuicios a los consumidores o a otros operadores del sector gasístico**, el **interés público en ejecutar de inmediato dicha sanción queda relativizado.**

Esto quiere decir que, cuando no hay daños adicionales que cambien la forma en que funciona el mercado o afecten a los derechos de los consumidores finales, no es tan importante aplicar una multa de inmediato. En estos casos, se pueden tener en cuenta otros principios como el **derecho a un juicio justo** y el **respeto a los procedimientos establecidos**, que permiten detener la multa mientras se resuelven las apelaciones. La suspensión no significa quedar libre de responsabilidad, es solo **una medida temporal** para evitar problemas mientras se resuelven las dudas sobre lo que pasó y si la sanción impuesta es justa. De esta manera, se encuentra un balance entre seguir las leyes y proteger a las personas involucradas de ser castigadas injustamente con sanciones que luego podrían ser consideradas inapropiadas o excesivas.

Por todo lo expuesto, consideramos posible la efectividad de una futura medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la sanción impuesta por la CNMC a Compañía de Gas S.A al ser esta una medida **adecuada, necesaria y proporcional** para la consecución del fin del recurso que no es otro que la efectividad de la futura sentencia que se dicte en el procedimiento.

### 5.3 Forma de proceder en caso afirmativo

Para avanzar con el recurso contencioso-administrativo y la solicitud de una suspensión cautelar, la Target deberá contar con la colaboración de expertos especializados en derecho administrativo y regulaciones pertinentes. Estos expertos son fundamentales no solo para llevar el caso ante la Audiencia Nacional, sino también para orquestar los elementos clave que fortalezcan de manera contundente la solicitud de suspensión cautelar.

A continuación, exploraremos los diferentes roles que ejercen y los gastos vinculados a sus honorarios en base a una media realizada de los precios en asuntos similares, teniendo en cuenta las vías posibles descritas:

- **Abogado Experto en Derecho Administrativo y Regulatorio:** Este profesional toma las riendas en la elaboración y presentación del recurso, asegurando que cada paso sea minuciosamente estudiado. Debido a la intrincada naturaleza del asunto y a la minuciosidad que demanda, los honorarios de un abogado para este tipo de

trámites en la Audiencia Nacional se suelen situar en un rango que va de los 22.000 a los 27.000 euros. Este intervalo está influenciado en gran medida por el número de abogados que van a participar en él, así como la experiencia de los mismos y la duración prevista del proceso. A continuación, se presenta una relación detallada de las actividades que se prevén que van a ser realizadas para este procedimiento junto con el precio inicial:

- Recopilación y clasificación de toda la documentación que forma el expediente, al igual que será necesario recabar la no incluida en él. **2.000 euros.**
- Análisis de los contratos y de las cuentas de Compañía de Gas S.A. durante el tiempo que ha transcurrido desde la apertura del contrato de crédito hasta la resolución del procedimiento sancionador, un total de 12 años. **5.000 euros**
- Solicitud de medida cautelar de suspensión de la ejecución que incluye la elaboración de un escrito especializado y la recolección de la documentación necesaria que respalde la petición de detener la ejecución de la sanción. **5.000 euros**
- Realización del escrito de demanda, defensa durante el proceso y escrito de conclusiones. **10.000 euros**
- Constituyendo una cuantía total de **22.000€**, sin perjuicio de que se vea aumentada dependiendo de las circunstancias que se den durante el desarrollo del proceso.

El equipo que intervendrá en el trabajo está compuesto por 5 miembros del bufete, un socio, dos of counsel (expertos en materia de regulación y sancionadores en materia de competencia) y otros dos asociados senior, todos ellos con una experiencia superior a 10 años de ejercicio.

- **Procurador:** Este experto es fundamental para representar los intereses de la Target en el ámbito contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional. Entre sus diversas funciones, se encuentra la elaboración de documentos que son presentados al tribunal, así como la organización y coordinación de los pasos necesarios para llevar a cabo cada diligencia. En el ámbito de sus tarifas, estas oscilan generalmente entre **1.000 y 3.500 euros.**

En resumen, el coste aproximado de llevar a cabo todas las actuaciones expuestas alcanza los 25.500 euros. Este monto se divide en 22.000 euros que corresponden a los honorarios del equipo legal, así como un máximo de 3.500 euros por los servicios del procurador. Es importante mencionar que esta cifra podría aumentar dependiendo de las circunstancias particulares del proceso y el grado de complejidad que surja a lo largo de su desarrollo.

## **SEXTA.- ¿EXISTE LA POSIBILIDAD DE QUE COMPAÑÍA DE GAS S.A. AMPLIE SU ACTIVIDAD A LA COMERCIALIZACIÓN?**

### **6.1 ¿Existe restricción alguna a esta expansión de actividades?**

La Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos recoge en su artículo 63 esta condición del sector gasista español, concretamente en el apartado 1 de dicho artículo se dispone lo siguiente:

“Las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las **actividades reguladas** de regasificación, almacenamiento básico, transporte y **distribución** a que se refiere el artículo 60.1 de la presente Ley **deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción o comercialización** ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades.”

Así establece que las empresas que se dedican a algunas de las actividades reguladas no pueden realizar alguna de las actividades liberalizadas como es la comercialización.

La separación de actividades en el sector del gas, es algo que no solo se da en España sino que se da también en el resto de países de la Unión Europea.

Las finalidades de esta imposición de acuerdo con Iñigo del Guayo Castiella, una de las mentes expertas en materia de gas, son, **garantizar la competencia dentro del mercado gasista** evitando que sean trasvasados recursos provenientes de las actividades reguladas para ganar mayor cuota en el mercado liberalizado, de forma que los pequeños consumidores se encuentren financiando a los grandes.

La otra finalidad de la separación de actividades consiste en **garantizar el suministro de gas** provocando que las sociedades gasistas inviertan adecuadamente en el mantenimiento y extensión de las redes un suministro de gas regular y continuo y para llegar a los nuevos suministros. Al igual que se garantiza el suministro mediante el control de la adquisición de participaciones entre las sociedades que forman el mercado del gas que  *puedan poner en riesgo el correcto desempeño de las actividades*<sup>7</sup>.

Antes de la entrada en vigor de la **Ley 12/2007 de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural**, los transportistas podían adquirir gas en origen y venderlo a otros transportistas o distribuidores, luego estos últimos, podían suministrar gas a los consumidores no cualificados a cambio del pago de una tarifa, mientras que los comercializadores únicamente les estaba permitida la venta de gas a los consumidores cualificados a cambio de un precio libre pactado entre las partes. **No existía una separación clara y definida**

---

<sup>7</sup> DEL GUAYO CASTIELLA, IÑIGO, “El régimen jurídico de la separación de actividades en el sector del gas natural”, revista CEF LEGAL, Nº 79-80.

**entre las actividades de red y las actividades de producción y suministro antes de 2007.**

La Ley 12/2007 vino a introducir varias novedades en la Ley de Hidrocarburos vigente en aquel momento a destacar tres de ellas, **separación de las actividades** de transporte y distribución de las de producción y suministro, quedando esta última reservada exclusivamente a los comercializadores; se adoptan medidas para la separación de estas actividades en los grupos de empresas en los que coexistan empresas dedicadas a cada una de esas actividades (**separación funcional**); se **suprimen las tarifas**, debiendo todos los **consumidores acudir al libre mercado de precios** (salvo los suministradores de último recurso).

Esta ley sigue la línea de anteriores reformas introducidas por el **Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública** que disponía la prohibición del otorgamiento de nuevas autorizaciones para empresas distribuidoras en aquellas zonas en las que ya se encontraba instalada una distribuidora.

Resulta conveniente indicar que tras la reforma realizada por la Ley 12/2007, la separación no se da solo entre las actividades de red (reguladas) y las actividades de suministro y producción (liberalizadas) sino que también existe separación dentro de las actividades reguladas, resultando **compatible la actividad de distribución únicamente con la actividad de transporte secundario**, como ejemplo de ello, la posibilidad de que las empresas distribuidoras construyan, mantengan y operen instalaciones de transporte secundario.

La separación de actividades comprende 3 tipos o niveles de separación:

- **Separación contable (artículo 62 Ley 34/1998):** Aquellos grupos de empresas que desarrollan más de una actividad dentro del mercado del gas, reguladas o liberalizadas, y también aquellas empresas que lleven a cabo distintas actividades reguladas como, por ejemplo, distribución y transporte secundario, deberán llevar una **contabilidad independiente de cada una de esas actividades**.

“2. Sin perjuicio de la aplicación de las normas generales de contabilidad, a las empresas que realicen actividades a que se refiere el artículo 58 de la presente Ley o a las sociedades que ejerzan control sobre las mismas, el Gobierno podrá establecer para las mismas las especialidades contables y de publicación de cuentas que se consideren adecuadas, del tal forma que se reflejen con nitidez los ingresos y gastos de las actividades gasistas y las transacciones realizadas entre sociedades de un mismo grupo, con objeto de evitar discriminaciones, subvenciones entre actividades distintas y distorsiones de la competencia.

En el caso de las **sociedades que tengan por objeto la realización de actividades reguladas**, de acuerdo con el artículo 60.1 de la presente Ley, llevarán en su **contabilidad cuentas separadas para cada una de ellas** que diferencien entre los ingresos y los gastos estrictamente imputables a cada una de dichas actividades. Asimismo, los gestores de red independientes llevarán en su

contabilidad cuentas separadas para cada empresa gestionada, diferenciando los ingresos y gastos imputables a dicha gestión.

El Gestor técnico del sistema gasista, así como las empresas que realicen el suministro de último recurso, deberán llevar cuentas separadas que recojan los gastos e ingresos estrictamente imputables a dichas actividades.

Las **sociedades que realicen actividades gasistas no reguladas** llevarán **cuentas separadas de la actividad de producción, de comercialización, de aquellas otras actividades no gasistas** que realicen en el territorio español y de todas aquellas otras que realicen en el exterior.”

- Separación jurídica o legal: La imposibilidad de prestar servicios de actividades reguladas y liberalizadas por la misma empresa, exceptuando a los grupos de empresas, dentro de los cuales, se da la posibilidad de que se realicen mediante empresas diferenciadas.

Del sentido literal de la redacción de la versión inicial de la Ley de Hidrocarburos se podía deducir la posibilidad que una misma empresa pudiese desarrollar más de una actividad regulada. Posteriormente, entra en vigor el **Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios**, el cual introduce una modificación del sentido literal de la LH, mediante dicha modificación se infiere de la redacción del texto la **separación de actividades reguladas**, resultando poder ser llevadas a cabo por una misma empresa:

-Por un lado, **transporte (primario y secundario), almacenamiento básico/estratégico y regasificación.**

-Por otro lado, **distribución y transporte secundario.**

Una vez entra en vigor la Ley 12/2007, modifica la LH como se ha indicado previamente y establece de manera clara la **incompatibilidad de las actividades reguladas con las liberalizadas**, pero no solo eso, sino que también introduce la prohibición que las empresas que llevan a cabo las actividades reguladas **adquieran participaciones** de las empresas dedicadas a la comercialización y producción del gas en España, viene recogido en el **artículo 63.1 de la LH**, resultando la redacción tras la modificación introducida por la Ley 12/2007 la dispuesta al inicio al inicio del presente apartado.

Al igual que también introduce la prohibición para aquellas empresas que **operen instalaciones de Red Básica** (transporte (primario y secundario), almacenamiento básico, plantas de regasificación) de **operar también redes de distribución y viceversa**, con la posibilidad de que las empresas que operan redes de distribución puedan operar también redes de transporte secundario, se recoge en el **artículo 58 letra c)**:

“c) Los distribuidores son aquellas sociedades mercantiles autorizadas para la construcción, operación y mantenimiento de **instalaciones de distribución** destinadas a situar el gas en los puntos de consumo.

Los distribuidores también podrán construir, mantener y operar **instalaciones de la red de transporte secundario**, debiendo llevar en su contabilidad interna cuentas separadas de ambas actividades de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.”

Pero no solo existe la incompatibilidad entre las actividades reguladas y las liberalizadas, sino también de estas con otras actividades distintas de la comercialización como son: el almacenamiento no básico u operativo, la producción, la licuefacción y la fabricación de gas.

Atendiendo a la literalidad de texto original de la LH, era patente dicha prohibición, al establecer la obligación de que las empresas comercializadoras solo podían tener como objeto social la actividad de comercialización.

Esto cambió tras la entrada en vigor de la Ley 12/2007, ya que suprime esa obligación e introduce expresamente la posibilidad de que las empresas comercializadoras realicen actividades de producción y tantas otras que se sitúen fuera del sector del gas natural en España y fuera de su territorio. Esta posibilidad se recoge en el **artículo 62.2 apartado 4 de la LH**:

“Las sociedades que realicen actividades gasistas no reguladas llevarán cuentas separadas de la actividad de **producción, de comercialización**, de aquellas **otras actividades no gasistas que realicen en el territorio español y de todas aquellas otras que realicen en el exterior**.”

- Separación funcional: Consiste en las medidas adoptadas dentro de un grupo empresarial para asegurar la separación de actividades reguladas de las liberalizadas desarrolladas por las empresas que lo integran.

La Directiva de la UE 2003/55, recoge la posibilidad de que las actividades que se han determinado como incompatibles, puedan ser ejercidas **dentro de un mismo grupo de empresas** estableciéndose varias medidas para asegurar la independencia de unas actividades de otras:

- **La prohibición de que las actividades incompatibles sean desarrolladas por una misma empresa**, sino que tienen que ser desarrolladas por diferentes empresas que integren el grupo. Párrafo primero del apartado 4º del artículo 63:

“4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 para empresas propietarias de instalaciones de la red troncal de gas, **un grupo de sociedades podrá desarrollar actividades incompatibles** de acuerdo

con la Ley, siempre que **sean ejercitadas por sociedades diferentes** y se cumplan los siguientes criterios de independencia.”

- El **artículo 63.4, letra a)** establece la **imposibilidad** de que una sociedad **que opera en la Red Básica** participe en la **organización de la gestión cotidiana** de las **actividades liberalizadas**<sup>8</sup>, el precepto dice así:

“a) Las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades reguladas no podrán participar en estructuras organizativas del grupo empresarial que sean responsables, directa o indirectamente, de la gestión cotidiana de actividades de producción o comercialización.”

- La nueva redacción que introduce la Ley 12/2007 del artículo 64 de la LH, recoge la **imposibilidad** de que una **persona gestora de una sociedad** que lleva a cabo **actividades reguladas** pueda adquirir **acciones o participaciones** en una sociedad que desarrolle **actividades de producción o comercialización**, eliminando así la prohibición existente en la anterior redacción de la LH de que una sociedad recogiese en su objeto social la realización de actividades incompatibles, pero solo una de ellas fuese ejercida de forma directa por la empresa y las demás a través de participaciones y acciones en otras empresas que llevasen a cabo esas otras actividades concretamente se recoge en el **párrafo segundo de la letra b) del apartado 4 del artículo 63**:

“a) Las sociedades que realicen actividades reguladas y las personas responsables de su gestión que se determine no podrán poseer acciones de sociedades que realicen actividades de producción o comercialización.”

- La **prohibición** de las empresas que desarrollan actividades reguladas de **compartir información con otras empresas del mismo grupo empresarial** que llevan a cabo actividades liberalizadas que puedan suponer **una ventaja competitiva sobre el resto de las sociedades dedicadas a esas actividades**. Esta prohibición se recoge en el **artículo 63.4, letra b), último párrafo**:

“Además, las sociedades que realicen actividades reguladas, así como sus trabajadores **no podrán compartir información comercialmente sensible** con las empresas del grupo de sociedades al que pertenecen en el caso de que éstas realicen actividades liberalizadas.”

- Dentro del mismo grupo de empresas, la **gestión de las sociedades que desarrollan actividades reguladas debe de ser independiente de la**

---

<sup>8</sup> DEL GUAYO CASTIELLA, IÑIGO, “El régimen jurídico de la separación de actividades en el sector del gas natural”, revista CEF LEGAL, Nº 79-80, página 109.

**gestión de las sociedades que desarrollan actividades liberalizadas.** Se establece en la LH, adaptándose así a la Directiva mencionada, que las sociedades que desarrollan actividades reguladas tengan una **capacidad de decisión efectiva que sea independiente del grupo**, al igual que se entiende, la **imposibilidad** de que el **grupo de empresas dé instrucciones a estas sociedades sobre su gestión cotidiana**, como tampoco puede hacerlo sobre **decisiones particulares en relación con sus instalaciones**, así se recoge en la **letra c) del apartado 4 del artículo 63**:

“c) Las sociedades que realicen actividades reguladas tendrán **capacidad de decisión efectiva, independiente del grupo de sociedades**, con respecto a activos necesarios para explotar, mantener, o desarrollar las instalaciones de regasificación de gas natural licuado, y de transporte, almacenamiento, y distribución de gas natural.

No obstante, el grupo de sociedades tendrá derecho a la supervisión económica y de la gestión de las referidas sociedades, y podrán someter a aprobación el plan financiero anual, o instrumento equivalente, así como establecer límites globales a su nivel de endeudamiento.

**En ningún caso podrá el grupo empresarial dar instrucciones a las sociedades que realicen actividades reguladas** respecto de la **gestión cotidiana**, ni respecto de **decisiones particulares** referentes a la construcción o mejora de activos de regasificación de gas natural licuado, y de transporte, almacenamiento, y distribución de gas natural, siempre que no se sobrepase lo establecido en el plan financiero anual o instrumento equivalente.”

- Por último, el artículo 63 tras la modificación introducida por la Ley 12/2007, establece en su **letra d)** el deber de las empresas que realicen actividades reguladas, de establecer un **código de conducta** en el que se recojan todas **las medidas que se han adoptado por la empresa que garanticen la separación de las actividades** que son incompatibles y aquellas **estipulaciones sobre la materia de obligado cumplimiento para los trabajadores** de esas empresas.

En relación con la **toma de participaciones en otras empresas por parte de sociedades gasistas reguladas** como es Compañía de Gas S.A., la Ley 12/2007 modifica la Ley del Sector de Hidrocarburos. Tras dicha modificación se puede deducir lo siguiente:

- Una **sociedad gasista regulada no puede adquirir participaciones en una sociedad que desarrolle las actividades liberalizadas de comercialización y de producción**, dentro de las que se incluyen, como se ha indicado a lo largo del presente dictamen jurídico, las comercializadoras. Así se dispone en el artículo 63.1 de la Ley 34/1998:



“1. Las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas de regasificación, almacenamiento básico, transporte y distribución a que se refiere el artículo 60.1 de la presente Ley deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción o comercialización **ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades.**”

- **Sociedad gasista liberalizada no puede tomar participaciones en una sociedad gasista regulada**, en base a que la Ley 12/2007 **suprimió la posibilidad** de que una sociedad pudiese tener por objeto social actividades incompatibles, ejerciéndose una sola de esas actividades de forma directa y las demás a través la adquisición de acciones o participaciones en otras sociedades que las desarrollasen.
- Una **sociedad del sector del gas que lleve a cabo actividades reguladas podrá adquirir participaciones en sociedades que no formen parte del sector gasístico sin autorización preceptiva**. Esta interpretación viene fundamentada en la **disposición derogatoria única de la Ley 3/2013** que dice así:

“Quedan **derogadas** cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley y de manera específica:

b) La **Disposición adicional undécima**, excepto el apartado sexto, que permanece vigente, y la Disposición adicional duodécima de la **Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.**”

Estos apartados derogados de la Disposición Adicional Undécima de la LH recogían la autorización de carácter preceptivo necesaria para la toma de participaciones en sociedades distintas de comercializadoras y productoras, por empresas reguladas del sector del gas, así dispone el artículo 63.5 de mismo texto legal.

En consecuencia, tras la derogación de los apartados que contenía dicha DA, se deduce la innecesaridad de obtener autorización para la adquisición de participaciones en una sociedad que opera fuera del sector gasista por parte de una sociedad regulada del sector del gas, al no recogerse dicha autorización en ningún otro precepto normativo.

- Una **sociedad gasista liberalizada puede tomar participaciones en sociedades de fuera del sector del gas sin ser preceptiva autorización alguna.**

Una vez expuesto el régimen de separación de actividades por el que se rige el sistema gasista español, se expondrá a continuación la forma legal para invertir en una actividad gasista liberalizada como es la comercialización por parte de una empresa regulada.

## **6.2 Vía legal para la expansión de Compañía de Gas S.A. a la actividad de comercialización.**

En virtud de lo dispuesto en el subapartado anterior, podemos afirmar la posibilidad de que “Smart Investments Fund” puede invertir en la actividad de comercialización tras la adquisición del 25% de la sociedad distribuidora de gas Compañía de Gas S.A.

Para ello, será necesario la creación de un **grupo de empresas**, en la que se integre la empresa distribuidora y la empresa comercializadora, las cuales deberán tener como objeto social el desarrollo de las actividades de distribución y comercialización respectivamente de manera independiente entre ellas, sin perjuicio de que puedan llevar a cabo otras actividades compatibles con cada una de ellas, que han sido expuestas anteriormente.

Este grupo de empresas deberá cumplir los criterios de separación funcional establecidos en el artículo 63.4 de la Ley 34/1998 del Sector de los Hidrocarburos, que aun habiéndose expuesto anteriormente, se vuelven a disponer a continuación de manera resumida aplicándolos de manera práctica:

- La imposibilidad de que las personas<sup>9</sup> responsables de la gestión de Compañía de Gas S.A., dentro de las que se encuentra Smart Investments Fund a través de las personas que haya nombrado para ejercer su representación, participen en la estructura organizativa del grupo de empresas que sean responsable directa o indirectamente de la sociedad que desarrolle la actividad de comercialización. **(Artículo 63.4, letra a))**.
- El grupo de empresas debe de proteger los intereses profesionales de las personas encargadas de la gestión de Compañía de Gas S.A. para así garantizar la independencia de esas personas. **(Artículo 63.4, letra b), párrafo primero)**.
- Las personas gestoras de Compañía de Gas S.A. y esta por sí misma, no pueden adquirir acciones o participaciones de sociedades que desarrollen actividades de producción o comercialización. Esto supone la imposibilidad de que Smart Investments Fund pueda adquirir acciones/participaciones de la sociedad que integre el grupo de sociedades. **(Artículo 63.4, letra b), párrafo segundo)**.
- Tanto Compañía de Gas S.A. como sus trabajadores no podrán compartir información sensible con la empresa comercializadora que forme parte del mismo

---

<sup>9</sup> “Personas” hace referencia a personas físicas y/o jurídicas.

grupo empresarial que pueda suponer una ventaja competitiva con respecto a otras comercializadoras externas al grupo de empresas. (**Artículo 63.4, letra b), último párrafo**).

- Compañía de Gas S.A. debe de gozar de una capacidad de gestión efectiva independiente del grupo de sociedades con respecto a la explotación, manutención o desarrollo de las instalaciones de distribución y transporte secundario. (**Artículo 63.4, letra c), párrafo primero**).

Sin embargo, el grupo de sociedades cuenta con un derecho a supervisar la gestión funcional y económica de Compañía de Gas S.A., pudiendo someter a aprobación el plan financiero anual y establecer los límites globales al nivel de endeudamiento de la misma. (**Artículo 63.4, letra c), párrafo segundo**).

Tampoco es posible que el grupo de empresas dé instrucciones a Compañía de Gas S.A. sobre la gestión cotidiana de sus instalaciones de distribución y transporte secundario ni respecto de las decisiones particulares sobre la construcción y mejora de las existentes, siempre y cuando no se sobrepase lo establecido en el plan financiero anual. (**Artículo 63.4, letra c), párrafo tercero**).

- La sociedad Compañía de Gas S.A., al ser una sociedad regulada, tiene el deber de establecer un código de conducta dentro del cual se recojan las medidas que se adoptado por la empresa para garantizar el cumplimiento de los dispuesto en el artículo 63.4 al igual que incluirá las obligaciones a las que están sometidos sus trabajadores. Este código de conducta deberá de ser remitido al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y a la CNMC.

Para comprobar que lo trabajadores cumplan con las disposiciones recogidas en el código de conducta que se establezca, será necesario la designación por parte de Compañía de Gas S.A. de una persona u órgano totalmente independiente de la sociedad que se encargue de su supervisión y evaluación. (**Artículo 63.4, letra d**)).

En el resto del articulado de la LH se recogen otras circunstancias que se tienen que dar para un funcionamiento correcto y legal del grupo de sociedades:

- La obligación de llevar cuentas separadas de Compañía de Gas S.A. y de la sociedad comercializadora y tantas otras que se integren dentro del grupo de empresas. (**Artículo 62**).
- Obligación de permitir el acceso a la red de distribución de la que es titular Compañía de Gas S.A. a terceros en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna con respecto del acceso que la sociedad comercializadora integrada en el

grupo de empresas disfruta para evitar así posibles sanciones por infracciones que afecten a la competencia. (**Artículo 76.1**).

En conclusión, si Smart Investments Fund desea invertir en la actividad de comercialización, será necesario la creación de un grupo de empresas cumpliendo con lo dispuesto en el presente apartado.

## **CONCLUSIONES**

El sector gasístico constituye un sector clave en la estructura de cualquier estado democrático, ya que, hoy en día, es imprescindible para el funcionamiento de un estado del denominado “primer mundo” debido a esta importancia, resulta ser uno de los sectores regulados existentes en la economía española, en aras de la seguridad del suministro y el fomento de la competencia dentro de él. En base a lo expuesto en el presente dictamen jurídico formulamos las siguientes conclusiones sucintas a modo de respuesta a las cuestiones realizadas por Smart Investments Fund, que, para un mayor grado de detalle en la explicación, nos remitimos a lo expuesto a lo largo de este dictamen.

PRIMERA.- La operación que pretende realizar Smart Investments Fund de adquisición del 25% de Compañía de Gas S.A. puede ser considerada como una concentración económica, lo que supone la supervisión de la CNMC de dicha operación a través de un procedimiento establecido en la Ley 15/2007.

Dicho procedimiento se iniciará con la notificación individualizada por parte de la sociedad adquirente a la CNMC y concluirá con el otorgamiento por el Consejo de la CNMC de la preceptiva autorización. En caso de ejecutar la operación, sin haber obtenido de manera previa la autorización, se impondrán sanciones tanto a la sociedad adquirente como a los representantes legales de la misma.

SEGUNDA.- Esta operación debe someterse a un control adicional recogido en la Ley 19/2003, este control consiste en la obtención de la autorización otorgada por el Consejo de Ministros. Es preceptiva la obtención de dicha autorización cuando se dan una serie de circunstancias en la inversión por razón de la tipología de la inversión (inversión extranjera directa), del campo o sector donde se realiza la inversión y por circunstancias subjetivas del comprador.

Una vez otorgada la autorización, es necesario su inscripción en el Registro de Inversiones Extranjeras en el plazo de 1 mes y la ejecución de la inversión en el plazo de 6 meses a contar desde que es otorgada.

En el presente caso no concurre ninguna circunstancia que exonere al cliente de obtener la preceptiva autorización del Consejo de Ministros para la inversión. Por lo que, en el caso de que se ejecute la inversión sin haber obtenido la autorización o habiéndola obtenido, se ejecute de manera diferente a la autorizada, tendrá lugar una serie de consecuencias que consisten en la carencia de efectos y validez jurídica de la inversión, constituye una infracción calificada como muy grave que

conllevará la imposición de una sanción conforme a dicha calificación y se suspenderá la inversión.

TERCERA.- De acuerdo con la ley de hidrocarburos, las sociedades que desarrollen actividades de distribución les será requerido la obtención de una serie de autorizaciones, entre ellas las asociadas con las instalaciones de distribución.

Las autorizaciones relacionadas con las instalaciones de distribución vienen recogidas en el RD 1434/2002, y comprenden, autorización administrativa, aprobación del proyecto de detalle de las instalaciones o ejecución de las mismas, autorización de explotación (acta de puesta en servicio), declaración de utilidad pública, declaración de impacto ambiental, en el caso de que se pretendan adquirir unas instalaciones que tienen otro titular, será necesario la autorización de transmisión de instalaciones y autorización de cierre.

Tras la entrada de Smart Investments Fund en el capital de Compañía de Gas S.A., no sería necesario la modificación de los permisos con los que ya cuenta la target al no suponer dicha operación un cambio de titularidad ni supone una modificación sustancial de las características en las que fueron otorgadas las autorizaciones.

CUARTA.- Desde el año 2019, la CNMC viene exigiendo a las empresas que desarrollan actividades reguladas la conservación de una cierta prudencia financiera, para ello, estableció 5 ratios financieros que miden la solvencia económica y financiera de estas empresas. En base a estas ratios, la CNMC otorga a cada una de las empresas que actúan en sectores regulados un índice global de ratios que evalúa de manera global su estabilidad.

El índice global de ratios adecuado según la CNMC en el último año ha sido de 0,90. En el caso de Compañía de Gas S.A. el índice global de ratios que le ha otorgado la CNMC es de 0,40. Al estar por debajo del IGR indicado por la CNMC conlleva la imposición de una penalización que le es aplicada a la retribución que reciben anualmente las empresas que realizan actividades reguladas por parte del Estado.

Además, de la penalización, el tener un IGR bajo puede suponer otras consecuencias como que Compañía de Gas S.A. sea percibida por los inversores como una operación de mayor riesgo, al igual que para acceder a la financiación bancaria, las condiciones de la misma sean más gravosas para la sociedad.

Todo ello puede derivar en una afectación a la estabilidad de la target, lo que puede suponer una menor inversión en mantenimiento de las instalaciones de distribución conllevando así, un mayor riesgo para la continuidad en la prestación del servicio, sin perjuicio de que todo ello derive en un aumento de los precios a pagar por el consumidor final.

QUINTA.- Contra la sanción impuesta por la CNMC a Compañía de Gas S.A. cabe interponer exclusivamente recurso contencioso-administrativo, ante la Sala

de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dentro del plazo de dos meses a contar desde la notificación de la resolución del procedimiento sancionador.

Con el procedimiento iniciado o a la misma vez que se interpone el escrito de interposición se podría solicitar la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la sanción impuesta por la CNMC en base al riesgo existente de pérdida de eficacia de una futura sentencia, la apariencia de buen derecho de la pretensión del recurso, la buena fe de la empresa en su actuación sancionada y su continuidad en el tiempo, lo que ha llevado a la consolidación de la misma y una ponderación de intereses en la que pesa más la posible afección al interés general por la ejecución de la sanción que por las consecuencias que pueda tener su ejecución.

Será necesario durante la tramitación del procedimiento la representación de Compañía de Gas S.A. ante los tribunales por procurador y su defensa por letrado apoyado por todo un equipo de profesionales expertos en materia de sectores regulados y competencia, la horquilla dentro de la que rondarán estos servicios de acuerdo con los precios de mercado actualmente estará entre 22.000 y 27.000 euros.

SEXTA.- En el mercado gasista español, al igual que en el resto de Estados miembros de la UE, existe separación entre las actividades reguladas y las actividades liberalizadas, como también existe separación entre distintas actividades encuadradas dentro de esos grupos. Con estas restricciones se pretende garantizar la competencia dentro del mercado gasista y garantizar el suministro de un recurso esencial como lo es el gas.

Esta separación de actividades se puede concretar en tres tipos diferentes de separación contable, jurídica o legal y funcional. Pero no solo se establece restricciones en la ejecución de actividades de manera conjunta por la misma sociedad, sino que también, se establecen restricciones para la toma de participaciones entre sociedades que desarrollen actividades incompatibles.

Sin embargo, existe un modo de que el cliente pueda invertir en la actividad de comercialización de gas participando en el capital de Compañía de Gas S.A. y es a través de la creación de un grupo de empresas dentro del cual se integre Compañía de Gas S.A. como distribuidora y se instituya otra sociedad como comercializadora. Para ello, se tiene que cumplir con lo dispuesto en la legislación vigente en relación con la separación funcional para garantizar una efectiva separación entre ambas actividades.

Este es nuestro dictamen que sometemos a cualquier otro igual o mejor fundado en Derecho.

En Madrid, a 18 de diciembre de 2024.

Fdo: Pedro Serrano Martín.

## NORMATIVA APLICABLE

- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.
- Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.
- Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural.
- Real Decreto 984/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el mercado organizado de gas y el acceso de terceros a las instalaciones del sistema de gas natural.
- Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios
- Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública
- Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.
- Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores.
- Orden ECM/57/2024, de 29 de enero, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores.
- Resolución de 21 de diciembre de 2023, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece el valor del índice global de ratios de 2024 y la penalización relativa a la prudencia financiera de las empresas que realizan las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica y las actividades de transporte, regasificación, almacenamiento subterráneo y distribución de gas natural.
- Comunicación 1/2019, de 23 de octubre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de definición de ratios para valorar el nivel de endeudamiento y la capacidad económico-financiera de las empresas que realizan actividades reguladas, y de rangos de valores recomendables de los mismos.
- Circular 4/2020, de 31 de marzo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de retribución de la distribución de gas natural.



## **BIBLIOGRAFÍA**

Ariño Ortiz, Gaspar y Del Guayo Castiella, Iñigo “La Nueva Regulación de las Instalaciones en la Ley de Hidrocarburos y en la Directiva Europea del Gas” en “Privatización y Liberalización de Servicios”. Universidad Autónoma de Madrid y B.O.E, Madrid, 1999, págs 209-230.

Casares Marco, Anabelén “Eficacia de las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo.” <https://www.aepda.es/VerArchivo.aspx?ID=2452>

Critical Raw Materials Act (EU) [https://single-market-economy.ec.europa.eu/sectors/raw-materials/areas-specific-interest/critical-raw-materials/critical-raw-materials-act\\_en](https://single-market-economy.ec.europa.eu/sectors/raw-materials/areas-specific-interest/critical-raw-materials/critical-raw-materials-act_en)

Del Guayo Castiella, Iñigo “El régimen jurídico de la separación de actividades en el sector del gas natural”. Revista CEF Legal, números 79-80.

González Alonso, Augusto “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa: un análisis jurisprudencial recopilatorio.” Revista CEF Legal, núm. 147 (abril 2013) (págs. 123-140).

Manual de la Energía, de Energía y Sociedad, <https://www.energiaysociedad.es/pdf/documentos/manuales-energia/manual-de-gas.pdf>

Manual de Procedimiento para la Autorización de Proyectos de Interés Común de Energía en España, junio, 2018. <https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/energia/files-1/es-ES/Documents/manual-procedimiento-autorizacion-PCIs.pdf>

Miguel Barredo y Octavio Canseco “El nuevo régimen de inversiones extranjeras como consecuencia de la crisis sanitaria del Covid-19: aspectos prácticos tras los primeros meses de aplicación y la primera reforma”. Diario La Ley, N° 9760, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2020, Wolters Kluwer. [https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA\\_MtMSbF1CTEAAmNDSwtjU7WY1KLizPw8WyMDIwNDI0NTtbz8INQQF2fb0ryU1LTMvNQkJLMtEqX\\_OSQyoJU27TEEnOJUtdSk\\_PxsFJpYsYAAPc6dSxjAAAAWKE](https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA_MtMSbF1CTEAAmNDSwtjU7WY1KLizPw8WyMDIwNDI0NTtbz8INQQF2fb0ryU1LTMvNQkJLMtEqX_OSQyoJU27TEEnOJUtdSk_PxsFJpYsYAAPc6dSxjAAAAWKE)

Zegarra Valdivia, Diego, “Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del *service public* en el sistema jurídico”, revista de “Circulo de Derecho Administrativo”

Página Web del Ministerio para la Transición Ecológica y para el Reto Demográfico.  
<https://www.miteco.gob.es/es/energia/hidrocarburos-nuevos-combustibles/gas.html>