



## **EXPLICACIÓN DE VOTO CONCURRENTENTE QUE EMITE EL CONSEJERO D. JORGE FABRA UTRAY EN RELACIÓN CON LA CONSULTA DE GAS NATURAL, SDG, S.A. SOBRE LA NECESIDAD DE SOLICITAR LA AUTORIZACIÓN PREVISTA EN LA FUNCIÓN 14ª EN RELACIÓN CON LA ADQUISICIÓN DE UNIÓN FENOSA**

El Consejero que suscribe la presente explicación de voto coincide con el acuerdo del Consejo de Administración de la CNE en el sentido de que no procede aplicar la Función 14 a la operación GN- UF, sin embargo disiente profundamente de los fundamentos del acuerdo. Esta son las razones de su voto concurrente y de la presente explicación de voto.

En opinión de este Consejero, después de la sentencia del TJCE de 17 de julio de 2008 en el asunto c-207/07-Comisión C. España relativo a la Función 14 de la CNE, la norma subsistente es inaplicable por haber quedado contaminada de manera sustancial por la Sentencia del TJCE que dictamina la incompatibilidad con el Derecho Comunitario del segundo párrafo de su apartado primero.

Por ello, el objeto de la presente explicación de voto es la exposición de los motivos en los que se funda la imposibilidad de seguir aplicando en su parte vigente la disposición adicional undécima, tercero 1, decimocuarta, de la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos, modificada por el Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero, tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

### **1. LA FUNCIÓN 14 DE LA CNE EN SU REDACCIÓN ORIGINARIA**

La redacción originaria de la LSH presentaba la función 14 redactada en los siguientes términos:

*“Autorizar las participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil. ....”.*

Por consiguiente, el control de la CNE se ejercía exclusivamente sobre las adquisiciones realizadas por sociedades con actividades reguladas, de modo que ningún control existía cuando sociedades mercantiles adquirían participación en sociedades con actividades reguladas.

El fin último de la norma descansaba en la protección de la seguridad de suministro, con objeto de evitar que los riesgos del mercado, propios de las actividades mercantiles, pudieran afectar a las actividades reguladas realizadas por la sociedad adquirente. A ello se refiere la norma cuando habla de “*riesgos significativos o efectos negativos, **directos o indirectos** sobre las actividades reguladas*”. Se trataba, por tanto, de separar el riesgo de las actividades reguladas de aquel que acompaña a las actividades mercantiles sometidas a algún grado de competencia. Pero no protegía esos mismos riesgos cuando fueran proyectados sobre las actividades reguladas de la adquirida a consecuencia de una toma de participaciones por una empresa que no realizara actividades reguladas por cualquiera de los medios admitidos en derecho.

## **2. LA FUNCIÓN 14 EN SU NUEVA REDACCIÓN**

El RDL 4/2006 da nueva redacción a la Función 14, modificando todos los principios que inspiraban la redacción originaria de la norma.

La nueva redacción dada a la Función 14 no se limita a añadir determinados supuestos de adquisición de participaciones bajo el ámbito de control de la CNE, dejando intactas sus funciones respecto a las operaciones anteriormente sometidas a autorización, sino que acomete una completa modificación de los principios de la 14 derogada.

La nueva Función 14 descansa –y así lo evidencia la Exposición de Motivos del RDL 4/2006- en la simetría del control por la CNE de la toma de participaciones que de modo directo o indirecto involucre actividades reguladas mediante una autorización ex ante y, al mismo tiempo, extiende el escrutinio de este modo de control mediante una ampliación de los criterios que deben ser tomados en consideración por CNE, recogiendo en un nuevo apartado 2 de la norma una serie de causas de denegación o sometimiento a condiciones distintas de las existentes en la 14 originaria: desde luego los relativos a las denominadas causas A, B, y C.

El nuevo texto establece literalmente que corresponde a la CNE:

*“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.*

*2. Las autorizaciones definidas en los dos párrafos del apartado 1 anterior podrán ser denegadas o sometidas a condiciones por cualquiera de las siguientes causas:*

*a) La existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos sobre las actividades contempladas en el apartado 1 anterior (actividades reguladas).*

*b) Protección del interés general en el sector energético y, en particular, la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de política sectorial, con especial afección a activos considerados estratégicos. Tendrán la consideración de activos estratégicos para el suministro energético aquéllos que puedan afectar a la garantía y seguridad de los suministros de gas y electricidad. A estos efectos, se definen como estratégicos los siguientes activos:*

*Las instalaciones incluidas en la red básica de gas natural definida en el artículo 59 de la presente Ley.*

*Los gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español.*

*Las instalaciones de transporte de energía eléctrica definidas en el artículo 35 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre (RCL 1997, 2821) , del Sector Eléctrico.*

*Las instalaciones de producción, transporte y distribución de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares.*

*Las centrales térmicas nucleares y las centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional.*

*c) La posibilidad de que la entidad que realice las actividades mencionadas en el apartado 1 anterior de esta función decimocuarta quede expuesta a no poder desarrollarlas con garantías como consecuencia de cualesquiera otras actividades desarrolladas por la entidad adquirente o por la adquirida.*

*d) Cualquier otra causa de seguridad pública y, en particular:*

*1º 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; así como:*

*2º 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.*

*3. La autorización de la Comisión Nacional de Energía deberá ser solicitada antes de la adquisición, de forma que dicha adquisición sólo será válida una vez obtenida la autorización. En el caso de que la adquisición se produzca por medio de una oferta pública de adquisición de acciones, el adquirente deberá obtener dicha autorización con carácter previo a la autorización de la oferta conforme a la normativa del mercado de valores”.*

La nueva redacción de la Función 14 amplía el control que puede ejercer la CNE sobre las operaciones de adquisición de participaciones en las que intervenga, ya sea como adquirente o adquirida, una sociedad con actividades reguladas. En efecto, si la redacción originaria de la Función 14 exigía autorización cuando una empresa con actividades reguladas tomase participaciones en otra que realizase actividades de naturaleza mercantil (fuesen o no reguladas), la nueva redacción extiende la necesidad de autorización a aquellos supuestos en que cualquier empresa (energética o no, regulada o mercantil) tome una participación significativa en una sociedad que desarrolle actividades reguladas.

La ampliación del control ejercido por la CNE responde, como se extrae de la Exposición de Motivos del RDL 4/2006, a la necesidad de reequilibrar una situación deficientemente diseñada.

La Exposición de Motivos del RDL 4/2006, instrumento fundamental para interpretar la "*mens legislatoris*" de las normas<sup>1</sup>, parte del reconocimiento de la existencia de insuficiencias en la legislación hasta entonces vigente en una doble faceta: por una parte, señala que no se contemplaban todos los intereses merecedores de protección por los poderes públicos y por otra, reconoce la necesidad de remediar el asimétrico diseño de la norma anterior y de someter a igual consideración las operaciones de concentración, cualquiera que sea el agente promotor de las mismas si tales operaciones involucran de alguna manera actividades reguladas o sometidas a *una especial sujeción administrativa*.

La finalidad de la autorización en la redacción originaria de la 14 era garantizar la adecuada gestión y solvencia de las actividades reguladas como responsables en parte significativa de la garantía de suministro, y hasta la modificación operada en 2006, esta previsión alcanzaba sólo a una parte de los supuestos, lo que daba lugar no sólo a una insuficiencia manifiesta en la cobertura de los bienes merecedores de protección sino también a una situación de desequilibrio y discriminación de determinados agentes económicos frente a competidores de iguales características (entiéndase con ello, pero no sólo, empresas energéticas comunitarias sin actividades reguladas en España)

La lógica de la norma se recupera con la nueva redacción porque alcanza plenamente su finalidad con la cobertura simétrica de los supuestos objeto del control de la CNE. El espíritu primordial del precepto, esto es, garantizar la seguridad del suministro –erigida como servicio esencial con características económicas propias de los bienes públicos- únicamente puede concebirse bajo un control de doble dirección. En buena lógica, la ruptura de tal simetría arrebataría al precepto la finalidad con la que nació. Tal y como ha sido concebida la nueva Función 14, sólo puede y debe mantenerse mientras sigan vigentes y operativos los instrumentos que permitan el cumplimiento de su finalidad y se mantenga el equilibrio bajo la que ha sido diseñada.

Pero la extensión del control de la CNE va más allá al prever la nueva redacción de la 14 nuevas causas por las que el regulador podrá denegar la

---

<sup>1</sup> STS de 21 de mayo de 1984 que, "*aun cuando las Exposiciones de Motivos no pueden ser alegadas como tesis central de casación al amparo del art. 1692 de la Ley procesal, ya que no tienen valor de norma, constituyen siempre un elemento importante en orden a la interpretación de la ley, al permitirnos conocer la "mens legislatoris" para poder llegar a la ratio legis; además a través de ella se ofrecen al intérprete tanto doctrinario como jurisdiccional, con condicionamientos socioeconómicos, político-morales y técnico jurídicos que motivaron la Ley, contribuyendo así a su mejor aplicación*".

autorización de toma de participaciones o adquisición de activos. En efecto, dicha autorización podrá ser denegada no sólo sobre la base de la existencia de riesgos significativos para el normal desarrollo de las actividades reguladas sino al amparo de conceptos tales como la “*protección del interés general*”, la “*garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de política sectorial*”, la “*seguridad pública*”, “*los activos considerados estratégicos*” y la existencia de alguna incompatibilidad entre las actividades reguladas (en su sentido amplio) y otras desarrolladas por la sociedad adquirente. Se trata, pues, de conceptos abiertos y amplios que otorgan a la CNE una potestad de apreciación discrecional, rompiendo la regla de la excepcional denegación de la autorización de la que cabía hablar bajo la vigencia de la redacción originaria de la Función 14. Los conceptos enumerados dotan al regulador de un poder de apreciación de conveniencia o inconveniencia de una determinada operación por parte de cualquier inversor, encomendando a la CNE la función de emitir un juicio político o de decisión del ámbito de la política energética sobre el sistema energético, impropio de un ente regulador.

En definitiva, no se amplía el texto de la antigua Función 14, sino que ésta nace *ex novo* o, con novedosos ámbitos subjetivos y objetivos, con una finalidad distinta, desde una óptica simétrica, y con poderes discrecionales del regulador que alejan el nuevo marco del hasta entonces existente. Es decir, existe en la norma una verdadera innovación en relación con su redacción original, que permite hablar de una potestad autorizatoria de la CNE distinta de aquella en vigor hasta la reforma operada por el RDL 4/2006.

### **3. LA SENTENCIA DEL TJCE DE 17 DE JULIO DE 2008 EN EL ASUNTO C-207/07-COMISIÓN C. ESPAÑA RELATIVO A LA FUNCIÓN 14 DE LA CNE**

El pasado 17 de julio de 2008, el TJCE dictó Sentencia en la que declaraba contrario al Derecho comunitario el párrafo segundo del apartado 1 de la propia Función 14 en su nueva configuración dada por el RDL 4/2006. El referido párrafo otorgaba a la CNE poderes de control de 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”.*

El TJCE considera que España ha infringido el Derecho comunitario al someter a la autorización previa de la CNE la adquisición de participaciones en empresas que realizan actividades reguladas en el sector energético o de los activos precisos para desarrollar tales actividades. A los ojos del TJCE, el régimen de autorización previa por parte de la CNE para supuestos distintos de “la seguridad pública en materia de abastecimiento energético” vulnera la libre circulación de capitales, en el sentido del artículo 56 TCE, y la libertad de establecimiento, en el sentido del artículo 43 TCE.

El TJCE entiende que el régimen de autorización previa establecido por las disposiciones del apartado 1, párrafo segundo, de la nueva Función 14 referido a supuestos que no pueden asimilarse a las excepciones contempladas en el Reglamento Comunitario de Concentraciones (Artículo 21.4)<sup>2</sup>, puede disuadir a los inversores establecidos en los Estados miembros distintos del de España de adquirir participaciones en las empresas españolas que operan en el sector energético. Este régimen constituye, por consiguiente, una restricción a la libre circulación de capitales en el sentido del artículo 56 TCE, apartado 1. Concluye que existe igualmente restricción a la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 43 TCE, así como que la medida no es proporcionada al fin perseguido, esto es, la seguridad del suministro de energía eléctrica, como cuestión de seguridad pública que permita excepcionar la aplicación de los artículos afectados del mencionado Reglamento de Concentraciones. En este sentido, el TJCE no rechaza la existencia de un mecanismo de control consistente en una autorización previa sino que exige que esta se configure y regule de modo “proporcionado respecto al fin perseguido”.

---

<sup>2</sup> 4. No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, los Estados miembros podrán adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el presente Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario.

*Se considerarán intereses legítimos en el sentido del primer párrafo la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales.*

En dicho caso, además, el TJCE exige igualmente que el régimen se base “*en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas y cualquier persona afectada por una medida restrictiva de este tipo debe poder disponer de un medio de impugnación jurisdiccional*”.

Por tanto, la nueva Función 14 otorga, siguiendo la sentencia del TJCE, a la CNE una facultad discrecional excesiva, que va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de garantizar el suministro mínimo de energía.

#### **4. IMPOSIBILIDAD DE APLICAR LA FUNCIÓN 14 DESPUÉS DE LA SENTENCIA DEL TJCE**

La Sentencia del TJCE tiene como efecto directo la imposibilidad de aplicar el párrafo declarado contrario a Derecho Comunitario de la Función 14. Ahora bien, los efectos de la Sentencia del TJCE no se limitan a lo anterior. Consecuencia indirecta del pronunciamiento del TJCE es la imposibilidad de que por la CNE se continúe aplicando la Función 14 subsistente. Y ello, por cuanto la parte subsistente de la Función 14 no satisface en modo alguno los objetivos cuya tutela se perseguía con la nueva Función 14 introducida por la reforma del RDL 4/2006, además de resultar contraria en sí misma al Derecho comunitario e incluso a nuestro Texto Constitucional.

Nótese que la finalidad de la nueva Función 14 es la de garantizar de una forma simétrica el suministro energético, como concreción de los principios de interés general y en concreto la seguridad pública en materia de abastecimiento. Así, la norma prevé como un todo inescindible una potestad de autorización previa de la CNE, de tal forma que la subsistencia aislada de alguna de sus partes no satisface los objetivos de la ley. Aún más, la subsistencia aislada del fragmento respecto del cual el TJCE no se ha pronunciado nos sitúa en un escenario similar al que planteaba la Función 14 en su redacción originaria, expresamente rechazada, y por ello derogado, por el legislador en su reforma por el RDL 4/2006.

El nuevo precepto opera como pieza necesaria para hacer viable un control de las operaciones de toma de participación que permita cumplir el fin último que con dicho control se pretende. Y esto es lo que indudablemente se deduce de la Exposición de Motivos del RDL 4/2006. Su inequívoco sentido normativo, que deriva inexorablemente de la finalidad del precepto, de su tenor literal y del ostensible entendimiento de los motivos últimos que determinaron la nueva redacción de la Función 14 de la CNE, debe ahora respetarse.

La aplicación de la Función 14, en la parte no expresamente declarada incompatible con el derecho comunitario, supondría, sencillamente una manifiesta interpretación *contra legem* de la finalidad de la nueva normativa. Una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional viene poniendo de relieve que no se puede tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril). Y ello, porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza a “*ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos*” (SSTC 138/2005, de 26 de mayo, 22/1985, de 16 de febrero, 222/1992, de 11 de diciembre, 341/1993, de 18 de noviembre). En definitiva, como se señala en la STC 138/2005, “*la interpretación conforme no puede ser una interpretación contra legem, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que ... no le corresponde*” (entre otras, SSTC 184/2003, de 23 de octubre, 24/2004, de 24 de febrero, 138/2005, de 26 de mayo y 235/2007, de 7 de noviembre). También en este sentido la STS 6217/1996 de 14-03-1998 “*...no cabe reconocer al operador jurídico la libertad para alterar la **norma** llegando a consecuencias incompatibles con la propia voluntad del legislador, pues se resentiría la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) y se lesionaría incluso el principio de legalidad.*”

Partiendo de la anterior doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se puede concluir que la aplicación por la CNE del texto de la Función 14 no declarado incompatible con el derecho comunitario por el TCE sería tanto como desfigurar el unívoco sentido que deriva de su expresa finalidad, de su literalidad, y de la expresa voluntad del legislador que motiva una nueva redacción del precepto, de la que nace una norma nueva que sólo puede ser concebida y aplicada en su integridad, so pena de contravenir frontalmente su finalidad y las razones bien conocidas de su necesidad y origen.

La lectura conjunta del texto de la Función 14, en su redacción dada por el RDL 4/2006, no permite otra interpretación distinta a la de concebir un control comprensivo de la totalidad de la toma de participaciones que involucren

empresas energéticas con actividades reguladas con total independencia del modo en que estas las realicen, pues es precisamente “*la simétrica consideración de las operaciones, cualquiera que sea el agente promotor de las mismas*” el centro de gravedad que configura la nueva redacción del precepto. La ruptura de dicho centro de gravedad desfigura el sentido de la norma, haciéndola inaplicable en tanto no se acometa una modificación que la dote nuevamente de una coherencia finalista. La aplicación actual de la Función 14 sería jurídicamente inaceptable, y en cuanto técnica de interpretación excedería notoriamente los límites que se fijan en la mejor doctrina jurídica, haciéndole decir a la norma lo que en modo alguno dice ni nunca ha querido decir al ser sustituida en realidad por una norma distinta de efectos distintos e incluso perversos, lo que constituiría, en definitiva, una manifestación típica de prácticas interpretativas que la jurisprudencia citada rechaza.

En otras palabras, si la interpretación sistemática del precepto permitiera el control único de las inversiones realizadas por sociedades con actividades reguladas (pero no el de las realizadas por sociedades mercantiles en otras con actividades reguladas), ello supondría la expresa y manifiesta ignorancia de la razón última de la norma, expresada en la Exposición de Motivos del Real Decreto que otorga a la Función 14 su nueva redacción. Una Exposición de Motivos que aunque siempre deba servir como un instrumento interpretativo, en la actual situación creada por la Sentencia de TJCE, adquiere un valor insoslayable máximo que debiera zanjar las controversias interpretativas de la norma subsistente.

La *voluntas legislatoris* debe tener el peso que le corresponde, sin que pueda minimizarse su valor, hasta el punto que su desconocimiento incluso puede incurrir en el riesgo de falta de respeto por la Administración a la autonomía del legislador. El texto de la nueva Función 14 constituye un todo inseparable, de modo que la necesaria inaplicación de la parte del precepto declarada contraria a Derecho Comunitario contamina necesariamente al resto de la norma, abocando a su necesaria inaplicación en tanto no se acometa su oportuna y coherente modificación.

De lo anterior se infiere que de admitirse la continuidad en la aplicación de la Función 14 subsistente se estaría atribuyendo de forma indirecta una cierta potestad legislatora tanto a la CNE como al TJCE, por cuanto se estaría determinando un nuevo contenido para la Función 14 muy distinto de aquél para el cuál fue alumbrada por el RDL 4/2006. Se vuelve aquí otra vez a citar la STC 138/2005, de 26 de mayo: “...la interpretación conforme no puede ser una interpretación contra legem, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales.....y por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción..... de una función de legislador positivo que ... no ...corresponde”

#### **4.1 SI SE ADMITE LA APLICACIÓN DE LA FUNCIÓN 14 SUBSISTENTE SE ESTARÍA ATRIBUYENDO TANTO A LA CNE COMO AL TJCE FUNCIONES DE LEGISLADOR POSITIVO QUE NO LES CORRESPONDE**

Si se admite la continuidad en la aplicación de la Función 14 con el fragmento subsistente tras el pronunciamiento del TJCE podría entenderse que se está consintiendo que el TJCE desarrolle cierta labor legislatora o normativa de la que carece. En efecto, adviértase que el efecto final de la Sentencia del TJCE es la vuelta a un escenario (control asimétrico indeseado), el anterior a la entrada en vigor de la nueva Función 14, expresamente rechazado y abandonado por el legislador español, por los motivos reiteradamente citados: insuficiencia, asimetría, discriminación, etc.

El TJCE, como intérprete máximo del Derecho comunitario, puede declarar la contradicción con el mismo de normas internas, pero no puede, en modo alguno, determinar el modo concreto en el que las mismas han de quedar redactadas, potestad esta de titularidad exclusiva de quienes por nuestro ordenamiento constitucional tienen atribuido poder normativo, en concreto, el legislador en cuanto a las leyes y la Administración Pública en cuanto a las disposiciones reglamentarias.

En este sentido, el artículo 71.2 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa prohíbe que por los Tribunales de esa jurisdicción, al declarar la nulidad de disposiciones generales con rango inferior a la ley, se determine el contenido de la norma anulada. Así, se manifiesta también la jurisprudencia del Tribunal Supremo concretada en Sentencias como las de 14 de diciembre de 1998 o 15 de junio de 2000.

Por otro lado y a mayor abundamiento, si la CNE continúa aplicando la Función 14 sin el párrafo declarado contrario a Derecho comunitario, un órgano de la naturaleza administrativa sin potestad normativa *ad extra* estaría determinando el contenido de una norma con valor formal de ley. Podría entonces afirmarse que la CNE está actuando como legislador, dotando además a la Función 14 de un contenido vulnerador del espíritu de la nueva Función 14.

#### **4.2 LA FUNCIÓN 14 INFRINGE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

El pronunciamiento del TJCE no sólo falla contra un determinado párrafo de la Función 14 sino que pone de relieve en los fundamentos de la sentencia las múltiples infracciones de la norma tales como (i) la desproporcionalidad del control *ex ante* de la CNE al fin perseguido (ii) la existencia de causas de denegación de la autorización no directamente relacionadas con la seguridad de suministro energético, (iii) la redacción general e imprecisa del precepto y su consecuente inseguridad jurídica y (iv) la asignación a la CNE de facultades excesivamente discrecionales y, por ello, difícilmente controlables por los órganos jurisdiccionales.

Este escenario no es sólo predicable de la parte directamente considerada contraria a derecho comunitario (segundo párrafo), sino que al persistir en el resto de la norma las deficiencias e infracciones apuntadas por el TJCE en relación con las denominadas causas A, B y C (que formalmente subsisten por ser ajenas a su concreto fallo) ( e igualmente la causa D al menos parcialmente en cuanto su redacción es más abierta que la excepción de “seguridad pública” recogida como justificación en la normativa comunitaria) indirectamente también estas han quedado viciadas de incompatibilidad con el derecho comunitario, sin duda, –no sólo por los propios fundamentos de la Sentencia- al considerarse incompatible un párrafo que hubiera conducido a las empresas (que a la recurrente -la Comisión Europea- le han importado en el momento de su recurso al TJCE -empresas comunitarias sin actividades reguladas en España), al sometimiento del control previo, porque declarado incompatible el segundo párrafo en cuestión, en la misma situación de incompatibilidad quedan las consecuencias que sobre sus protegidas tendría la aplicación de la norma subsistente.

La declaración manifiesta y expresa de las deficiencias de la norma no puede, por consiguiente, ignorarse por la CNE (vid por todas, la STJCE *Fratelli Costanzo*, de 22 de junio de 1989) perfecta conocedora de las infracciones declaradas en la Sentencia y de la necesidad de su urgente adaptación a los principios del derecho comunitario. La aplicación actual de la Función 14 por la CNE supondría el público, consciente y atrevido reconocimiento de ejercicio de un poder difuminado y desorbitado que, al margen de su manifiesta contravención a los principios comunitarios, podría ser considerado contrario a nuestro texto constitucional.

En efecto, el artículo 14 de nuestra Constitución proclama el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, que proscribe las diferencias de trato entre situaciones que se consideren iguales y que carezcan de una justificación objetiva y razonable o que resulten desproporcionadas en relación con dicha justificación (entre muchas, STC 44/1996, de 14 de marzo). En este contexto, no cabe duda de que el mantenimiento y la efectiva aplicación del párrafo primero de la Función 14 por la CNE situaría a las empresas energéticas españolas en situación de ostensible desigualdad y discriminación en relación a cualquier empresa extranjera o mercantil española, que podría acometer la misma operación diseñada por la empresa energética española sin someterse a control alguno de la CNE y, por tanto, sin posibilidad de denegación. Así, la efectiva aplicación, en las condiciones actuales, de la Función 14 a una empresa energética española supondría una traba adicional a las inversiones por ésta planificadas, y un obstáculo injustificado a su libertad de reestructuración empresarial, con manifiesta contravención de nuestro Texto Constitucional.

Recordemos que, de conformidad con la jurisprudencia del TJCE, las limitaciones o condiciones a la autorización que el Estado miembro adopte en defensa de la seguridad del suministro deberán responder a unas reglas esenciales entre las que cabe destacar la exigencia de no discriminación, que se traduce en que la medida debe ser aplicable a todas las empresas con independencia de su nacionalidad. La exigencia de un procedimiento autorizatorio previo a las toma de participaciones de las empresas españolas con actividades reguladas contraviene no sólo tal jurisprudencia comunitaria sino que infringe frontalmente nuestra Carta Magna en tanto no existe justificación razonable alguna que autorice un trato desigual y más gravoso respecto del resto de empresas, nacionales o extranjeras.

Aquí, en este punto, parece necesario señalar que no vale limitar, para obviar la consecuencia anterior, la interpretación del primer párrafo subsistente de la Función 14 como referido sólo a las sociedades que realicen de modo directo las actividades reguladas o las *sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial*. Esta peculiar interpretación podría calificarse de fraude de Ley aunque tuviera por objeto evitar discriminaciones contrarias al derecho comunitario y al Texto Constitucional:

Si sólo ahora fueran las sometidas a autorización previa las sociedades que de modo directo ejerzan las actividades reguladas, el sometimiento al procedimiento y escrutinio correspondiente a la 14 sería completamente voluntario por parte de las referidas empresas puesto que poco cuesta crear una filial o destacar una matriz para escapar a tal control. En definitiva, una interpretación restrictiva como la pretendida abocaría la norma a un completo vaciamiento y lo vacío es inaplicable o un ejercicio fatuo.

Además de precedente nefasto contrario a la doctrina del “levantamiento del velo”<sup>3</sup>, la interpretación restrictiva citada conduciría a aplicar la Función 14 a las empresas con actividades reguladas ejercidas de modo directo (que por docilidad o ingenuidad no regatearan la norma así interpretada) en la extensión de los supuestos A, B, y C declarados incompatibles (e igualmente el D al menos parcialmente en cuanto su redacción es más abierta que la excepción de “seguridad pública” recogida como justificación en la normativa comunitaria) como supuestos de autorización previa en los fundamentos de la Sentencia aunque formalmente estén aún vigentes. Así se pone de manifiesto que, en cualquier caso, de acuerdo con el Derecho Comunitario y la jurisprudencia española citada, la Función 14 aunque parcialmente subsistente resulta de todo punto inaplicable. A este respecto la doctrina fijada por el TS en su mencionada Sentencia . 6217/1996 de 14-03-1998: “..... las normas jurídicas no deben ser interpretadas de manera que conduzcan a soluciones que no se adaptan al contenido y filosofía que inspira el cuerpo legal en el que están insertas o las mismas lleguen a ser absurdas e inoperantes, o como dijo, la sentencia,

---

<sup>3</sup> “El juego de la técnica del levantamiento del velo en el caso de personas jurídicas creadas por o en mano de la administración pública. II La doctrina del levantamiento del velo” Revista Jurídica IB, nº 4 (2006) L. Parejo Alfonso Catedrático de Derecho Administrativo UCIII M

*también de dicha Sala, de 30 de enero de 1995, la interpretación debe ser sistemática, en armonía con el sistema jurídico total”, y el artículo 39.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, el cual establece que "cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que debe extenderse **por conexión o consecuencia**".*

#### **4.3 LA CNE NO PODRÁ EJERCER DE NUEVO LA FUNCIÓN 14 HASTA QUE POR EL LEGISLADOR SE PROCEDA A UNA NUEVA FORMULACIÓN DE LA MISMA, SITUACIÓN DESEABLE POR LA FLAGRANTE INSEGURIDAD JURÍDICA QUE EL PRONUNCIAMIENTO DEL TJCE HA OCASIONADO**

La principal consecuencia de todo cuanto antecede es que la CNE no debería proceder a aplicar la Función 14 hasta que por el legislador se dote de contenido a la misma, con el objeto de que la CNE no asuma competencias que no le son propias, como la de legislar. Esa intervención del legislador parece absolutamente necesaria con carácter previo a una intervención de la CNE de tal forma que se subsane el vacío normativo o laguna del ordenamiento jurídico que la Sentencia del TJCE ha ocasionado.

La intervención del legislador viene, además, exigida por la necesaria tutela del principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, informador del Estado de Derecho. Una seguridad jurídica gravemente afectada en el sector de las concentraciones energéticas tras el pronunciamiento del TJCE.

## **5. CONCLUSIÓN**

Por consiguiente, hubiera correspondido responder a la consulta de GN que la CNE no someterá a autorización previa su operación de toma de participaciones en el capital de UF según establece la Función 14 por inaplicabilidad de su texto subsistente a resultas de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008 en el asunto c-207/07-Comisión c. España relativo a la Función 14 de la CNE, y no por considerar que Gas Natural SDG S.A no realiza actividades de las consideradas por la LSH como reguladas y otras sometidas a una especial

sujeción administrativa, porque, como es obvio, las realiza en calidad y cantidad difícilmente superable por cualquier otra empresa, con independencia de que haya decidido realizarlas de modo indirecto a través de filiales.

Madrid, 18 de septiembre de 2008

Jorge Fabra Utray