



FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía y la Procura
Especialidad: Derecho de las políticas públicas

Autor: Lourdes Araúz de Robles Claver

Tutor: Luis Seijo Resino

Madrid

Diciembre 2024

Índice

I. ANTECEDENTES	4
II. SUPERVISIÓN PÚBLICA EN LA TOMA DE PARTICIPACIONES EN EMPRESAS ENERGÉTICAS	4
A. Cuestión jurídica planteada	4
B. Consideraciones preliminares	4
C. La toma de participaciones en empresas energéticas	5
D. Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia	9
E. Conclusiones	10
III. CONTROL DE INVERSIONES EXTRANJERAS.....	11
A. Cuestión jurídica planteada	11
B. Inversiones extranjeras: Elementos determinantes y tipo de control público aplicable.....	11
C. Control público: competencia, procedimiento y plazos	14
D. Exenciones	15
E. Incumplimiento	16
IV. RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LAS INSTALACIONES DE DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL	17
A. Cuestión jurídica planteada	17
B. Consideraciones preliminares.....	18
C. Autorizaciones legales y reglamentarias	19
D. Declaración de utilidad pública.....	22
E. Registro Administrativo de Distribuidores.....	23
F. Modificación de los permisos existentes	24
G. Transmisión y cierre de instalaciones de distribución de gas natural	24
V. PRINCIPIO DE PRUDENCIA FINANCIERA	24
A. Cuestión jurídica planteada	24

B. Prudencia financiera	24
VI. RESOLUCIÓN SANCIONADORA	27
A. Cuestión jurídica planteada	27
B. Impugnabilidad de la resolución de la CNMC.....	27
C. Suspensión cautelar.....	29
1. <i>Periculum in mora</i>	31
2. La ponderación de los intereses en conflicto	33
3. Apariencia de buen derecho o <i>fumus boni iuri</i>	34
VII. PLAN DE EXPANSIÓN A OTRAS ACTIVIDADES DEL SECTOR GASISTA	36
A. Cuestión jurídica planteada	36
B. Separación de actividades	36
VIII -BIBLIOGRAFÍA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.....	40

INFORME SOBRE LA TOMA DE PARTICIPACIONES DE SMART INVESTMENTS FUND EN EL 25% DEL CAPITAL SOCIAL DE LA EMPRESA DISTRIBUIDORA COMPAÑÍA DEL GAS, S.A.

I. -Antecedentes

Smart Investments Fund es un fondo soberano de Nueva Zelanda que se está planteando adquirir, por un importe de 150 millones de euros, el 25% del capital social de la empresa española Compañía del Gas, S.A.

Compañía del Gas, S.A. es una de las principales distribuidoras de gas en nuestro país, cuya actividad principal es la construcción, la operación y el mantenimiento de instalaciones de distribución de gas natural en varias Comunidades Autónomas.

Durante las negociaciones mantenidas entre las partes, Compañía del Gas, S.A. ha entregado a Smart Investments Fund un Informe en el que se analizan las principales cuestiones jurídicas que afectan a la sociedad y que pueden ser de interés para el inversor.

Así pues, partiendo del Informe entregado por Compañía del Gas, S.A., Smart Investments Fund desea conocer nuestra opinión en Derecho acerca de los extremos siguientes: (i) supervisión pública en la toma de participaciones en empresas energéticas, (ii) control de inversiones extranjeras, (iii) régimen autorizatorio de las instalaciones de distribución de gas natural, (iv) principio de prudencia financiera, (v) impugnación de una resolución sancionadora, y (vi) plan de expansión a otras actividades del sector gasista. Se procede a continuación al análisis separado y sucesivo de estas cuestiones.

II. -Supervisión pública en la toma de participaciones en empresas energéticas

A. Cuestión jurídica planteada

La primera cuestión jurídica planteada por Smart Investments Fund consiste en determinar si la inversión estaría sujeta a la supervisión de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. En caso afirmativo, al fondo neozelandés le interesa conocer en qué consistiría dicha supervisión y cuáles serían las posibles consecuencias derivadas de la misma.

B. Consideraciones preliminares

Con carácter general, antes de analizar la normativa española que regula la toma de participaciones en empresas energéticas, es conveniente examinar, desde un punto de vista jurídico, el tipo de actividad que desarrolla la empresa Compañía del Gas, S.A.

Pues bien, en el ámbito del sector gasista, la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (“LSH”) distingue entre actividades reguladas y actividades en régimen de libre competencia.

Por un lado, las actividades reguladas son aquéllas sobre las que *“la Administración ejerce un control continuo mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionadas a misiones de interés general objetivamente determinadas, según la*

valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la Administración¹. En este sentido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 60.1 de la LSH, dentro del sector gasista tienen carácter de actividades reguladas la regasificación, el almacenamiento básico, el transporte y la distribución de gas natural.

Por otro lado, las actividades en régimen libre competencia son aquellas que no están sujetas a una intervención administrativa. A este respecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 60.2 de la LSH, la única actividad que se desarrolla en régimen de libre competencia en el sector gasista es la actividad de comercialización de gas.

Así las cosas, Compañía del Gas, S.A., es una entidad mercantil cuya actividad principal consiste en la realización de una actividad regulada: la **distribución** de gas natural.

C. La toma de participaciones en empresas energéticas

En el Derecho Español, el régimen de la toma de participaciones en empresas energéticas se contempla en la Disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("**Ley 3/2013**"), la cual establece lo siguiente:

"1. El Ministerio de Industria, Energía y Turismo conocerá de las siguientes operaciones:

a) Toma de participaciones en sociedades o por parte de sociedades que desarrollen actividades que tengan la consideración de reguladas, consistan en la operación del mercado de energía eléctrica o se trate de actividades en territorios insulares o extra peninsulares conforme a lo dispuesto en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

b) Toma de participaciones en sociedades o por parte de sociedades que desarrollen actividades que tengan la consideración de reguladas, consistan en la gestión técnica del sistema gasista conforme a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, o desarrollen actividades en el sector de hidrocarburos tales como refino de petróleo, transporte por oleoductos y almacenamiento de productos petrolíferos.

c) Toma de participaciones en sociedades o por parte de sociedades que sean titulares de los activos precisos para desarrollar las actividades recogidas en las letras a) y b), o bien de activos del sector de la energía de carácter estratégico incluidos en el Catálogo Nacional de infraestructuras críticas de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, y su normativa de desarrollo.

En todo caso, se considerarán activos estratégicos las centrales térmicas nucleares y las centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional, así como las refinerías de petróleo, los oleoductos y los almacenamientos de productos petrolíferos.

¹ Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ, "Lección 25: La Actividad de Regulación", en la obra colectiva "*Manual de Derecho administrativo*" dirigida por Francisco VELASCO CABALLERO y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, 1ª ed., página 627.

d) Adquisición de los activos mencionados en la letra c) anterior.

2. Las sociedades que realicen actividades incluidas en las letras a) y b) del apartado 1 anterior, deberán comunicar a la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico las adquisiciones realizadas directamente o mediante sociedades que controlen conforme a los criterios establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, de participaciones en otras sociedades mercantiles o de activos de cualquier naturaleza que atendiendo a su valor o a otras circunstancias tengan un impacto relevante o influencia significativa en el desarrollo de las actividades de la sociedad que comunica la operación.

En las mismas circunstancias señaladas en el párrafo anterior, se deberán comunicar igualmente las adquisiciones que realicen las sociedades matrices de los grupos de sociedades designadas como gestor de la red de transporte de electricidad y gas natural, así como cualesquiera otras sociedades que formen parte de dichos grupos.

3. Igualmente deberá comunicarse a la Secretaría de Estado de Energía la adquisición de participaciones en un porcentaje de su capital social que conceda una influencia significativa en su gestión, en las sociedades que, directamente o mediante sociedades que controlen conforme a los criterios establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, realicen actividades incluidas en el apartado 1 o sean titulares de los activos señalados. De la misma forma, deberá comunicarse la adquisición directa de los activos mencionados en la letra d) del apartado 1.

Además, para la determinación del porcentaje de participación que precisa de comunicación se tomarán en consideración los acuerdos que la sociedad adquirente pueda tener con otros adquirentes o socios para el ejercicio conjunto o coordinado de derechos de voto en la sociedad afectada.

4. Cuando la adquisición señalada en el apartado 3 se realice por entidades de Estados que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo se estará a lo dispuesto en el apartado 7 de esta Disposición.

5. Asimismo, serán objeto de comunicación por el adquirente aquellas modificaciones que aisladamente o en su conjunto consideradas puedan suponer un cambio significativo en su participación.

6. Las comunicaciones a las que se refieren los apartados anteriores deberán efectuarse dentro de los 15 días siguientes a la realización de la correspondiente operación, pudiendo indicarse de forma justificada, qué parte de los datos o información aportada se considera de trascendencia comercial o industrial a los efectos de que sea declarada su confidencialidad.

7. Si el Ministro de Industria, Energía y Turismo considerase que existe una amenaza real y suficientemente grave para la garantía de suministro de electricidad, gas e hidrocarburos en el ámbito de las actividades del adquirente, podrá establecer condiciones relativas al ejercicio de la actividad de las sociedades sujetas a las operaciones comunicadas de acuerdo a los apartados 2 y 4 de esta Disposición, así

como las obligaciones específicas que se puedan imponer al adquirente para garantizar su cumplimiento.

Estos riesgos se referirán a los siguientes aspectos:

a) La **seguridad y calidad del suministro** entendidas como la disponibilidad física ininterrumpida de los productos o servicios en el mercado a precios razonables en el corto o largo plazo para todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica.

b) La **seguridad frente al riesgo de una inversión o de un mantenimiento insuficientes en infraestructuras que no permitan asegurar, de forma continuada, un conjunto mínimo de servicios exigibles para la garantía de suministro**. A estos efectos, se tendrá en cuenta el nivel de endeudamiento para garantizar las inversiones, así como el cumplimiento de los compromisos adquiridos al respecto.

c) El incumplimiento de los requisitos de capacidad legal, técnica, económica y financiera del adquirente o de la empresa adquirida, de acuerdo a lo dispuesto en la normativa específica de aplicación y, en particular, en la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear, en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, y en sus normas de desarrollo.

A estos efectos, se tomarán en consideración las participaciones que el adquirente tenga o pretenda adquirir en otras sociedades o activos objeto de la presente Disposición.

Las condiciones que se impongan respetarán en todo caso el principio de proporcionalidad y de protección del interés general.

Corresponde al Ministerio de Industria, Energía y Turismo supervisar el cumplimiento de las condiciones que sean impuestas, debiendo las empresas afectadas atender los requerimientos de información que pudieran dictarse a estos efectos.

La resolución deberá adoptarse de forma motivada y notificarse en el plazo máximo de 30 días desde la comunicación, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Este informe no tendrá carácter vinculante y habrá de ser evacuado en el plazo de 10 días.

8. Cuando la adquisición de participaciones afecte a los gestores de red de transporte de electricidad o de gas, incluyendo los gestores de red independientes, se estará a lo dispuesto en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos”.

En el presente Informe, la operación a analizar consiste en la adquisición, por parte de Smart Investments Fund, de una participación del 25% del capital social de la distribuidora de gas española Compañía del Gas, S.A.

Como se ha explicado anteriormente, la empresa Compañía del Gas, S.A. desarrolla una actividad regulada conforme a lo dispuesto en la LSH, esto es, la distribución de gas natural. Por tanto, la toma de participaciones que pretende llevar a cabo Smart Investments Fund estaría comprendida en el apartado 1. b) de la Disposición adicional novena de la Ley 3/2013 y, como tal, debería ser comunicada al Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Concretamente, tal y como señala el apartado 6 de la citada Disposición adicional, la comunicación de la toma de participaciones debería efectuarse en los quince días posteriores a su realización.

Asimismo, la operación objeto del presente Informe también podría enmarcarse en el apartado 3 de la Disposición adicional novena de la Ley 3/2013, siempre y cuando la toma de participaciones en cuestión conceda a Smart Investments Fund una “*influencia significativa*” sobre la empresa Compañía del Gas, S.A. En este sentido, para determinar cuándo una operación de este tipo concede al inversor una influencia significativa, debe acudirse al artículo único del Real Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de Energía, el cual establece que:

Artículo único. Funciones de la Comisión Nacional de Energía.

Se da nueva redacción a la Disposición Adicional Undécima, Tercero. 1. Decimocuarta de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, que queda redactada como sigue

*«Decimocuarta.-1. Autorizar la adquisición de participaciones realizada por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas o actividades que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial, tales como centrales térmicas nucleares, centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional, o que se desarrollen en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, así como las actividades de almacenamiento de gas natural o de transporte de gas natural por medio de gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español. **La autorización será igualmente requerida cuando se pretenda la adquisición de participaciones en un porcentaje superior a un 10% del capital social o cualquier otro que conceda influencia significativa**, realizada por cualquier sujeto en una sociedad que, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades, desarrolle alguna de las actividades mencionadas en el párrafo anterior de este apartado 1. La misma autorización se requerirá cuando se adquieran directamente los activos precisos para desarrollar las citadas actividades (...)*”

Por tanto, dado que Smart Investments Fund pretende adquirir participaciones en un porcentaje superior al 10% del capital social de la empresa Compañía del Gas, S.A, dicha inversión le concedería una influencia significativa sobre una sociedad española que realiza una actividad regulada, lo que obligaría a su comunicación a la Secretaría de Estado de Energía en el plazo de quince días desde su realización.

Finalmente, la inversión que planea realizar Smart Investments Fund también podría encuadrarse en el apartado 4 de la Disposición adicional novena de la Ley 3/2013. Esto se debe a que se trata de una adquisición de las señaladas en el apartado 3 de la citada Disposición adicional, realizada por una entidad procedente de un Estado no perteneciente a la Unión Europea, esto es, Nueva Zelanda.

Así pues, tal y como prevé la Disposición adicional novena, al cumplir la inversión los requisitos establecidos en el apartado 4, también sería de aplicación a la misma lo dispuesto

en el apartado 7. En consecuencia, el Ministro de Industria, Energía y Turismo podría imponer determinadas condiciones a la operación de toma de participaciones, siempre que considerase que existe una amenaza real y suficientemente grave para la garantía del suministro de gas en España. Igualmente, correspondería al Ministerio de Industria, Energía y Turismo supervisar el cumplimiento de las condiciones impuestas.

D. Competencia real de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

En la actualidad, el organismo público competente para conocer de las operaciones de toma de participaciones en el sector energético en los términos establecidos en la Disposición adicional novena de la Ley 3/2013 es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y no el Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Así lo establecen, de un lado, la Disposición transitoria cuarta de la misma:

*“En relación con las funciones que, conforme a lo establecido en esta Ley, deban traspasarse a los ministerios, **la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, una vez haya entrado en funcionamiento, las desempeñará hasta el momento en el que los departamentos ministeriales dispongan de los medios necesarios para ejercerlas de forma efectiva**”.*

Y, de otro lado, el apartado primero de la Disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico:

*“**La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia será competente para conocer de las operaciones de toma de participaciones en el sector energético de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, hasta que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo disponga de los medios necesarios para ejercer la competencia de forma efectiva de conformidad con lo previsto en las disposiciones transitorias tercera y cuarta de la referida ley.***

Mediante Orden del titular del Ministerio de Presidencia, a propuesta conjunta de los titulares de los Ministerios de Industria, Energía y Turismo, de Economía y Competitividad y de Hacienda y Administraciones Públicas se determinará la fecha a partir de la cual el Ministerio de Industria, Energía y Turismo asumirá el ejercicio de esta competencia, así como de las demás que le atribuye la Ley 3/2013, de 4 de junio.

Hasta esa fecha las comunicaciones que con tal objeto deban realizarse se dirigirán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la que le corresponderá resolver sobre dichas operaciones de toma de participaciones en los términos establecidos en la citada disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y en la restante normativa de aplicación”.

Concretamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1 de la Ley 3/2013 así como en los artículos 8, 14.1 b), 14.2 j) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la competencia recaerá sobre su Sala de Supervisión Regulatoria, previo informe preceptivo de la Sala de Competencia.

Esto significa que Smart Investments Fund deberá dirigir la comunicación de la toma de participaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Se reitera que, según lo dispuesto en el apartado 6 de la Disposición adicional novena, dicha comunicación deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a la realización de la operación.

Igualmente, significa que corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia imponer a las sociedades involucradas en la toma de participaciones las condiciones y obligaciones específicas que estime necesarias respecto al ejercicio de su actividad; siempre y cuando considere que la operación puede afectar al suministro de gas natural en nuestro país. En relación con estas condiciones y obligaciones, nos gustaría señalar lo siguiente: hemos analizado varias resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en las que se estudian operaciones de toma de participaciones en el sector energético. En la práctica totalidad de los casos, la Comisión decidió no imponer condiciones ni obligaciones específicas a las operaciones, a pesar de que, en algunos de ellos, se adquirieron participaciones significativas de hasta el 42,09%, e incluso el 60% del capital social de la otra empresa². Tan solo hemos encontrado una Resolución³ en la que dicho organismo regulador impuso una obligación específica a la sociedad adquirente de las participaciones (EXOLUM CORPORATION); la obligación de aportar *“al menos con periodicidad anual, una previsión a 5 años de evolución anual de las magnitudes que intervienen en el cálculo de los ratios de la Comunicación 1/2019, de 23 de octubre”*.

E. Conclusiones

En base a todo lo expuesto hasta el momento, se puede afirmar que:

1. La operación de toma de participaciones estaría sujeta, por Ley, a una comunicación *ex post* dirigida a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
2. Recibida esta comunicación, la Comisión supervisará el contenido de la inversión (especialmente, el económico-financiero) con el objetivo de garantizar que no se ponga en peligro la estabilidad y seguridad del suministro energético en España.
3. En vista de la situación, y teniendo en cuenta que Smart Investments Fund es un fondo económica y financieramente solvente que busca adquirir una participación del 25%, consideramos que, o bien no se impondrá ninguna condición a la inversión por parte de la Comisión, o bien se tratará de una mera y sencilla obligación de información.

² Resolución sobre la toma de participaciones de CEPSA HOLDING en MEDGAZ (Expte.: TPE/DE/013/19), Resolución sobre la operación de toma de participaciones de ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U. en BAHÍA DE BIZKAIA GAS, S.L. (BBG) y en INICIATIVAS DE GAS, S.L. (IdG), representativas del 10% y 60% del capital social, respectivamente (Expte.: TPE/DE/023/15) o Resolución sobre la toma de participaciones de ENDESA GENERACIÓN, S.A.U. en el 60% del capital social de ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L (Expte.: TPE/DE/025/16).

³ Resolución de 18 de abril de 2024, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la toma de participaciones de EXOLUM CORPORATION en VOPAK MODA HOUSTON HOLDCO (TPE/DE/003/24).

III. -Control de inversiones extranjeras:

A. Cuestión jurídica planteada

La segunda cuestión jurídica planteada por Smart Investments Fund consiste en determinar si la inversión, al tratarse de una inversión extranjera, estaría sujeta a algún tipo de control público adicional. En caso afirmativo, el fondo desea conocer (i) el tipo de control público aplicable, (ii) sus elementos determinantes, (iii) las posibles exenciones aplicables y (iv) las consecuencias de no someterse al procedimiento de control correspondiente.

B. Inversiones extranjeras: Elementos determinantes y tipo de control público aplicable

En el ordenamiento jurídico-positivo español aplicable a la materia, el control de las inversiones extranjeras se regula, tanto en 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 ("**Ley 19/2003**"), como en el Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores ("**RD 571/2023**").

Con carácter general, el artículo 7 bis de la Ley 19/2003 establece la exigencia de **autorización previa** para aquellas inversiones extranjeras que reúnan los siguientes tres requisitos (acumulativos):

1. Origen del Inversor:

La inversión ha de ser realizada por

- a) Un inversor residente en un Estado no miembro de la Unión Europea o de la Asociación Europea de Libre Comercio (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza).
- b) Un inversor residente en un Estado miembro de la Unión Europea o de la Asociación Europea de Libre Comercio, pero cuyo titular real reside en un Estado no miembro. A efectos de esta Ley, se considera "*titular real*" a quien posea o controle en último término, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto del inversor, o ejerza su control directo o indirecto por otros medios.

2. Umbral mínimo de la inversión:

Como consecuencia de la inversión, el inversor extranjero pasará a ostentar

- a) Una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de una sociedad española;
- b) O, el control de la totalidad o de una parte de ella, por aplicación de los criterios establecidos en el artículo 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

3. La sensibilidad de la operación para el orden, la seguridad o la salud públicas:

La inversión se considera sensible si puede encuadrarse en alguno (o ambos) de los siguientes escenarios:

- a) El sector de la operación está entre los listados en el artículo 7.2 bis de la Ley 19/2003 (desarrollado por el artículo 15 del RD 571/2023). Tales sectores son los siguientes:

- **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.
- Se entenderá por “*infraestructuras críticas*” las que figuran como tales en el Catálogo Nacional de Infraestructuras Estratégicas.

- **Tecnologías:**

- Críticas y doble uso: las que constan en artículo 2.1 del Reglamento (UE) 2021/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2021, por el que se establece un régimen de la Unión de control de las exportaciones, el corretaje, la asistencia técnica, el tránsito y la transferencia de productos de doble uso, incluidas las telecomunicaciones, la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespaciales, de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, así como las nanotecnologías y biotecnologías.
- Clave para el liderazgo y la capacitación industrial: las recogidas en la Decisión (UE) 2021/764 del Consejo, de 10 de mayo de 2021, que establece el Programa Específico por el que se ejecuta el Programa Marco de Investigación e Innovación Horizonte Europa y por la que se deroga la Decisión 2013/743/UE; entre las que se incluyen materiales avanzados y nanotecnología, fotónica, microelectrónica y nanoelectrónica, tecnologías de las ciencias de la vida, sistemas avanzados de fabricación y transformación, inteligencia artificial, seguridad digital y conectividad.
- Desarrolladas al amparo de proyectos y programas de particular interés para España: las que tuvieran un porcentaje sustancial de financiación con cargo al presupuesto de la Unión Europea o de España.

- **Suministro de insumos fundamentales:**

- Entendiéndose por tales aquéllos que resulten indispensables y no sustituibles para la prestación de los servicios esenciales relativos al mantenimiento de las funciones sociales básicas, la salud, la seguridad, el bienestar social y económico de los ciudadanos, o el eficaz funcionamiento de las instituciones del Estado y las administraciones públicas.
- **Tienen la consideración de fundamentales el sector energético**, el sector de aguas, el sector de las telecomunicaciones, el sector financiero y asegurador, el sector sanitario, el sector del transporte y el ámbito de la seguridad alimentaria.

- **El sector energético comprende** las plantas de generación, plantas de regasificación, **redes de transporte y distribución**, almacenamiento y la operación de instalaciones o sistemas para el suministro de electricidad, hidrocarburos, biocarburantes y gases renovables.
 - **Sectores con acceso a información sensible:**
- En particular, empresas que tengan acceso a datos sobre infraestructuras estratégica, bases de datos relacionadas con la prestación de servicios esenciales o bases de datos oficiales que no sean de acceso público.
 - **Medios de comunicación:**
- Sin perjuicio de que los servicios de comunicación audiovisual se regirán por lo dispuesto en la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de la Comunicación Audiovisual.
- b) El inversor reúne alguna de las características recogidas en el artículo 7.3 bis de la Ley 19/2003 (desarrollado en el artículo 16 del RD 571/2023). Tales características son las siguientes:
 - **El inversor extranjero está controlado directa o indirectamente por el Gobierno de un tercer Estado.**
 - El inversor extranjero ha realizado inversiones o participado en actividades en los sectores que afecten a la seguridad, al orden público y a la salud pública en otro Estado miembro.
 - Existe un riesgo grave de que el inversor extranjero ejerza actividades delictivas o ilegales (A tal efecto, se tendrán en cuenta las sanciones administrativas o judiciales firmes impuestas al inversor en los últimos tres años en ámbitos como el blanqueo de capitales, el medioambiental, el tributario o la protección de la información sensible).

Pues bien, en el presente caso se cumplen todos los requisitos previstos en el artículo 7 bis de la Ley 19/2003, ya que:

1. Origen del inversor: Smart Investments Fund (el inversor) no pertenece a ningún Estado miembro de la Unión Europea ni de la Asociación Europea de Libre Comercio. Su residencia se encuentra en Nueva Zelanda (Oceanía).
2. Umbral mínimo de la inversión: El inversor busca alcanzar una participación igual o superior al 10% del capital social de una sociedad española. Concretamente, Smart Investments Fund pretende adquirir el 25% del capital social de la distribuidora de gas española Compañía del Gas, S.A.
3. Sensibilidad de la operación:

A) Sector sensible: El objeto de la inversión afecta a uno de los sectores sensibles listados en los artículos 7.2 bis de la Ley 19/2003 y 15 del RD 571/2023. Concretamente, la inversión afecta al suministro de un insumo fundamental, la energía, y, dentro del sector energético, a la red de distribución de hidrocarburos (gas natural).

B) Inversor sensible: El inversor cumple una de las características previstas en los artículos 7.3 bis de la Ley 19/2003 y 16 del RD 571/2023 ya que, al ser Smart Investments Fund un **fondo soberano**, está controlado directa o indirectamente por el Gobierno de su Estado.

Por tanto, la inversión que pretende llevar a cabo Smart Investments Fund estaría claramente sujeta a control público, el cual consistiría, como se ha expuesto anteriormente, en una autorización previa para su realización.

C. Control público: competencia, procedimiento y plazos

Por lo que respecta a la competencia, el artículo 14.8 del RD 571/2023 establece que:

“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”.

Así pues, dado que Smart Investments Fund pretende llevar a cabo una inversión de 150 millones de euros en la empresa española Compañía del Gas, S.A., la autorización previa será otorgada por el Consejo de Ministros.

Por su parte, desde el punto de vista del procedimiento, éste se divide en la consulta voluntaria y en el procedimiento de autorización propiamente dicho.

1) Consulta voluntaria

Tal y como establece el artículo 9 del RD 571/2023, Smart Investments Fund podrá realizar una consulta ante la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (actual Ministerio de Industria y Turismo) sobre el sometimiento de su proyecto de inversión a un procedimiento de autorización previa.

La citada Dirección General dispondrá de un plazo de treinta días hábiles para responder, previo informe favorable de la Junta de Inversiones Exteriores. La resolución a la consulta tendrá carácter vinculante para todos los órganos y entidades de la Administración consultada.

2) Procedimiento de autorización

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 del RD 571/2023, la solicitud de autorización de Smart Investments Fund deberá dirigirse a la persona titular de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones de la Secretaría de Estado de Comercio. En caso de que la citada Dirección General considere que la información contenida en la solicitud de autorización es insuficiente, podrá requerir a Smart Investments Fund para que aporte

información adicional, con indicación de que, si no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su solicitud.

A continuación, se emitirá un informe por parte de la Junta de Inversiones Exteriores y, una vez emitido dicho informe, resolverá sobre la autorización el Consejo de Ministros.

El plazo máximo para resolver la solicitud y notificar a Smart Investments Fund la decisión será de tres meses. Si el Consejo de Ministros no se pronuncia en ese plazo, se entenderá desestimada la solicitud por silencio administrativo.

Por otro lado, conviene destacar que el artículo 6 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, prevé un mecanismo de cooperación en relación con las inversiones extranjeras directas objeto de control.

En este sentido, el Estado miembro comunicará a la Comisión y a los demás Estados miembros toda inversión extranjera directa en su territorio que esté siendo sometida a control. Cuando la Comisión considere que la inversión extranjera directa puede afectar a la seguridad o al orden público de más de un Estado miembro, podrá emitir un dictamen al Estado miembro que esté efectuando el control correspondiente. Igualmente, los demás Estados miembros podrán formular a dicho Estado las observaciones que estimen pertinentes. Tanto la Comisión como cada uno de los Estados miembros dispondrán de un plazo de quince días naturales para comunicar su intención de emitir un dictamen o de formular observaciones y de treinta y cinco días naturales para efectivamente emitirlos.

D. Exenciones

En cuanto a las exenciones, el artículo 17.1 del RD 571/2023 dispone que:

*“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.

A los efectos del cálculo de la cuota de mercado por tecnología, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1.º La cuota de potencia instalada se obtiene como el cociente entre la potencia instalada en manos del inversor y la potencia instalada total del parque de generación de energía eléctrica nacional, calculado por tecnología de producción.

2.º A los efectos del cálculo de la potencia instalada en manos del inversor, se computarán todos los activos de producción que ya sean titularidad del inversor, directa o indirectamente, en el momento de la solicitud de autorización de la inversión extranjera, además de los activos susceptibles de adquisición.

3.º Los activos de producción de energía eléctrica deberán ponderarse en virtud del grado de madurez y ejecución de los proyectos de inversión asociados, teniendo en cuenta su estado de tramitación administrativa.

4.º Asimismo, el cálculo de la cuota de potencia instalada se realizará teniendo en cuenta los horizontes temporales y objetivos de integración de renovables previstos en el instrumento de planificación energética que se encuentre en vigor en el momento de la solicitud de autorización de la inversión extranjera.

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”.

Teniendo en cuenta que, como se ha explicado anteriormente, Smart Investments Fund (el inversor) está controlado directa o indirectamente por el Gobierno de su Estado (característica prevista en el apartado 3.a) del artículo 7 bis de la Ley 19/2003) y que el objeto social de Compañía del Gas, S.A. (la sociedad adquirida) consiste en el ejercicio de una actividad regulada, la distribución de gas natural, no resultaría aplicable a la presente inversión la exención prevista en el artículo 17.1 del RD 571/2023. Dicho de otra manera, Smart Investments Fund deberá, en todo caso, recabar autorización previa para poder llevar a cabo la toma de participaciones que pretende, no pudiendo beneficiarse de la exención prevista en el artículo 17.1 del RD 571/2023 al no cumplir dos de las condiciones previstas en el mismo.

E. Incumplimiento

Por un lado, el artículo 11.1 a) RD 571/2023 establece que:

“Necesidad de autorización previa: los actos, negocios, transacciones y operaciones cuya autorización es preceptiva en virtud de lo dispuesto en este capítulo podrán realizarse

sólo mediante la previa obtención de la correspondiente autorización administrativa expresa y en las condiciones que ésta establezca. En particular:

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”.

Por tanto, la primera consecuencia de realizar una inversión en la empresa Compañía del Gas, S.A., prescindiendo del correspondiente procedimiento de control público, sería la invalidez y la falta de efectos jurídicos de la misma.

Por otro lado, los artículos 8.2 b) y 9.2 de la Ley 19/2003 prevén que:

“Constituirán infracciones muy graves:

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”.

“Por la comisión de infracciones muy graves se impondrán simultáneamente las siguientes sanciones:

a) Multa, que podrá ascender hasta el tanto del contenido económico de la operación sin que pueda ser inferior a 30.000 euros, y

b) Amonestación pública o privada”.

Por consiguiente, la segunda consecuencia de realizar la inversión pretendida sin seguir el correspondiente procedimiento de control público sería la eventual incoación de un procedimiento sancionador contra la entidad.

El procedimiento sancionador será el establecido, con carácter general, para el ejercicio de la potestad sancionadora en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“LPAC”), con las particularidades previstas en el artículo 12 de la Ley 19/2003. Este artículo determina los órganos competentes tanto para la incoación e instrucción como para la imposición de sanciones en los procedimientos sancionadores resultantes de la aplicación de dicha Ley. Así pues, en nuestro caso, la competencia para la incoación e instrucción recaería en el órgano designado por el titular de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones, mientras que la imposición de la sanción correspondería al Consejo de Ministros.

En conclusión, si se pretende que la inversión prospere, se recomienda al fondo neozelandés observar en todo momento el procedimiento legal vigente.

IV. -Régimen autorizatorio de las instalaciones de distribución de gas natural:

A. Cuestión jurídica planteada

En tercer lugar, Smart Investments Fund desea conocer, de forma sucinta, cuáles son las principales autorizaciones, licencias, declaraciones, notificaciones e inscripciones en registros

públicos exigidas por la normativa sectorial para las instalaciones de distribución de gas natural. Asimismo, al fondo neozelandés le interesa saber si su eventual entrada en el capital social de Compañía del Gas, S.A. requeriría modificar los permisos existentes.

B. Consideraciones preliminares

En primer lugar, antes de analizar el régimen autorizatorio aplicable a las instalaciones de distribución de gas natural, es necesario delimitar tanto el concepto de empresa distribuidora de gas natural como los elementos que componen una instalación de distribución de dicho recurso.

Por un lado, tal y como establece el artículo 58 c) de la LSH, una distribuidora de gas natural es una sociedad mercantil autorizada para la *“construcción, operación y mantenimiento de instalaciones de distribución destinadas a situar el gas en los puntos de consumo”*.

No obstante, no todas las empresas están capacitadas para realizar esta actividad, ya que únicamente podrán hacerlo aquellas que dispongan de la capacidad legal, técnica y económico-financiera exigida por la normativa vigente. En este sentido, el artículo 9 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 natural establece que:

“(…)

*Para acreditar su **capacidad legal**, las entidades que realicen la actividad de distribución deberán **revestir la forma de sociedades anónimas** de nacionalidad española, o, en su caso, de otro Estado miembro de la Unión Europea.*

Dichas sociedades no podrán desarrollar directamente actividades de comercialización de gas natural, ni ser titulares de instalaciones de la red básica de gas natural.

*Para acreditar su **capacidad técnica**, las sociedades que tengan por objeto realizar la actividad de distribución **deberán presentar una memoria explicativa de los planes y sistemas, así como de los medios técnicos y personales que se van a poner al servicio de la actividad de distribución**, detallando los dedicados a la construcción, puesta en servicio y mantenimiento de las instalaciones, los servicios de control y atención de urgencias, y los servicios de atención de reclamaciones, facturación y cobro a los clientes.*

En cualquier caso, la capacidad técnica de las entidades que realicen la actividad de distribución se considerará suficientemente acreditada cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

a) Haber ejercido la actividad de distribución directamente o a través de una filial que haya actuado como operador durante, al menos, los últimos tres años.

b) Contar entre sus accionistas con, al menos, un socio que participe en el capital social con un porcentaje igual o superior al 25 por 100 y que pueda acreditar su experiencia durante los últimos tres años en la actividad de distribución.

*La **capacidad económica** de la entidad podrá acreditarse mediante **la aportación de la documentación que garantice la viabilidad económico-financiera de los proyectos.***

En cualquier caso, se considerará que la capacidad económica es suficiente si la empresa solicitante cuenta con unos recursos propios afectos a la actividad de distribución superiores a la mayor de las cantidades siguientes: 1.000.000 de euros o el 50 por 100 del presupuesto de las nuevas instalaciones que pretenda realizar.

(...)”

Por otro lado, en cuanto a la red de distribución de gas natural, el artículo 73.1 de la LSH dispone que:

*“Se consideran instalaciones de distribución de gas natural **los gasoductos con presión máxima de diseño igual o inferior a 16 bares 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 de transporte secundario.***

*Asimismo, tendrán también la consideración de instalaciones de distribución **las plantas satélites de gas natural licuado que alimenten a una red de distribución.***

*Igualmente, tendrán la consideración de instalaciones de distribución **las instalaciones de conexión entre la red de transporte y distribución en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen”.***

Una vez delimitados ambos conceptos, se procede a enumerar los permisos administrativos necesarios para la construcción de una instalación de distribución de gas natural.

Pues bien, los títulos habilitantes cuya obtención es necesaria para poder construir una instalación de distribución de gas natural se encuentran recogidos tanto en la LSH como en 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 (“**RD 1434/2002**”).

C. Autorizaciones legales y reglamentarias

C.1. Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos

Con carácter general, el artículo 55.1 b) de la LSH establece que:

*“**Requerirán autorización administrativa previa** en los términos establecidos en la presente Ley y disposiciones que la desarrollen, las siguientes instalaciones destinadas al suministro a los usuarios de combustibles gaseosos por canalización:*

a) Las plantas de regasificación y licuefacción de gas natural y de fabricación de gases combustibles manufacturados o sintéticos o de mezcla de gases combustibles por aire.

*b) **Las instalaciones de almacenamiento, transporte y distribución de gas natural.***

c) El almacenamiento y distribución de combustibles gaseosos manufacturados, y sintéticos y mezclas de gases y aire para suministro por canalización”.

En el mismo sentido, el artículo 73.2 de la LSH prevé que:

*“**Estarán sujetas a autorización administrativa previa**, en los términos establecidos en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, **la construcción, modificación, explotación***

y cierre de las instalaciones de distribución de gas natural con independencia de su destino o uso.

La transmisión de estas instalaciones deberá ser autorizada por la Administración competente.

La autorización administrativa de cierre de una instalación podrá imponer a su titular la obligación de proceder a su desmantelamiento”.

En consecuencia, antes de proceder a la construcción de las instalaciones de distribución de gas natural, las empresas distribuidoras deben obtener la correspondiente autorización administrativa por parte de la Administración competente. Queda claro, por tanto, que el régimen general aplicable a este tipo de instalaciones es el régimen autorizatorio.

C.2. 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

Una vez establecido que el régimen aplicable es el autorizatorio, se procede a detallar las autorizaciones específicas requeridas para las instalaciones de distribución de gas natural.

En este sentido, tal y como recoge el artículo 70.1 del RD 1434/2002, la construcción, ampliación, modificación y explotación de toda instalación gasista está sujeta a la obtención de (1) autorización administrativa, (2) aprobación del proyecto de detalle de las instalaciones o de ejecución de las mismas y (3) autorización de explotación; pudiendo la autorización administrativa y la aprobación del proyecto otorgarse de manera conjunta o separada.

1. La autorización administrativa se refiere *“al proyecto genérico de la instalación como documento técnico-económico que se tramitará, en su caso, conjuntamente con el estudio de impacto ambiental”* y otorga a la empresa autorizada *“el derecho a realizar una instalación concreta en determinadas condiciones”*.
2. La aprobación del proyecto de detalle de las instalaciones o de ejecución de las mismas se refiere *“al proyecto concreto de la instalación”* y permite a su titular *“realizar la construcción o establecimiento de la misma”*.
3. La autorización de explotación permite, una vez ejecutado el proyecto, *“poner en gas las instalaciones y proceder a su explotación comercial”*, y se concretará *“mediante el levantamiento del acta de puesta en servicio de las instalaciones”*.

C.3. Competencia y procedimiento

En términos generales, el artículo 3.2 c) de la LSH establece que:

*“Corresponde a la **Administración General del Estado**, en los términos establecidos en la presente Ley:*

(...)

*c) **Autorizar las instalaciones** que integran la red básica de gas natural, así como aquellas otras instalaciones de transporte secundario y **de distribución**, a que se refiere la presente Ley, **cuando salgan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma.***

Asimismo, informará, con carácter vinculante, las autorizaciones de aquellas instalaciones de la red de transporte secundario que sean competencia de las Comunidades Autónomas. Dicho informe hará referencia explícita a las condiciones a aplicar en el procedimiento de adjudicación (...)”.

Más concretamente, los párrafos primero y segundo del artículo 69 del RD 1434/2002 especifican que:

“Las competencias sobre las instalaciones descritas en el anterior artículo 67.1 son de titularidad de la Administración General del Estado y serán ejercidas por la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Economía, sin perjuicio de lo que se indica en los siguientes puntos de este artículo.

La tramitación de los expedientes de autorizaciones administrativas, de reconocimiento en concreto de utilidad pública y de aprobación de proyecto de ejecución de instalaciones gasistas 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 de las provincias donde radique la instalación”.

Por tanto, en el presente caso, la competencia la ejerce, con carácter general, la Administración del Estado (puesto que la empresa Compañía del Gas, S.A. es titular de instalaciones de distribución de gas natural que atraviesan varias Comunidades Autónomas y parece lógico suponer que el inversor busque expandir su infraestructura siguiendo una planificación similar en el futuro) y, en particular, la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. No obstante, la tramitación de las diferentes autorizaciones se llevará a cabo ante las dependencias de Industria y Energía de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno de las provincias donde radique la instalación.

Por su parte, por lo que respecta al procedimiento, está regulado en los artículos 71 a 85 del RD 1434/2002. Como principales características del mismo, conviene destacar las siguientes:

1. En cuanto a la solicitud de autorización administrativa de las instalaciones de distribución de gas natural, ésta deberá incluir, por un lado, la acreditación de la capacidad de la empresa solicitante y, por otro lado, el proyecto de la instalación con el contenido mínimo previsto en el artículo 76 del RD 1434/2002. A continuación, el proyecto en cuestión será sometido tanto a un trámite de evaluación de impacto ambiental como a un trámite de información pública (incluyéndose dentro de este último la petición de informes a otras Administraciones Públicas y la realización por el solicitante de las alegaciones que estime pertinentes). Finalmente, y previo informe de la Comisión Nacional de Energía (actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), la Dirección General de Política Energética y Minas resolverá sobre la autorización de la instalación; disponiendo de un plazo máximo de seis meses desde la presentación de la solicitud para notificar tal resolución. Una vez otorgada la autorización administrativa, el titular deberá constituir una fianza o garantía equivalente al 2% del presupuesto de las instalaciones afectadas.

2. En cuanto al proyecto de ejecución, la solicitud de aprobación deberá ir acompañada del proyecto de ejecución de las instalaciones, elaborado de conformidad a los Reglamentos técnicos y de seguridad vigentes, así como de las separatas técnicas correspondientes a las partes del proyecto que afectan a bienes, instalaciones, obras, servicios, centros o zonas dependientes de otras Administraciones. Estas Administraciones dispondrán de un plazo de veinte días para establecer el condicionado técnico procedente y, posteriormente, el solicitante dispondrá de un plazo de quince días para prestar su conformidad al mismo o formular los reparos que estime procedentes. Finalmente, el órgano competente resolverá y notificará la resolución correspondiente en un plazo de tres meses, de modo que, una vez aprobado el proyecto de ejecución, el titular podrá proceder a la construcción de la instalación proyectada.
3. En cuanto a la autorización de explotación, una vez ejecutado el proyecto, deberá presentarse la solicitud de acta de puesta en servicio acompañada de un certificado de final de obra suscrito por un técnico facultativo competente. El acta de puesta en servicio será extendida por las Direcciones de las áreas o, en su caso, las dependencias de Industria y Energía de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno que hayan tramitado el expediente, en el plazo de un mes, previas las comprobaciones técnicas que se consideren oportunas.

D. Declaración de utilidad pública

A continuación, se hará referencia a la Declaración de Utilidad Pública, no sin poner ante todo de relieve que su obtención no es un requisito necesario de esencia para la construcción de una instalación de distribución de gas natural.

De acuerdo con el artículo 103.1 c) de la LSH:

*“Se **declaran de utilidad pública** a los efectos de expropiación forzosa y ejercicio de la servidumbre de paso las siguientes instalaciones:*

a) Las instalaciones y servicios necesarios para el desarrollo de las actividades de investigación y explotación a que se refiere el Título II.

b) Las instalaciones de refino, tanto de nueva construcción como las ampliaciones de las existentes, las instalaciones de transporte por oleoducto y de almacenamiento de productos petrolíferos, así como la construcción de otros medios fijos de transporte de hidrocarburos líquidos y sus instalaciones de almacenamiento.

c) Las instalaciones a que se refiere el Título IV de la presente Ley.

d) Las plantas de regasificación a que se refiere el artículo 55.3 así como las líneas de conducción de gas natural asociadas a las mismas y dedicadas en exclusividad a la alimentación de las centrales eléctricas, puertos y buques”.

Así pues, teniendo en cuenta que el Capítulo V del Título IV de la LSH regula todo lo relacionado con la *“distribución de combustibles gaseosos por canalización”*, no cabe duda de que las instalaciones de distribución de gas natural pueden ser declaradas, con carácter general, de utilidad pública. Esta Declaración de Utilidad Pública es fundamental, ya que garantiza la concurrencia de interés general a la hora de justificar la expropiación o el

establecimiento de servidumbres de paso sobre los bienes y derechos que sean necesarios para la ejecución del proyecto de distribución.

D.1 Competencia y procedimiento

De acuerdo con lo dispuesto tanto en el artículo 104 de la LSH como en el artículo 92 del RD 1434/2002, para poder proceder o bien a una expropiación forzosa, o bien a la imposición de una servidumbre de paso, la empresa habrá de obtener el reconocimiento en concreto de la utilidad pública de su instalación mediante un acto administrativo denominado Declaración de Utilidad Pública.

Según el artículo 104 de la LSH, la solicitud de Declaración de Utilidad Pública deberá ir acompañada de una relación concreta e individualizada de los bienes y/o derechos que el solicitante considere de necesaria expropiación u ocupación. Tras un proceso de información pública y la obtención de diferentes informes de entidades y órganos afectados, la Declaración de Utilidad Pública para el proyecto concreto será concedida por la autoridad competente (el Ministerio de Industria y Energía dado que, en el presente caso, la autorización de la instalación corresponde a la Administración General del Estado).

La concesión de la Declaración de Utilidad Pública conlleva, entre otros, el derecho a seguir el procedimiento de urgencia regulado en el artículo 52 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 de Expropiación Forzosa ("**LEF**"), para la ocupación de los bienes afectados o la adquisición de los derechos pertinentes. En este procedimiento, al contrario de lo que ocurre en el ordinario, la ocupación precede al pago del justiprecio (esto es, la compensación por la expropiación).

De acuerdo con el referido procedimiento de urgencia, para poder ocupar las parcelas expropiadas es necesaria el levantamiento de la denominada "*acta previa a la ocupación*", previa consignación o pago, a su vez, de determinado importe en favor del expropiado. Una vez ocupada la finca, se sustanciará el expediente de justiprecio, cuya fijación corresponde a la Administración (sin perjuicio, claro está, del eventual control judicial ex post).

No obstante, en el seno del propio procedimiento expropiatorio, el promotor puede negociar directamente con los propietarios, para llegar a un acuerdo, denominado convenio expropiatorio, que pone fin a dicho procedimiento. Así lo dispone el artículo 24 de la LEF.

E. Registro Administrativo de Distribuidores

En efecto, tanto el artículo 83 de la LSH como el artículo 116 del RD 1434/2002 exigen la inscripción de la empresa distribuidora en el Registro Administrativo de Distribuidores de combustibles gaseosos por canalización; registro dependiente de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

Según el artículo 119 del RD 1434/2002, la solicitud de inscripción en el Registro de Distribuidores de gases combustibles por canalización se dirigirá a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que otorgaron la autorización administrativa correspondiente, los cuales darán traslado a la Dirección General de Política Energética y Minas en el plazo máximo de un mes desde la solicitud de inscripción. A la solicitud de inscripción, deberán acompañarse (1) la escritura de constitución de la sociedad debidamente inscrita en el Registro Mercantil, (2) las autorizaciones administrativas para el

ejercicio de la actividad otorgadas por la Administración competente (es decir, la autorización administrativa y la aprobación del proyecto de ejecución) y (3) el acta de puesta en marcha de las instalaciones (esto es, la autorización de explotación).

Cabe destacar que la inscripción en el Registro Administrativo de Distribuidores de combustibles gaseosos por canalización constituye una obligación legal impuesta a los distribuidores de gas natural por el artículo 74 apartado i) de la LSH.

F. Modificación de los permisos existentes

El artículo 120.1 del RD 1434/2002 establece que:

“Cualquier modificación de los datos que figuren en el Registro de distribuidores, sobre identificación de la sociedad, de las instalaciones de las que sea el titular, áreas de distribución en su caso, o cualquier otro dato relevante de los que figuren en el registro, deberá ser comunicada por el interesado en el plazo máximo de un mes desde que aquélla se produzca. En estas modificaciones quedan incluidos los cambios de denominación o razón social del titular, las fusiones, absorciones o escisiones de sociedades que afecten a la titularidad de las instalaciones, así como la ampliación sustancial de las mismas”.

Por tanto, no parece imperativo que la entrada del inversor en el capital social de la empresa española Compañía del Gas, S.A. implique la necesidad de modificar los permisos existentes, sino que bastaría con comunicar dicha entrada al Registro Administrativo de Distribuidores para que la Dirección General de Política Energética y Minas proceda a actualizar los datos de la compañía que figuran en el Registro.

G. Transmisión y cierre de instalaciones de distribución de gas natural

Smart Investments Fund desea conocer, a través de este Informe, las principales autorizaciones exigidas por la normativa sectorial para las instalaciones de distribución de gas natural.

Así pues, con ánimo de ser precisos, no pueden dejar de mencionarse las autorizaciones administrativas exigidas tanto para la transmisión como para el cierre de las instalaciones de distribución de gas natural. Ambas están recogidas en el artículo 73.2 de la LSH (anteriormente citado) y desarrolladas en los artículos 86 a 91 bis del RD 1434/2002.

V. -Principio de prudencia financiera:

A. Cuestión jurídica planteada

En cuarto lugar, Smart Investments Fund nos pregunta qué significa e implica que a Compañía del Gas, S.A. se le haya reconocido un Índice Global de Ratios del 0,40.

B. Prudencia financiera

En el ámbito del sector gasista, el principio de prudencia financiera está recogido en el artículo 13 de la Circular 4/2020, de 31 de marzo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y se aplica a la metodología de retribución de la distribución de gas natural.

Con carácter general, el principio de prudencia financiera obliga a las empresas titulares de instalaciones de distribución de gas natural a mantener un nivel de solvencia económico-

financiera adecuado; nivel que se mide a través de cinco ratios financieros definidos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su Comunicación 1/2019, de 23 de octubre. Éstos cinco ratios, esenciales para determinar el nivel de endeudamiento y la estabilidad económico-financiera de las empresas distribuidoras de gas natural, son los siguientes:

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

(Se emplea para medir el nivel de apalancamiento financiero).

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

(Se emplea para valorar la capacidad de cobertura de los intereses).

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

(Se emplea para evaluar la proporción de activos que están financiados por deuda).

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

(Se emplea para medir la capacidad de una empresa para hacer frente a la devolución de la deuda a través de su EBITDA).

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

(Se emplea para medir la capacidad de una empresa de hacer frente a la devolución de la deuda a través de fondos procedentes de operaciones).

Asimismo, en dicha Comunicación, se asigna a cada uno de los ratios un rango de valores recomendables, los cuales serán utilizados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para evaluar si, efectivamente, la capacidad económico-financiera de cada empresa es adecuada. Tales valores son los siguientes:

1. Para el Ratio 1, un valor máximo del 70%.
2. Para el Ratio 2, un valor mínimo de 5,0.
3. Para el Ratio 3, un valor máximo del 70%.
4. Para el Ratio 4, un valor máximo de 6,0.
5. Para el Ratio 5, un valor máximo de 7,3.

(Rangos de valores recomendables asignados a cada uno de los Ratios).

Dentro de este ámbito, aparece el “Índice Global de Ratios” (“IGR”), una métrica que se calcula en función de los cinco ratios financieros antes referidos a través de la siguiente fórmula:

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

En este sentido, para determinar el valor del IGR, primero es necesario calcular el valor de cada uno de los Ratios (R1, R2, R3, R4 y R5) de acuerdo con su fórmula respectiva. Una vez obtenidos estos valores, se asignará a cada Ratio (Ri) el valor de 1 si su resultado se encuentra dentro del rango de los valores recomendables, o el valor de 0 si su resultado se sitúa fuera de dicho rango. De este modo, el valor del IGR oscila siempre entre 0 y 1, siendo 1 su valor ideal, ya que dicho resultado indica que la empresa tiene los cinco ratios dentro del rango de los valores recomendados por la Comunicación y, por ende, que se trata de una empresa solvente y en una situación económico-financiera óptima.

Ahora bien, dentro de este marco, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha fijado, en su Resolución de 21 de diciembre de 2023, un umbral crítico para el IGR. De esta manera, todas aquellas empresas distribuidoras cuyo IGR sea inferior a 0,90 se enfrentarán a una penalización en su retribución. Concretamente, en el sector del gas, el ajuste en la retribución derivado de la penalización relativa a la prudencia financiera (“PPF”) se calcula conforme a la siguiente fórmula:

$$PPF_{2024} = -0,01 \cdot \left[\left(\frac{3}{4} \cdot R_{\text{año gas } 2024} \right) (1 - IGR_{2024}) \right]$$

Donde $R_{\text{año gas } 2024}$ representa la retribución fijada para las actividades de distribución de gas en el año 2024.

Así pues, el principio de prudencia financiera, recogido en la Circular 4/2020 de metodología de retribución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, establece un incentivo económico negativo, en forma de penalización, para los titulares de activos de red. Con ello, lo que se pretende por parte de la Comisión es incentivar a las empresas que realizan actividades reguladas a reducir su endeudamiento y mejorar su capacidad económica.

En este contexto, y conforme a lo dispuesto en la Comunicación 1/2019, el IGR anual se determina para cada empresa por Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, previa audiencia de los interesados. Para calcularlo, la Comisión utilizará la información de carácter contable y económico que las empresas que desarrollan actividades energéticas deben remitirle, en cumplimiento de la Circular 5/2009 9, de 16 de julio. Dicha documentación incluye, entre otros, el balance de situación, la cuenta de pérdidas y ganancias separada por actividades o el estado de flujos de efectivo.

A partir de estos cálculos y con base en los valores determinados, puede concluirse que la atribución a Compañía del Gas, S.A. de un IGR de 0,4 implica que la compañía se encuentra no solo en una situación de debilidad financiera sino también en una posición de incumplimiento respecto del margen mínimo de 0,90. Esto conllevará que se le imponga una penalización en su retribución, calculada de acuerdo con la metodología anterior.

VI. -Resolución sancionadora:

A. Cuestión jurídica planteada

El supuesto de hecho que se nos detalla es el siguiente: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha impuesto a Compañía del Gas, S.A. una sanción por el supuesto incumplimiento del artículo 62.6 de la LSH. Según la Comisión, la infracción consiste en que Compañía del Gas, S.A. ha concedido crédito a sus accionistas de forma recurrente, en virtud de un contrato de apertura de crédito suscrito en el año 2013. La resolución en cuestión no solo impone a la distribuidora española el pago de una sanción pecuniaria, sino que también la obliga a adoptar las acciones necesarias para recuperar los 22 millones de euros prestados a los accionistas desde el año 2013 (esto es, en términos jurídicos, la obliga a reponer la situación a su estado originario).

Así las cosas, la quinta cuestión jurídica planteada por Smart Investments Fund consiste en determinar (i) la posibilidad de recurrir la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y (ii) la posibilidad de solicitar la suspensión cautelar de la ejecutividad de dicha resolución. En caso afirmativo, el fondo solicita un resumen de los principales argumentos que podrían utilizarse.

B. Impugnabilidad de la resolución de la CNMC

B.1 Vía Contencioso-Administrativa

Por un lado, el artículo 20.2 de la Ley 3/2013 establece que:

“El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es el órgano de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje y de resolución de conflictos previstas en esta Ley. En particular, es el órgano competente para:

2. Resolver los procedimientos sancionadores previstos en la legislación sectorial y en la Ley 15/2007, de 3 de julio, y sus normas de desarrollo cuando no correspondan a otros órganos de la Administración General del Estado”.

Así pues, y dada su naturaleza sancionadora, puede afirmarse que la resolución en cuestión fue dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Por otro lado, el artículo 36.2 de la Ley 3/2013 dispone que:

“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”.

Por tanto, dado que se trata de un acto dictado por el Consejo que pone fin a la vía administrativa, el único recurso posible contra la resolución sería el contencioso-administrativo.

Y ello, adicionalmente, en consonancia con lo dispuesto por los artículos 9.4 y 24 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; y 1 y 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio,

reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (“LJCA”), por constituir una actuación administrativa que pone fin a la vía administrativa (tal y como establece el citado artículo 36.2 de la Ley 3/2013).

B.2 Plazo

El plazo para interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo sería de dos meses a contar desde el día siguiente al de la notificación de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Así lo establece el artículo 46.1 de la LJCA, a cuyo tenor:

“El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados 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. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto”.

Considerando que la resolución en cuestión fue dictada y notificada a Compañía del Gas, S.A. hace cinco semanas, el plazo previsto en el artículo 46.1 de la LJCA aún permitiría disponer de tres semanas adicionales.

B.3 Jurisdicción y competencia

El conocimiento del recurso correspondería a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (al tratarse de un acto expreso dictado por un organismo público), siendo competente la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dado que el acto fue dictado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Así lo establecen el artículo 1.1 y el apartado 5 de la Disposición adicional cuarta de la LJCA:

“1. Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación”.

“Serán recurribles:

5. Los actos y disposiciones dictados por la Agencia Española de Protección de Datos, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, Consejo Económico y Social, Instituto Cervantes, Consejo de Seguridad Nuclear, Consejo de Universidades, Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., y Secciones Primera y Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, directamente, ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional”.

B.4 Representación y defensa de las partes

A este respecto, los apartados primero y segundo del artículo 23 de la LJCA disponen lo siguiente:

“En sus actuaciones ante órganos unipersonales, las partes podrán conferir su representación a un Procurador y serán asistidas, en todo caso, por Abogado. Cuando las partes confieran su representación al Abogado, será a éste a quien se notifiquen las actuaciones.

En sus actuaciones ante órganos colegiados, las partes deberán conferir su representación a un Procurador y ser asistidas por Abogado”.

Por ende, y en vista de que la Audiencia Nacional es un órgano colegiado conforme a lo dispuesto en la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y planta judicial, cada parte deberá comparecer en el procedimiento contencioso-administrativo correspondiente representada por Procurador y defendida por Letrado.

Ambos profesionales tienen plena libertad para fijar sus honorarios en la cuantía que estimen pertinente. Teniendo en cuenta la complejidad del asunto, el tiempo estimado de trabajo, las tarifas estándar del sector y el corto plazo restante para la interposición del recurso, nosotros propondríamos un importe de honorarios de 20.000 euros (excluidos impuestos y gastos).

C. Suspensión cautelar

C.1 Marco normativo y jurisprudencial

Con carácter previo a analizar el fondo de la cuestión planteada, procede exponer el marco jurídico aplicable a la tutela judicial cautelar en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Por un lado, desde la perspectiva normativa, las medidas cautelares se encuentran contempladas en los artículos 129 y siguientes de la LJCA. En este sentido, el artículo 129 permite a cualquier interesado solicitar, de forma cautelar, las medidas que crea necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia.

Por otro lado, desde un punto de vista jurisprudencial, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2014 (Roj: STS 1132/2014)** recoge la doctrina jurisprudencial existente sobre este particular, determinando los requisitos básicos que darán lugar, en su caso, a la adopción o a la denegación de la medida solicitada:

*“Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el de las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 de dicha Norma Fundamental (RCL 1978, 2836), de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad de la disposición o del acto administrativo deja de tener carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria. De esta forma, sin producirse una modificación formal del artículo 122 Ley de la Jurisdicción de 1956 (RCL 1956, 1890), cristaliza una evolución jurisprudencial que acoge la doctrina del llamado *fumus bonis iuris* o apariencia del buen derecho respecto de la que resulta obligada la cita del ATS de 20 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10412). Esta resolución proclama lo que llama “derecho a la tutela cautelar”, inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, “lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal*

(resolución administrativa o, en su caso, judicial)". Y esta fuerza expansiva del artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836) viene también impuesta por el principio de Derecho Comunitario europeo recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990 (TJCE 1991, 13), principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo y que se resume en que "la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón".

La decisión sobre 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 (RCL 1998, 1741) y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional, 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 de junio de 1997 (RJ 1997, 5050): "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 (RTC 1993, 148) "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 de mayo de 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.

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 de 1997 (RJ 1997, 5049), entre otros muchos).

*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**»".*

Así pues, efectivamente, podría solicitarse, como medida cautelar, la suspensión de la ejecutividad de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, siempre que el recurrente argumente y acredite la concurrencia de los requisitos exigidos para la adopción de dicha medida.

C.2 Aplicación al caso concreto

Considerando los requisitos citados, para conseguir la medida cautelar pretendida, Compañía del Gas, S.A. podría utilizar los siguientes argumentos:

1. Periculum in mora

1.1 Planteamiento general

El artículo 130.1 de la LJCA dispone que "(...) *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*".

Dicho precepto no hace sino recoger la doctrina del Tribunal Supremo referida al "*periculum in mora*", como primer [y, de acuerdo, entre otros, con los **Autos del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2000 (Roj: ATS 9187/2000) y de 31 de octubre de 2000 (Roj: ATS 3143/2000)**, "decisor")] criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar.

En cuanto al alcance que debe darse al requisito del *periculum in mora*, existe una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende que concurre aquél cuando, "*de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso*" [**Autos de 21 de mayo de 2003 (Roj: ATS 5225/2003) y de 17 de noviembre de 2020, (Roj: ATS 10960/2020)**]. No obstante, en numerosas ocasiones, el Alto Tribunal ha precisado que no es necesario, para acordar la medida cautelar, que resulte totalmente imposible el cumplimiento en sus términos de la Sentencia estimatoria. A tal respecto, puede citarse la **Sentencia de 18 de julio de 2002 (Roj: STS 5436/2002)**, conforme a la cual, "*cuando el artículo 130.1 de la LJCA permite acordar la medida cautelar (aquí, suspensión) en los casos en que «la ejecución del acto (...) pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso», no se está refiriendo sólo a los casos en que*

la ejecución impida la finalidad del recurso de forma definitiva y fatal, sino también a aquellos en que la ejecución del acto puede obstaculizar gravemente y hasta extremos dificultosísimos la efectividad de la posterior sentencia estimatoria". En términos similares, reiterada jurisprudencia declara que concurre el requisito del *periculum in mora* cuando durante el proceso se pueden producir situaciones no sólo irreversibles, **sino también "de difícil o costosa reversibilidad"** [(así, **Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005 (Roj: STS 6164/2005)** y de **26 de abril de 2018 (Roj: STS 1720/2018)**].

Finalmente, en relación con la acreditación de los efectos irreversibles derivados de la ejecución del acto impugnado, hay que destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera suficiente la prueba de la razonabilidad de su producción -aunque no haya certeza como tal-. En este sentido, en el **Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2001 (Roj: ATS 11841/2001)** se señala, con referencia a los daños y perjuicios derivados de la ejecución del acto impugnado, que *"no es necesaria una prueba plena de los mismos, sino una razonabilidad de su producción"*. También se pronuncia así el **Auto del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007 (Roj: ATS13006/2007)**. En términos similares, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2002 (Roj: STS 6993/2002)** declara que basta un *"principio de prueba"* y, por su parte, el **Auto del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2005 (Roj: ATS 13748/2005)** declara que es suficiente, a efectos de otorgar la medida cautelar, una prueba *"incompleta o por indicios"*.

1.2 Pérdida de la finalidad legítima del recurso

-Respecto del pago de la sanción económica:

Entre otros, el inmediato pago de la sanción económica acarrearía para Compañía del Gas, S.A. los siguientes perjuicios:

En primer lugar, el pago inmediato de la sanción podría generar para Compañía del Gas, S.A. una crisis de liquidez de tal magnitud que llevaría a la empresa a una situación crítica con riesgo de insolvencia, paralizando sus inversiones y su plan de negocio. Como prueba razonable de ello, se podrían adjuntar las últimas cuentas anuales auditadas de la compañía junto con un informe pericial que muestre su proyección financiera. No obstante, este esfuerzo económico podría evitarse con la medida cautelar suspensiva solicitada, sin que con ello sufra perjuicio alguno la Administración, pues tiene el pago garantizado ofreciéndose la constitución del correspondiente aval o fianza.

En este sentido, convendría recordar que la doctrina jurisprudencial aprecia la existencia de perjuicios irreparables o de difícil reparación cuando *"se dificulta notablemente o paralizan actividades productivas"* (**Auto del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1997, Ar. 5040**).

En segundo lugar, en caso de que la sanción económica sea declarada nula en vía jurisdiccional, el procedimiento para la devolución del importe podría extenderse durante años. Así pues, a pesar de haber obtenido una sentencia favorable, Compañía del Gas, S.A. se vería involucrada en un nuevo proceso administrativo largo y costoso que incrementaría el perjuicio económico sufrido por quien es la víctima de una actuación ilegal y arbitraria de la Administración.

Este riesgo, sumado a la afectación a la liquidez y a la operatividad de la empresa, demostraría la necesidad de suspender cautelarmente el pago.

-Respecto de la obligación de llevar a cabo las acciones necesarias para recuperar los 22 millones de euros prestados a los accionistas desde el año 2013:

Esta actuación resultaría materialmente imposible de cumplir en el corto plazo, pues afecta a terceros con contratos suscritos a los que Compañía del Gas, S.A debe dar riguroso cumplimiento, por aplicación de los artículos 1091 y concordantes del Código Civil, y cuya validez depende, en parte, de la sentencia que se dicte en este proceso, y de que por vía judicial se resuelva el contrato existente entre Compañía del Gas, S.A. y sus accionistas.

Asimismo, el anticipo de estas cantidades por Compañía del Gas, S.A, no haría sino incrementar su situación de iliquidez.

2. La ponderación de los intereses en conflicto

2.1 Planteamiento general:

El apartado 2 del mismo artículo 130 de la LJCA permite denegar la medida cautelar "*cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada*".

Se trata, como señala la **Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2005 (Roj: STS 5190/2005)** de un "*criterio subsidiario*", que opera, como señala el Alto Tribunal en su **Sentencia de 14 de octubre de 2005 (Roj: STS 6164/2005)** "*como contrapeso o parámetro de contención*" del criterio del *periculum in mora*.

2.2 Valoración y ponderación de los diversos intereses en juego

-Respecto del pago de la sanción económica:

Por un lado, desde la perspectiva del interés privado de Compañía del Gas S.A., convendría destacar lo siguiente:

En primer lugar, la adopción de la medida cautelar permite y garantiza que Compañía del Gas, S.A. pueda seguir desarrollando su actividad de distribución de gas natural, generando las reservas y los ingresos necesarios para hacer frente al pago de la sanción impuesta, en el improbable supuesto de que la resolución administrativa sea confirmada en sede jurisdiccional.

En segundo lugar, es de todo punto evidente que la ejecución anticipada de las sanciones antes de que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre su conformidad a derecho en la correspondiente sentencia, puede vulnerar el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, principio que debe prevalecer sobre el de ejecutividad del acto. Así lo indica el **Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en sentencia de 9 de julio de 2003 (Roj: STSJ MU 1628/2003)**.

Por otro lado, desde un punto de vista del interés público, merecería la pena subrayar que el interés público precisamente lo que requiere es la adopción de la medida cautelar pretendida.

Como se ha explicado anteriormente, la ejecución de la multa llevaría a Compañía del Gas, S.A. a una situación de concurso, lo que le impediría continuar prestando su servicio de distribución de gas natural. Esta circunstancia pondría en grave riesgo el suministro de gases combustibles en todas las Comunidades Autónomas abastecidas por la distribuidora española.

Así las cosas, el interés público en la seguridad del suministro de gas natural debe, en todo caso, prevalecer sobre el interés público en que se pague una mera sanción económica; más cuando la seguridad y estabilidad del suministro constituye un bien esencial y superior de la comunidad y un objetivo primordial de la regulación del sector cuya salvaguarda corresponde, en última instancia, a las instituciones del Estado.

-Respecto de la obligación de llevar a cabo las acciones necesarias para recuperar los 22 millones de euros prestados a los accionistas desde el año 2013:

En este punto, sería importante resaltar que el contrato de apertura de crédito en virtud del cual se concedió crédito a los accionistas de Compañía del Gas, S.A. fue suscrito en el año 2013, es decir, hace once años y, durante este periodo de tiempo, no se ha constatado que dicho contrato haya ocasionado perjuicio alguno ni para el mercado gasista español ni para el interés público en general. Por tanto, de adoptarse la suspensión cautelar, ningún perjuicio se produciría ahora a tal interés.

3. Apariencia de buen derecho o *fumus boni iuri*.

3.1 Relevancia de la apariencia de buen derecho

Sin perjuicio de que es en la demanda donde han de exponerse los motivos en los que se funda la pretensión de invalidez de la Resolución sancionadora, procede anticipar en el requisito del *fumus boni iuri* lo más relevante de tales motivos, al objeto de que el Tribunal pueda ir apreciando la prosperabilidad de tal pretensión.

Y es que, efectivamente, el *fumus boni iuris* ha de ser necesariamente tenido en cuenta "*como elemento integrador*" del artículo 130 de la LJCA, aunque éste no aluda expresamente a aquél, y ello tanto como exigencia de la plena efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial, en su dimensión de derecho a la tutela cautelar, reconocido por el artículo 24 de la Constitución [vid., **Auto del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2005 (Roj: ATS 14409/2005)**], como en virtud de la aplicación supletoria, impuesta por la Disposición Final Primera de la LJCA, del artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [así, **Auto del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2006 (Roj: ATS 11254/2006)**].

En concreto, y sin perjuicio de la prudencia que ha de regir la aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris* con el fin de evitar prejuzgar el fondo del asunto, tal aplicación es pertinente, entre otros, en los casos en que la apariencia de buen derecho es "*tan clara y evidente que puede ser apreciada sin un estudio pormenorizado del fondo de la cuestión debatida*" (así, el citado **Auto del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2005**). O, como declara el **Auto del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2023 (Roj: ATS 6640/2023)**, procede aplicar a doctrina del *fumus boni iuris* cuando "*sean manifiestas las infracciones al ordenamiento jurídico*" que afectan a la actuación administrativa impugnada.

Así pues, en el caso planteado, habría que incidir en que existe esa clara apariencia de invalidez de la Resolución impugnada:

3.2 Manifiesta apariencia de invalidez

-Respecto del pago de la sanción económica:

En cuanto a la sanción económica, habría que incidir en lo siguiente:

En su Resolución, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha sancionado a Compañía del Gas, S.A. por el supuesto incumplimiento del artículo 62.6 de la LSH.

No obstante, dicho artículo no tipifica ninguna conducta como infracción administrativa ni establece sanciones específicas asociadas a su incumplimiento, sino que se limita a imponer una obligación a las sociedades que realizan actividades reguladas: la obligación de “no otorgar préstamos, prestar garantías ni avalar préstamos de otras sociedades del grupo o partes vinculadas que realicen actividades liberalizadas u otras actividades ajenas al sector de gas natural español”.

En consecuencia, la sanción económica impuesta a Compañía del Gas, S.A. vulnera claramente el principio de tipicidad, consagrado en los artículos 25.1 y 9.3 de la Constitución Española, y 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el cual exige que cualquier conducta sancionable esté previamente calificada y tipificada como infracción administrativa por una norma con rango de Ley.

-Respecto de la obligación de llevar a cabo las acciones necesarias para recuperar los 22 millones de euros prestados a los accionistas desde el año 2013:

Respecto de esta medida, habría que señalar lo siguiente:

Por un lado, la LSH regula su régimen sancionador (infracciones y sanciones) en los artículos 108 a 117. Dentro de este marco, el artículo 113 establece las sanciones aplicables en caso de cometerse alguna de las infracciones administrativas (muy graves, graves o leves) tipificadas en los artículos anteriores.

Concretamente, el artículo 113 dispone en sus apartados primero y cuarto que:

“Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas:

*a) Las infracciones muy graves, con **multa** de hasta 30.000.000 €.*

b) Las infracciones graves, con multa de hasta 6.000.000 €.

c) Las infracciones leves, con multa de hasta 600.000 €.

No obstante los límites establecidos anteriormente, en el caso de las sanciones impuestas por la Comisión Nacional de Energía, la cuantía nunca podrá superar el siguiente porcentaje del importe del volumen de negocios anual de la empresa infractora, o del volumen de negocios anual consolidado de la sociedad matriz del grupo integrado verticalmente al que pertenezca:

a) El 1 por ciento en las infracciones leves.

b) El 5 por ciento en las infracciones graves.

c) El 10 por ciento en las infracciones muy graves.

(...)

*La comisión de una infracción muy grave podrá llevar aparejada la **revocación o suspensión de la autorización administrativa y la consecuente inhabilitación temporal** para el ejercicio de la actividad por un período máximo de un año. La revocación o suspensión de las autorizaciones se acordará, en todo caso, por la autoridad competente para otorgarlas”.*

Así pues, al no estar la obligación de reponer la situación a su estado originario contemplada como una de las sanciones previstas en la LSH, la cual únicamente prevé sanciones de carácter pecuniario y medidas de inhabilitación temporal, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia carece de competencia (y de cobertura legal) para imponer dicha obligación, lo que constituye una evidente vía de hecho por parte del organismo regulador.

Por otro lado, la medida impuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia afecta claramente a la esfera jurídica de terceros (los accionistas de Compañía del Gas, S.A.), los cuales van a ver afectados sus derechos e intereses legítimos sin ser parte (ni, en consecuencia, tener la oportunidad de ser oídos) en el procedimiento en cuestión. En consecuencia, al estar prescindiéndose totalmente del procedimiento legalmente establecido, se estaría incurriendo de nuevo en una vía de hecho por parte del organismo regulador.

Ambos argumentos podrían ampararse, asimismo, en lo establecido en los apartados b) y e) del artículo 47 de la LPAC, el cual regula la causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos.

En definitiva, los argumentos anteriores determinarían que la Resolución sancionadora se halla incurso de forma manifiesta en varias causas de invalidez, y, por tanto, que concurriría la apariencia de buen derecho de la pretensión anulatoria de la Resolución.

Así las cosas, dado el peso jurídico de las ideas planteadas en los folios anteriores, consideramos que, una vez debidamente desarrolladas, es probable que, en caso de interponerse, la suspensión cautelar prospere.

VII. -Plan de expansión a otras actividades del sector gasista:

A. Cuestión jurídica planteada

La sexta cuestión jurídica planteada por Smart Investments Fund consiste en determinar si existe alguna restricción a la expansión de su actividad al sector de la comercialización de gas natural. En caso afirmativo, el fondo desea conocer cuál sería la forma legalmente admisible para invertir en dicha actividad.

B. Separación de actividades

Una vez concluida la inversión, Smart Investments Fund desea que Compañía del Gas, S.A. expanda su actividad a la comercialización de gas natural, con el fin de beneficiarse de las sinergias generadas entre las actividades de distribución y comercialización.

A este respecto, debemos señalar en el presente Informe las obligaciones de separación de actividades existentes en el sector energético español:

De acuerdo con las exigencias de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, la LSH recoge un principio de separación de actividades. Este principio determina la sujeción de los operadores gasistas a una serie de medidas que afectan a su estructura empresarial, de tal modo que quede suficientemente garantizada la independencia de intereses (públicos y privados) en el sector.

En este sentido, el artículo 63 de la LSH establece una separación de tipo jurídico y funcional entre las actividades libres (la comercialización) y la actividad de distribución de gas natural.

Conforme a un criterio de separación jurídica, el artículo 63.1 de la LSH señala que *“las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas (regasificación, almacenamiento básico, transporte y distribución) 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”*.

Por tanto, en principio, una misma empresa no puede dedicarse simultáneamente a la distribución y comercialización de gas natural. O, dicho de otra manera, la actividad de comercialización de gas natural es absolutamente incompatible con la actividad de distribución, en ambos sentidos.

No obstante, a continuación, el apartado cuarto del artículo 63 de la LSH prevé una excepción: los grupos de sociedades sí podrán desarrollar actividades en principio incompatibles (reguladas y libres), siempre que lo hagan a través de sociedades diferentes que respeten una serie de criterios de separación funcional previstos en ese mismo apartado; los cuales pretenden garantizar una gestión independiente de dichas actividades.

Concretamente, los criterios de independencia o separación funcional que prevé el artículo 63.4 de la LSH son los siguientes:

A) La prohibición de participación en la organización de la gestión cotidiana de las actividades de producción o comercialización

“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

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”.

B) La protección de la independencia de los gestores de sociedades que realizan actividades reguladas

“b) Los grupos de sociedades garantizarán la independencia de las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades reguladas mediante la protección de sus intereses profesionales. En particular, establecerán garantías en lo que concierne a su retribución y su cese.

*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.*

Asimismo, en relación con las actividades reguladas, las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades de distribución no podrán participar en estructuras organizativas del grupo empresarial que sean responsables, directa o indirectamente, de la gestión cotidiana de la actividad de transporte, y viceversa.

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”.

C) Garantías para la adopción de decisiones independientes sobre la explotación, mantenimiento y desarrollo de las redes de transporte y distribución de gas natural

“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”.

D) Y, finalmente, tras estos tres criterios principales, la Ley impone a las sociedades que realicen actividades reguladas la obligación de contar con un código de conducta en el que expondrán las medidas adoptadas para garantizar la adecuada separación (el cual, en realidad, se trata de un programa de cumplimiento en el que se establecerán obligaciones específicas de los empleados).

“d) Las sociedades que realicen actividades reguladas establecerán un código de conducta en el que se expongan las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento de lo estipulado en las letras a), b) y c) anteriores, que será remitido al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Dicho código de conducta establecerá obligaciones específicas de los empleados, y su cumplimiento será objeto de la adecuada supervisión y evaluación por la persona u órgano competente designado por la sociedad a tal efecto. El encargado de evaluar el cumplimiento será totalmente independiente y tendrá acceso a toda la información de la sociedad y de cualquiera de sus empresas filiales que requiera para el desarrollo de sus funciones.

Antes del 31 de marzo de cada año, el encargado de evaluar el cumplimiento presentará un informe al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que será publicado en la página web de la empresa y en la de la citada Comisión, indicando las medidas adoptadas para el cumplimiento de lo estipulado en las letras a), b) y c) anteriores”.

Asimismo, junto con las anteriores medidas de separación jurídica y funcional, para los grupos de sociedades en los que se integren empresas distribuidoras y comercializadoras, el apartado sexto del artículo 63 de la LSH establece la obligación de no crear confusión ni en la información facilitada a los clientes ni en la presentación de la marca e imagen de marca de las distribuidoras con respecto a la identidad propia de las filiales del mismo grupo que realicen actividades de comercialización.

Así pues, la intención de Smart Investments Fund de que Compañía del Gas, S.A. se dedique, además de a la distribución, a la comercialización de gas natural sería incompatible con nuestra legislación sectorial, ya que el artículo 63 de la LSH establece claramente que la actividad de distribución no puede coexistir en una misma entidad jurídica con la actividad de comercialización.

Si Smart Investments Fund desea que Compañía del Gas, S.A. expanda su actividad a la comercialización de gas natural, lo que debería hacer es proponer a los órganos directivos de la misma la constitución de un grupo de sociedades que incluya, por un lado, a Compañía del Gas, S.A como empresa distribuidora de gas natural y, por otro lado, a una segunda empresa que se dedique a la comercialización de dicho recurso. De esta manera, ambas sociedades cumplirán con los requisitos de separación jurídica y funcional previstos en el artículo 63 de la LSH, asegurando así la independencia de ambas actividades y su conformidad con la legislación gasista española.

VIII -Bibliografía, legislación y jurisprudencia:

1. Bibliografía:

LEÑERO BOHÓRQUEZ, ROSARIO: “Lección 25: La Actividad de Regulación”, en la obra colectiva *“Manual de Derecho administrativo”* dirigida por Francisco VELASCO CABALLERO y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, 1ª ed., página 627.

“Manual de la energía: Gas” consultado en la página web: <https://www.energiaysociedad.es/manual-de-la-energia/gas/>.

JOVER GÓMEZ-FERRER, JOSÉ MARÍA; TARLEA JIMÉNEZ, ROCIO; GIL-CASARES CERVERA, CRISTINA: *“Regulación del sistema eléctrico”*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2021.

CUATRECASAS: *“Inversiones exteriores en España: cuestiones clave”*, julio de 2023.

PÉREZ-LLORCA: *“Definición de Ratios para valorar el nivel de endeudamiento y la capacidad económico-financiera de las empresas que realizan actividades reguladas en el sector energético”*, Nota jurídica, noviembre 2019.

2. Normativa:

-Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

-Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

-Real Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de Energía.

-Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

-Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

-Resolución de 21 de marzo de 2024, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la operación de adquisición de ELECTRA LA HONORINA, S.L. por parte de C. MARCIAL CHACÓN E HIJOS, S.L. (TPE/DE/004/24).

-Resolución de 18 de abril de 2024, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la toma de participaciones de EXOLUM CORPORATION en VOPAK MODA HOUSTON HOLDCO (TPE/DE/003/24).

-Resolución de 17 de septiembre de 2020, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la toma de participaciones de ENDESA GENERACIÓN en la CENTRAL NUCLEAR DE TRILLO I y en la A.I.E. CENTRALES NUCLEARES ALMARAZ-TRILLO (Expte: TPE/DE/012/20).

-Resolución de 16 de julio de 2020, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la toma de participaciones de SONATRACH en MEDGAZ (Expte: TPE/DE/007/20).

-Resolución de 28 de enero de 2016, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la operación de toma de participaciones de ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U. en BAHÍA DE BIZKAIA GAS, S.L. (BBG) y en INICIATIVAS DE GAS, S.L. (IdG), representativas del 10% y 60% del capital social, respectivamente (Expte.: TPE/DE/023/15).

-Resolución de 15 de septiembre de 2016, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la toma de participaciones de ENDESA GENERACIÓN, S.A.U. en el 60% del capital social de ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L (Expte.: TPE/DE/025/16).

-Resolución de 14 de julio de 2016, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la comunicación de REGASIFICADORA DEL NOROESTE, S.A. de adquisición de una participación en MIBGAS, S.A. (Expte: TPE/DE/017/16).

-Resolución de 21 de julio de 2016, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la comunicación de ENAGAS GTS, S.A.U. de adquisición de una participación en MIBGAS, S.A. (Expte: TPE/DE/020/16).

-Resolución de 17 de diciembre de 2017, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la operación de toma de participaciones de SOJITZ CORPORATION del 15% del capital social de REGASIFICADORA DEL NOROESTE, S.A. indirectamente, a través de la adquisición del 100% de FIRST STATE REGASIFICADORA S.L.U. (Expte: TPE/DE/029/17).

-Resolución de 17 de diciembre de 2019, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la toma de participaciones de CEP SA HOLDING en MEDGAZ (Expte: TPE/DE/013/19).

-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.

-Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

-Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

-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.

-Ley de 16 de diciembre de 1954 de Expropiación Forzosa.

-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.

-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.

-Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

-Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y planta judicial.

-Acuerdo de 15 de febrero de 2024, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por el que se da contestación a la consulta formulada por MADRILEÑA RED DE GAS, S.A.U. sobre las alternativas para cumplir con la Decisión jurídicamente vinculante de 16 de marzo de 2023 en relación con el contrato de apertura de crédito suscrito entre MADRILEÑA RED DE GAS, S.A.U. y ELISANDRA SPAIN V, S.L. (DJV/DE/006/22).

-Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

-Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad,

3. Jurisprudencia:

STS de 27 de marzo de 2014.

ATS de 22 de marzo de 2000.

ATS de 31 de octubre de 2000.

ATS de 21 de mayo de 2003.

ATS de 17 de noviembre de 2020.

STS de 18 de julio de 2002.

STS de 14 de octubre de 2005.

STS de 26 de abril de 2018.

ATS de 21 de marzo de 2001.

ATS de 30 de octubre de 2007.

STS de 23 de octubre de 2002.

ATS de 9 de diciembre de 2005.

ATS de 12 de junio de 1997.

STS de 27 de julio de 2005.

STSJ de 9 de julio de 2003.

ATS de 29 de noviembre de 2005.

ATS de 26 de julio de 2006.

ATS de 29 de noviembre de 2005.

ATS de 29 de mayo de 2023.