



**Universidad  
Zaragoza**

# Trabajo Fin de Máster

## ANÁLISIS DEL PROCESO LIBERALIZADOR DEL SECTOR ELÉCTRICO EN ESPAÑA

Autor

Patricia Asensio Moreno

Director

Fernando López Ramón

Facultad de Derecho

2012

## **ÍNDICE**

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. CARACTERÍSTICAS SECTOR ELÉCTRICO.**
- III. REGULACIÓN PREVIA AL PROCESO LIBERALIZADOR.**
  - A) Orígenes del régimen jurídico del sector eléctrico.**
  - B) Publicación del sector eléctrico en España.**
- IV. PRIMERA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO.**
  - A) Primer intento fallido: LOSEN.**
  - B) Hitos previos a la liberalización: la Directiva 96/92/CE y el Protocolo de 1996.**
- V. LIBERALIZACIÓN EFECTIVA DEL SECTOR ELÉCTRICO. LA LEY 54/1997, DE 27 DE NOVIEMBRE.**
- VI. CONSOLIDACIÓN Y PRODUNDIZACIÓN DE LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO: Directiva 2003/54/CE y Ley 17/2007, de 5 de julio.**
- VII. EL TERCER PAQUETE DE MEDIDAS LEGISLATIVAS: Directiva 2009/72/CE y Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo.**
- VIII. CONCLUSIÓN. CUESTIONES PENDIENTES EN LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL SECTOR ELÉCTRICO ESPAÑOL.**

## I. INTRODUCCIÓN.

La energía es uno de los sectores más significativos en el desarrollo económico de un país. Su influencia en el proceso productivo y en el uso doméstico van a ser indicativos de la evolución de la calidad de vida del mismo. Su generación, disposición y uso es una demanda universal de los ciudadanos que viene en economías modernas, al ser un factor de bienestar material imprescindible que integra, en su cadena de provisión y valor, múltiples servicios y aplicaciones tecnológicas e industriales.

El modelo económico de regulación en el que se apoya, en cada caso, el sector eléctrico, si bien debe guardar relación con las capacidades y fuentes de energía primaria que se encuentren en el mismo, ha respondido fundamentalmente a una decisión y elección de naturaleza política que se traduce en un concreto marco normativo.

Naturalmente, en los sectores económicos altamente tecnificados y complejos, como el eléctrico, no pocos aspectos de su regulación mantienen una línea constante de configuración normativa y exigencias técnicas, en particular, las referidas a la seguridad de los aprovisionamientos, fiabilidad y disponibilidad de las redes y, en consecuencia, universalidad del suministro en adecuadas condiciones de calidad y precio.

Su configuración como “servicio en red”, -la electricidad ha sido categorizada en este concepto por la Comisión Europea<sup>1</sup>- va a dotar de ciertas peculiaridades jurídicas a este sector y, por ende, de una especial intervención del poder público en su regulación.

Estos servicios se caracterizan por depender de una infraestructura en red, que como posteriormente veremos, ha determinado la existencia de un monopolio natural y la voluntad de introducir en algunas fases o segmentos de la prestación de los servicios en red algún grado de competencia. Siendo una particularidad las grandes

---

<sup>1</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, que acompaña a la Comunicación “Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno”: Servicios de interés general, incluidos los sociales; un nuevo compromiso europeo, de 20 de diciembre de 2007.

inversiones que requiere la propia red eléctrica así como las necesarias para la obtención del producto, esto es el suministro de la electricidad.

Dadas las características de este sector, como veremos a continuación y la importancia que tiene en el desarrollo económico de un país ha sido y es imprescindible la necesidad de asegurar la calidad y la prestación del suministro eléctrico de forma regular y continúa que ha llevado a la que presencia de la actuación pública en este sector sea muy significativa. Precisamente por esto, la intervención administrativa en el sector eléctrico ha estado íntimamente ligada a los cambios en el contexto socio-económico de un país y a la propia configuración del sector.

La intervención tímida de la Administración, a través de potestades parciales, poco a poco se va intensificando con la declaración del servicio público del suministro eléctrico y llegando a la publicación y a una nacionalización del mismo. Los cambios producidos en su propia configuración así como una serie de argumentos, tanto de carácter político como económico –influenciados por el derecho comunitario– conllevarán a la apertura a la competencia y la liberalización de determinadas de las actividades que lo integran, sin que por ello se produzca una desregulación del sector, es más, como tendremos ocasión de exponer con detalle, este cambio de ejercicio del poder público supone una neoregulación.

La liberalización del sector eléctrico español ha ido de la mano de la transformación regulatoria desarrollada a escala europea con la aprobación de las nuevas directivas destinadas a crear mercados únicos europeos en el gas y la electricidad. El proceso de liberalización se inició en diciembre de 1996, con la firma de un protocolo entre las empresas, supervisado por la Administración, que establecía las líneas maestras del marco en el cual se desarrollaría la competencia a partir del 1 de enero de 1998. La estabilidad y la fiabilidad que han caracterizado el suministro eléctrico desde entonces esconden una radical transformación en el sistema eléctrico español. A esto se une el cambio operado en la configuración de la regulación de los sectores económicos, a consecuencia, entre otras causas, del derrumbe del monopolio natural, por el desarrollo tecnológico y al ánimo liberalizador, como justificación de la titularidad de las infraestructuras en red.

Las ventajas teóricas de la introducción de competencia se suelen agrupar en torno a una serie de argumentos políticos y económicos. Entre los primeros destacan: la descentralización del poder, la disminución de los controles burocráticos y las oportunidades que la libertad de acceso al mercado conlleva. Entre las razones económicas se encuentra la mayor eficiencia de los mercados competitivos. En un

mercado competitivo la distribución de recursos e ingresos se resuelve mediante una interacción casi mecánica entre oferta y demanda. De este modo queda limitado el poder que el Gobierno o el que una institución monopolista pueda ejercer unilateralmente sobre la asignación de recursos e ingresos.

La libertad de acceso al mercado crea nuevas oportunidades y hace que quienes ya participan en el mismo no se conformen con una determinada cuota de clientes. Desde el punto de vista de la teoría económica, la diferencia más clara entre competencia y monopolio puros es que éste conduce a una distribución poco eficiente de los recursos al ser posible que el precio exceda el coste marginal, mientras que en los mercados competitivos ambos tienden a igualarse. El problema que se plantea es, sin embargo, la dificultad de encontrar las condiciones que permitan la existencia de una competencia pura y la presencia de factores que determinan la presencia de monopolios naturales.

A lo largo de este trabajo vamos a realizar un análisis crítico, desde una perspectiva jurídica, de la mayor transformación que ha experimentado el sector eléctrico, el proceso liberalizador.

Para ello además de realizar un profundo análisis de esta fase que arranca de mediados de los años noventa no podemos olvidarnos del régimen vigente anterior, de los inicios de la regulación jurídica de la electricidad y por su puesto de las características de este sector que han derivado peculiaridades jurídicas no existentes en sectores de características similares.

## **II. CARACTERÍSTICAS DEL SECTOR ELÉCTRICO.**

Es imprescindible a la hora de analizar el régimen jurídico de un sector económico, dar unas pinceladas de sus notas esenciales para que nos ayude a comprender el porqué de su configuración jurídica.

El sector eléctrico es un sector básico en el conjunto de la economía nacional. La electricidad es un elemento de coste necesario en cualquier proceso productivo. Por ello, el coste de la energía debe ser lo más barato posible, pues sólo de esa forma se ayuda a la competitividad de la economía española.

El sector eléctrico es, al mismo tiempo, un sector estratégico básico de la industria nacional en particular, tanto por la avanzada tecnología que utiliza, como por la inducción de desarrollo industrial que genera.

Por otro lado, la electricidad es un bien de primera necesidad cuyo abastecimiento debe garantizarse en todo momento y serán sus características técnicas las que las que configuraron este sector de un modo corporativo sobre la base del monopolio natural que impidieron el surgimiento espontáneo en el sector del mercado, como hemos apuntado con anterioridad.

Muchos autores, entre los que podemos citar a PAREJO ALFONSO<sup>2</sup>, han considerado que esa peculiaridad técnica del sector –no predicable de otros sectores de características similares- es lo que ha llevado a la intensa intervención pública, en sus diversas manifestaciones, configurando una realidad artificial del sector que no siempre ha permitido la introducción del factor mercado, aunque dicha actividad, desde sus inicios, se haya ubicado en manos privadas.

Estas peculiaridades son la no almacenabilidad de la energía ante una demanda eléctrica incontrolable; la necesaria aplicación de una pluralidad de tecnologías que dependen de una fuente de energía primaria escasa; las propias limitaciones técnicas que esto provoca a los agentes inversores en el sector; y, por último, la interrelación necesaria y directa entre todos los mecanismos y actividades que inciden en el suministro de electricidad, de suerte que lo que acaezca a uno de ellos repercute inevitablemente en los restantes.

Por todo ello, el sector eléctrico reviste un carácter esencial que ha justificado tradicionalmente su configuración como servicio público a fin de garantizar a los ciudadanos su prestación de forma regular y continua.

Y esto ha sucedido por la visión existente en sus orígenes de este sector como un bloque en sí mismo, sin actividades diferenciadas, que conllevó a la integridad vertical de éstas y a la configuración de una organización corporativa y cerrada del conjunto así como, en consecuencia, a una política pública de regulación y control globales de escasa penetración en la realidad homogénea del sector eléctrico.

Como veremos, es el proceso liberalizador, la reforma normativa realizada por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, la que rompe con este sistema de consideración homogénea del sector y que permitirá el establecimiento de regímenes jurídicos distintos a las diversas actividades que componen el sector eléctrico y que producirá una transformación del papel del poder público.

---

<sup>2</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. «El sistema energético», en *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*. Tirant Lo Blanch, 2011. pág. 565.

Pero, también es preciso señalar, como ha suscrito algún comentarista experto en la materia<sup>3</sup>, que esas características peculiares que hemos apreciado y que evidenciaban o justificaban el rechazo al funcionamiento en régimen de mercado son erróneas y que ha sido una comprensión incorrecta de cómo funciona el mercado eléctrico lo que ha derivado en el establecimiento de un régimen jurídico excesivamente intervencionista que dejó pasar los beneficios del mercado: mayor eficiencia productiva, mayor evidencia asignativa, eliminación del riesgo moral o mayor flexibilidad.

Factores como la evolución tecnológica; la posibilidad de alterar decisiones dentro de una misma empresa por relaciones contractuales o reguladas sin que esto genere un aumento excesivo de costes; el establecimiento de mecanismos fiables de interconexión no sólo física sino también económica entre distintas fases o tramos de actividad implicados en la prestación del producto; la posibilidad de conseguir contestabilidad de los mercados en alguna de estas fases mediante una limitada concurrencia de compañías, compatible con el carácter intensivo de las inversiones en alguno de esos tramos; o, la articulación de soluciones al problema de los costes varados que surgen en entornos monopolísticos y que son de difícil recuperación si dichos entornos se transforman en competitivos, pueden hacer posible -y de hecho así ha sido- la apertura a la competencia de servicios como el eléctrico, eso sí conservando la naturaleza de monopolio natural sólo alguna de las fases de la prestación del servicio.

Por ello, es preciso determinar las notas diferenciadas de las propias fases del “ciclo eléctrico” o la de las actividades que integran el sector eléctrico, como un ejercicio fundamental para entender el proceso liberalizador.

La producción de electricidad, se trata de una energía, producida a partir de otras fuentes lo que permite obtener electricidad. Las plantas de producción de electricidad operan empleando combustibles fósiles como petróleo, gas o carbón (centrales térmicas), energía nuclear, fuentes renovables de energía, como la hidráulica, eólica, solar, de las mareas, etc., o calor desprendido de procesos industriales o de tratamiento de residuos (cogeneración).

Siendo el sector eléctrico un sector estratégico asegurar la disponibilidad de fuentes primarias de energía a partir de las cuales producir electricidad, se convierte

---

<sup>3</sup> SÁENZ DE MIERA, Gonzalo. «Resultados de la liberalización de la generación eléctrica. Precios, competencia y medio ambiente». Papeles de Economía Española, nº 121, 2009, Economía y Cambio climático. Páginas 112-140.

en un objetivo prioritario. El modo de lograr esa seguridad es, entre otros, diversificar el tipo de centrales de producción o implantar centrales que puedan operar con dos combustibles diversos. De este modo, la escasez de combustible de un tipo no compromete seriamente la producción de electricidad o sus precios. A partir de la primera crisis del petróleo (1973), los países occidentales han avanzado en esta política de diversificación con la que se pretende evitar la dependencia exterior.

Las notas sobre la producción de electricidad referidas son comunes a todos los países y relativas, en la medida en que el avance de la técnica permita superar algunos de los condicionantes aquí señalados.

El transporte de electricidad está condicionado por el soporte material que emplea: los cables eléctricos son necesarios para unir la planta de producción con el punto de consumo. Transportar electricidad supone pérdidas en forma de calor. Sólo si la tensión es alta estas pérdidas disminuyen. Para el transporte de grandes cantidades de electricidad se eleva su tensión, reduciendo la intensidad, para conservar constante la potencia y limitar lo más posible las pérdidas en forma de calor. Esas pérdidas son proporcionales al cuadrado de la intensidad: cuanto menor sea ésta, menores serán las pérdidas. Posteriormente la tensión se baja para hacer posible el consumo de electricidad sin riesgo para las personas.

El transporte de electricidad es un monopolio natural en el sentido de que sería poco razonable y económicamente carecería de significado la multiplicación de las redes de transporte de electricidad y conexión entre distintas áreas geográficas.

En relación a la distribución, la electricidad “discurre” por los tendidos eléctricos a la velocidad de la luz. A la producción sigue el consumo casi de forma instantánea. Junto a esta característica hay otra que condiciona la actividad económica y la regulación del entero sector: la electricidad no se puede almacenar, desde luego no se puede almacenar por su usuario.

A esos datos –velocidad e imposibilidad de almacenamiento- se une la necesidad de mantener una determinada frecuencia en la red. Si ésta aumenta o disminuye por encima de determinados límites, los aparatos que reciben alimentación de la misma comenzarán a manifestar conductas erráticas hasta averiarse gravemente desembocando en el no suministro eléctrico a los ciudadanos, servicio que ante todo ha de estar garantizado por el poder público.

Un factor más cabe añadir. La demanda de electricidad es en cada momento impredecible. La imprevisibilidad de la demanda, unida a la posibilidad de fallos en el equipo de generación de electricidad, hacen que se deba prever la producción de más



energía de la que sería estrictamente necesaria conforme a los pronósticos hechos con anterioridad. De otra forma, la producción y su propagación por la red no se ajustarían constantemente a la demanda, provocando cortes en el suministro.

Para paliar los efectos de alzas inesperadas en la demanda de electricidad y disminuir la energía excedentaria prevista, es conveniente la interconexión de la red de alta tensión. De esta forma, el eventual defecto de electricidad de una zona puede ser suplido con los excedentes de energía producidos en ese momento en otro ámbito territorial interconectado. De este modo crece la fiabilidad del sistema, reduciendo la producción de energía en todas las zonas afectadas.

Como señala F.B. LÓPEZ-JURADO<sup>4</sup>, la principal técnica de regulación específica de los servicios en red –aplicable, sin duda alguna, al sector eléctrico- es la asignación de estatutos diferenciados a según que tipo de actividades de entre las necesarias para la prestación de esos servicios. Posibilitándose de esta manera la apertura a la competencia, separando el transporte y el objeto transportado, tanto desde el punto de vista jurídico como desde la perspectiva económica.

Pero no podemos olvidar que la existencia de una serie de condicionantes sociales no pueden hacer que sólo nos sirvamos de criterios técnicos para elaborar su régimen normativo. Además de las cuestiones económicas y políticas existen caracteres objetivos de lo que se consideraba un servicio público, que aun cambiando su concepción su fundamento es el suministro eléctrico.

Así, debe existir la igualdad de acceso de los usuarios a las prestaciones en condiciones razonables; la continuidad en el servicio, evitando interrupciones en su prestación; la adaptabilidad, entendida como búsqueda permanente de la menor respuesta a las necesidades cambiantes de los usuarios; la calidad y eficacia del servicio; la transparencia en su gestión, especialmente en lo relativo a su financiación, asignación de costes a las distintas actividades involucradas y fijación de los precios del servicio; la no discriminación en el tratamiento de los usuarios; y la compensación por inadecuado funcionamiento.

Junto a estos condicionantes sociales derivados del carácter del servicio y de la consecuente necesidad de asegurar su prestación existen otros vinculados tanto al medio ambiente como a la seguridad en su dimensión de prevención de riesgos para personas y cosas.

---

<sup>4</sup> LÓPEZ-JURADO, F.B. «Técnicas específicas de los servicios en red», en MUÑOZ MACHADO, S., ESTEVE PARDO, J. (dirs.) *Fundamentos e Instituciones de la Regulación.*, Iustel, 2009. Págs. 792-793.

De este modo, la conjunción de estas notas, y su interpretación por los diferentes agentes intervinientes en el propio sector, han ido confeccionando normas de regulación que difieren en su comprensión del sistema eléctrico pero que, eso sí, han tenido como objetivo a cumplir la garantía y aseguramiento del suministro eléctrico.

Esto ha llevado a que el servicio eléctrico haya sido configurado como un servicio público -si bien es cierto que no en la totalidad de sus fases-, y que sea importante analizar brevemente el cambio de concepción de “servicio público” que ha operado en la doctrina y en su propio régimen jurídico para acercarnos a la actual descripción de este servicio.

Fue la Unión Europea, especialmente la Comisión, desde la segunda mitad de los años ochenta la que impulsó la liberalización de los servicios públicos que se prestan en el marco de las grandes industrias de redes, que ha ido transformando el concepto de servicio público limitando su extensión para las actividades económicas, máxime cuando puede darse la comercialización de los servicios públicos. Esta circunstancia hará que este tipo de servicios hayan de sujetarse a la normas de la Unión Europea sobre competencia y libre circulación y, en consecuencia, surgirá una nueva categoría los “servicios de interés económico general”, derivada del artículo 86.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea<sup>5</sup>.

La finalidad de este precepto consiste conciliar en la medida de lo posible el interés comunitario en le funcionamiento del Mercado Común, en el que el sector público ha de estar integrado, con la utilización del mismo como instrumento al servicio de objetivos legítimos de política económica nacional<sup>6</sup>.

Con esa inicial pretensión se ha producido la introducción de una nueva terminología en este ámbito como conceptos que sustituyen al tradicional de servicio público, como puede ser la de «servicio esencial». Como veremos más adelante, las directivas liberalizadoras de servicios de redes hablan de obligaciones de servicio público. Este cambio de denominación sin que exista una definición expresa para cada una de ellas hace que las nociones de interés económico general, de servicio universal y de obligación de servicio público se confundan en directivas comunitarias,

---

<sup>5</sup> Actualmente esta cuestión se contempla en el artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, siendo importante destacar el cambio de consideración que hace el Tratado de Lisboa de este tipo de servicios, debiéndose relacionar con el artículo 14 del citado Tratado.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., «Los monopolios del Estado», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. Y MUÑOZ MACHADO, S. (dirs.), *Tratado de derecho comunitario europeo*, Tomo II, Civitas, 1986, pág. 484.

concretamente en el sector objeto de análisis. Por ello, no podemos sino coincidir con el reproche, que hace parte de la doctrina<sup>7</sup>, de la indefinición positiva de estos conceptos en los textos comunitarios, así como la necesaria elaboración de una normativa horizontal para garantizar la seguridad jurídica.

Profundizaremos en esta cuestión con objeto de la calificación que han hecho las normas españolas del sector eléctrico, lo que sí hemos de destacar para finalizar esta caracterización del sector es que de la conceptualización que se le realice por las normas se derivaran unas consecuencias jurídicas un otras. Así, al tratarse de un servicio de interés económico general, le corresponde las obligaciones propias de estos (suministro universal, sin discriminación, a precios razonables, con conexiones fijas entre suministrador y cliente, con obligación de suministrar en el mismo momento en que se produce la demanda –como hemos dicho la electricidad no es almacenable, por lo menos a costes asumibles- fluctuando ésta de un momento a otro), que hacen necesarias fuertes inversiones en capacidad que pueden hacer más eficiente que el suministro sea asumido por una sola compañía.

### **III. REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO PREVIA AL PROCESO LIBERALIZADOR.**

#### **A) Orígenes del régimen jurídico del sector eléctrico.**

Si bien el objeto del presente trabajo se centra en el proceso liberalizador del sector eléctrico, éste no puede entenderse sin un análisis previo de la situación jurídica del mismo desde sus orígenes hasta la adopción de medidas reales y efectivas de su apertura al mercado que se impondrán en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre del sector eléctrico, sin perjuicio de alguna tímidamente aperturista a la competencia que incluye su predecesora, la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sector Eléctrico Nacional.

En un principio, y como regla general, en todos los países la energía eléctrica estaba en manos del sector privado, las regulaciones públicas no se hicieron esperar. Los títulos y las técnicas administrativas de intervención en los primeros años de vida del sector fueron muy diversos, estando ligada al otorgamiento de las concesiones

---

<sup>7</sup> SEGURA SERRANO, A. «Los “servicios de interés general” tras el Tratado de Lisboa: de la excepción a la regulación positiva». Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 38, enero/abril 2011. Pág. 81 y 91.

necesarias para el aprovechamiento de las aguas públicas en la generación de electricidad, no tardó mucho en extenderse a la policía industrial, dirigida, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, a *«proteger la seguridad de las instalaciones, tanto respecto a los operarios como sobre los usuarios», a la imposición de servidumbres forzosas necesarias para asegurar que las líneas de transporte y distribución de la electricidad ocupasen terrenos de propiedad privada, o a la verificación de los contadores eléctricos»*.

Pues bien, a partir de este momento inicial que se cifra a finales del siglo XIX y en los primeros del pasado, la intervención administrativa en materia de electricidad no cesó de crecer hasta 1997, momento en el que se produjo una gran transformación del papel intervencionista del poder público –impulsado por el propio desarrollo del sector eléctrico y fundamentalmente por la normativa comunitaria- y que, como hemos apuntado con anterioridad, no supone una desaparición de la intervención administrativa en absoluto.

Originariamente, en efecto, el sector privado tiene por entero en sus manos las actividades de generación, transporte y suministro de la energía eléctrica, actividades que en este momento histórico no están reglamentadas por los poderes públicos. Eso no significa que desde el nacimiento mismo de la energía eléctrica la Administración se desentendiese absolutamente de ella. En este sentido, GIMENO FELIÚ<sup>8</sup> señala que estas intervenciones administrativas en el sector eléctrico no hacen de él *«una actividad sometida a la dirección y tutela del Estado o los municipios. Las instalaciones eléctricas y el suministro de alumbrado son actividades libres en las que la Administración se limita a establecer unas normas de seguridad y a verificar la corrección de las instalaciones. No hay asunción de la actividad ni control interno sobre la misma»*.

Las primeras intervenciones de los poderes públicos en la producción y distribución de energía aparecen vinculadas a las concesiones de aguas públicas (artículo 218 de la Ley de Aguas de 1879 y Real Orden de 14 de junio de 1883) y a la regulación de las servidumbres de paso de corriente eléctrica (Ley de 23 de marzo de 1900, y Reglamento de 27 de marzo de 1919). Además de las competencias que atribuyen a la Administración del Estado estas normas, la legislación de régimen local mantuvo, desde las Leyes municipales de 28 de agosto de 1870 y 2 de octubre de 1877, la competencia de las entidades locales en materia de alumbrado.

---

<sup>8</sup>GIMENO FELIÚ, J.M. «El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo», Civitas, 1994. Pág. 114.

El derecho eléctrico en España encuentra su verdadero punto de partida en la Ley de 23 de marzo de 1900 sobre imposición forzosa de servidumbre de paso de corriente eléctrica, ya que la regulación inmediatamente anterior y la subsiguiente se concentran, en general, en lo relativo al establecimiento y creación de servicios municipales sobre alumbrado, de competencia municipal.

La crisis económica de primeros de siglo justificará también intervenciones administrativas (Leyes de Subsistencias de 18 de febrero de 1915 y 11 de noviembre de 1916), que tuvieron repercusiones sobre el control de los precios de la energía y la continuidad del servicio (Reales Órdenes de 12 de septiembre de 1916 y 1920). El control de los precios desembocó en la formación de una política tarifaria, que se convertiría en una preocupación central de las normas aparecidas en los años veinte del siglo pasado. (Decretos de 13 de noviembre y 22 de diciembre de 1923).

Especialmente importante es, en este primer periodo de formación, el contenido del Real Decreto de 27 de marzo de 1919, al definir un tipo autorizatorio intensamente reglamentado, que establecía que si en la solicitud de autorización de la instalación se manifestaba que la explotación habrá de efectuarse para servicio declarado público, se acompañasen en la propuesta citada, las tarifas que se iban a aplicar. En dicho sentido, como recuerda Luis Pastor Ridruejo<sup>9</sup>, la Sentencia de 27 de diciembre del citado año plantea un primer tema de gran interés sobre la naturaleza jurídica del suministro de energía eléctrica, ya que el Tribunal Supremo, contradiciendo la opinión de la asesoría jurídica del Ministerio de Fomento y de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, califica esta actividad de energía eléctrica como una actividad privada reglamentada.

La intervención de la Administración en el desarrollo de la actividad de generación y distribución eléctrica se amplía inmediatamente, y se ensancha, en el sentido de que ya no son sólo los Ayuntamientos los que intervienen en la concesión del servicio y en el otorgamiento del uso del dominio público municipal; sino también el Estado se llama a la parte en la regulación de esta actividad, y ello no sólo movido por un deseo simplemente intervencionista, sino porque es evidente que los Ayuntamientos no tenían empuje ni capacidad para regular situaciones cuya resolución se estaba haciendo imprescindible, como fue la imposición de la servidumbre forzosa de paso de energía eléctrica, en algunos casos con tendidos que atravesaban numerosos municipios.

---

<sup>9</sup> PASTOR RIDRUEJO, L., «El nuevo régimen económico de la electricidad en la Ley 17/2007, de 5 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre», en LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. y otros *Comentarios a la Ley de reforma del sector eléctrico [Ley 17 de 2007]*, Aranzadi. 2007.

Existe discrepancia entre diversos autores por la atribución de la primera intervención administrativa, si correspondía a los ayuntamientos o al Estado<sup>10</sup>, lo cierto es que con la actuación de ambos se va publicando la actividad relacionada con la electricidad de finales del siglo XX.

Mientras se perfeccionaban las técnicas de intervención pública en el sector eléctrico, el legislador no había adoptado en España ninguna norma sobre la caracterización del servicio eléctrico. La primera aproximación histórica a esta cuestión procede del Real Decreto-ley de 12 de abril de 1924 (la República rebajaría después su rango a simple Decreto). Explica esta norma las razones básicas por las que es precisa una intervención pública en el sector, que cifra en las necesidades de la vida moderna, las exigencias de la industria, la regularidad del servicio público y la utilización de terrenos de dominio público para las instalaciones. Para justificar la intervención pública, el artículo 1.1 del Decreto declara servicio público el suministro de energía. Regula con detalle la disciplina básica de la actividad de suministro eléctrico, que incluye, desde luego, la obligación de prestarlo de modo regular y de someterse a un régimen de tarifas públicas, y a la supervisión administrativa. Pero no hay en el texto ninguna pretensión de sacar el suministro del control de las empresas privadas. Se trata de un servicio público porque ofrece prestaciones al público que son de interés general, y es controlado por la Administración, pero la norma no lo transforma en una actividad de titularidad pública a la que, como ocurriría coetáneamente con otros servicios, las empresas privadas sólo tienen acceso por la vía de las concesiones administrativas.

Al declararse servicio público el suministro de electricidad a través del citado Decreto de 1924, se produjo sólo un reforzamiento de unas competencias que la Administración ya venía ejerciendo anteriormente, sin que ésta debiera otorgar una concesión administrativa formal a favor de las empresas del servicio publicado para ejercer la actividad. Esto resulta así porque la declaración de servicio público realizada no implicaba en este caso una asunción de la titularidad de la actividad por parte de la

---

<sup>10</sup> ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, M., «Exposición de Motivos», en LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente; BENEYTO PÉREZ, José M<sup>a</sup> (Directores) y otros, *Comentarios a las Leyes energéticas*. Aranzadi, 2006. Págs. 37-38: «(...) Es evidente que se puede pensar que quizás no acierten del todo quienes como Javier Salas Hernández, al exponer lo que denomina el "proceso de publicación del sector eléctrico", afirma que "a una intervención exclusiva de las Corporaciones locales, se ha ido superponiendo la del Estado el Estado se ocupa también de estas materias desde la implantación del servicio de alumbrado, y cómo la intervención de las Corporaciones locales no fue prácticamente exclusiva en un momento inicial. A título de ejemplo, anecdótico, si se quiere, pero significativo, se puede citar el Pliego de Condiciones para la licitación del servicio público de alumbrado de gas, de Gijón, en el año 1860, emanado del Ministerio de la Gobernación (...)».

Administración, sino que imponía sólo la obligatoriedad de garantizar el correcto funcionamiento del suministro eléctrico, encontrándonos, en palabras de GIMENO FELIÚ<sup>11</sup> ante un servicio público concurrente y no un servicio público en sentido estricto dando entrada a los agentes privado ya no con el título de concesión administrativa sino con la técnica de la autorización. Por esta circunstancia algunos autores la han calificado como una *publicatio sui generis*<sup>12</sup>.

A su vez, dicha declaración de servicio público afectaba exclusivamente a la fase de suministro y no a las fases de producción y transporte, que mantenía, por tanto, su configuración de actividades privadas, aunque, por su evidente interés público, se encontraban sometidas a una intensa reglamentación.

El alcance del debate sobre la declaración formal de servicio público, debe sin embargo, relativizarse, -como sucederá en la realizada por leyes posteriores como veremos a lo largo de este breve recorrido histórico-jurídico- Son las consecuencias concretas que se desprenden de la nueva regulación para cada una de las fases lo verdaderamente decisivo. Declarar una fase de la actividad económica relacionada con la electricidad servicio público supone principalmente la creación de un título de intervención.

En este sentido, la ventaja del nuevo título, que la declaración de servicio público representa, para la Administración ha sido descrita con acierto: “basta esa declaración para justificar la ampliación y la consolidación de las potestades administrativas, sin necesidad de buscar títulos más concretos, ligados a la situación fáctica que se pretende ordenar”. No se persigue mediante esa declaración formal finalidad fiscal alguna, ni tampoco patrimonial; se trata, sin embargo, de crear “títulos *ope proprietatis* de potestad sobre actividades privadas, con el fin de controlarlas”.

Desde este punto de vista hay que advertir que la intervención sobre la producción y transporte de electricidad se encontraba en aquel entonces suficientemente cubierta por otros títulos, como eran el demanial, la necesidad de servidumbres forzosas de paso, o los específicos de seguridad, etc., que justificaban potestades de tipo policial.

---

<sup>11</sup> GIMENO FELIÚ, J.M, «Grandes redes de prestación y distribución de servicios económicos», en BERMEJO VERA, José (Director) y otros. *Derecho Administrativo Especial*. Parte V, Capítulo IX.. Civitas, 2006. Pág. 1128 y ss.

<sup>12</sup> MUÑOZ MACHADO, S., «Introducción al sector eléctrico: regulación pública y libre competencia», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), en *Derecho de la regulación económica III sector energético*, Tomo II. Lustel, 2009. Pág. 18.

Con posterioridad al Decreto de 12 de abril de 1924 se suceden las declaraciones de servicio público de electricidad, todas ellas llevadas a cabo por normas reglamentarias.

Las reglamentaciones eléctricas seguirán careciendo de globalidad, refiriéndose de manera casuística e individualizada a cada instalación eléctrica, mediante las correspondientes cláusulas concesionales particulares. Esta situación comienza a superarse con la aprobación el año 1933 del Reglamento de verificaciones, pero sólo se generalizará tras la guerra civil. Hasta entonces habrá de esperar también la creación de una auténtica red eléctrica nacional, al fracasar una intentona en tal sentido durante los primeros años de la Dictadura de Primo de Rivera. La declaración expresa del suministro como servicio público tiene lugar poco más tarde y, de este modo, en el Decreto de 12 de abril de 1924, durante la dictadura se señala que todas las empresas de distribución de energía eléctrica, agua y gas que disfruten de concesiones o autorizaciones administrativas del Estado, quedan obligadas a efectuar el suministro a todo abonado que lo solicite. El suministro citado deberá efectuarse a los precios fijados en tarifas aprobadas administrativamente. En el mismo sentido se adopta ulteriormente el Reglamento de Verificaciones de 1933, que atribuye a la Administración potestad tarifaria, respecto de las concesiones anteriores.

Desde aquellos Decretos de 1924 y 1933, que declaran servicio público el suministro eléctrico, hasta otra norma, de igual rango, casi veinte años más tarde en marzo de 1952, cuando se aprueba el Reglamento de verificaciones eléctricas y regularidad del suministro eléctrico, que crea las tarifas tope unificadas para cada uno de los tipos de consumo, apenas hay otra regulación central en el marco del sector eléctrico español.

La inmediata posguerra es un momento clave en la historia de la ordenación del sector eléctrico español que va a seguir una senda propia en esta materia, no siguiendo la corriente nacionalizadora que se daba en países europeos como Francia o Alemania.

Después de la guerra hubo en nuestro país importantísimos problemas de abastecimiento de muchas cosas, entre ellas de electricidad. Esta situación provocaría amplias transformaciones en el sector eléctrico, que, ÁLVAREZ DUARTE<sup>13</sup> las circunscribe a lo siguiente: en primer lugar, la falta de iniciativa privada para construir nuevas instalaciones eléctricas capaces de hacer frente a una demanda de

---

<sup>13</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente; DUARTE MARTÍNEZ, Rafael. «Administración Pública y Electricidad». Civitas, 1997, págs. 63.



electricidad cada día más importante debe ser suplida con la creación de empresas públicas como ENHER o ENDESA, sociedades filiales del Instituto Nacional de Industria, fundado en 1941; en segundo lugar, se produce una unificación del sector eléctrico con la aprobación en 1939 de la Ley de Ordenación de la Industria, que va a exigir la necesidad de contar con una autorización genérica para poder llevar a cabo cualesquiera de las actividades características del servicio eléctrico, con la finalidad de optimizar los escasos recursos eléctricos existentes se dispone en un primer momento por Orden de 19 de julio de 1944 la división del territorio nacional en zonas eléctricas regionales creando un espacio eléctrico nacional único; y, en tercer y último lugar, se atribuye la gestión de las zonas eléctricas a un nuevo agente del sector el Delegado Técnico Especial, órgano público de la Administración que efectúa directamente la gestión, concentrando en sus manos amplísimos poderes de dirección del sistema eléctrico en la zona, en detrimento de los agentes privados.

Otra de las cuestiones a destacar de esta época es el denominado «plan de conjugación» y la encomienda de su ejecución a una entidad de base privada, «Unidad Eléctrica, S.A.» (UNESA), que representaba a la mayor parte de las empresas del sector. Ello se hace en virtud de la Orden de 2 de diciembre de 1944.

La idea de conjugación<sup>14</sup> lleva a montar un sistema que permite optimizar la producción e interconectar toda la energía disponible de modo que sea posible también su transferencia de unas zonas a otras del territorio. En aquellos años otros países europeos tenían nacionalizado, total o parcialmente, el sector eléctrico, para mejorar la planificación hacer posible la gestión pública directa de los recursos. Pero entre nosotros se mantiene, sin embargo, el régimen privado de la producción de electricidad y su transporte.

La titularidad de esta función era pública, correspondiendo en un principio a la Dirección General de Industria, y posteriormente a la de Energía. Su gestión, sin embargo, se delegada a UNESA, que la ejercía a través de uno de sus órganos, el Repartidor Central de Cargas (RECA).

La “conjugación” entre todas sus producciones se lleva a cabo mediante el sistema de “repartidor de cargas” o “dispatching” que permite dar órdenes de entrada en funcionamiento o de parada de las centrales incorporadas al sistema, y transferir energía de unas partes a otras de las zonas de distribución.

Es un hecho destacable que desde 1944 toda la energía disponible en el suelo nacional se considera afectada indiferenciadamente al total de los usuarios,

---

<sup>14</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Introducción...*, op. cit. pág. 19

disponiendo de ella la Administración, cualesquiera que sea la situación y los intereses de cada empresa en particular. El sistema de trasvases forzosos de energía de unas empresas a otras, de utilización forzosa de líneas de transporte, de distribución en unos mercados de la energía producida en zonas diversas y por propuesta. Es en el citado Decreto de 12 de enero de 1951 donde cobra figura definitiva este nuevo sistema de ordenación, que se independiza para siempre de la situación excepcional de las llamadas restricciones eléctricas, que comenzó legitimándolo. En él se dice de modo explícito que una alternativa a la organización del sector hubiera sido la nacionalización. Pero que se había optado por evitarla a cambio de intensificar el control público sobre el mismo y una regulación intensa de las funciones de interés general que necesariamente habría de cumplir.

Será la Orden del Ministerio de Industria, de 23 de diciembre de 1972, por la que se establecen las *«bases para el desarrollo y la explotación conjunta del Sistema Eléctrico Peninsular»*, dictadas con el objetivo de *«asegurar la optimización del aprovechamiento de los recursos energéticos nacionales y el abastecimiento eficiente y económico de la demanda eléctrica»*. Son las propias empresas las que desarrollarán estas bases *«en la forma adecuada para su plena operatividad»*, para lo cual *«elaborarán y acordarán (...) los correspondientes Reglamentos de Desarrollo y de la Explotación Conjunta del Sistema Eléctrico Peninsular»*. Pero es preciso destacar que la Administración sólo intervendría si considerase que dichos reglamentos no desarrollan fiel o adecuadamente las normas de las bases, en cuyo caso podría objetarlos en todo o en parte; o, en el caso de que las Empresas no llegaran a acordar entre ellas estos Reglamentos, en cuyo caso darán las instrucciones convenientes para resolver las discrepancias.

En 1980 se producen algunos cambios en el sistema ahora descrito. Todas las funciones realizadas hasta entonces por el Repartidor Central de Cargas de UNESA, pasarán a ser asumidas tras la aprobación del Real Decreto de 18 de abril de 1980, por la Asociación de empresas para el explotación del sistema eléctrico (ASELÉCTRICA), y en concreto por un órgano dependiente de ella: el Centro de control eléctrico (CECOEL). Según su Real Decreto de creación, ASELÉCTRICA estará facultada para ordenar la adopción de las medidas conducentes a la mejor utilización de los medios de generación y transporte de energía eléctrica a todas las empresas eléctricas de ciclo completo, cuyas instalaciones de producción están directamente conectadas a la red de alta tensión, si bien, la sustitución de UNESA por

ASELÉCTRICA parece más formal que otra cosa a tenor de sus funciones, como se desprende de la propia regulación del citado real decreto.

Hubo, no obstante, un cambio de mayor calado que esta sustitución formal. Un cambio que significaba un paso más hacia la publicación del sistema de gestión del sector eléctrico: la creación de la figura del Delegado del Gobierno en ASELECTRICA, que acentúa las funciones de dirección públicas; no obstante, esta figura no supuso el final del sistema de autoadministración que había ordenado el sector eléctrico hasta entonces.

Las reformas que acaban de indicarse, especialmente las de 1980, habían sido consecuencia del Plan Energético Nacional (PEN) de 1979. Aunque la planificación eléctrica tiene antecedentes más antiguos entre nosotros (hubo un Plan de Electricidad para el periodo 1954-1963, y el I Plan de Desarrollo de 1964-1967 se refería con alguna minuciosidad también al sector), es el PEN de 1979 el que establece una programación global del sector energético que alcanza la electricidad, carbón, gas y petróleo, justificado principalmente por la crisis energética de 1973.

Las reformas indicadas, y los principios ya establecidos en la legislación anterior que caracterizan la intervención pública en el sector, se consolidan y compendian, con algunas variaciones de interés, en la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, sobre explotación unificada del Sistema Eléctrico Nacional.

Diversos autores han realizado reflexiones críticas sobre la situación establecida con anterioridad a la Ley de 1984, que acabamos de describir, así MUÑOZ MACHADO<sup>15</sup> manifiesta su disconformidad, en primer lugar, con el rango de las normas. Para él, en este como en otros sectores de la actividad económica, la Administración Pública ha avanzado mucho terreno en la función de supervisar y controlarlo, cuando no de reglamentarlo y dirigirlo, contando con una habilitación legal general y poco detallada.

En todo caso, el carácter fragmentario y deficiente desde un punto de vista técnico-jurídico de esta parte del ordenamiento económico, y, por otro lado, la crónica insuficiencia de rango de muchas de las normas que lo integran, han abonado una crítica, fácil de establecer después de que la Constitución de 1978 consagró como derecho a la libertad de empresa (art. 38), e impuso que sus limitaciones tuvieran

---

<sup>15</sup> MUÑOZ MACHADO, S., «Servicio público y mercado. Tomo IV. El sistema eléctrico». Civitas, 1998, págs. 49-59.

apoyo en las leyes y no fueran tan restrictivas que agotaran la esencia del derecho mismo (art. 53.1).

La Ley de 1984 es, por ello, consciente de que una de sus funciones importantes es la “compiladora, ordenadora y sistematizadora de la legislación y la normativa vigentes”, según dice su preámbulo.

Otro elemento esencial de la crítica ha sido la confusa y anormal declaración de servicio público que ha afectado desde 1924, ya que de la declaración de servicio público lo que han derivado realmente son poderes de reglamentación y servicio por parte de la Administración sobre un parte del sistema.

Otros autores como ARIÑO ORTIZ<sup>16</sup>, pone de manifiesto que, con ocasión de la crisis energética de los años setenta, la autorregulación del sector, además de su inconstitucionalidad, no es deseable desde el punto de vista económico. Se desvelan, de este modo, las estructuras financieras endeble de ciertas empresas, consecuencia quizás de la ausencia de control público. Las circunstancias sociales del momento – dificultades de la transición- hacen que en el ejercicio de la potestad tarifaria, no se cumpla en esos años setenta, el equilibrio económico-financiero. Finalmente, se perciben actuaciones empresariales más centradas en el propio desarrollo que en el interés general.

En cuanto a la planificación ya hemos afirmado que los “planes conjuntos” se parecían más a una suma de los planes individuales, según las previsiones de demanda de cada empresa y según sus estrategias de desarrollo empresarial.

Políticamente, se insistía en las “ineficiencias” del sistema anterior de explotación conjunta: los intercambios de energía entre empresas eran de escasa importancia, de acuerdo con la tendencia a cubrir cada mercado con medios propios y se habían denunciado ciertos abusos de posición dominante en los intercambios mayoristas. Asimismo, desde ámbitos empresariales se ha destacado la inadecuación del sistema anterior a las nuevas circunstancias económicas: con la elevación de precios de combustibles, los ahorros que pudieran conseguirse con una mejor coordinación de los medios de producción podían ser muy considerables.

En todo caso, ya fuera por los “errores” del pasado, ya por la necesaria adecuación a las nuevas circunstancias, existía una conciencia generalizada sobre el necesario aumento de control público en la explotación conjunta del sector. El problema principal de un sistema semejante se derivaba de la yuxtaposición de la

---

<sup>16</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar; LÓPEZ DE CASTRO, Lucía. «El sistema eléctrico español. Regulación y competencia». Montecorvo, 1998, págs. 137-139.

heterogeneidad entre las características de oferta y de demanda de las zonas de referencia y la existencia de una tarifa única en un plano nacional. Efectivamente, la división entre las zonas de referencia de cada una de las empresas había surgido de un proceso histórico, implicando profundas diferencias entre ellas en cuanto a la composición de la producción por tipo de generación y, por lo tanto, en sus costes, por una parte, y en lo que respecta a la dimensión, estructura y crecimiento de sus mercados, por otra parte. Este hecho constituye siempre un fuerte elemento de inestabilidad en un sistema con una tarifa fija, obligando, tal y como sucedió en el caso español, al empleo de algún tipo de compensación entre empresas siempre difícil de definir.

A estos problemas de fondo se unió, como ya hemos indicado, la crisis energética y económica de finales de los años setenta, dando lugar a una situación de crisis en el sector en la que incidieron diversos factores tales como la elevación del precio de las energías primarias, la necesaria reestructuración de las unidades de generación para adaptarse a la nueva situación de precios relativos, una significativa disminución de las tasas de crecimiento de la demanda, la suspensión del programa nuclear y un fuerte crecimiento de los tipos de interés. La incidencia de estos factores no fue homogénea en todas las empresas, dependiendo de la configuración de su oferta, la composición de su demanda y su posición financiera, pero, en cualquier caso, dio lugar a una situación muy comprometida para muchas de ellas.

Pues bien, estas deficiencias logran que a lo largo de los años setenta se generalice la conciencia de la necesidad de incrementar el control público sobre el sector eléctrico: sobre la planificación y explotación, para que el sector funcione “como si de una sola empresa se tratase”, pero también sobre la regulación tarifaria, de forma que se base en costes reales) e introduzca incentivos a la eficiencia.

De este modo, con el Plan Energético Nacional de 1979-1983 se abrió una nueva etapa en la evolución de la configuración jurídica del sector eléctrico que hemos denominado de intensificación del control público sobre el sector, la cual culmina con la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, de Explotación Unificada del Sector Eléctrico Nacional.

## **B) Publicación del sector eléctrico en España.**

Las reformas indicadas, y los principios ya establecidos en la legislación anterior que caracterizan la intervención pública en el sector, se consolidan y

compendian, con algunas variaciones de interés, en la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, sobre explotación unificada del Sistema Eléctrico Nacional. Es la primera Ley general, postconstitucional, y aprobada bajo el mandato de primer Gobierno del PSOE, en cuyo programa electoral figuraba tanto la optimización de la explotación del sistema eléctrico como la nacionalización de la red de alta tensión. El 6 de mayo de 1983 se había establecido un Protocolo de Acuerdo entre el Gobierno y las compañías eléctricas que contenía los “Acuerdos sobre nacionalización de la red de alta tensión”.

Para MUÑOZ MACHADO<sup>17</sup> el objetivo central de la nueva Ley es “superar los criterios individuales de las empresas en la explotación del sistema eléctrico, con criterios de optimización global”. Para ello, acuerda la nacionalización de la red de alta tensión. Según explica el preámbulo de la Ley, la explotación del sistema eléctrico se concibe como una interacción entre las explotaciones eléctricas de todas y cada una de las empresas con las actuaciones de la nueva sociedad. Ello no tiene por objeto establecer una única explotación, sino utilizar de forma continuada las explotaciones eléctricas empresariales con criterios de eficiencia económica. Para hacer más factible desde un punto de vista jurídico este gobierno unificado de la explotación del sistema, toda la explotación unificada en su conjunto se declara servicio público

El Preámbulo de la Ley viene a justificar las medidas que adopta y enmarcarlas en unas coordenadas de espacio y tiempo concretas. El objeto último de la publicación que lleva a cabo la Ley es triple: a) superar los criterios individuales de las empresas en la explotación del sistema eléctrico, con criterios de optimización; b) conseguir el abastecimiento de las necesidades de energía eléctrica con unos costes variables mínimos compatibles con las directrices de política energética emanadas del Gobierno; y, c) unificar las explotaciones eléctricas empresariales con criterios de eficiencia económica.

El triple fin a que se reconducen las razones del Preámbulo de la Ley no es nuevo en la regulación de la explotación del sistema eléctrico. No se trata de algo nuevo, pues ya encontramos esos objetivos en normas anteriores referidas a esta materia. Como botón de muestra TRILLO-FIGUEROA<sup>18</sup> cita la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1972, por la que se establecen las bases para el desarrollo y explotación conjunta del sistema eléctrico peninsular.

---

<sup>17</sup> MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado...*, *op.cit.*, pág. 54.

<sup>18</sup> TRILLO-FIGUEROA- TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, Jesús; LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, Francisco de Borja. «La regulación sector eléctrico». Civitas, 1996., pág. 80.

La Ley consta de tres partes claramente diferenciadas: a) declaración de servicio público de la explotación unificada y descripción de las funciones y actividades que integran dicho servicio público (artículos. 1 y 2); b) régimen de la sociedad estatal a la que se le ha de encomendar la gestión del servicio y de la delegación del Gobierno en el sistema eléctrico; y, régimen fiscal de las operaciones que conlleva la publicación de la explotación unificada.

La Ley 49/1984 empela el título “servicio público”, referido a la explotación unificada de la red de alta tensión, tal y como ésta se caracteriza, para amontonar en manos del Estado potestades de intervención sobre la fase productiva de energía eléctrica, sin proceder a la declaración de ésta como servicio público, sin que se produzca traslado de la titularidad de la actividad productiva, y evitando las consecuencias que de aquella declaración se derivarían. Teóricamente se podría hablar de servicio público parcial, en cuanto que cabe resquicios de ámbitos dejados a la libre iniciativa empresarial, servicio público necesariamente concurrente, pues se mantiene la estructura empresarial y de capital del sector.

El grado de intervención en la generación de electricidad es muy elevado, llegando incluso a un punto en el que los términos se funden como los metales a altas temperaturas. La Ley extrae de la esfera de disposición de la iniciativa privada importantes decisiones relativas a la producción de electricidad. Conforme a esto se pueden encontrar tres razones por las que es preferible mantener la separación terminológica: a) La Ley no declara formalmente la producción de electricidad como servicio público, incide de modo intenso en su regulación, pero no la declara formalmente tal; b) es evidente que la diferencia entre el tratamiento jurídico de las tres fases persiste tras la Ley de 1984 y aún se agudiza a la vista del monopolio de facto que ésta conlleva; y, c) no es igual el alcance de la declaración de servicio público que se contiene en el Decreto de 1924 y en el Reglamento de Verificaciones eléctricas de 1954 que la contenida en la Ley 49/1984.

Así, para J. SALAS<sup>19</sup>, “lo que ocurre es que tanto la interpretación sistemática del conjunto de los preceptos que integran dicha Ley (de explotación unificada), como de la ausencia misma de funcionalidad de la producción de energía eléctrica desligada de las otras dos fases (con excepción, exclusivamente, de la producción para el consumo propio de la empresa generadora de la energía), puede, efectivamente, concluirse –y con ello rectifico la tesis contraria que sostuve hace unos años- que la

---

<sup>19</sup>SALAS HERNÁNDEZ, Javier. «Régimen Jurídico-administrativo de la energía eléctrica». Publicaciones del Real Colegio de España, 1977, págs. 201 y ss.

totalidad del ciclo económico relacionado con la energía eléctrica constituye una actividad publicada o, lo que es lo mismo, está declarada como servicio público, de manera que su titularidad puede considerarse legalmente reservada al sector público”.

De este modo, es con la aprobación de la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, sobre Explotación Unificada del Sistema Eléctrico Nacional, cuando el proceso de publicación llega a su punto culminante, autores denominan esta situación como una nacionalización encubierta.

Si el sector privado había sido tradicionalmente el propietario de las líneas de transporte, la red de alta tensión se va a nacionalizar, pasando la titularidad de las instalaciones de dicha red al Estado, en concreto a una sociedad estatal, Red Eléctrica España, S.A. (REDESA) constituida por Real Decreto 91/1985, de 23 de enero.

Si la gestión se hacía mediante mecanismos de autoadministración, por las propias eléctricas a través de UNESA, a partir de ahora la Administración del sistema se ejercerá de forma centralizada y directa por la Administración. Para ello, la Ley 49/1984 declara servicio público de titularidad estatal la explotación unificada del sistema eléctrico nacional. La gestión de este servicio se encomienda a una sociedad estatal, REDESA, sociedad de mayoría pública aunque tengan participación en ella las distintas compañías eléctricas.

La dirección de la explotación unificada por REDESA ha significado, si no de derecho, sí al menos de hecho, el control por la Administración de todo el sistema eléctrico. Las compañías eléctricas privadas siguen siendo propietarias de las instalaciones de generación y de distribución -lo único que se nacionaliza por la Ley 49/1984 es la red de transporte de alta tensión-, sin embargo, su gestión se ha desplazado de hecho de las titulares a REDESA; pues es ella la que mediante decisiones centralizadas determina cuál tiene que ser la actividad de las distintas centrales, el destino de su producción y la retribución que le corresponde por ello.

El proceso de publicación descrito altera la situación previa en varios aspectos de importancia, pudiéndose hablar de una verdadera publicación<sup>20</sup> del sector, habida cuenta de la intensidad e importancia de la intervención de los poderes públicos en el mismo.

REDESA hace y gestiona la operación de la totalidad de las unidades de producción según el orden de mérito, es decir, según el orden creciente de costes variables. Desaparece la libertad de intercambios de energía entre empresas. Los intercambios internacionales se gestionan en exclusiva por REDESA.

---

<sup>20</sup> TRILLO FIGUEROA, *La regulación del sector eléctrico...*, *op. cit.* pág, 201.



Las decisiones sobre inversión en plantas de producción de electricidad están vinculadas en cuanto a su momento, tipo de planta, localización y potencia instalada por las previsiones de los Planes Energéticos Nacionales.

Consecuencia de estos datos<sup>21</sup> es la reducción del margen de gestión empresarial que queda a las compañías. Estas se convierten en meras colaboradoras de la Administración a cuya disposición ponen, no una empresa capaz de adoptar decisiones y asumir las correspondientes responsabilidades, sino, más bien, unas instalaciones. Es la Administración quien directa o indirectamente opera con ellas.

Esta nacionalización vino acompañada de medidas complementarias destinadas a reforzar el protagonismo estatal en el proceso de integración del sector. Así, debe tenerse en cuenta el intercambio de activos financieros entre empresas eléctricas, que ha supuesto la mayor operación financiera realizada en nuestra historia económica, y la instauración del llamado «marco legal estable» para fijación de tarifas de conformidad con criterios económicos y no meramente políticos –lucha contra la inflación- como hasta ahora. Estas medidas contribuyeron a la consecución del objetivo de mayor integración y mayor estabilidad del sector bajo el control del Estado. Sin embargo, a pesar de este incremento de la intervención estatal, cabe afirmar que existía un amplio margen para el correcto funcionamiento del derecho a la libertad de empresa de las compañías eléctricas, teniendo en cuenta que la Administración con la regulación entonces vigente, no contaba con títulos habilitantes suficientes para excluir a la iniciativa privada del sector eléctrico. Ello era así porque la nacionalización afectó exclusivamente a la fase de transporte primario, y aunque su incidencia en las otras fases era notable, no supuso el cercenamiento del contenido esencial de las decisiones empresariales de las empresas eléctricas. Con todo, resulta también claro que dicho sistema jurídico se caracterizaba por un entendimiento global de la actividad eléctrica, configurada como una explotación unificada para todo el territorio nacional, superándose, por tanto, una visión individualizada –o fragmentada- de este sector tan complejo.

Se ha producido, pues, como fácilmente puede comprobarse, un desplazamiento de la gestión del sistema de las empresas privadas, a través de UNESA, a la Administración, a través de REDESA.

La publicación de la administración del sistema eléctrico no se detuvo aquí, sino que se vio fortalecida aún más, si cabe, mediante el establecimiento de una Delegación del Gobierno en la explotación del sistema eléctrico, organismo, como ya

---

<sup>21</sup> TRILLO FIGUEROA, *La regulación del sector eléctrico...*, op. cit., pág. 214

sabemos, que no era nuevo, sino que existía ya en nuestro sector eléctrico desde 1980. Tras la lectura estas funciones pueden fácilmente comprobarse cómo en manos de una sociedad anónima, como “Red Eléctrica de España”, estaban no sólo funciones de mera gestión del sistema eléctrico, sino que tenía atribuidas funciones típicas de dirección e incluso de regulación del mismo.

A cambio, las empresas reciben un precio que evita la huida de los capitales invertidos y cuya determinación queda en manos de la Administración, quien goza, a pesar de las previsiones del Marco Legal Estable, de una buena dosis de discrecionalidad al llevarla a cabo.

Este singular “arrendamiento” de instalaciones produce como consecuencia inevitable algunos efectos perversos para el entero sistema.

La reducción de ámbito de decisión empresarial conlleva la consiguiente reducción del ámbito de responsabilidad empresarial.

Pues bien, tanto el funcionamiento global del sistema como el propio papel de REDESA fueron duramente criticados por algún sector de la doctrina como ARIÑO ORTIZ y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, la considerarse que se utilizaba una forma jurídica completamente inadecuada para el ejercicio de potestades públicas y, a su vez, por otorgar a ENDESA una posición privilegiada.

MUÑOZ MACHADO<sup>22</sup> también fue crítico con esta cuestión España no se ha sumado nunca, como hemos tenido ocasión de advertir, al movimiento nacionalizador del sector eléctrico que siguieron algunos países europeos importantes a partir de la Segunda Guerra Mundial. La alternativa de la “conjugación” de toda la energía disponible, organizada por el sector privado, propietario de los medios de generación y de transporte, bajo la dirección de una empresa de empresas, UNESA, bastó. Luego empezó la sustitución de la dirección privada por la dirección pública, que ha llegado, realmente, a la instauración de principios completamente diferentes. No sólo porque se haya nacionalizado la Red, sino porque desde el control de la Red se gobierna de forma centralizada, preconditionando cualquier decisión relativa a la generación o al funcionamiento del mercado de energía eléctrica.

Otra de las cuestiones importantes de la Ley 49/1984 es el régimen económico que plantea, el Marco Legal Estable (MLE), plasmado en su desarrollo reglamentario. El Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, regulará “la tarifa eléctrica de las empresas gestoras del servicio”. La prestación de este servicio público requiere

---

<sup>22</sup> MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado....*, op. cit., pág. 40.

inversiones extraordinarias que absorben recursos financieros muy importantes que tienen que atenderse tanto con fondos propios como con fondos ajenos, y asegurar el mantenimiento del equilibrio financiero de las empresas. Al servicio de estos objetivos está la nueva regulación de las tarifas. Se pretende con ellas la “reducción de la incertidumbre” de las empresas, la gestión eficiente de las mismas, la recuperación de inversiones, una depuración de los costes a considerar, y una adecuada distribución de los ingresos. La tarifa se define como la retribución global y conjunta del Sistema Eléctrico Nacional, que se fija por aplicación del sistema de ingresos y costes estándares establecidos en el Real Decreto citado de 1987. Cada año el Ministerio de Industria y Energía eleva al Gobierno la propuesta de modificación de la tarifa (artículo 1). El Real Decreto pormenoriza los costes que puedan ser tenidos en cuenta para la determinación de la tarifa, y el modo de retribuir a las empresas eléctricas integrantes del Sistema. La tarifa eléctrica, en definitiva, se establece como una relación entre el ingreso previsto y la previsión de demanda de energía eléctrica. El ingreso será para cada ejercicio igual al del coste total del Sistema, obtenido de acuerdo con el procedimiento establecido en el Real Decreto 1987 mencionada (artículo 2).

Por otro lado, no sorprende la referencia –junto a la optimización global y al abastecimiento con unos costes variables mínimos- a los criterios de eficiencia económica<sup>23</sup>, que son los que, conforme al preámbulo, deben presidir la unificación de las explotaciones eléctricas empresariales. Dicha eficiencia es necesaria para conseguir un abastecimiento de energía y regular, a bajo coste, haciendo posible la amortización de los equipos de generación existentes, la previsión de nuevas plantas de producción que hagan frente a los eventuales crecimientos de demanda, evitando a la vez la descapitalización de las empresas que operan en el sector, con las negativas consecuencias que para la economía nacional ello llevaría consigo.

Por último, el mantenimiento de esa estructura empresarial privada tiene varias implicaciones económicas: evita la necesidad de expropiar e indemnizar a los accionistas en época de necesaria reducción de déficit público; evita la necesidad de aportar fondos para la financiación del sector, máxime cuando la tarifa eléctrica no es suficiente; son penalizadas en principio las empresas, y a medio plazo, los usuarios en los que se reflejaría la degradación del servicio por una tarifa insuficiente. Por otra parte, a las deficiencias detectadas en los modelos de “empresa única” (centralización de decisiones) se unen nuevos problemas al tener que establecer criterios que permitan el reparto de la recaudación entre las empresas incentivando la eficiencia.

---

<sup>23</sup> TRILLO FIGUEROA, *Régimen jurídico...*, op. cit.pág, 243.

Pues bien, las ineficiencias detectadas en la regulación clásica se acentúan cuando las unidades a retribuir son empresas: aparecen estrategias perversas y desincentivos empresariales relacionados con el sistema de costes estándares y el sistema de compensaciones. La gran debilidad del modelo es la regulación económica.

Junto a la gran debilidad del modelo deseamos señalar su gran logro: el establecimiento del despacho centralizado que permite –al menos en teoría- la minimización de los costes variables del sistema, si bien en su instrumentación se produjeron algunas deficiencias, como fueron la no imparcialidad del gestor de la explotación, participado mayoritariamente por un operador (ENDESA), la no existencia de criterios claros y objetivos que guíen el despacho (ejercicio de potestades públicas sin control suficiente por una sociedad mercantil), la ausencia de margen para la gestión empresarial que introduzca incentivos a la eficiencia, y que supone una toma centralizada de las decisiones fundamentales de la explotación, y otros.

Ahora bien, pese a los elementos mejorables se debe señalar el gran avance en la coordinación de la explotación que se produce con la ley 49/84. De nuevo se va al otro extremo: tal coordinación que constituye una centralización total con el agravante de la no objetividad del gestor y la eliminación de la participación empresarial en la gestión de la explotación.

De este período podemos extraer las siguientes conclusiones: en primer lugar, la ambigüedad del texto de la Ley, fruto de un largo proceso negociador, en cuya redacción intervinieron muchas plumas; en segundo lugar, la instrumentalización del debate sobre la configuración jurídica del sector, la interpretación restrictiva pretende defender el margen de autonomía empresarial, que sin duda es mayor en la “actividad privada reglamentada”, mientras que la segunda interpretación legitima tanto el aumento de poder público en el sector hasta el interior de las empresas como el traspaso de las instalaciones de transporte –sin denominarlo nacionalización- a una sociedad pública que es simplemente la nueva gestora del servicio público ya existente; por último, nos encontramos ante una realidad económica y técnica que ha cambiado en los últimos años en el sector eléctrico. Hoy ya no es aplicable uno de los grandes argumentos utilizados en la época anterior a favor de la tesis de la unidad del régimen jurídico: aparece la posible dualidad en el régimen jurídico de los servicios públicos. Recordemos que en la época anterior se consideraba una unidad indivisible el proceso económico, financiero, organizativo y técnico en el que las empresas eléctricas de ciclo completo desarrollaban su actividad. Dicha unión indivisible y de la

“expansión del régimen de servicio público” para garantizar efectivamente el servicio se deducía la unidad del régimen jurídico. Pues bien, en los años 80 caen algunos de estos presupuestos: los progresos técnicos han sometido a revisión el carácter de “monopolios naturales” de muchas actividades tradicionalmente consideradas como tale, y sobre todo, en la generación de electricidad; frente a las empresas del ciclo completo surge una tendencia a la desintegración vertical; en las recientes privatizaciones de servicios públicos han puesto de relieve la posibilidad de compatibilizar –dentro de ciertos límites- regulación y competencia, etc.

De esta forma resulta perfectamente concebible, desde el punto de vista técnico y económico, una dualidad en el régimen jurídico aplicable al sector eléctrico: actividad reglamentada para aquellas actividades que no son monopolio natural, con la intervención que sea necesaria para garantizar el servicio público en otra fase: y servicio público, en las actividades que tengan características de monopolio natural y/o constituyan prestación al público.

Todo esto es hoy perfectamente planteable, pero quede bien claro que eso no es lo que decía la Ley 49/84, y que lo que hoy está claro, entonces no lo era.

En todo caso a principios de los 90 surge la necesidad de mejorar el modelo para superar el sistema de compensaciones y adaptar el MLE a las nuevas circunstancias. Así, la necesaria reforma de la regulación económica será una de las principales razones que justifican la reforma, que con la Ley de Ordenación del Sector Eléctrico Nacional en 1994 marca una nueva etapa en la configuración jurídica del sector eléctrico español.

Según ARIÑO ORTIZ<sup>24</sup>, Las fuertes críticas de las compañías eléctricas privadas al modelo de administración del sistema eléctrico instaurado por la Ley 49/1984 hacían ineludible proceder a su reforma, de forma tal que si el Estado desechaba disminuir su intervencionismo en el sector, sí procediese al menos a separar nítidamente las tareas de gestión y de regulación del sistema y se redujese, además, la influencia directa de ENDESA sobre la gestión del mismo.

---

<sup>24</sup> ARIÑO ORTIZ, *El sistema eléctrico español...*, op. cit., pág. 148.

### III. PRIMERA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO.

#### A) Primer intento fallido: LOSEN.

A finales de los años ochenta tiene lugar en el seno de la Comunidad Europea una nueva etapa definida por el propósito de liberalizar las industrias principales de red, que habían sido en su mayoría, publicadas tras la Segunda Guerra Mundial, observando en no pocos países europeos, una relación causal entre titularidad pública del servicio, de la actividad y de la empresa –generalmente monopolística- gestora del servicio.

Los Tratados fundacionales de la Comunidad Europea no contenían ninguna mención directa a la política energética, que no empezó a aparecer en los documentos comunitarios hasta después de la aprobación del Acta Única Europea. Los primeros documentos se refieren a la mejora de la seguridad de abastecimiento, la reducción de los costes y, en último término, el reforzamiento de la competitividad (Documento de la Comisión sobre política energética de 28 de mayo de 1985, Resoluciones del Consejo de 16 de septiembre de 1986 y de 2 de junio de 1987).

El Consejo de Energía celebrado el 2 de junio de 1987, encomendó a la Comisión la elaboración de una lista en la que figuran los obstáculos que se oponían a la implantación del mercado interior de la energía, requiriendo también que se hubiera las propuestas necesarias para alcanzar ese objetivo en 1993. De este encargo surgió el documento de trabajo “Mercado interior de la energía”, que publicó la Comisión el 2 de mayo de 1988. Los documentos de la época primaron sobre todo la cooperación estable entre los Estados y la supresión de los obstáculos de los intercambios de productos energéticos, así como la creación de grandes redes de transporte y su interconexión<sup>25</sup>.

El mercado único es beneficioso –ha mantenido tenazmente la Comisión Europea en sus Informes, desde aquellos años- para la estructura de la industria comunitaria de la energía, en la medida en que se obtienen mayores ventajas de las complementariedades o sinergias internas, mejora la estructura de los costes y se contribuye a racionalizar las actividades de producción, transporte y distribución de

---

<sup>25</sup> DE LA CRUZ FERRER, Juan. «Liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997». Marcial Pons, 1999, pág. 50.

energía. Y el aumento de los intercambios entre Estados miembros es uno de los frutos que podría esperarse del mercado interior de la energía.

Aparte de normas de derecho derivado de rango inferior, el mercado interior eléctrico no comenzó verdaderamente su andadura hasta el 29 de junio de 1990, momento en que se publica la primera Directiva tendente a liberalizar el sector eléctrico europeo.

Los primeros pasos sustantivos de la política energética comunitaria han de situarse en la aprobación de la Directiva del Consejo de 29 de junio de 1990 sobre transparencia de precios aplicables a los consumidores finales de gas y electricidad, con el objetivo principal de evitar que se falseara la competencia en el Mercado Común y facilitar que los consumidores pudieran optar libremente entre fuentes de energía y proveedores. El mismo año se aprobó la Directiva del Consejo, de 29 de octubre de 1990, sobre tránsito de la electricidad por las grandes redes.

La preparación de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (en adelante, LOSEN) es paralela a la elaboración de una regulación a nivel comunitario que exige la apertura de los sistemas eléctricos. En línea con todas estas tendencias de reforma, la LOSEN se presentaba a sí mismo como un intento de liberalización parcial y gradual del sector, en el que se avanzaría poco a poco en la dirección en la que todo el mundo marchaba. Y así, objetivo declarado de las reformas de la regulación eléctrica en España y en otros países es coincidente: incrementar la eficiencia económica del sector incorporando elementos de competencia en la medida que sea posible, dadas las características singulares del sector.

En la LOSEN, no se optara por la introducción decidida de la competencia y se produjera una liberalización del sector, decantándose, en su lugar, por la “consolidación de los principios básicos de regulación”, con tímidos mecanismos aperturistas.

La Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional de 1994 pretendió llevar a cabo la transposición de la citada Directiva Europea 96/1992 configurando un doble sistema regulatorio: a) Un sistema integrado en el que se mantenían los postulados básicos del modelo anterior. Es decir, planificación vinculante, explotación y optimización unificada; tarifa única en todo el territorio nacional; coordinación de la distribución nacional. b) Con el sistema independiente que contemplaba fórmulas de

apertura a la competencia, mucho más identificadas con el modelo regulatorio europeo, recogido en la Directiva citada.

Para TRILLO-FIGUEROA<sup>26</sup> la LOSEN supone la despublificación del sector eléctrico, según dice La declaración jurídica más categórica que concierne al anteproyecto de LOSEN, a efectos de liberalizar el Sector Eléctrico, es la contenida en el artículo 2 que dispone que «*Se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica reguladas en la presente ley*».

Con ello se despublifica el Sector Eléctrico en nuestro país, que venía considerándose servicio público desde la declaración del Decreto de 12 de abril de 1924, y que culminó con la confusa declaración de servicio público de toda la actividad y la expresa reserva de la explotación unificada que inició la Ley 49/1984.

El equilibrio entre lo público y lo privado, entre la supervisión y regulación de la Administración pública y la libertad de empresa, sigue apoyado en buena medida en la calificación de servicio público.

El artículo 2.1 de la Ley mantiene la calificación de servicio público para las «*actividades destinadas al suministro de energía eléctrica desarrolladas en el sistema integrado*». Pero, por otro lado, el artículo 3 también prescribe que «*la explotación unificada del sistema eléctrico es un servicio público esencial de titularidad estatal*».

De este modo se configura la explotación unificada como un servicio público de titularidad estatal, que se gestiona por una sociedad mercantil controlada por la Administración estatal (artículos 31 y 33). Sin embargo, el servicio público de suministro es perfectamente compatible con “la libre iniciativa de las empresas para el ejercicio de las actividades” (artículo 2.1).

La dificultosa redacción de la propia Ley, que ha llevado a algunos autores -J. Trillo Figueroa y F.B. López-Jurado- a interpretar la declaración de servicio público que contiene el artículo 2.1 como comprensiva de la totalidad de las actividades que componen el sistema integrado, por tanto también la producción e intercambios internacionales, explotación unificada, transporte y distribución. Otros autores sostienen que la declaración de servicio público en la misma sólo alcanza el suministro y la explotación unificada y las demás son actividades regidas por el principio de libertad de empresa, si bien fuertemente reglamentadas. En este sentido, la Ley de

---

<sup>26</sup> TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ CONDE, J., «Liberalización eléctrica en España. Aspectos básicos de su regulación», en *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, 1998, págs. 43 y ss.



1994 se habría limitado a ratificar conceptos que estaban vigentes en la legislación anterior.

MUÑOZ MACHADO<sup>27</sup> asevera que la LOSEN, como primera regulación y sistemática en España va a calificar como servicio público los elementos fundamentales de la estructura y funcionamiento del sistema eléctrico. De todas las actividades que se conjugan para hacer posible el suministro sólo dos, la explotación unificada y el suministro a los abonados, se configuran de modo expreso y rotundo como servicio público. Las demás actividades no se consideran, al menos formalmente, como servicio público, destacando una cuidada y nada inocente ambigüedad.

Como vemos, al igual que en las leyes anteriores existen diferencias sobre lo que se considera servicio público en relación a la actividad eléctrica, esta cuestión viene dada de la propia transformación del concepto jurídico de servicio, que como hemos tenido ocasión de apuntar anteriormente tendrá un gran papel en el entendimiento de la liberalización de sector eléctrico.

La novedad más importante de la Ley 40/1994 fue, sin embargo, la tímida apertura a la libre competencia que impulsan algunas de sus previsiones. El preámbulo de la Ley advertía que *«introduce elementos de concurrencia y competitividad en la implantación de nuevas instalaciones eléctricas y crea el sistema independiente»*. Según resulta de esta declaración, la competencia no se habría de extender a la totalidad de las actividades que integran el sistema, sino a las dos indicadas: las nuevas instalaciones y el sistema independiente. En lo que concierne a las primeras, la competencia posible se centra en las instalaciones de producción. El sistema independiente tiene que ver con la comercialización de la electricidad. Las demás actividades siguen considerándose monopolios naturales en los que la competencia no es posible.

La habilitación de la competencia en los reductos del mercado que acaban de indicarse se ensayó, con bastante modestia, en la Ley de 1994 mediante las siguientes técnicas específicas:

La Ley obligó a que las autorizaciones de construcción, explotación, y modificación sustancial de las instalaciones, fueran concedidas mediante concurso (artículo 21.4). Esta prescripción se transformaba en una simple facultad de la Administración en el caso de las instalaciones de transporte y distribución.

---

<sup>27</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado...*, op. cit., pág. 56.

La importancia de estas primeras aperturas a la concurrencia es relativa, como bien se comprende, lo que las empresas pueden disputar en estos concursos es sobre sus solicitudes y propuestas de establecer o modificar instalaciones. En la medida en que los concursos sean sólo un cauce para ordenar la libre iniciativa de las empresas y no se someta ésta a una planificación previa y rígida de las instalaciones, será posible que la oferta de producción crezca.

La segunda apertura a la libre competencia la constituyó el denominado "sistema independiente". La Ley referida regula dos formas distintas de prestar el suministro eléctrico, que podían desarrollarse simultáneamente. Serían el sistema integrado y el sistema independiente. El primero es el "servicio público" de suministros, planificado, tutelado y garantizado por la Administración, aunque prestado normalmente por instalaciones y empresas privadas. Por tanto está vinculado a la idea de servicio público, y se caracteriza por una intensa reglamentación, planificación, control e intervención de los organismos administrativos competentes.

Junto al sistema integrado coexiste el "sistema independiente", su implantación depende de una decisión de la Administración general del Estado que ha de apoyarse en criterios de planificación energética. En este sistema independiente debe ser posible que una parte de la producción eléctrica (que la norma no llega a cuantificar pero que somete a la condición de que no se perturbe la garantía del suministro que debe asegurar el sistema integrado) pueda ser vendida y comprada según los principios del mercado libre, atendiendo a las reglas de la oferta y la demanda. Por tanto, un comprador de energía eléctrica puede, en el marco del sistema independiente, negociar precios y acordar condiciones de compra y venta de energía. El ámbito, sin embargo, de este sistema independiente, se concibe como muy restringido y limitado.

El sistema integrado hereda, de este modo, todas las características con que la legislación, al cabo del tiempo, ha ido configurando la ordenación española del sistema eléctrico. Esto se constata con la descripción que hace el artículo 11 de sus rasgos esenciales a) la planificación conjunta de la generación, intercambios internacionales, transporte y distribución a efectos de cobertura de la demanda de energía eléctrica; b) explotación unificada de todos los elementos de producción y transporte, así como de los intercambios internacionales; c) integración económica de la energía (especialmente para la liquidación de los importes que corresponden a cada uno de los sujetos que intervienen en el sistema, desde la producción al suministro); y d) aplicación de una tarifa única para cada tipo de consumo de la energía eléctrica.

La Ley regula el sistema independiente del siguiente modo: establece que la Administración General del Estado (previo informe de la Comisión del Sistema eléctrico Nacional y teniendo en cuenta los criterios de planificación energética y la incidencia en el funcionamiento del sistema integrado) podrá autorizar que la energía producida por instalaciones determinadas quede excluida del sistema integrado (artículo 12.1). Continúa precisando que dicha energía podrá ser objeto de intercambios internacionales, cederse a quienes reúnan las características que reglamentariamente se establezcan o, excepcionalmente, ser adquirida para su incorporación al sistema integrado.

El tercer elemento básico del nuevo mercado libre de la electricidad es la comercialización. Tampoco se previa en la Ley una implantación inmediata de esta actividad económica, desconocida hasta entonces en este sector como negocio separado del de distribución. La comercialización consiste en la venta a los usuarios y en las actuaciones relativas a la medición de consumos, facturación, cobro y demás aspectos relacionados con el uso final de la energía eléctrica. Como los comercializadores no actúan con exclusividad, sino que pueden existir en cada zona tantos como la competencia lo permita (la Disposición Adicional décima, apartado 2, de la Ley dice que la autorización para el ejercicio de la actividad de comercialización *«en ningún caso se entenderá concedida en régimen de monopolio ni concederá derechos exclusivos»*), se producirá una relativa variedad de ofertas que tendrá que repercutir en la calidad y los precios del suministro.

Pero junto a ellas, pueden encontrarse en la Ley algunas técnicas e instituciones que se ordenan para facilitar la apertura a la competencia de este mercado, derivadas de esta misma condición aperturista, ya que la entrada al mercado y las compras y ventas posibles de energía al margen del sistema integrado, obligaron a la Ley de 1994 a asumir una técnica jurídica de gran alcance para el futuro y completamente esencial para la liberalización del sector: la libertad de acceso a las redes de transporte y distribución.

El acceso de terceros a la red es la alternativa esencial a la dogmática de los monopolios naturales, que han impedido que la competencia en el mercado pueda llevarse a cabo mediante la implantación de redes de transporte o distribución propias. La alternativa racional y eficiente a los monopolios naturales es el derecho a utilizar las redes, cualquiera que sea su titularidad, para el transporte y suministro de energía, lo cual es completamente necesario para el establecimiento y desarrollo de un mercado en el sector.

El artículo 41 establece que las empresas de distribución no podrán negar la utilización de una red a quienes actúen en el sistema independiente a quienes actúen en el sistema integrado, salvo cuando ello impida el uso de la misma necesario para el cumplimiento de sus obligaciones como distribuidor. El acceso a las redes de distribución debe realizarse en condiciones transparentes y objetivas, correspondiendo a la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional resolver las cuestiones que se susciten.

Esta intervención de la Comisión del Sistema Eléctrico, en una función de mediación o arbitraje, para permitir el desarrollo de la libre competencia, aparece diseñada en la Ley como una de sus funciones básicas.

La última novedad vinculada a la moderada apertura a la competencia que la Ley anuncia, es la creación de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, a la que califica de “ente regulador” que tiene por objeto “velar por la objetividad y transparencia” del sistema eléctrico.

La Comisión del Sistema Eléctrico Nacional que implanta la Ley 40/1994 como *«ente regulador del Sistema Eléctrico Nacional y con objeto de velar por la objetividad y transparencia de su funcionamiento»*, en su artículo 6.1, es una pieza administrativa esencial del derecho público de la competencia en el sector.

Pero como se vio, aunque la Ley quiere potenciar un principio de autorregulación a través de la creación de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, las buenas intenciones del legislador quedan en gran parte insatisfechas porque el órgano que diseña con el carácter de regulador, no es precisamente una entidad semejante a las que con el nombre de independiente funcionan como comisiones de esta naturaleza en países de nuestro entorno.

Es preciso analizar también los aspectos que quedan fuera del ámbito de la competencia, a este respecto la LOSEN vino a dar un paso definitivo, suponiendo una ablación total de la capacidad de gestión económica de la energía eléctrica en el sistema, de manera que será el Estado, a través de la sociedad gestora del servicio público de explotación unificada, quien asume la ejecución de la explotación de las instalaciones de producción y transporte en régimen de exclusiva o monopolio reservado al Estado.

La Ley configura un modelo de sector que podría denominarse de empresa única, cuya manifestación más concreta está en el artículo 11, que señala como característica del “sistema integrado” la planificación conjunta de la generación, intercambios internacionales, transporte y distribución, la explotación unificada de todos los elementos de producción y transporte, así como también de los intercambios

internacionales, la integración económica de la energía y la aplicación de una tarifa única. La concepción económica que subyace a este modelo de sector eléctrico revela que se parte de la idea de que el mercado eléctrico no puede garantizar por sí mismo el suministro de electricidad, por lo que se hace imprescindible una planificación centralizada que prevea la demanda, que articule la suficiente diversidad de fuentes y tecnologías de generación y que optimice la capacidad, obteniendo las mejores condiciones de seguridad, precio y calidad. Con este planteamiento, para la Ley la optimización global es necesariamente más eficiente que la agregación de decisiones empresariales individuales e independientes.

A esta integración funcional se une la integración económica es pieza esencial de este modelo diseñado por la Ley, según TRILLO-FIGUEROA<sup>28</sup>, de acuerdo con el texto legal, toda la energía del sistema se debe integrar en un conjunto único, que es el instrumento utilizado por la Ley para conseguir el resultado de diversificación de fuentes primarias y distribución de sus costes. Este conjunto constituye una categoría específica, con un valor económico diferenciado, que sustituye a la distribución de ingresos que se realizaba anteriormente a través del sistema de compensaciones.

La Ley viene además a configurar la existencia de un monopolio de compra y venta en el flujo económico de la energía, ya que en ningún caso habla de transacciones jurídicas entre las distintas actividades o empresas que intervienen en la actividad eléctrica; y cuando se refiere a los distribuidores, que son los únicos en los que se utiliza la expresión “venta a los usuarios”, se habla de hacerlo por cuenta del sistema integrado. Para la LOSEN la planificación es conjunta, la explotación unificada de la energía integrada y la tarifa única; pero se olvida de que existen empresas que parecen así quedar en la ilegalidad, pues de la Ley no puede inferirse el que los productores de energía eléctrica ejerzan una actividad típica de producción de electricidad, ni el que los distribuidores lleven a cabo una actividad empresarial de comercialización de un producto que, sin perjuicio de sus características peculiares, es, en definitiva, susceptible de negociación jurídica, como es la energía eléctrica.

Otra cuestión relevante es que la Ley introduce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la consideración del transporte como una actividad independiente; y acertadamente lleva a cabo una desnacionalización del transporte en alta tensión, que había realizado la Ley 49/1984. Quizás la regulación jurídica del transporte y la distribución sean los mejores ingredientes que contiene la LOSEN,

---

<sup>28</sup> TRILLO-FIGUEROA, J., *La regulación del sector eléctrico...*, op. cit. pág. 258.

pues su regulación recoge la mayoría de las necesidades que los operadores y los comentaristas jurídicos han realizado sobre estas actividades.

En resumen, la ley podría haber optado por dos modelos: un modelo de empresa única y un modelo de multiempresa; sólo este último posibilitaría la existencia de la competitividad dentro del Sistema Eléctrico Nacional. Pero la LOSEN recoge un sistema integrado en el que la gestión de la energía se realiza por una entidad central no institucionalizada o configurada jurídicamente de manera suficiente, que regula y maneja instalaciones de producción, de transporte y de distribución; y no contempla la existencia de empresas que lleven a cabo una actividad empresarial típica de producción, transporte o distribución de energía eléctrica. Tal vez sea éste el matiz más importante y novedoso que contiene la Ley, al considerar como sujetos del sector eléctrico las instalaciones y no las empresas eléctricas; lejos de constituir un sistema horizontal multiempresa y competitivo, la Ley viene a configurar un sistema de empresa única, gestionado por el Estado a través de instalaciones que operan empresas públicas o privadas.

La reglamentación unitaria y la dirección y gestión única de todo el sistema eléctrico se consiguen, en conclusión, mediante la reglamentación e intervención pública de la actividad de las empresas. La declaración de servicio público, fuera de los casos en que incorpora una reserva de la titularidad de la actividad correspondiente al sector público, no añade especialidades. Ni tampoco, lo que es más importante, un régimen jurídico caracterizado por notas universales y bien definidas.

La gran novedad del régimen económico de la LOSEN en comparación con el MLE, es el concepto de “integración económica”.

Dadas las dificultades surgidas con el sistema de compensaciones, que suponía un atentado a la autonomía de las empresas, se opta por llevar el modelo a sus últimas consecuencias y convertir éstas en puros “agentes” de un sistema único que es el resultado de la explotación unificada. En el fondo se elimina el concepto de empresa en cuanto actividad comercial. La integración funcional y económica lleva a la necesaria remuneración conjunta de todas las actividades –cada una por separado- y ello se canaliza en la LOSEN a través del nuevo proceso de “liquidación”: ello significa que las empresas distribuidoras (separadas jurídicamente de las generadoras) recaudan la tarifa por cuenta del Sistema Integrado (artículo 19 LOSEN) y los distribuidores deben dar a los fondos recaudados el destino que proceda según la

adjudicación de liquidaciones que realice la CSEN en función de los costes reconocidos a cada agente en el Sistema.

Las implicaciones de la integración económica son muchas y afectan a los siguientes aspectos:

La integración económica supera y sustituye al sistema de compensaciones interempresariales. Por ello, la LOSEN deroga implícitamente las disposiciones del MLE relativas al sistema de compensaciones.

Con la integración económica, toda la energía (excepto la del sistema independiente y la del régimen espacial) se integra en un conjunto único y es remunerada conforme a un método uniforme. El concepto “subsistema” (empresa de ciclo completo, con mercados reservados) no es relevante, ni lo es tampoco, lógicamente, el de “empresa eléctrica productora no integrada” (esto es, ENDESA). Por ello, la LOSEN viene a derogar implícitamente el “status” peculiar de ENDESA como empresa productora no incluida en ningún subsistema.

En tercer lugar, la integración económica implica a un nuevo reparto de riesgos y asunción de responsabilidades en el que conviene insistir. Hasta ahora el sistema de compensaciones constituía un sistema de suma-cero soportado por los subsistemas: sobre ellos recaían los riesgos de insuficiencias en la tarifa, impagos y otros defectos de funcionamiento. Con la integración económica, en la que los distribuidores recaudan por cuenta del Sistema y se eliminan los derechos de propiedad de la energía por parte de las empresas eléctricas, hay que entender que el riesgo ha de ser asumido por el principal que es el propietario de la energía (no por el agente). Esto quiere decir que el riesgo es asumido por eso que se llama “el sistema integrado”. Ahora bien, dicho Sistema o aparece institucionalizado, no tiene personalidad jurídica, no es un centro final de imputación jurídica. Lo único que la Ley hace es identificar a sus dirigentes, que, como ya se ha dicho, son tres: el Ministerio, que aprueba las tarifas y la normativa sobre explotación unificada, la CSEN, que adjudica las liquidaciones y dicta órdenes sobre explotación unificada, y REDESA, que gestiona la Explotación Unificada y prepara las liquidaciones. Lo único que ha mejorado es que ya no pueden ser impuestos de forma discriminatoria sobre un grupo determinado de agentes (como se hacía anteriormente con los subsistemas).

Sin afán de cuantificar los efectos de la transformación que suponía la integración económica, se puede realizar una valoración cualitativa e identificar las causas de ineficiencia económica en la instrumentación de dicho principio. En primer lugar, hay que decir que la integración económica se basa –al igual que el viejo

sistema de compensaciones- en la cobertura de unos costes reconducidos a cada agente. En la medida que dichos costes reconocidos encubran defectos de gestión y no incorporen incentivos a la eficiencia, se seguirán desarrollando distorsiones en las estrategias empresariales (cuyo objetivo será maximizar la diferencia entre costes estándares y reales). Se mantiene la raíz de las eficiencias provocadas por las compensaciones: la consideración del sistema como una unidad elimina la competencia y dificulta los incentivos a la eficiencia en las empresas. Ciertamente, con la eliminación de las compensaciones interempresas desaparecen ciertos desincentivos psicológicos que generaba el traspaso de fondos de las empresas con menos costes (o más ingresos) a las empresas con más costes (o menos ingresos). En la liquidación, la CSEN, como un buen padre de familia, asignará a cada uno lo que merece (o lo que necesite). Puede hacerlo bien, pero también dejarte influir por mil factores ajenos a la eficiencia. Finalmente, con la eliminación del sistema suma-cero, soportado por los subsistemas, se elimina una asignación discriminatoria de los riesgos, pero la operación “por cuenta” del sistema diluye las responsabilidades y es muy de temer que ello implique también múltiples desincentivos.

En definitiva, se configura un nuevo esquema regulatorio que parece desconfiar de los incentivos de la propiedad y de la libertad de empresa, y cuya eficacia se hace depender en gran medida de la actuación de la CSEN y del éxito en el reconocimiento de costes.

Así se produjo una total publicación de las decisiones fundamentales del sector: de inversión, de explotación, de fijación de precios y de remuneración a los agentes.

Pues bien, la LOSEN establece un curioso sistema, distinto a los sistemas operantes en el sector eléctrico –el sistema nacionalizado o el sistema de empresa privada (o mixta), que separa los tres elementos fundamentales en toda empresa: la propiedad de los medios de producción, la dirección o gestión de la empresa y los poderes de disposición sobre el producto obtenido. Todo ello en la siguiente forma:

Mantiene los medios de producción en manos de empresas privadas o mixtas, cuyos titulares son unos accionistas, a los que se supone el derecho de propiedad y la responsabilidad última sobre la empresa (aunque no es así).

La gestión o management de la empresa, en teoría, está en manos del empresario, pero en la práctica una gran parte de las decisiones le vienen dictadas desde fuera, por una autoridad que llamamos “el sistema” (decisiones de inversión, generación, transporte, precios, mantenimiento y cobros, entre otras).



El producto de estas organizaciones empresariales y de estas actividades eléctricas no se sabe de quién es: está sometido a un régimen que podríamos calificar de requisa legal por el sistema integrado, pagando por él un precio que no es un precio de mercado, sino basado en costes reconocidos, también administrativamente fijados. Al negar los derechos de propiedad de la energía a las empresas eléctricas, dicha apropiación por el sistema se produce desde su mismo origen: el producto queda colectivizado, nacionalizado, confiscado –no se sabe en qué concepto- por un ente ficticio: el sistema integrado, una realidad económica, conceptual, sin personalidad jurídica.

Finalmente, si las empresas son sustituidas por el “sistema”, que asume la gestión y el producto como si fuera una sola empresa, es obvio que cuando el servicio falle o se produzcan daños, o se incurra en costes no previstos, la responsabilidad recaerá también sobre ese “microempresario” que es el Sistema.

El modelo implantado por la LOSEN tiene, desde el punto de vista jurídico, una consecuencia muy importante, la responsabilidad del funcionamiento del Sistema y de todo lo que en él ocurre es del Estado. Se desemboca así en una configuración jurídica peculiar: medios privados de producción, nacionalización de la gestión y del producto y responsabilidad estatal.

Se debe afirmar que la separación jurídica de actividades per se no introduce competencia. Ya hemos comentado que la separación contable facilita la transparencia y la competencia. Pero lo decisivo para la apertura de un sistema son las reglas del juego, y o la verticalidad u horizontalidad de su estructura empresarial. Si se mantiene la planificación estatal vinculante, la explotación unificada y centralizada, los costes estándares y demás elementos del sistema, difícilmente se estimulará la competencia en la generación, pese a la desintegración vertical. Antes al contrario, bajo el régimen de explotación unificada, la separación jurídica de los negocios podía reducir aún más la competencia empresarial. Las empresas generadoras se ven obligadas a entregar toda la energía a REDESA, lo que viene a transformar el pool de excedentes en un pool de toda la energía producida. Esto no sería malo si éste operase con precios reales, pero como opera a costes reconocidos, la competencia entre centrales –y entre empresas- resulta inexistente.

Por su parte, la separación jurídica de la generación y la distribución, al separar patrimonial y financieramente los diferentes agentes del proceso, sirve a un objetivo de regulación bien distinto: elimina la necesidad de un sistema masivo de

compensaciones y facilita la labor de integración económica y liquidación encomendada a la CSEN.

Pese a los múltiples intentos para el desarrollo del sistema independiente, se revelaron problemas casi insolubles para configurarlo como una vía de transición adecuada hacia el modelo competitivo. Se trata de los límites de la reforma incremental: es imposible la coexistencia pacífica de agentes sometidos a dos regímenes diferentes, uno regulado y otro liberalizado. Y en particular no es posible asignar los costes varados de forma no discriminatoria, no distorsionadora y dejando la cuota de mercado suficiente al sistema independiente. A esta conclusión llegarían, tanto las empresas españolas, como las utilities en Estados Unidos, que poco a poco se convencieron de la necesidad de una reforma global coherente frente a los peligros de ineficiencias e inequidad que podría resultar de una reforma a “parches”. Eso era, a la postre, la denominada reforma incremental.

ARIÑO ORTIZ<sup>29</sup>, ha señalado que Los principios básicos de la regulación son los de siempre (artículo 11): planificación conjunta, explotación unificada e integración económica, con obligación de suministro y tarifa única.

En relación a la planificación conjunta, no es una novedad, sino la continuación del sistema anterior: se trata de una planificación vinculante (no indicativa, ni informativa, ni orientativa). Dicha palabra no aparece en la ley pero de hecho es así: nadie está obligado a invertir, pero no se pueden tomar decisiones de inversión que no estén previstas y/o se adecuen a la planificación. No existe libertad de inversión.

Según el artículo 21 la actividad de generación está sometida al régimen de autorización administrativa previa en los términos que establece la ley. Esta palabra, sin embargo, es engañosa. En Derecho Público el régimen de autorización administrativa previa supone, de ordinario, que estamos ante una actividad reglada, es decir, existe libre entrada y la autorización se otorga automáticamente tras el cumplimiento de unos requisitos reglados. Sin embargo, pese a la terminología utilizada por el artículo 21, la actividad de generación eléctrica no está sometida a una autorización reglada, sino que es una autorización discrecional, subordinada a la planificación central.

En definitiva no hay libre entrada en la generación, sino que todas las decisiones se someten a una autorización discrecional, sometidas al cumplimiento del Plan. Todo ello es coherente con la calificación de servicio público del artículo 2.1,

---

<sup>29</sup> ARIÑO ORTIZ, *El sistema eléctrico español...*, op. cit., pág. 359 y ss.

pero al mismo tiempo demuestra que no existe esa pretendida “libre iniciativa” que postula el artículo 2.2.

Independientemente de las novedades de la LOSEN en la regulación de la explotación unificada, se debe insistir en que se mantiene la esencia de la misma, es decir, el despacho central en base a costes regulados, esperados, buscando una optimización global del sistema. Se trata de la “integración funcional” en la que toda la producción se vincula a la cobertura de la demanda, y para ello REE ordena toda la explotación. Por ello se mantiene la publicación de la gestión de la explotación. La integración funcional se realizaba en un sistema de empresas verticalmente integradas en generación y distribución, lo cual significaba que el Sistema que gestionaba REE era ficticio. Existía un “pool” de excedentes, y tras la integración funcional, eran necesarias las compensaciones interempresas. Ahora, estamos en cambio, ante un pool de la totalidad de la energía, que se corresponde con una caja única. A nuestro juicio aquí radica la gran novedad de la LOSEN: por fin se logra la unidad funcional de toda la energía, a la que se le hace corresponder la unidad económica, a través de la integración económica.

### **B) Hitos previos a la liberalización: la Directiva 96/92/CE y el Protocolo de 1996.**

La liberalización de los servicios públicos económicos (energía, comunicaciones, transportes), y de manera muy especial por su complejidad técnica y financiera, del sector eléctrico, supone introducir cambios importantes en las pautas de comportamiento de las empresas del sector, de los mercados de capitales que las financian y de los consumidores. Hasta fecha reciente, los servicios públicos económicos han estado al abrigo de los rigores de la libre competencia y de los factores de riesgo que entraña. Por ello, un proceso de liberalización requiere, en primer término, un firme liderazgo político que sea capaz de explicar la necesidad y conveniencia de la reforma, y que también sea capaz de definir un nuevo marco jurídico que ofrezca garantías y seguridad a los inversores y permita a los consumidores beneficiarse de la introducción de competencia.

El fundamento político conceptual de los procesos de liberalización económica se encuentra en el principio de subsidiariedad<sup>30</sup>: todo lo que puede hacer el individuo

---

<sup>30</sup> DE LA CRUZ FERRER, *Liberalización...*, op. cit., pág. 65 y ss.

en el ejercicio de sus derechos y libertades o, por decisión del individuo en el ejercicio de sus derechos y libertades o, por decisión del individuo, las entidades menores o intermedias, no deben hacerlo las entidades mayores en cuyo extremo se encuentra el Estado.

El impulso de las instancias europeas ha sido crucial para el diseño y el progreso de la liberalización en la mayoría de los países de la UE. El hecho es que el abatimiento de las barreras artificiales a la competencia es un requisito ineludible para el funcionamiento adecuado de un espacio económico integrado. De ahí el decidido impulso de las instituciones comunitarias, que en muchos casos ha chocado con la oposición de los gobiernos de los Estados miembros, con alineamientos variables según países y según sectores en discusión.

Después de las Directivas de redes de alta tensión y transparencia de precios, ya descritas, se adopta como primer paquete legislativo de liberalización la Directiva 96/92/CE, de 19 de diciembre de 1996, del Parlamento y del Consejo, sobre el Mercado Interior de la electricidad. El objetivo central de esta norma era pues establecer el marco legal a través de “normas comunes” que permitiera avanzar en la liberalización gradual del sector eléctrico europeo, como base indispensable para la definitiva formación del mercado interior de la energía.

La exposición de motivos de la norma considera el establecimiento del mercado interior como una operación *«particularmente importante para la racionalización de la producción, el transporte y la distribución de la electricidad, al tiempo que se refuerza la seguridad del abastecimiento y la competitividad de la Comunidad Europea, respetando la protección del medio ambiente. La introducción de competencia en el sector debe resultar de la separación de las funciones de transporte y las demás actividades que puedan desarrollar empresas integradas verticalmente; también la imposición de la separación de las actividades de producción y de distribución, al menos a nivel contable; y, en fin, la mayor transparencia posible en todo las empresas que actúan en el sector»*.

Por otro lado, la Directiva recoge en su artículo 3 la posibilidad, por parte de los Estados miembros, de imponer, en el respeto de las disposiciones del Tratado y, en particular de su artículo 90, a las empresas eléctricas obligaciones de servicio público, de interés económico general que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad de abastecimiento, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente. Estas obligaciones, así como su revisión,

deberán ser transparentes, no discriminatorias, controlables y objeto de notificación a la Comisión Europea.

Estas disposiciones se completaban con la imposición a los Estados miembros de la obligación de designar una autoridad independiente encomendándole la resolución de los conflictos relacionados con los contratos y las negociaciones entre los operadores que actúan dentro del sistema.

De este modo, la Directiva conjuga la implantación del mercado interior de la electricidad con las obligaciones de servicio público, dejando sin argumentos a las posiciones que rechazan de plano la apertura de los mercados por la incompatibilidad de la competencia libre y la función de servicio público.

Para MUÑOZ MACHADO<sup>31</sup>, la apertura a la competencia se cifró en 1996 en el juego de los siguientes instrumentos:

- Medidas de separación entre la función de transporte y las demás actividades que puedan desarrollar empresas integradas verticalmente.
- Separación de las actividades de producción y distribución de las empresas verticalmente integradas.
- Transparencia de contabilidades.
- Vigilancia de la competencia para evitar abusos de posición dominante.

Autores como DE LA CRUZ<sup>32</sup> afirman que la Directiva no supone la introducción de nuevos principios para el sector eléctrico, ya que se limita a aclarar y delimitar el alcance de los principios del Tratado para un sector con tantas peculiaridades como es éste. La inexistencia de esta norma no ha eximido en ningún caso de la aplicación de los principios recogidos en el Tratado. La Comisión y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo han hecho valer los principios del Tratado en este sector en casos concretos.

El objetivo último de esta norma es liberalizar progresivamente los mercados nacionales, para la apertura e integración de los mismos y la realización del mercado interior de la electricidad. Trata de eliminar las barreras físicas y técnicas que impiden la creación de dicho mercado, y de lograr la realización de las libertades básicas que presiden la Unión Europea, en especial, la libertad de establecimiento y la libertad de circulación de mercancías.

---

<sup>31</sup> MUÑOZ MACHADO, *Introducción al sector eléctrico...*, op. cit. , pág. 26.

<sup>32</sup> DE LA CRUZ FERRER, *Liberalización...*, op. cit., pág. 65 y ss.

La Directiva va a exigir que los Estados miembros adopten todas las medidas para que se pueda producir una apertura de los mercados de electricidad “en un nivel significativo”. Para la apertura de estos mercados se impone la fórmula de que los Estados miembros especifiquen qué clientes dentro de su territorio tienen capacidad jurídica para contratar electricidad conforme a estos procedimientos de compra directa y de negociación entre productor y consumidor. Se reconoce esta capacidad a las empresas distribuidoras y además a todos los consumidores finales que consuman más de 100 GWh. Se obliga a los Estados miembros a publicar la definición de clientes cualificados que pueden celebrar este tipo de contratos. Así vemos como comienza la apertura a la información, cuestión fundamental para la implantación de mecanismos de mercado eficaces. Así vemos como comienza la apertura a la información, cuestión esencial para la implantación de mecanismos de mercado eficaces.

La tibia regulación de la Directiva se debe a que estamos ante una directiva de difícil consenso, evidenciado en el largo proceso de negociación cargado de transacciones y/o cesiones mutuas. Esto se traduce en una serie de deficiencias que ante la falta de decisión adolecerá de ineficacia y diversas modificaciones sobre los mismos conceptos.

En primer lugar, supone un cierto amalgamamiento de planteamientos conceptuales muy diversos. Ello puede producir problemas de interpretación que dificulta la identificación de tendencias claras de futuro en la regulación eléctrica.

En segundo lugar, impone un marco regulatorio de mínimos: en aplicación de los principios de subsidiariedad y reciprocidad, no trata de imponer un modelo de regulación y explotación único, sino que establece las normas que se consideran mínimas para realizar una apertura comparable en los mercados eléctricos de cada país, un proceso prolongado en el tiempo que ante la falta de decisión adolecerá de ineficiencias y sucesivas modificaciones normativas sobre los mismos derivadas de su imprecisión inicial.

En tercer y último lugar, se observa en el otro difícil equilibrio entre “servicio público” y “mercado”. Para estabilizar dicho equilibrio es necesario, de una parte, armonizar el concepto de servicio público, y de otra profundizar en el establecimiento de una política energética común. Si bien, se determina su alcance con el concepto de servicio económico de interés general, ya comentado al inicio del trabajo, y que directamente impondrá como obligación la apertura de redes, pero que no define en absoluto su configuración provocando inseguridad jurídica y atrofias normativas.

Junto a esas premisas aperturistas comunitarias, en España la tendencia liberalizadora ya estaba prácticamente implantada. Las introducciones mínimas de competencia de la LOSEN así como las experiencias internacionales, calaban en la mayoría de la doctrina desechando la idea de la ruptura del monopolio natural en términos absolutos del sector eléctrico.

Se consideraba que la industria eléctrica debe abandonar el régimen de exclusiva y la obligación de suministro, propios ambos del carácter concesional o de servicio público (“public utilities”) que le han caracterizado hasta ahora en el modelo “industrial”. En su lugar, se piensa en la necesidad de romper el proceso eléctrico en sus distintas fases, separando generación, transporte y distribución y configurando, cuando ello es posible y en la medida en que sea posible, un sistema abierto, plural y diversificado. De esta forma, en lugar de una explotación unificada y centralizada, en la que todas las decisiones –y toda la información- se concentraba en un solo ente (en nuestro caso, Red Eléctrica de España) que planifica y programa al sistema en su conjunto, ha aparecido un modelo basado en las decisiones libres de los distintos agentes que operan en el mercado de generación, en contratos libremente pactados a medio y largo plazo, entre productores y distribuidores (o entre productores y grandes consumidores) y en la existencia de un mercado “spot” de la energía a través de un “pool” que permita y garantice a un tiempo la igualación de oferta y demanda, manteniendo la seguridad del sistema.

Como soporte necesario de tal mercado, se impone el acceso a la Red en condiciones de igualdad para todos los operadores, al margen de quien sea el titular de la misma. La red, es en realidad, el mercado: el lugar de encuentro de oferta y demanda.

De acuerdo con este modelo, plural, abierto y competitivo, la planificación de nuevas inversiones deja de ser una decisión pública centralizada por el Gobierno y vinculante de hecho para las empresas, sobre las que pesaba la obligación de suministro y el deber de garantizar, con años de antelación, la potencia necesaria para ello.

Ante los continuos fracasos de la regulación, ha surgido una tendencia generalizada: romper el pretendido monopolio natural e intentar “reconstruir” el mercado, introduciendo en el sector una competencia creciente.

Para el desarrollo de esta reforma tan significativa del sector eléctrico español, se consideraron dos facetas: de una parte, entre las razones para la adopción del modelo de competencia regulada, se aprecian algunas de tipo ideológico (política económica de liberalización del programa Aznar-Rato), otras de tipo jurídico-político (la obligada adaptación a las exigencias de la Directiva 96/92/CE, de 19 de diciembre) y tanto unas como otras no son puro voluntarismo político, sino que hunden sus raíces en razones económicas: búsqueda de la eficiencia a través de la competencia<sup>33</sup>. El modelo “regulado” adolecía de muchas limitaciones y la LOSEN –sin menospreciar sus logros- no supuso un instrumento de transición del modelo regulado al modelo de competencia

Pero había que iniciar este camino con el menor riesgo posible y por ello se buscó un consenso capaz de articular la transición, lo cual requería, a su vez, seguridad jurídica, afirmando en una ley los principios básicos del mismo y las medidas de transición. Por último, había que diseñar suficientes incentivos a la eficiencia para poner en funcionamiento desde un principio el mercado global de generación, con un paquete global de medidas que constituyen precondiciones para la creación de mercados eléctricos competitivos teniendo en cuenta su complejidad, su interrelación y el pacto logrado con los agentes implicados.

El Gobierno español no abordó de frente la liberalización del sector eléctrico, al tiempo que lo hizo en los otros sectores comprendidos en los Reales Decretos de junio de 1996, seguramente por su complejidad, que no permitía asegurar el acierto con una medida adoptada en el marco de aquel trámite de urgencia, y, especialmente, a la espera de la aprobación de la Directiva 96/92/CE, pero para ganar tiempo y apurar etapas, inicia a través de la Secretaría de Estado de la Energía y de Recursos Minerales, una serie de sesiones de trabajo con las empresas del sector eléctrico para tratar de alcanzar un consenso con las mismas en los puntos que podrían ser conflictivos<sup>34</sup>.

La apertura real a la competencia del sector eléctrico español comienza con la suscripción por parte del Ministerio de Industria y Energía y las empresas del sector eléctrico del “Protocolo para el establecimiento de una nueva regulación del sistema eléctrico nacional de 11 de diciembre de 1996, en el que las partes firmantes acuerdan que para una efectiva liberalización y competencia en el Sector Eléctrico es necesario

---

<sup>33</sup> ARIÑO ORTIZ, *Sistema eléctrico español...*, op. cit, pág. 546.

<sup>34</sup> GUILLÉN CARAMÉS, J. (director) y otros. «Derecho de la Competencia y Energía Eléctrica». Aranzadi, 2009.



propiciar un acceso sin restricciones a las diversas fuentes de energía primaria utilizadas para la generación de electricidad<sup>35</sup>.

Citaremos brevemente los contenidos más importantes del Protocolo, debido a que -sin restarle importancia- la verdadera reforma del sector eléctrico español se realizará por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, como instrumento jurídico vinculante.

El objetivo de dicho Protocolo es *«establecer las bases operativas que han de regir en el funcionamiento del Sistema Eléctrico español, definir los plazos, medidas y salvaguardias que deberán ser puestos en práctica durante el periodo transitorio hasta alcanzar los objetivos de la liberalización del mercado eléctrico, establecer aquellos criterios que deberán regir la estructura del Sector Eléctrico español, garantizando la competencia entre las empresas que lo integran y la competitividad de las mismas, así como sentar las bases de retribución adecuada para cada una de las actividades que se realizan en régimen de monopolio natural, y cuya regulación debe contemplar los intereses de los consumidores, de los consumidores, de los trabajadores y los de los accionistas que conjuntamente sustentan el negocio de la empresa<sup>36</sup>»*.

En coherencia con tales objetivos, el Protocolo consta de tres Acuerdos, que versan sobre los tres siguientes temas centrales:

- 1º) Modelo de funcionamiento del sistema eléctrico español.
- 2º) Implantación del nuevo modelo.
- 3º) Separación de actividades, estructura de mercado y régimen accionario.

Si que es preciso detenerse en los aspectos contemplados en el Protocolo como dificultades para la implantación inmediata de la competencia, se destacan los costes denominados "de transición a la competencia". Estos compromisos regulatorios obligan a incorporar a la tarifa un importante volumen de recursos económicos que deben compensar a las empresas de sus aspiraciones a recuperar inversiones realizadas en el tiempo y con las condiciones retributivas que se establecieron históricamente cuando se aprobó el denominado marco estable.

Las mismas dificultades de aplicación de los principios del mercado libre se derivan de la incorporación a la tarifa eléctrica de los costes asociados al sostenimiento de la minería del carbón nacional o los resultantes de la moratoria nuclear. Aunque, con respecto a lo primero, el Protocolo se remite a un Plan Futuro de la Minería del Carbón y Desarrollo de las Comarcas Mineras, cuyo contenido, según

---

<sup>35</sup> Punto quinto del citado Protocolo.

<sup>36</sup> Exponiendo segundo del citado Protocolo.

declara expresamente el Protocolo, no prejuzga, se mantiene la obligación de la adquisición de carbón nacional a precios en cuya determinación interviene el Ministerio de Industria.

Toda esta filosofía de la “transición a la competencia”, revela las enormes dificultades de desmontar un servicio organizativo desde arriba, desde la Administración, teniendo en cuenta criterios sociales que son ajenos a la filosofía del mercado y, probablemente, imposibles de compatibilizar con los principios de la competencia libre, que aún siguen protagonizando importantes debates en la actualidad.

En este punto, debemos traer a colación el informe de la CSEN aprobado el 10 de diciembre de 1996<sup>37</sup>, valoró como positiva la apertura consistente en aceptar un sistema de ofertas en lo que concierne a las actividades de generación así como la incorporación de la demanda a los mecanismos de mercado. Esto último se califica como *«un hecho novedoso y bienvenido para el Sistema Eléctrico Nacional en el que la demanda no participaba en absoluto en el mecanismo de formación del precio. Esta apuesta va en línea con la tendencia existente en otros países de que la demanda realice ofertas de cantidades, precios y condiciones, aflorando el valor que para el consumidor tienen la electricidad en sus aspectos de producto y servicio. De esta forma será la propia demanda la responsable de realizar sus previsiones, asumiendo los sobre costes de las desviaciones que puedan producirse respecto a sus estimaciones. Al dar a la demanda la oportunidad de participar activamente en el mercado eléctrico, los precios resultantes serán más ajustados a la realidad, como ocurre en el resto de los mercados de otros productos»*.

La crítica se formula luego respecto de la amplitud y el ritmo con que se implanta la capacidad de elección de los consumidores en el mercado eléctrico. En este sentido, la Comisión critica incluso que la lentitud de la apertura trate de justificarse en las soluciones que incorpora la Directiva comunitaria sobre el mercado interior de la electricidad. En esta Directiva la elegibilidad de los consumidores, según al Comisión, “quedó lamentablemente reducida en aras de reducir un consenso que incluyese a los países menos partidarios de la liberación”.

Las críticas más importantes del Informe de la CSEN<sup>38</sup> se refieren a las soluciones adoptadas para “la transición a la competencia del sistema eléctrico”. Se

---

<sup>37</sup> COMISIÓN DEL SISTEMA ELÉCTRICO NACIONAL. Informe 10 de diciembre de 2006.

<sup>38</sup> COMISIÓN DEL SISTEMA ELÉCTRICO NACIONAL. Informe 10 de diciembre de 2006.

apoyan éstos en las experiencias internacionales y en valoraciones hechas por la propia CSEN.

Su conclusión es que *«el Protocolo describe un procedimiento de transición y recuperación de costes que se ha acordado mediante una negociación en la que han estado ausentes los consumidores y que no incentiva la transición hacia la competencia, impone unas cargas sobre los consumidores que pueden incluir rentas cuya recuperación no debería garantizarse, y no garantiza suficientemente a las empresas ni la cobertura de riesgos financieros asociados al proceso de transición, ni la eliminación del riesgos regulatorio»*.

El último elemento crítico del Informe de la CSEN<sup>39</sup> que estamos comentando se refiere a “lo que no contiene el Protocolo”. Lo más significativo, de lo que Protocolo no contiene, es una regulación suficiente de la desconcentración del sector y la separación de actividades, a efectos de constituir un verdadero mercado en el que la competencia pueda ser efectiva.

Dice a este propósito que *«intentar liberalizar el sector eléctrico sin adoptar las medidas de reforma estructural necesarias o, al menos, dar unas directrices básicas sobre este aspecto, sería completamente inadecuado. Todos los países que han liberalizado su sector eléctrico han tenido que combinar las dos tareas de cambiar las reglas y la estructura empresarial. Además, se crearían unas expectativas de mantenimiento del status quo empresarial que harían luego mucho más difícil corregir la situación. No deben los poderes públicos dejar que, por la vía del que calla otorga, se creen unas expectativas que luego están en contraposición con los intereses de la sociedad»*, sigue diciendo la Comisión que *«la importancia de la reestructuración empresarial para el desarrollo de la competencia en el sector eléctrico queda patente observando la experiencia internacional. El hecho de que todos los países se hayan visto obligados a adoptar reformas estructurales de sus empresas eléctricas indican que éstas obedecen a una necesidad fundamental y no son una variable de diseño»*.

Desde luego, no hay duda de que la reestructuración del sector y la separación de actividades eléctricas son medidas fuertemente vinculadas a la conversión del sector eléctrico en un mercado en el que la competencia sea efectiva, cuestiones que en la actualidad siguen siendo de gran calado.

Este pacto entre las compañías del sector y el Gobierno también va a implicar consecuencias importantes para el sector ya que en el acuerdo se incluye la renuncia

---

<sup>39</sup> COMISIÓN DEL SISTEMA ELÉCTRICO NACIONAL. Informe 10 de diciembre de 2006.

de derechos adquiridos de las empresas eléctricas la determinación de un límite máximo a los costes varados recuperables supone la renuncia a parte de los costes fijos reconocidos por el MLE tras la aplicación del denominado factor de eficiencia.

## **V. LIBERALIZACIÓN EFECTIVA DEL SECTOR ELÉCTRICO. LA LEY 54/1997, DE 27 DE NOVIEMBRE.**

La regulación económica surge ante fallos del mercado y debería cumplir las mismas funciones que éste para una asignación eficiente de recursos, mediante la transmisión de las señales adecuadas a los agentes. En particular, debería introducir incentivos para la reducción de costes y para la correspondiente reducción de precios. Sin embargo, en la práctica, esto no ha sido así, sino que ha aparecido numerosas “perversiones” que han dado lugar al efecto contrario: fenómenos conocidos como la asimetría informativa, la sobreinversión, “the revolving door”, el “endeudamiento” que a veces se produce entre reguladores y regulados, el apriorismo de que parte en muchas de sus estimaciones, la dictadura que de hecho ejercen sobre el usuario, y, sobre todo, la garantía de cobertura de costes, que ha tendido a disparar éstos en todos los sectores (energía, transporte aéreo, telecomunicaciones, etc.), han sido, todos ellos efectos perversos de la regulación. Las grandes empresas de servicio público (las “Utilities”), en éste y en otros sectores, aún siendo privadas, se aproximaban en muchos aspectos a los comportamientos de la empresa pública.

De esta forma, los “fallos del mercado” han sido seguidos por los “fallos de la regulación”. Estos, como hemos expuesto en otro lugar, se manifiestan, en el sector eléctrico, en los tres efectos básicos del “modelo industrial”: la planificación vinculante, la explotación unificada y la regulación en base a costes, como hemos analizado anteriormente.

La planificación vinculante de inversiones ha dado lugar a situaciones generalizadas de sobrecapacidad en generación, incrementando los costes a largo plazo y encareciendo el precio final de Kw/h. Los errores del regulador en las previsiones de demanda se deben tanto a las deficiencias de la información de que dispone (asimetría de la información entre regulador y regulado) como a su falta de motivación para acercarse a la realidad. No optimizándose la eficacia a largo plazo del sistema, porque la toma de decisiones no se corresponde con la correlativa asunción de riesgos y responsabilidad.

Otro tanto ha ocurrido – en España y otros países- con la ineficiente asignación de recursos a corto plazo a través de la explotación unificada. Nadie discute las economías de escala y de alcance que se consiguen con un sistema interconectado de centrales de generación que trabajan en régimen de pool. Pero ocurre que cuando esto se produce en régimen centralizado, en base a costes estimados y bajo la dirección de la autoridad pública, fácilmente se mezclan los criterios económicos y los objetivos políticos, actuando por circunstancias y razones ajenas al sector y sin asumir las consecuencias directas de sus actos.

Por último, el sistema de retribución mediante costes estándares, caja común y tarifa uniforme, ha dado lugar a múltiples ineficiencias y distorsiones en el comportamiento empresarial, que conducen a un continuo crecimiento de los costes. Así se produjo en los sistemas anteriores, la consideración del sistema como un todo, bien a través de compensaciones interempresas o bien a través de la “integración económica”, eliminan todo incentivo empresarial. De hecho, se han utilizado como vehículo de subsidios cruzados para apoyar empresas en dificultades, desarrollar determinadas políticas industriales o sociales, etc., imponiendo una gran opacidad al sistema. El MLE cumplió su misión de salvamento en la difícil situación financiera de las empresas, pero no introducía los incentivos a la eficiencia necesarios para reducir los precios de la electricidad. Se salvaron las empresas, pero lo pagó el país.

En suma, la regulación ha demostrado sus límites en la teoría y en la práctica; la experiencia continuada señala que dichos fallos del “tradicional” sistema regulado no son frutos de errores en su aplicación, aquí o allá, sino que se deben a obstáculos insalvables, inmanentes al sistema, muy difíciles de corregir, por mucho que se afinen los instrumentos, como veremos en el resto de la exposición.

Dicho todo ello, se debe precisar a continuación que no se trata de una opción entre regulación perfecta o competencia perfecta. El sector eléctrico, estará siempre regulado (como las telecomunicaciones, el transporte o el sistema financiero: la asimetría de posiciones entre las empresas y usuarios así lo exige), pero se cuestiona el alcance y sentido de la regulación. Se parte de dos premisas: 1) es necesario minimizar la regulación, ya que se han demostrado sus fallos en la asignación eficiente de recursos, y 2) no todas las fases del sector eléctrico se caracterizan por tener elementos de monopolio natural. Las conclusiones son obvias: 1) separemos las actividades del sector eléctrico (“unbundling”); 2) introduzcamos competencia –el mejor medio conocido para la asignación eficiente de recursos- donde sea posible; y 3)

regulemos las actividades que mantienen, al menos por ahora, características de monopolio natural.

Las disfuncionalidades del sistema anterior, que han supuesto un sobrecoste del sector, así como las evidencias de mejora en experiencias vecina, junto con el impulso liberalizador de la normativa comunitaria, fueron el motor de un cambio en la concepción reguladora y en la configuración jurídica del sector. El Protocolo de 1996 introdujo las pautas consensuadas entre los agentes intervinientes y será la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE) y su desarrollo – algo tardío- la que plasme una transformación radical del régimen jurídico de la electricidad, fundamentalmente en lo relativo al suministro, calificado como actividad esencial, ha dejado de tener la consideración de servicio público, introduciendo la competencia en aquellas fases del suministro no sujetas a restricciones de carácter técnico.

El cambio de paradigma en la regulación del sector eléctrico ha obligado a la LSE, en palabras de DE LA CRUZ FERRER<sup>40</sup>, a prescindir de técnicas habitualmente utilizadas por el derecho Público durante el último siglo y a emplear técnicas nuevas, respecto de las que todavía no se tiene suficiente experiencia, ni existe la suficiente formalización y sistematización jurisdiccional y doctrinal. Por ello, aunque el diseño general de las posiciones jurídicas y de los derechos y obligaciones es en principio correcto, aparecen imprecisiones en la nueva terminología empleada y algunos errores de concepto.

En todo caso, la LSE un juicio altamente positivo tanto desde una perspectiva política, como jurídica y económica; al ser plenamente conforme con los parámetros del proceso de liberalización de los servicios públicos.

La Ley de 1997 suprime las dos técnicas esenciales del modelo socialista de intervención pública en el sector eléctrico, configuradas en la LEUSEN de 1984 y en la LOSEN de 1994. La planificación vinculante configurada por la LOSEN, que determinaba las decisiones de inversión y atribuía la responsabilidad sobre el sector al Gobierno, es abandonada y sustituida por una planificación indicativa de los parámetros bajo los que cabe esperar que se desenvuelva el sector eléctrico en un futuro próximo, lo que puede facilitar las decisiones de inversión de los diferentes agentes económicos. Frente a alguna reacción de sorpresa frente al mantenimiento de la planificación pública, aunque sea indicativa, entendemos que ésta resulta

---

<sup>40</sup> DE LA CRUZ, *Liberalización...*, op. cit. págs. 138.

imprescindible. Nada tiene que ver en cuanto a sus efectos jurídicos y económicos la planificación vinculante con la planificación indicativa. La primera suprime la libertad de empresa y cálculo económico e impide la asignación eficiente de recursos, la innovación y el crecimiento económico. Sin embargo, la planificación indicativa (vinculante para el sector público e indicativa para el sector privado) constituye un instrumento imprescindible de racionalización de las políticas públicas y del gasto público.

Destaca en la Ley, no obstante, entre las técnicas de intervención-regulación la planificación estatal (artículo 4), que, con carácter vinculante, se reduce a las instalaciones de transporte que deberá coordinar la planificación urbanística y la ordenación del territorio. La planificación, por tanto, se convierte en indicativa para la actuación del sector en las decisiones de inversión de las empresas eléctricas.

La LSE también suprime la explotación unificada del sistema eléctrico nacional, impuesta por la LEUSEN y que de facto contenía una nacionalización encubierta de la dirección empresarial del sector eléctrico. Aunque la Exposición de Motivos de la LSE sigue empleando el término “explotación unificada”, esta actividad desaparece por completo en el nuevo diseño de las actividades eléctricas. No sólo la actividad de “explotación unificada” desaparece, también la tradicional actividades de “despacho central” transporte por completo su sentido porque deja de efectuarse al dictado de una supuesta “optimización teórica” impuesta por la Administración pública y tampoco queda al libre albedrío de las empresas: el despacho de las centrales de generación dependerá de las subastas del mercado mayorista.

La creación del Mercado mayorista también suprime el proceso de “integración económica de la energía” previsto por la LOSEN. El progresivo desarrollo del mercado minorista, mediante la libre elección de suministrador por los consumidores, irá reduciendo el ámbito de las tarifas únicas. Así pues, los principios fundamentales del modelo de regulación de la LOSEN son suprimidos por el proceso de desregulación y neo-regulación de la LSE.

Pero la cuestión fundamental que introduce la Ley de 1997 es la despublificación del sector. Una de las cuestiones fundamentales es la despublificación del sector. Así como señala el propio texto *“se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento jurídico sustituyéndola por la expresa garantía resuministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional. La explotación unificada del sistema eléctrico deja de ser*

*un servicio público de titularidad estatal desarrollado por el Estado mediante una Sociedad de mayoría pública y sus funciones son asumidas por dos Sociedades mercantiles y privadas, responsables respectivamente de la gestión económica y técnica del sistema”.*

En conclusión, se configura un nuevo modelo eléctrico basado en, a) la libertad de entrada en el sector, vía derecho de establecimiento y liberalización de las actividades de producción y comercialización; b) El reconocimiento de la libre contratación del suministro de electricidad; c) El establecimiento de la apertura jurídica de las redes a través de mecanismos jurídicos que habiliten a terceros operadores acceder al paso por las infraestructuras de transporte y distribución, a cambio de un peaje o precio administrativo.

La LSE ha abandonado efectivamente el elemento subjetivo de la institución del servicio público (reserva de actividades al Estado), pero ha mantenido los principios tradicionales del elemento objetivo –principios de continuidad, universalidad, calidad, seguridad, adaptación, aprobación de tarifas, etc.-, configurándolos como obligaciones que se imponen a los operadores tradicionales. Si la propia Directiva europea 96/92 denomina a estas obligaciones como “obligaciones de servicio público” no parece correcto que la Exposición de Motivos de la LSE diga que “se abandona la noción de servicio público”, puesto que precisamente la noción de servicio público vigente en derecho comunitario europeo (Comunicación de la Comisión de 11 de septiembre de 1996 y Directiva 96/92) constituye uno de los elementos esenciales de la Ley española de 1997.

El paso de un sistema de intenso control con reconocimiento legal de inversiones a largo plazo por un sistema de mercado imperfecto pero progresivo, que abandona el concepto de sistema unificado y servicio público, por el de sector coordinado y servicio esencial universal, tiene muchas consecuencias. Como señala LÓPEZ -IBOR<sup>41</sup> Entre otras, una muy importante que se deriva del análisis de esa misma transformación del concepto de servicio público en su conexión comunitaria con el derecho de la competencia dada por la jurisprudencia de su Tribunal.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente. «La problemática jurídica del sector eléctrico. Revista Aragonesa de Administración Pública». nº 34, 2009, págs. 285-304.

<sup>42</sup> Asunto Corbeau, STJCE 1993/71; asunto Almelo, STJCE 1994/61; Asunto Altmark, STJCE2003/218



Como hemos apuntado y siguiendo las palabras de ARIÑO ORTIZ<sup>43</sup> en el art. 2, se produce un cambio fundamental respecto a la configuración jurídica de actividades en la LOSEN: la “despublicatio” del sector eléctrico. Con ello se lleva a la regulación eléctrica esa profunda transformación que ha experimentado en estos últimos años el concepto de servicio público, que no se basa en la publicación (reserva estatal) de la actividad (apud. Art. 128 CE), sino en la expresa garantía de suministro de un servicio al público que se considera esencial para la sociedad.

La Exposición de Motivos alude a este cambio en los siguientes términos:

*«El suministro de energía eléctrica es esencial para refuncionamiento de nuestra sociedad. Su precio es un factor decisivo en la competitividad de buena parte de nuestra economía.*

*(...)*

*No se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional. La explotación unificada del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal desarrollado por el Estado mediante una sociedad de mayoría pública y sus funciones son asumidas por dos sociedades mercantiles y privadas, responsables respectivamente de la gestión económica y técnica del sistema».*

Por lo tanto, se parte del mismo presupuesto de hecho que en el régimen anterior: el suministro de energía eléctrica es esencial para la sociedad y para la economía. Y por ello el modelo de regulación de dicho sector debe no sólo tener como objetivo la garantía del suministro en general, sino que además se debe garantizar el suministro a todos los consumidores dentro del territorio nacional. Exactamente el mismo –y novedoso- planteamiento conceptual se plasma en la nueva Ley General de Telecomunicaciones. Según el art. 2 de la Ley, “las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia. Sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público, los servicios regulados en el art. 5 y en el Título III de esta Ley”.

---

<sup>43</sup> ARIÑO ORTIZ, *El sistema eléctrico español...*, op. cit., pág. 574.

Tras esta novedosa configuración jurídica del sector en la LSE subsisten, no obstante, ciertas cuestiones discutibles, que conviene analizar. Básicamente, según ARIÑO ORTIZ<sup>44</sup>, las dos siguientes:

1ª) En cuanto a la privatización del gestor del Sistema.- Frente a la declaración anterior de servicio público de las actividades destinadas al suministro (de energía eléctrica en el S. Integrado y de la garantía de suministro que dicho sistema prestaba a favor de los usuarios del S. Independiente), la LSE dice únicamente que las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica tendrán la consideración de servicio esencial y se ejercerán garantizando el suministro de energía eléctrica a todos los consumidores dentro del territorio nacional. Además, en la Ley, la explotación unificada desaparece y, en su nuevo contenido, la actuación de OdS y OdM, se “despublica” y se “privatiza”. Ahora bien, en nuestra opinión, éstos son dos juicios que deben separarse; una vez que se despublica el sector, dada la importancia del OdS y OdM, se debe analizar –sin prejuicios- qué forma de gestión (pública, privada o mixta) garantiza en mayor medida los objetivos perseguidos, y en concreto, la objetividad de su funcionamiento.

2ª) En cuanto a la calificación de todas las actividades como servicio esencial.- Al exponer el nuevo concepto de servicio al público en el modelo de competencia regulada se indicaba que una de sus características era la reducción de su ámbito de aplicación: frente a la calificación como servicio público de todo un sector, se tiende a calificar como servicio público algunas actuaciones concretas dentro del sector. En otro lugar hemos expresado dicha nota caracterizadora del nuevo concepto de servicio público de todo un sector, se tiende a calificar como servicio público algunas actuaciones concretas dentro del sector. En otro lugar hemos expresado dicha nota caracterizadora del nuevo concepto de servicio público con las siguientes palabras:

“En lugar de declarar “servicio público” el correo, las telecomunicaciones, el gas, la electricidad, el transporte o la televisión, lo que hay que hacer es precisar, en cada uno de ellos, cuales son las obligaciones o cargas de servicio público, esto es, de servicio universal, obligatorio, que hay que garantizar, como misión o tarea de interés general en cada sector concreto, a cuyo cumplimiento vienen vinculados los operadores que actúen en él. Ello exige justamente la diferenciación de prestaciones: en el transporte, será la cobertura de determinadas líneas regulares (pero no cualquier transporte); en el correo, el servicio básico postal de cartas, certificados con carácter

---

<sup>44</sup>ARIÑO ORTIZ, *El sistema eléctrico español...*, op. cit., pág. 148.

universal (pero no el servicio de paquetería o transporte urgente); en las telecomunicaciones, el servicio básico telefónico con carácter universal (pero no los servicios de valor añadido, la telefonía móvil o las redes locales de cable); en la electricidad, el transporte en alta tensión por la red general peninsular y la distribución universal a todo pequeño consumidor final (pero no la generación eléctrica, ni la venta al por mayor ni el suministro a grandes consumidores), etc. En cada sector, hay que determinar en concreto cuáles son esas obligaciones”.

Pues bien, frente a dicha tendencia, de reducción del ámbito de aplicación del servicio público a prestaciones singulares no a todo el sector, la Ley señala que todas las actividades eléctricas tienen la consideración de “servicio esencial”. Por ello, frente a la indefinición del sentido jurídico de la expresión “servicio esencial”, podría ser más adecuado el término de “servicio de interés económico general” (SIEG), término que cuenta con un significado más preciso en aplicación del art. 90.2 del Tratado de Roma. De hecho, en una versión anterior del Anteproyecto se utilizaba la calificación “SIEG”, en vez de “servicio esencial”; para las actividades eléctricas. En eso, a nuestro juicio, se ha empeorado la ley, pues pese a que esa expresión (servicio esencial) se recoge en la Constitución, no tiene en nuestro Ordenamiento contenido técnico-jurídico alguno.

Por lo demás, sigue siendo equivocada la aplicación de este concepto a todas las actividades eléctricas. En nuestra opinión, dicha calificación de SIEG debería reducirse al suministro regulado, a las actividades de redes y a las actividades de gestión del Sistema. La actual tensión de la calificación de servicio esencial (o de SIEG) a todas las actividades del sector podría obedecer al objetivo de lograr un título de intervención, también sobre las actividades “no reguladas”. Pero ello es contradictorio con el modelo mismo de sector que se pretende configurar. Sería más correcto afirmar el carácter neoregulado de todas las actividades del sector eléctrico, señalando dos grados diferentes de regulación en los términos que hemos explicado.

Así del artículo 11 de la Ley del Sector Eléctrico, se desprende la dualidad de actividades: por un lado las actividades reguladas como son la gestión económica y técnica del sistema, transporte y distribución; constituyen actividades o servicios de interés económico general (SIEG); y por otro lado, actividades en régimen de libre competencia (generación y comercialización): son actividades libres, “no reguladas”, en palabras de la Exposición de Motivos.

Aunque obviamente ello no es así exactamente. Son dos grados distintos de regulación, su distinción debería hacerse en la competitividad de las mismas, siguiendo la clasificación que propone ARIÑO ORTIZ<sup>45</sup>:

- Actividades potencialmente competitivas: generación y comercialización. La regulación está subordinada al mercado, que es la regla general: lo re-crea (reglas de organización) y lo defiende (competencial leal). Hay libre entrada y salida de ellas, con autorización de carácter reglada. Son actividades “libres”.
- Actividades no potencialmente competitivas: Operador del Sistema, Operador del Mercado, transporte y distribución. Por unas razones (coordinación del Sistema) o por otras (monopolio natural), no es posible ejercer dicha actividad en régimen de libre competencia. No hay libre entrada, sino título habilitador de carácter discrecional. Estas últimas actividades pueden configurarse como servicios de interés económico general, lo cual permitiría la excepción de las reglas de competencia para lograr el cumplimiento de la misión de interés general encomendada. En este caso la regulación sería el principio básico de funcionamiento, en sustitución del mercado, si bien utilizando en lo posible mecanismos competitivos para sus decisiones. Se trata de una regulación orientada al mercado.
- Finalmente, dentro de las actividades potencialmente competitivas, en la comercialización puede distinguirse la de aquellos consumidores que tienen y ejercen su derecho a la libre elección de suministrador en régimen de libre competencia; y la de los consumidores que no tienen (o que tienen y no ejercen) el derecho a la libre elección de suministrador: régimen de suministro a precio regulado.

La segregación de las actividades es una realidad que se ha impuesto en casi todos los países desde la práctica inglesa originaria, en el proceso de liberalización del Sector Eléctrico. La Unión Europea en su Directiva contempla básicamente tres actividades: generación, transmisión y distribución, previendo una regulación separada de las tres y exigiendo a las empresas que se dediquen a las actividades eléctricas una separación contable de las mismas.

La razón de fondo, que debe encontrarse en la segregación de actividades, radica en el hecho de que el Sector Eléctrico funciona a través de sistemas que tradicionalmente han sido considerados monopolio natural, como es la utilización de las redes para el transporte de la energía; en lo que la propia Directiva denomina “transporte o transmisión” y en el transporte a baja tensión de la distribución, de

---

<sup>45</sup> ARIÑO ORTIZ, *El sistema eléctrico español...*, op. cit., pág. 615.

manera que segregando actividades puede darse una realidad económica que supera lo anterior, cual es la posibilidad de competencia en el Sector Eléctrico. Partiendo de la idea de la ruptura del monopolio mediante la segregación, se crea un mercado al por mayor en la generación corrigiendo los efectos del monopolio a través del principio de acceso de terceros a las redes y, a su vez, el mercado al por menor mediante la posibilidad de la libre elección por parte del consumidor por medio del libre acceso a la distribución. Como bien es sabido, la Unión Europea en su Directiva no exige la separación jurídica de las empresas destinadas a tales actividades, pero sí contempla la necesaria separación contable para constituir tres tipos de actividades o negocios separados, al objeto de “evitar la existencia –como dice el artículo 14- de discriminaciones, subvenciones cruzadas y falseamientos de la competencia”, y, en definitiva, conseguir articular unidades de negocio independientes en cada una de las actividades objeto de regulación.

La forma en que la LSE ha recogido esta separación de actividades presenta dos manifestaciones según JAVIER GUILLÉN<sup>46</sup>: de un lado, una serie de medidas que afectan a la estructura empresarial de los operadores energéticos, y por otro, la diferenciación de regímenes jurídicos aplicables a las diversas actividades eléctricas según su grado de liberalización.

Por lo que respecta al primer punto, la LSE incorpora tres modalidades de separación: a) separación jurídica entre actividades reguladas y competitivas, si bien establece la posibilidad de que sean ejercidas por el mismo grupo empresarial bajo personalidades jurídicas distintas (empresas verticalmente integradas); b) separación accionarial respecto a las empresas encargadas de operar el mercado y el sistema, prohibiendo las participaciones accionariales cruzadas entre ellos y limitando la participación accionarial directa o indirecta de las empresas, así como del sector público (el denominado unbundling), y c) separación contable para las distintas actividades que componen el sector.

En lo concerniente al segundo punto, relativo a la separación de actividades, éste ha encontrado un escollo en los condicionamientos técnicos que demandan en todo momento una correcta y eficaz coordinación entre las diversas fases sucesivas en que consiste la actividad eléctrica. Esta problemática ha sido solucionada a partir de la separación del sector en actividades de prestación de servicios singularizados (generación y suministro y venta al consumidor final), actividades de explotación de

---

<sup>46</sup> GUILLÉN CARAMÉS, Javier (director) y otros. «Derecho de la Competencia y Energía Eléctrica». Aranzadi, 2009.

infraestructuras y prestación de servicios no singularizados (construcción y mantenimiento de redes, transporte y distribución) y actividades que se prestan al conjunto del sistema del sistema que no pueden ser duplicadas (operación técnica y económica del sistema).

La comercialización de la electricidad se configura como uno de los medios a través de los cuales se presta el servicio de electricidad a los consumidores. Ahora bien, la actividad de comercialización como actividad libre se encuentra presidida por la libertad de entrada, el libre acceso de las redes y la libre contratación y formación competitiva de los precios.

Es de destacar que aparte de suministrar electricidad, los comercializadores pueden gestionar el contrato de acceso a redes con la empresa distribuidora en nombre del consumidor que es, en definitiva, el titular del contrato.

Es significativo que los comercializadores pueden ofrecer, aparte de electricidad, cualquier otro bien o servicio. No obstante, son los principales productores de electricidad quienes por medio de sus empresas matrices han ido tomando posiciones claves en el sector de la comercialización de energía.

Una amenaza para la defensa de la competencia respecto a este punto, que pudiera surgir con la progresiva implantación de empresas comercializadoras reside en la realidad de que éstas, en gran medida, provienen de empresas eléctricas integradas verticalmente y que la separación de actividades entre las mismas tiene importantes imperfecciones. Así, se han venido constatando ciertas ventajas competitivas para ejercer la actividad de comercialización en aquellos territorios donde la empresa distribuidora pertenece al mismo grupo empresarial. No resulta por tanto extraño que algún distribuidor se encuentre dispuesto a expandirse hacia nuevos territorios a pesar de que el negocio ofrezca poca rentabilidad, si con ello se permite que la empresa comercializadora perteneciente al mismo holding empresarial obtenga ventajas competitivas frente a otras. De este modo se pueden producir trasvases de rentas entre actividades reguladas y libres, que pueden suponer importantes obstáculos para la competencia efectiva en el sector eléctrico.

Otra cuestión a tener en cuenta es el nuevo estatuto jurídico de las redes y la separación entre su propiedad y su uso. En el caso de los distribuidores, éstos pueden utilizar sus redes para transportar la energía que adquieran en el mercado mayorista y suministrarla a los consumidores con arreglo a tarifa. Sin embargo, las redes quedan abiertas a su utilización por cualquier operador, puesto que los artículos 38 y 42 de la

LSE regulan el acceso de terceros a las redes de transporte y distribución y reconocen expresamente el derecho de los generadores, de los comercializadores y de los clientes cualificados a utilizar la red para el tránsito de la electricidad. Los gestores de las redes únicamente podrán denegar el acceso en caso de que no dispongan de la capacidad necesaria.

Así pues, el estatuto de las redes es objetivo, puesto que la utilización de las mismas no queda a una apreciación subjetiva de las partes (acceso de terceros a la negociación): en el sistema LSE nos encontramos ante un estatuto jurídico objetivo de la utilización de las redes, puesto que en los citados artículos se establece un “acceso regulado objetivamente”, en el que la denegación sólo puede producirse por motivos objetivos y en el que los peajes quedan regulados por la Administración.

El sistema de acceso se articula en torno a cuatro pilares fundamentales: a) publicidad de las reglas de acceso y de las tarifas; b) objetividad de los criterios que se determinen; c) principio de no discriminación; y, d) precios razonables.

Una decisión fundamental para comenzar el proceso de superación de las características de monopolio natural de las redes de transporte y distribución del sector eléctrico es suprimir los derechos de exclusiva tal como hace la LSE. Así, por ejemplo, en el artículo 40.1 se establece expresamente que la construcción, modificación, explotación y transmisión y cierre de las instalaciones de distribución quedarán sujetas a autorización administrativa y que esta autorización “en ningún caso se entenderá concedida en régimen de monopolio ni concederá derechos exclusivos”. Esta previsión se materializa en el artículo 43 que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la Directiva, regula la posibilidad de instalación de líneas directas entre los productores y los consumidores cualificados, que podrán solicitar autorización para la construcción de estas líneas.

De este modo, el acceso de terceros a las redes de transporte y distribución es uno de los mecanismos con el que se pretende que la competencia pueda funcionar en el mercado de la energía eléctrica. El objetivo perseguido es que los consumidores pueden elegir libremente a sus suministradores y que, a su vez, éstos puedan abastecer, con idéntica libertad, a sus clientes, garantizándoles el uso de estas instalaciones para llevar la electricidad de unos a otros.

El acceso de terceros requiere el reconocimiento del derecho a utilizar este tipo de instalaciones, así como el establecimiento de un marco regulador que asegure su neutralidad competitiva, es decir, de un conjunto de normas que establezcan que el

gestor de esas redes no ejerce una influencia en el funcionamiento del mercado de electricidad.

El operador del mercado es el organismo encargado de articular la gestión económica del mercado de generación eléctrica, de conformidad con los principios de transparencia, objetividad e independencia.

La LSE encomienda dicha función a una sociedad mercantil, en cuyo accionariado podrá formar parte cualquier persona física o jurídica, con la condición de que la suma de su participación directa o indirecta en el capital de dicha sociedad no supere el 5%. Del mismo modo, como señala el artículo 33.1 LSE la suma de participaciones directas o indirectas de los sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico no deberá superar el 40%, no pudiendo sindicarse estas acciones a ningún efecto. Por ello, el 24 de abril de 1997, se creó la sociedad “Compañía Operadora del Mercado Español de Electricidad, Sociedad Anónima” (OMEL).

El Operador del sistema tiene como principal función garantizar la continuidad y seguridad del sistema eléctrico, así como la coordinación de la producción y del transporte, ejerciendo sus funciones en coordinación con los operadores y sujetos del Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica bajo los principios de transparencia, objetividad e independencia.

El operador del sistema debe garantizar, de acuerdo con lo señalado por la LSE, la regularidad y continuidad del suministro, para lo cual se le encomienda como función esencial la de programar el funcionamiento de las instalaciones de producción sobre la base de las casaciones realizadas por el operador del mercado. La disposición transitoria novena LSE atribuye a Red Eléctrica de España, Sociedad Anónima (REE) las funciones atribuidas al operador del sistema y al gestor de la red de transporte.

Un importante cambio derivado del nuevo sistema establecido en la Ley del Sector Eléctrico es el modelo de asignación y gestión de los riesgos comerciales y económicos en su gran mayoría se desplazaban por la planificación a los consumidores a través de la tarifa, y ni las empresas ni la Administración sufrían las consecuencia de mayores costes derivadas de los “errores de planificación y explotación”. Sin embargo, las empresas sí se veían sometidas a importantes riesgos de regulación a través de las decisiones de la planificación, de la explotación unificada y de la fijación de tarifas. Esta situación de riesgos comerciales y regulatorios cambia por completo en el nuevo sistema.



Los riesgos comerciales aparecen con la apertura a la competencia y con la libertad de contratación y de elección de suministrador. Para reducir los riesgos comerciales y facilitar su asignación a aquel que mejor pueda gestionarlos, aparecen las actividades de transacción en los mercados mayorista y minorista y la formación de contratos. Por lo que respecta a los riesgos regulatorios y en el plano vertical de las relaciones entre los operadores y la Administración, si se quiere facilitar inversión, la iniciativa y el desarrollo de la competencia es fundamental definir un marco claro de relaciones jurídicas entre los derechos subjetivos y las potestades públicas en el marco del principio de legalidad. La Administración es la primera que debe definir y respetar las reglas del nuevo mercado y no crear riesgos regulatorios.

Ahora bien, en la construcción de este modelo se contemplaron también dos cautelas importantes, dentro de un cuidadosamente diseñado proceso de transición que afectada el compromiso de enormes inversiones apalancadas a largo plazo, como fueron los costes de transición, importados conceptualmente de los mecanismos adoptados fundamentalmente en el mundo anglosajón, y el mantenimiento de una tarifa que ha coexistido con un diseño normativo minorista abierto a la competencia y el precio libre.

En efecto, cabría recordar que la configuración de los CTC's no es una singularidad del derecho español. Como enuncia LÓPEZ-IBOR<sup>47</sup> No pocos Estados de los Estados Unidos contemplan su regulación, y otros países que han acometido su proceso de liberalización en la Europa comunitaria, y fuera de ella, han aceptado también el reconocimiento de este derecho subjetivo de crédito apoyado en el principio de confianza legítima, ante un cambio de regulación de tanto alcance e intensidad, como un elemento indispensable de la nueva regulación.

Pero las situaciones consolidadas, procedentes de decisiones normativas y administrativas adoptadas muchos años atrás, repercuten a veces directamente en el funcionamiento del nuevo mercado. La Ley ha incorporado a su DT6 una previsión sobre los llamados "costes de transición a la competencia". Se trata de compensar con ellos, esfuerzos financieros y de inversión realizados por las empresas del sector que se hicieron con la seguridad de que serían compensados a través de una partida específica de la tarifa eléctrica. Este es el caso, por ejemplo, de los intercambios de activos entre empresas eléctricas, a los que se ha aludido en su momento. Algunas empresas importantes adquirieron activos de otras a precios que no coincidían con los

---

47

reales del mercado, tratándose además de instalaciones de producción en las que el precio del kilovatio hora resulta más caro. Las empresas vendedoras, que pasaban por una situación de dificultad financiera, sanearon sus activos. Y las empresas compradoras empezaron a recibir una compensación, mediante un coeficiente específico incluido en la tarifa eléctrica.

Si este equilibrio no fuera impuesto y se dejara que los precios se formaran exclusivamente según la “casación” que resulte del sistema de ofertas, realmente el mercado depuraría cualquier otra partida componente de la tarifa, que no tuviera que ver con el precio alcanzado entre vendedores y compradores en un mercado libre.

La Ley ha establecido por ello un periodo transitorio de 10 años, durante los cuales se sigue cargando en la tarifa los conceptos antes indicados y algunos otros de semejante naturaleza.

En la DT6 citada, reconoce a las empresas titulares de instalaciones de producción eléctrica incluidas en el denominado marco estable, una retribución fija para compensar la diferencia entre los ingresos medios obtenidos por estas empresas a través de la tarifa eléctrica y la retribución reconocida para la producción. Los costes que derivan de esta retribución son repercutidos a los consumidores, como costes permanentes del sistema, a través de la tarifa.

La misma mecánica es la que cubre los incentivos al consumo del carbón que, en un régimen de competencia bien depurado, no deberían formar parte del precio de la energía.

En la práctica regulatoria tendrá una importancia clave en el marco institucional regulador. A este respecto se debe señalar lo que consideramos la mayor debilidad de la LSE: no separa regulación y política; el regulador continúa siendo el Ministerio y la independencia política de la CNSE es menor incluso que la de la antigua CSEN. Frente a esta Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, con funciones básicamente consultivas y arbitrales, y otras potestades decisorias sometidas al recurso ordinario del Ministerio, se debe avanzar hacia un verdadero ente regulador independiente. Es más, dicha Autoridad debería asumir las competencias reguladoras de otros sectores energéticos (sobre todo del gas) y constituirse como la “Comisión Nacional de la Energía”.

- Entendemos que el carácter regulador de este ente debe alcanzar a ámbitos ejecutivos y operativos fundamentales como son los siguientes: otorgamiento de autorizaciones, fijación de tarifas y peajes, control y revisión de las reglas del mercado, supervisión de estándares, inspección y sanción, vigilancia del respeto a la

competencia leal. Su independencia política, profesionalidad técnica y responsabilidad técnica y responsabilidad parlamentaria deben quedar garantizadas en las normas sobre su composición y mandato. Un periodo de mandato de 6 años, renovable por mitades cada tres años, es correcto para lograr la independencia política y continuidad de dicha Comisión siempre que se respete dicho criterio en la primera renovación, como establece la redacción final de la disposición adicional 3ª.

En una visión de conjunto del nuevo modelo de regulación diseñado por la LSE y durante la primera etapa de desarrollo del mercado de la electricidad, se ha criticado que los resultados no sean espectaculares, aun reconociendo que el mercado en sus aspectos técnicos y comerciales está funcionando correctamente lo cual es digno de encomio por la complejidad técnica que encierra. Como señala DE LA CRUZ FERRER<sup>48</sup>, A este respecto no puede perderse de vista que el modelo de regulación de la LSE no sólo persigue el objetivo de la eficiencia económica a través de la liberalización y de la introducción de competencia, sino que estos objetivos se hacen compatibles, como no podía ser de otra forma, con objetivos a los que no puede renunciar el nuevo paradigma de la política energética y que así han sido también reconocidos por la propia política reguladora de la Unión Europea: en concreto, nos referimos al mantenimiento de objetivos de seguridad del suministro y de aprovisionamiento, a la imposición reobligaciones de servicio público, a la atención de otros sectores económicos en reconversión, o a la protección del medio ambiente. De esta forma nos encontramos con el problema de las “asimetrías reguladoras”: no todas las actividades, ni al mismo ritmo se someten a la competencia, sino que se siguen manteniendo intervenciones administrativas y precios regulados en aras de una transición razonables a la competencia.

Estas asimetrías reguladoras resultan especialmente claras en el sector de la generación y en la elección de las energías primarias, que es donde efectivamente podían producirse los primeros resultados de innovación, mayor eficiencia y reducción de costes, como ya hemos visto, la Ley mantiene el régimen de ayudas al carbón, la protección a la generación en régimen especial, y está por ver el grado de competencia efectiva que en el sector del gas natural abrirá la nueva Ley del Sector de Hidrocarburos. Además de este hecho, también en el sector de la oferta, debe tenerse en cuenta que los costes de transición a la competencia están identificados, pero no

---

<sup>48</sup> DE LA CRUZ FERRER, J. Liberalización, pags.

están concretamente asignados ni liquidados, lo cual también puede interferir junto con los anteriores factores en la formación competitiva de los precios.

De otra parte y si atendemos al sector de la demanda no puede olvidarse, como con frecuencia sucede, el hecho de que en España los mayores clientes industriales disfrutaban de una tarifa fijada administrativamente que hace que disfrutemos de uno de los precios más baratos en Europa para este tipo de consumos. Esto hace que, en el sector de la demanda, los mayores clientes no estén ejerciendo una presión competitiva, y que a los clientes que soportan precios menos competitivos frente a la media europea todavía no se les haya reconocido la libertad de elección, aunque esta posibilidad de elegir suministrador se acelerará durante 1999.

La implantación de la competencia es difícil, por las peculiaridades naturales del sistema, pero lo es también por los compromisos y vinculaciones existentes en el interior del mismo, por sus arrastres históricos e incluso por la estructura empresarial que llegado a dominar la organización del sector, no podemos olvidar que la situación del sector eléctrico previa al 1 de enero de 1998 se caracterizaba, según ha manifestado RUIZ MOLINA<sup>49</sup> por los siguientes aspectos:

- Propiedad pública y privada con un mercado dominado al 90% por Endesa.
- Integración vertical generación-distribución de energía eléctrica.
- Red de transportes separada.
- Retribución basada en costes reconocidos (costes estándar).
- Despacho coordinado centralmente (sujeto a restricciones a política energética), y
- Tarifa única para cada cliente final.

Tras la aprobación de la Ley del Sector Eléctrico de 1997 la pregunta recurrente era si el consumidor es realmente libre a la hora de elegir su compañía suministradora y si los efectos de la liberalización del mercado eléctrico serán positivos sobre su bienestar.

Tanto el consumidor a tarifa como el acogido al mercado liberalizado, reciben el suministro eléctrico a través de las mismas redes de la empresa distribuidora de la zona, por lo que la calidad del suministro y del producto serán idénticas. Las

---

<sup>49</sup> RUIZ MOLINA, M<sup>a</sup> Eugenia. «Liberalización del mercado eléctrico y elegibilidad: consecuencias para el consumidor». Universidad Jaume I, Departamento de Administración de Empresas y Marketing, 2003.

diferencias entre ambos tipos de mercado se centrarán en el precio, los servicios ofrecidos y la calidad de la atención al consumidor. En la medida en que las empresas productoras y comercializadoras compitan entre sí, ofrecerán condiciones que permitan aumentar el bienestar del consumidor.

Por todo ello, cabe concluir que la intensa liberalización –desde luego ante el contraste absoluto de la normativa anterior- no es la solución mágica que introduzca la competitividad en un sector económico y reduzca su coste económico.

Como se apunta en el Documento de trabajo nº 2 de la CNE<sup>50</sup> *«Lo que es cierto es que España va a poner en marcha el 1 de enero de 1998 el proceso de liberalización con una fortísima integración vertical de las empresas eléctricas y con una enorme concentración horizontal de las mismas sin que, además, esto vaya a quedar templado por la contestabilidad que pudiera crear el comercio internacional, como va a suceder en otros países europeos. En España, como es sabido, la capacidad de interconexión con el resto del continente es muy reducida para usos comerciales y, por tanto, las grandes empresas europeas, con la posibles excepción de Portugal, no van a poder ejercer el benéfico papel de la competencia en nuestro país ya que no van a poder exportar su energía a España en el caso en que las empresas españolas, debido a la falta de rivalidad, aumenten los precios en el mercado español».*

Se trata de un proceso costoso y de larga duración -del que la Ley no marca ningún calendario mínimo de liberalización a diferencia de lo que sucedía en el Protocolo de 1996-, máxime si tenemos en cuenta la adaptación continua del mismo a este funcionamiento y a su régimen jurídico.

Un segundo paso, en esta liberalización que intenta corregir las disfuncionalidades propias del sistema como es la concentración empresarial en nuestro país, limitadora fundamental de la competencia, se produce en el entorno normativo liberalizador de junio de 2000, que pretende aumentar la capacidad de crecimiento y productividad de la economía española.

Concretamente se llevará a cabo por el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios que avanza en la introducción de competencia, limitando el incremento de nueva potencia instalada a los grupos eléctricos que ostenta una cuota significativa.

---

<sup>50</sup> Pag. 4

Según el su artículo 16 -que introduce una nueva disposición transitoria en la Ley 54/1997-, los generadores eléctricos que posean una cuota de mas del 40% de la potencia instalada en régimen ordinario en territorio peninsular, no podrán aumentarla en el periodo de cinco años, siendo de tres años el periodo de la prohibición para aquéllos que tengan más del 20%. Se excluye de la prohibición a las instalaciones que hayan finalizado el trámite de información pública a la entrada en vigor del Real Decreto-ley.

Se trata de una medida novedosa “de discriminación positiva”<sup>51</sup>, pues pretende facilitar la entrada de nuevos generados en régimen ordinario, incidiendo de modo significativo en la libertad de las empresas para gestionar su negocio, con el objetivo declarado de limitar la concentración horizontal del sector.

De esta forma se reconoce que la estructura cuasiduopólica del sector (en el que dos empresas, ENDESA e Iberdrola controlan más del 75% en generación y distribución) dificulta el desarrollo de la competencia en el sector -como puso de manifiesto la Comisión Nacional de la Energía en su Informe 4/2000-, por lo que se paraliza temporalmente el crecimiento de dichas empresas. Con ello se recogen algunas de las recomendaciones para acelerar la liberalización eléctrica en España efectuadas por organismos internacionales y nacionales (OCDE y la CNE), si bien se renuncia a otras medidas estructurales más traumáticas (y jurídica y económicamente cuestionables) como sería la exigencia de venta de activos como medida para reducir la concentración horizontal (como se hizo en Gran Bretaña, Nueva Zelanda o Australia en el momento de la privatización).

Por último, conviene destacar la filosofía que subyace en la medida comentada: aunque de alcance tímido y con incertidumbres regulatorias, refleja una nueva forma de concebir la transición en la implantación de las políticas de competencia. En los sectores neoregulados, la elevada concentración horizontal de partida puede recomendar la adopción de medidas estructurales de discriminación positiva, muy relacionadas con el nuevo enfoque de la defensa de la competencia que comentamos en otro capítulo de este estudio.

Su artículo 19 adelanta el calendario de liberalización, de forma que el 1 de enero de 2003 todos los consumidores de electricidad tendrán la consideración de “cualificados”. Se debe recordar que el 1 de julio ha entrado en vigor una nueva etapa

---

<sup>51</sup> LÓPEZ CASTRO, L. «Liberalización de mercado eléctrico», en ARIÑO ORTIZ, G. (Coord.) y otros. *Liberalizaciones 2000*. Comares, 2000

de la cualificación de consumidores que alcanza a todos aquéllos que contraten a más de un kilovoltio de tensión, sea cual sea su consumo anual.

Con el objetivo de facilitar la intervención de nuevos operadores en el sistema eléctrico, el RDL 6/2000 prevé las siguientes medidas: Nuevas formas de contratación de los comercializadores Según el art. 21 RDL, lo comercializadores pueden adquirir energía de: i) empresas de Estados de la UE o terceros países, ii) productores nacionales en régimen especial, pagando directamente la prima establecida y iii) productores nacionales en régimen ordinario a partir de 2003 (o cuando todos los consumidores tengan la condición de cualificados), dicha energía puede venderse a clientes cualificados o integrarse en los mercados diarios e intradiario; así como nuevas formas de contratación a plazo, flexibilizándose los requisitos para acceder a la condición de consumidor cualificado.

De esta forma, otra novedad positiva del Real Decreto-Ley es que se facilita el ejercicio de la condición de consumidor cualificado mediante la simple certificación de la empresa distribuidora para aquellos consumidores que no deseen actuar como agentes del mercado. Ello se acompaña de las obligaciones de certificación e información por parte de las distribuidoras.

Con ello se afronta, y se palia el problema de información asimétrica entre los distribuidores y los nuevos suministradores, consecuencia de la integración vertical “de facto” y que había sido denunciado tanto por la CNE como por el TDC.

Sin embargo, si se pretende valorar el grado de avance en la liberalización eléctrica logrado por este Real Decreto-ley es obligado hacer una referencia a lo que falta por haber sido una ocasión idónea para avanzar en la liberalización del sector eléctrico, si bien hemos de apuntar que no es el instrumento normativo adecuado.

En primer lugar, no se produjo una diagnosis clara y un debate entre todos los agentes afectados sobre los grandes problemas a los que hoy se enfrenta la creación de mercados eléctricos en España, no se teniendo una activa participación de los organismos especializados, en particular la CNE y el TDC.

En segundo lugar no se produce una profunda revisión del funcionamiento global del mercado mayorista. Aunque se incide sobre algunos elementos mejorables del mercado mayorista (bien en sus reglas del juego –por ejemplo, la participación de ciertas instalaciones del régimen especial- o bien en su repercusión sobre el precio del “pool” –por ejemplo, la reducción del importe de la garantía de potencia-), no se cuestiona el funcionamiento global del mercado mayorista.

Y, finalmente no se refuerza la posición de la Comisión Nacional de Energía. La escasa participación de la CNE en la gestión de las medidas liberalizadoras refleja un defecto institucional del modelo de regulación para la competencia instaurado para el sector eléctrico en España: como hemos expuesto en otras ocasiones, es imprescindible dotar de más medios, competencias e independencia a la CNE; pues es una institución clave para lograr un funcionamiento transparente de los mercados eléctricos y para reducir la incertidumbre regulatoria. Frente a dicha exigencia, desde la creación de la CNSE (que nunca fue revestida de un verdadero carácter regulador e independiente) se ha observado una preocupante reducción de sus competencias y de sus garantías de independencia.

Además, era necesario –ya no en ese real decreto ley por su incapacidad jurídica- haber intentado resolver uno de los principales problemas como es la falta de conexiones internacionales. La Península Ibérica era una “isla eléctrica”, por lo que difícilmente se puede desarrollar el mercado eléctrico dada la elevada concentración horizontal de partida y la reducida capacidad comercial de las conexiones internacionales con Francia, Portugal y Marruecos, aunque hemos de decir que en respecto de este problema, pasados ya doce años la situación adolece de deficiencias todavía.

De esta forma, al igual que otros países avanzados en la liberalización de sectores energéticos, subsisten problemas de fondo, institucionales, que deben abordarse dentro de lo que la OCDE denomina “segunda generación de reformas regulatorias”. Así, la liberalización, al devolver el protagonismo al mercado, obedece a una transformación profunda de las relaciones entre Estado y Sociedad que debe encontrar un nuevo marco institucional para supervisar el funcionamiento de los nuevos mercados neoregulados.

## **VI. CONSOLIDACIÓN Y PRODUNDIZACIÓN DE LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO: Directiva 2003/54/CE y Ley 17/2007, de 5 de julio.**

Si bien el proceso liberalizador en España supone una transformación profunda en la configuración del régimen jurídico del sector eléctrico, la complejidad del mismo hace que se siga avanzando en este sentido desde las instituciones europeas, siendo su finalidad auténtica la consecución del mercado interior de la electricidad y, como



consecuencia de ello, la bajada de los precios de la energía y contribuir a la seguridad de los suministros europeos en su totalidad.

Así se aprobó la Directiva 2003/54/CEE, de 26 de junio de 2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, que si bien supone una modificación parcial de su predecesora y no un cambio sustancial, sigue introduciendo criterios favorables del procedo liberalizador o ventajas del mismo como mayor eficacia, reducción de precios, mejora de la calidad y de la competitividad. Sin embargo se aprecian determinadas deficiencias del proceso como la necesidad no alcanzada de garantizar condiciones equitativas en la generación; reducir el riesgo de posiciones dominantes; la existencia de tarifas discriminatorias; la necesidad de una mayor publicación de las fuentes de energía; la de proteger a los consumidores vulnerables; y la de favorecer mayores medidas de protección en el ámbito del medio ambiente, completando de este modo el mercado interior de la electricidad.

Es importante resaltar, aunque no por su contenido innovador, que esta Directiva deroga la Directiva 96/92/CE, eso sí y como acabamos de mencionar, sin variar de manera esencial ni los principios, ni los criterios y técnicas de organización y apertura del mercado establecidos en la primera norma.

Insiste en dos ideas principales: la remoción de obstáculos y el objetivo de la realización plena y efectiva del mercado interior eléctrico. En este sentido se afirma que los principales obstáculos para la realización del mercado interior plenamente operativo y competitivo están relacionado fundamentalmente con el acceso a la red, las cuestiones de tarificación y los distintos grados de apertura de los mercados entre los Estados miembros; así como, que sólo un mercado interior plenamente abierto que permita a todos los consumidores elegir libremente a sus suministradores y a todos los suministradores abastecer libremente a sus clientes es compatible con la libre circulación de mercancías., la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento que el Tratado garantiza a los ciudadanos europeos.

Asimismo, la Directiva reitera algunos principios y condiciones básicas que debe garantizar, en unos casos, y profundizar en otros, el camino liberalizador. Para completar el mercado interior de la electricidad, es primordial que los gestores de redes de transporte o distribución puedan acceder a la red en condiciones no discriminatorias.

En términos de medidas concretas se podría subrayar que las tres principales de la Directiva, según LÓPEZ-IBOR<sup>52</sup> son: a) reforzar determinadas medidas pro-competencia; b) profundizar en la separación de actividades, vía separación jurídica, estableciendo una clara diferenciación entre titular de las redes y operadores o productores, y c) actuaciones para la protección de los consumidores, de manera principal los calificados como “vulnerables”.

Los postulados que eran necesario modificar y que se comprenderán en estas medidas son los siguientes: la mejora de la competencia y el funcionamiento eficaz del mercado, teniendo en cuenta la creación del Mercado Ibérico de la Electricidad, el cumplimiento de la exigencia de la designación explícita de las autoridades reguladoras; la diferenciación en la red de transporte entre transporte primario y secundario, con asignación del transporte en régimen de exclusividad (por razón de su carácter de monopolio natural) a un transportista único; la reforma de la configuración de la actividad de distribución para asegurar un acceso eficaz y no discriminatorio a las redes de los distribuidores; y, la actualización del estatuto de los comercializadores y distribuidores, considerando, además, la nueva figura del suministrador de último recurso (en relación con el suministro eléctrico como servicio universal).

El mercado de referencia es hoy el ibérico (resultante de la integración del portugués y el español: MIBEL) establecido mediante convenio internacional de 1 de octubre de 2004, que cuenta con un solo operador (Operador del Mercado Ibérico). La Ley reconoce capacidad a los sujetos del sector eléctrico portugués para actuar en los mercados de energía eléctrica previstos en el convenio de acuerdo con la normativa vigente en España. Y habilita, además, al Gobierno para establecer el régimen jurídico al que deba sujetarse la actuación de los distintos sujetos, para la realización de operaciones de compraventa en los mercados de energía eléctrica previstos en el repetido convenio. La integración efectiva se produjo desde julio de 2007, estando previsto que a corto-medio plazo se produzca el acoplamiento con el mercado europeo<sup>53</sup>.

Otro cambio importante, derivado de la Directiva comunitaria, es el repliegue de los distribuidores a la función exclusiva de gestores de la red, abandonando la condición de sujetos del mercado de producción.

---

<sup>52</sup> LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. «La problemática jurídica del sector eléctrico. Revista Aragonesa de Administración Pública». nº 34, 2009.

<sup>53</sup> Informe CNE, 7 de marzo de 2012, sobre el sistema energético español, pág.13

Los consumidores, ya no precisan adjetivarse como cualificados o elegibles o no, al poder acceder al mercado liberalizado cualquier consumidor. Sólo se matiza la figura de Consumidor Directo del Mercado, que será aquel consumidor que desee adquirir directamente la energía del mercado organizado de producción en su variante de contratación bilateral, denominándose agente del mercado si lo hace a través del pool.

En la esfera de las conexiones internacionales, se impulsa una mayor libertad de contratación con menor control administrativo, al desaparecer las figuras de autoproducción, agente externo y consumidor cualificado.

En la Directiva comunitaria tres Considerandos se preocupan fundamentalmente de este tema. El 19, que habla de “tarifas razonables”, al señalar que “Cuando los Estados miembros lo consideren adecuado, las pequeñas empresas han de poder disponer también de garantías del servicio público en particular en lo que se refiere a la seguridad del suministro y a unas tarifas razonables...”. El 24, más precisamente, habla de clientes vulnerables posibilitando que los Estados miembros adopten las “medidas necesarias para proteger a los clientes vulnerables en el contexto del mercado interior”. Dichas medidas, se añade, podrán diferir en función de las circunstancias concretas de cada Estado y se referirán al pago de las facturas de electricidad u otras más generales adoptadas dentro del sistema de seguridad social. Este servicio universal se extenderá –aunque admite también una diferenciación de tratamiento- a hogares o pequeñas empresas.

El Considerando 27 cierra el círculo al señalar que los Estados podrán designar un suministrador de último recurso, aunque luego en el artículo 2 de la Directiva sobre “Definiciones”, no se recoge esta nueva figura, aunque sí lo hace en el artículo 3.3. En el articulado de la Directiva la figura del suministrador de último recurso se centra en detallar el perímetro de sujetos empresariales que tendrán derecho a una tarifa especial por “ser de último recurso” (clientes domésticos) y pequeñas empresas, es decir, aquellas que empleen a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios o balance general anual no exceda de 10 millones de euros.

La negociación de los términos de los contratos de compraventa de electricidad en el mercado de producción es libre, respetando las modalidades y contenidos mínimos previstos en la Ley y sus reglamentos de desarrollo.

La Directiva de 2003 había justificado la insistencia en la separación de las diferentes actividades que conforman el sistema eléctrico, en motivos de

transparencia. Como determina, MUÑOZ MACHADO<sup>54</sup> para evitar subvenciones cruzadas, es decir, la traslación de parte de los resultados de las actividades más eficientes y rentables, a las que lo son menos dentro de un mismo grupo de empresas en las que dichas actividades aparecen integradas. En la Directiva de 1996 la transparencia se hacía pivotar sobre la separación contable entre las diferentes actividades que atendía una sola empresa; la Directiva de 2003 se impone, sin embargo, la separación del operador del sistema de transporte, y también la separación de la contabilidad del transporte y las demás actividades del grupo de empresas al que pertenece el transportista. La normativa comunitaria ha analizado las fórmulas que pueden utilizarse para conseguir la indicada separación, que le han permitido distinguir entre la separación jurídica, contable, funcional y accionarial o de propiedad. Para la primera, es necesaria la atribución de cada actividad a una persona jurídica distinta, aunque esté integrado en un mismo grupo de empresas; la separación contable no exige la personificación, como tampoco la impone la separación funcional, que se cumple con la adscripción de medios personales y materiales específicos y dotados de un cierto grado de independencia. La más profunda de todas las separaciones es la que concierne a la segregación de los activos de una empresa para constituir otra no participada por los mismos accionistas o propietarios; impide ésta el control de la propiedad de empresas que desarrollan actividades distintas dentro del sistema eléctrico.

La Comisión europea aprobó, el 30 de octubre de 2003, un documento de interpretación acerca de la forma en que puede llevarse a término la separación legal y formal. Se trataría de crear una empresa gestora de redes, separada de las empresas de generación del mismo grupo. Si la empresa que gestiona la red se mantiene integrada en un grupo donde se desarrollen otras actividades en el sector eléctrico, dicho grupo tiene que garantizar la independencia de gestión en su interior. Esta independencia se ha de hacer efectiva mediante la separación funcional, que el artículo 15.2 de la Directiva describe que los responsables de la gestión de la red no pueden participar en la “gestión cotidiana” de las demás actividades del grupo; tienen que poder actuar con independencia, con poder de decisión efectiva, y el grupo no les puede dar instrucciones sobre gestión ordinaria, o contratación y mejora de redes.

---

<sup>54</sup> MUÑOZ MACHADO, S. *Introducción al sector eléctrico...*, op. cit., pág. 39 y ss.

De todo ello se puede constatar que como afirma DÍAZ LEMA<sup>55</sup>, que las distintas medidas de separación contable, gerencial o jurídica no tienen otra finalidad que garantizar el acceso a las redes de transporte y poco a poco ir desmantelando el sistema monopolístico. También plantea el autor para avanzar en el programa de liberalización la conveniencia de disociar la propiedad y la gestión de redes así como la conveniencia de presencia pública estatal en la empresa propietaria y gestora de la red de transporte, así como privatizar las instalaciones de generación.

Antes de analizar la reforma producida por la Ley 17/2007, de 5 de julio, que efectúa la transposición de la citada Directiva, modificando la Ley de 1997, es preciso identificar las serias carencias -técnicas, jurídicas y económicas- que concurren en la estructura competitiva actual del mercado de electricidad<sup>56</sup>. Así existen conflictos de interés estructurales, un conflicto de interés sistemático causado por la insuficiente separación de las actividades en las redes entre las áreas competitivas y en monopolio natural del sector; un vacío regulatorio persistente, en particular en los asuntos transfronterizos; una, carencia de liquidez en los mercados al por mayor; y, una carencia de transparencia en la mayoría de las operaciones de mercado.

Como acabamos de apuntar, la transposición de la Directiva se realiza por la Ley 17/2007, de 5 de julio, de modificación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Se trata de una reforma parcial de la ley anterior, verdadero eje –a pesar de todas sus dificultades de aplicación, contradicciones sobrevenidas e insuficiencias-. Reforma que se aborda necesariamente obligados por la transposición comunitaria, pero que se aprovecha para reordenar determinados aspectos del sector, especialmente en el ámbito de la regulación de la estructura del mercado organizado mayorista, así como proseguir con el proceso de liberalización.

Un cambio que se introduce en la nueva Ley, es en el ámbito de los denominados sujetos del sector. Se comprime el número de figuras existentes hasta ahora, en razón del avance de los presupuestos liberalizadores y, principalmente, por la desaparición de umbrales de apertura en razón de la elegibilidad generalizada a favor de todos los consumidores y la libertad plena de los intercambios

---

<sup>55</sup>DÍAZ LEMA, J.M. «El mercado Ibérico de la electricidad tras la ley 17/2007», en LOPÉZ-IBOR MAYOR V. y otros. *Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico (Ley 17 de 2007)*. Aranzadi, 2007. Pag. 103 y ss.

<sup>56</sup> REBLEDO TEIXERA SOARES, M<sup>a</sup> Isabel; FAIÑA, Andrés; LÓPEZ RODRÍGUEZ, José. «Mercado europeo de la electricidad: Liberalización e integración “versus” concentración y dominancia». II Seminario Mercados de Electricidad e Gas Natural. FEP, 2009, pág. 4.

internacionales. Así pues, desaparece la figura de los consumidores cualificados y de los agentes externos, que se integra en la de los comercializadores, pieza central desde el ángulo del mercado minorista. Los comercializadores se definen como “sociedades mercantiles que, accediendo a las redes de transporte o distribución, adquieren energía para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional”; la retribución de este sujeto del sistema que no competirá ya, en desventaja con los distribuidores desdoblados en su función de comercializar bajo la protección de la tarifa, será libre mediante la fijación de precios en los términos que se pacten con cada cliente, aunque sin perjuicio, de la figura del suministro de último recurso.

La Ley establece como solución para garantizar la prestación del servicio de suministro eléctrico a todos los ciudadanos que lo requiera, la tarifa de último recurso, entendida como la fijación de un precio máximo aplicable a consumidores para los cuales se concibe dicha prestación como servicio universal.

Estas tarifas serán únicas en todo el territorio nacional, sin perjuicio de sus especialidades. Y se vincula claramente a la parte indisponible o al contenido esencial de las obligaciones de servicio público de un sector de interés general –principio de universalidad- como el eléctrico.

Se realizan cambios estructurales al crear una unidad orgánica específica al interior de la sociedad Red Eléctrica de España S.A. encargada de desarrollar las funciones del operador del sistema de transporte; la Oficina Gestora de Cambios de Suministrador, Sociedad independiente responsable de la gestión centralizada de las comunicaciones y registro formal de los cambios de suministrador de la energía eléctrica, la finalidad de esta medida es garantizar la transparencia de los datos para facilitar la libre competencia; el Comité de Seguimiento de la Gestión Técnica del Sistema Energético con el objetivo de realizar un seguimiento permanente de la garantía de los suministros energéticos; y, el Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores a cargo del Ministerio competente, siendo la inscripción necesaria para participar en el mercado de producción de energía eléctrica con entrega física.

En cuanto a la separación de actividades –cuestión recurrente en todas las modificaciones normativas que siempre parece inacabada-, el contenido anterior del artículo 14 de la LSE se basaba en el principio de objeto social exclusivo, puesto que establecía la separación jurídica de actividades: las empresas transportistas y distribuidoras no podrán realizar actividades de producción y/o comercialización de

energía eléctrica, estableciendo no obstante la previsión lógica de que en un grupo de sociedades se puedan desarrollar actividades incompatibles siempre que sean ejercitadas por sociedades diferentes.

Como sabemos la Directiva 2003/54/CE propugna la separación jurídica de las actividades de transporte y distribución, aun cuando se salva el derecho de propiedad de las compañías en los grupos eléctricos.

Así los administradores de los gestores de redes no podrán participar en estructuras de la empresa eléctrica integrada que sean responsables directa o indirectamente de la gestión de las actividades de generación, transporte/distribución y suministro de electricidad.

La Ley de 2007 también va a recoger el principio de separación jurídica de las actividades de distribución y transporte. En particular establece que para que un grupo de sociedades puedan desarrollarse actividades incompatibles por sociedades diferentes se deberán cumplir determinados criterios de independencia, tanto relativos a las personas responsables de sociedades como con actividades reguladas. Esto alcanza también a las facultades de decisión empresarial en distintos niveles y a las obligaciones de fijar un código de conducta interno para el riguroso cumplimiento de estas obligaciones, en líneas con lo previsto en la disposición comunitaria.

Este nuevo artículo 14, aparte de insistirse en la obligación de objeto social exclusivo (que ya existía en nuestro ordenamiento jurídico), establece una serie de normas sobre la gestión, consecuencia directa de la transposición de la Directiva, si bien la extensión del artículo y la enumeración constante de conceptos jurídicos indeterminados puede producir su propia ineficacia o, como poco generando confusión e inseguridad jurídica<sup>57</sup>.

La Ley establece la separación de actividades en el sector eléctrico, en los términos realizados por la Directiva, así se produce una separación radical en la actividad de transporte. El artículo 35.2 establece el monopolio legal en la actividad de transporte, por lo que las empresas que hasta ahora venían realizando dicha actividad tendrán que abandonarla en beneficio del gestor de la red de transporte, único autorizado para explotar las redes de transporte. Por tanto, más que una separación en la actividad de transporte lo que se ha producido es una concentración de las

---

<sup>57</sup> SANCHEZ RODRIGUEZ, A.J., en «Principales modificaciones normativas debidas a la Ley 17/2007 aplicables a la actividad de generación de energía eléctrica. Actual régimen jurídico de la actividad de generación de energía eléctrica», en el libro colectivo *Temas de Derecho Energético*. Bosch, 2009, págs. 102 y ss.

instalaciones de transporte en el transportista único, que será una filial de Red Eléctrica de España, S.A.

Otra obligación que se impone a las empresas, esta a través de un disposición transitoria, es la de vender las instalaciones de transporte al gestor de la red.

La gestión de la red de transporte se separa de la actividad propiamente dicha, para que la gestión diaria de la red por parte del gestor de la red de transporte no dependa de los intereses comerciales de la empresa integrada verticalmente.

La Ley también distingue entre el gestor de la red y la actividad de distribución, creando la figura del gestor del sistema de distribución al que se le atribuyen una serie de funciones garantizadoras del acceso de terceros a la red y del desarrollo y explotación de esa misma red con criterios transparentes y fundamentados que no supongan beneficio a unos o perjuicio a otros y ostentando una capacidad técnica determinada.

Las únicas modificaciones que opera la Ley de 2007 que podemos calificar de sustantivas son la desaparición de la figura del agente externo; la liberalización plena de los intercambios intracomunitarios de electricidad; y, la modificación de la garantía de potencia como un componente de retribución obligatoria del mercado de producción.

Debemos apuntar que posteriormente a esta ley se han establecido algunas modificaciones tangenciales de la Ley del Sector Eléctrico de 1997, que es conveniente analizar sucintamente.

En 2009, se produce la transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Si bien, como sabemos, por lo que respecta a las actividades energéticas, cabe señalar que el régimen autorizatorio está justificado por razones de interés general y parcialmente excluido de la aplicación de esa directiva.

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio excluye expresamente de la aplicación del régimen de libre establecimiento a las actividades de generación, el transporte, la distribución y el suministro de electricidad, al estar justificada por las obligaciones de servicio público que han de cumplir que hacen conveniente que el régimen de previsto con carácter general no le sea de aplicación. Pero las actividades prestadas en régimen de competencia si que van a estar sometidas a esta liberalización de la prestación de servicios que opera la Directiva 2006/123/CE y por ello la Ley 25/2009 de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el



libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, eliminará los regímenes de autorización para el ejercicio de las actividades de comercialización en el ámbito de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, eliminándose también la obligación de inscripción en el Registro para los comercializadores y consumidores directos en mercado de electricidad y gas natural, así como también se suprimen los requisitos prohibidos por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de todas las leyes del sector energético.

Otras modificaciones normativas han estado amparadas en la crisis financiera y económica internacional y su intensiva incidencia en la economía española, como ya sucedió con la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el impulso a la productividad.

Este es el caso, de la Ley 5/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, de carácter transversal, quiso impulsar un la modernización de la economía española responde al reto de reforzar los elementos más sólidos y estables de nuestro modelo productivo. Con ello podrá reducirse la excesiva dependencia de unos pocos sectores sometidos a la coyuntura y, en cambio, se impulsan al máximo las posibilidades abiertas por el avance de nuevas actividades que ofrecen una mayor estabilidad en su desarrollo, especialmente en cuanto a la generación y el mantenimiento del empleo.

Para ello, entre las numerosísimas materias que toca, aborda la reforma de los organismos reguladores, introduciendo por primera vez en nuestro ordenamiento un marco horizontal, común a todos ellos, que asume sus características de independencia, frente al Gobierno y frente al sector correspondiente, y su actuación de acuerdo con principios de eficiencia y transparencia. Así, se reduce el número de miembros de los Consejos con el fin de mejorar la gobernanza de las instituciones, y se establecen nuevos mecanismos de rendición de cuentas, a través de la comparecencia del Ministro proponente y de los candidatos a Presidente y a Consejeros del organismo regulador ante el Parlamento y de la elaboración de un informe económico sectorial y un plan de actuación del organismo. Si bien, como veremos más adelante esta reforma no es suficiente ya que los mecanismos de independencia van a ser insuficientes<sup>58</sup>.

El Capítulo I Título III de la Ley dedicado a la sostenibilidad del modelo energético introduce instrumentos de planificación que *«buscará aumentar la participación de las energías renovables, reforzar la previsibilidad y la eficiencia de las*

---

<sup>58</sup> Esa insuficiencia se plasma en el Informe 1/2010, de 27 de enero, de la Comisión Nacional de la Energía, al anteproyecto de ley de economía sostenible, págs. 26 y ss.

*decisiones de política energética y en especial del marco de incentivos y reducir la participación de las energías con mayor potencial de emisiones de CO2»<sup>59</sup>.*

De este modo se establece una planificación vinculante de las infraestructura de transporte de energía y una planificación indicativa en la generación de energía, que la Comisión Nacional de la Energía<sup>60</sup> valora como positiva, si bien cree necesaria una supervisión de la misma por los órganos reguladores y la conveniencia de la extensión de la planificación vinculante para la actividad de distribución eléctrica.

Por otra parte, se impulsa la cooperación entre Administraciones públicas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Energía, y se fomenta la investigación, el desarrollo y la innovación en materia de energías renovables y ahorro y eficiencia energética, con atención especial a nuevas obligaciones para las Administraciones Públicas. Se adoptan medidas para que la información llegue a los usuarios y que éstos puedan conocer los costes del modelo de suministro energético y su composición.

Así las cosas, debemos hacer un breve análisis para poder contextualizar el denominado “tercer paquete de medidas”.

A lo largo de estos diez años de liberalización<sup>61</sup>, el proceso normativo en el sector eléctrico se ha alejado en algunas ocasiones de la ortodoxia con la creación de figuras regulatorias y la aprobación de normativa que ha distorsionado el funcionamiento del mercado eléctrico y los incentivos de los agentes a la eficiencia. Así, el máximo exponente en este ámbito la constituye la creación de déficit tarifario, que es la diferencia entre la cantidad total recaudada por las tarifas reguladas y los costes reales asociados a dichas tarifas.

El desacoplamiento entre las tarifas y los costes en que se ha incurrido para la provisión de las mismas se articuló principalmente a través del Real Decreto 1432/2002. Los efectos de esta normativa podrán considerarse negativos en términos de eficiencia, de desarrollo de la liberalización y del elevado déficit de tarifas acumulado al que ha dado lugar. Efectivamente, el sistema creado es insostenible a futuro tanto para las empresas, por la imposibilidad de financiar continuamente un déficit acumulado siempre creciente, como para los consumidores, por la inviabilidad, en términos de seguridad de suministro, de un modelo en el que el precio de un producto no cubre los costes de suministro.

---

<sup>59</sup> Exposición de Motivos de la Ley 5/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

<sup>60</sup> Informe 1/2010 CNE, op. Cit. Págs. 44-52

<sup>61</sup> SÁENZ DE MIERA, G. *Resultados de la liberalización...*, op. cit., pág. 137y ss.

Por otro lado, reduce los incentivos a la eficiencia, especialmente para los consumidores, los cuales estaban aislados de la señal de precios del mercado, con las consiguientes ineficiencias en términos de consumo e inversión.

Asimismo, este sistema es incompatible con la liberalización misma, ya que imposibilitaba el desarrollo del mercado de comercialización de electricidad porque los suministros a mercado, con las consiguientes ineficiencias en términos de consumo e inversión.

El éxito de un programa de liberalización y la política destinada a la adecuación de tarifas al usuario final descansa en el mantenimiento de la calidad del servicio y la garantía de oferta. El grupo de compañías de baja rentabilidad deben ajustar sus costes y manteniendo una cantidad y calidad en la oferta de servicios aceptable y este grupo estratégico está compuesto por el segmento de compañías de altos costes y las menos eficientes<sup>62</sup>.

Actualmente, las autoridades reguladoras se enfrentan a un serio problema de información. El comportamiento anticompetitivo es extremadamente difícil de probar. De hecho, existen muchas razones para restringir la capacidad de generación, lo que implicaría un incremento de precios: fallos de potencia, riesgo de daño de los equipamientos, el final de las cuotas de emisión de las compañías.

Para obtener un cálculo fiable (evaluación de los márgenes precio-coste de las compañías), es absolutamente necesaria tener, inter alia, un nivel detallado de conocimiento e información:

- Para distinguir todos los diferentes tipos de plantas eléctricas.
- Para evaluar todos los costes variables sobre el coste del combustible.
- Para considerar el coste reoportunidad de no producir en un determinado momento, con el objeto de producir más tarde (opción de posponer la generación de electricidad). Esto puede implicar el aplazamiento en el uso de las cuencas de agua o e ahorro en los derechos de emisión

La autoridad reguladora no puede estar nunca segura al 100% de todos estos elementos clave. También es imposible prever cuales son los ajustes factibles que las empresas van a realizar. Tanto los gobiernos como las autoridades regulatorias no pueden confiar en la información que procede de las compañías eléctricas dado que existe un conflicto de intereses y estas pueden beneficiarse de su ventaja informativa.

(...)

---

<sup>62</sup>REBLEDO TEIXERA SOARES, M<sup>a</sup> Isabel; FAIÑA, Andrés; LÓPEZ RODRÍGUEZ, José. *Mercado europeo de la electricidad: Liberalización e integración...*, op. cit, pag. 10.

El desarrollo del juego en los párrafos anteriores nos permite concluir a favor de un claro compromiso de libertad de entrada en el mercado eléctrico, reduciendo la ventaja informacional estratégica de los titulares ya establecidos. Encontramos que la apertura del sector a los competidores potenciales y la liberalización de entrada son factores clave para la credibilidad y la efectividad de una regulación flexible así como la correcta adecuación de los procesos de fijación de tarifas.

Sin embargo, la libre entrada es todavía una cuestión muy compleja. Primero, la Comisión Europea debe cambiar el modo en que se analizan las fusiones y adquisiciones. Las fusiones y adquisiciones deben considerarse desde perspectivas europeas y no nacionales. La propiedad cruzada de empresas en distintos países, particularmente en mercados regionales cerrados, puede ser una amenaza cuando estos mercados están completamente integrados.

Finalmente pero no por ello menos importante, debe destacarse que la vigilancia de la política de concentraciones no puede descansar sólo sobre las autoridades de la competencia y las comisiones nacionales de la energía. Ante la unificación del mercado las empresas y los grandes grupos del sector reaccionan con estrategias de concentración (fusiones y adquisiciones). Algunas fusiones horizontales han tenido éxito en constituir grandes grupos, como E.ON-RUHRGAS, ambas compañías integradas verticalmente. Las sucesivas fusiones y adquisiciones que involucran ambos tipos de empresas incrementarán los efectos anticompetitivos en el sector y será un reto muy complejo para la Comisión Europea controlar este proceso. Una entidad reguladora de la energía a nivel Europea es una necesidad que no debería posponerse durante mucho tiempo.

La Comisión Europea indica que el principal obstáculo para el desarrollo de una competencia efectiva en el mercado de la electricidad es el alto grado de concentración en todas sus actividades.

España se encuentra entre el grupo de países con mayor retraso en los niveles relativos de liberalización y competencia efectiva alcanzados, aunque todos los consumidores tengan libertad formal de elección de suministrados desde el 1 de enero de 2003. Además, como sugieren Nieto y Solá, hay dos aspectos de gran trascendencia todavía no resueltos. En primer lugar, no se han podido establecer criterios objetivos para determinar el montante total y el periodo de duración de los llamados costes de transición a la competencia, que son las remuneraciones que obtienen las empresas generadoras vía tarifa para acortar el paso a un mercado liberalizado. Y en segundo lugar, las empresas distribuidoras reivindican un cambio en

la regulación, con el argumento de que las remuneraciones por tal actividad no son suficientes para cubrir costes, generando el llamado déficit tarifario.

En el sector de la energía el avance de la competencia ha sido mucho menor de lo que se esperaba al iniciarse el proceso de liberalización. El proceso ha permitido ha permitido aprender que subsisten muchos de los fallos de competencia tradicionales, y la intervención pública continúa siendo muy relevante. Para España, la comparación con el resto de países de la UE revela diferencias significativas entre electricidad y gas. En electricidad España está entre los países con menor intensidad de la competencia, en los que los mercados se caracterizan por una escasa proporción de clientes que cambian de suministrador y concentración elevada en las actividades potencialmente competitivas. Las reducciones de precio se deben a la regulación y no a la competencia. Prueba de ello es que la gran mayoría de consumidores prefieren acogerse a la tarifa regulada que ir al mercado. En conjunto, es interesante<sup>63</sup> apreciar una paradoja que muestra las diferencias entre la retórica y la práctica de la liberalización de la electricidad en España: en liberalización nominal (nivel declarado de apertura de mercado). España está entre los países que declaran el 100%. Pero sus resultados efectivos son similares a los de los países que declaran menor apertura.

El desarrollo de mercados a largo plazo requiere una regulación objetiva que no discrimine en factor de ninguna forma de negociación. En este sentido, la legislación española ha avanzado al eliminar la discriminación existente en los pagos por garantía de potencia según la electricidad se negociara en mercados spot o por medio de contratos bilaterales. Tal y como ocurre en otros países, la eliminación de trabas legales y la ponderación del papel del precio de mercado tanto en la determinación de lo que paga el consumidor como en los ingresos del generador, deberán crear los incentivos suficientes para el desarrollo de un mercado a plazo.

La experiencia de algunos países muestra que en un sector con poca presión competitiva, las empresas pudieran carecer de incentivos para innovar en sus políticas de aprovisionamiento y adquirir energía en los mercados a plazo incluso cuando se hubieran eliminando las trabas y discriminaciones de estos mercados. Por ello, esquemas transitorios que inicien a los agentes en las prácticas de contratación de mercados a plazo e incentiven la entrada de nuevos oferentes aumentando así la elasticidad de la oferta y la demanda pudieran ser adecuados en el caso de España.

---

<sup>63</sup> BEL, Germà; CALZADA, Joan; FAGEDA, Xavier. Liberalización y competencia en España: ¿Dónde estamos? Productividad y competitividad de la Economía española nº 829. Boletín económico ICE, marzo-abril 2006.

Por ejemplo, la obligación de los distribuidores de adquirir en el mercado a plazo una parte de la energía eléctrica que demandaran los clientes a tarifa regulada podría ser una opción adecuada en el caso de España. Tal provisión que se puede instrumentar mediante subastas centralizadas en el mercado organizado, o contrataciones bilaterales con demanda transparente de ofertas, debería incentivar la entrada de nuevos oferentes y no retirar oferta ya existente.

Para la promoción de una mayor competencia a nivel minorista en España cabría recomendar tres medidas: la adaptación de la tarifa regulada de forma que refleje la evolución de los precios mayoristas y los costes adicionales (transporte y distribución) y su paulatina desaparición conforme aumente la competencia, la eliminación de trabas a la entrada de comercializadores y los programas de ventas de consumidores cautivos.

Como se ha comentado anteriormente, la tarifa regulada debe estar ligada de forma transparente al precio mayorista e incorporar de forma aditiva los costes de transporte y distribución. Actualmente, la tarifa en España no está ligada a los precios mayoristas y actúa como refugio ante precios altos en el mercado mayorista. La falta de un vínculo entre la tarifa regulada y el precio mayorista impide que los consumidores finales respondan a las variaciones de las condiciones de oferta y demanda, y desincentiva la entrada de comercializadores independientes en el mercado.

Con el fin de facilitar la entrada de comercializadores independientes se debería también garantizar el acceso transparente y no discriminatorio de los mismos a la red de distribución. En este sentido sería recomendable, tal y como requiere la nueva directiva de electricidad, la creación de la figura del operador independiente de la red de distribución que garantice el acceso regulado a la red de distribución.

Por último, en caso de que en el medio plazo el nivel de competencia alcanzado no fuera suficiente y no se considera apropiada la supresión de la tarifa, se podría optar por la determinación competitiva de la tarifa por medio de programas de ventas de consumidores cautivos.

Una posibilidad podría ser la subasta de bloques de consumidores en la cual los comercializadores pujarían por suministrar electricidad a un precio fijo durante un periodo determinado a un bloque de consumidores concreto. Los consumidores pasarían a ser clientes del operador que gana la subasta. De esta forma se garantiza que la tarifa se determina por criterios de mercado y se elimina la necesidad de regular la misma.

Estos programas plantean el problema de que se “obliga” al consumidor a cambiar de proveedor (o que se le exige que lleve a cabo los trámites necesarios para cambiar de proveedor en el caso de que desee continuar con su proveedor inicial). Una alternativa para evitar este inconveniente sería que, en lugar de subastar bloques de consumidores, se subastaran bloques de consumo (no identificados con consumidores concretos). De esta forma el consumidor seguiría manteniendo la relación comercial con su distribuidor habitual y el comercializador se convertiría en suministrador de los distribuidores. El comercializador es un gestor de riesgo que adquiere energía en los mercados mayoristas a distintos precios y la venden a un precio fijo determinado con criterios de mercado en el mercado minorista.

Por último, un aspecto muy importante para la consecución de un mercado minorista competitivo es la información al consumidor. Como señala BEATO<sup>64</sup> El consumidor debe estar informado de su posibilidad de cambiar de proveedor y debe ser capaz de comparar las distintas ofertas que ofrece el mercado.

Un hito importante en el proceso de liberalización fue el 1 de julio de 2009, fecha en la que la actividad de distribución y el suministro pasó a ser ejercido, en su totalidad, por los comercializadores, en libre competencia.

Independientemente de la liberalización, existe un problema crónico del sector eléctrico que es el déficit tarifario.

El Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, estableció límites para acotar el incremento del déficit tarifario, esto es, la diferencia entre los ingresos procedentes de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica y los costes de las actividades reguladas del sector eléctrico que deben cubrir. De este modo, a partir de 2013, el principio de suficiencia de los peajes para satisfacer la totalidad de los costes de las actividades reguladas de modo que, a partir de dicho momento, no pueda aparecer déficit tarifario.

Posteriormente, y como consecuencia de la caída significativa de la demanda durante 2010, debido a la crisis económica, y el incremento en la producción eléctrica a partir de fuentes renovables por las favorables condiciones climatológicas, se adoptaron nuevas medidas para abordar la corrección del citado déficit a través del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre.

---

<sup>64</sup> BEATO BLANCO, Paulina. «La liberalización del sector eléctrico en España ¿Un proceso incompleto o frustrado?» 75 años de Política Económica Española, nº 826, 2006.

Finalmente, con base en la compleja situación económica y financiera se produce la suspensión con carácter temporal de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos por el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero.

## **VII. EL TERCER PAQUETE DE MEDIDAS: Directiva 2009/72/CE.**

Tras este impulso liberalizador dado por el denominado segundo paquete de medidas legislativas en el que se perfecciona el modelo instaurado y se sientan las bases para la configuración real del mercado interior de la electricidad, desde las instituciones europeas se vuelve a producir una reordenación de las características de este proceso.

Las Comunicaciones de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo tituladas “Perspectivas del mercado interior del gas y la electricidad”<sup>65</sup> e “Investigación sectorial en los mercados del gas y la electricidad”<sup>66</sup>, ponen de manifiesto que las actuales normas y medidas no instauran el marco necesario para alcanzar el objetivo de un mercado interior que funcione adecuadamente y que asegure la libertad del suministro, si bien se valora positivamente la liberalización alcanzada que ha dado lugar a mejorar en la eficiencia en el suministro de energía y ha supuesto ahorros para los clientes, especialmente en la fase inicial de su implantación.

La existencia de obstáculos en la venta de electricidad, la necesidad de contar con un suministro seguro, la no discriminación; la facilitación del acceso transfronterizo y la finalidad de velar por la competencia y el suministro de energía al precio más competitivo llevaron a la introducción de medidas perfeccionadas a través de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

Los deficiencias observadas en la transposición de las directivas son fundamentalmente, la existencia de precios regulados que impiden la entrada en el

---

<sup>65</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Perspectivas del mercado interior del gas y la electricidad. 10 de enero de 2007.

<sup>66</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión sobre la Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n1 1/2003 en los sectores europeos del gas y la electricidad (Informe final), 10 de enero de 2007.



mercado de nuevas empresas; separación insuficiente de los operadores en los sistemas de transporte y distribución; el acceso discriminatorio de terceros en red; competencias insuficientes de los reguladores; y, falta de información a la Comisión sobre las obligaciones de servicio público, especialmente en lo que se refiere a las tarifas de abastecimiento reguladas.

En los documentos anteriormente mencionados, en materia de separación de actividades y, a fin de justificar la necesidad de establecer una separación de empresas o de propiedad, la Comisión identifica tres tipos de problemas, cuando el gestor de la red de transporte es una entidad jurídica dentro de una empresa o (Grupo de Sociedades) integrada. Tales problemas serían:

- a) Presunción de un tratamiento discriminatorio a sus filiales. Discriminación positiva del operador de red, a favor de sus empresas participadas, en caso de solicitudes de acceso por terceros operadores. Tal discriminación tendría lugar como consecuencia de la imposible superación en el seno del Grupo de Sociedades de un conflicto de intereses propietario generador o comercializador-titular de la red de infraestructura.
- b) La segunda causa o problema sería la presunción de utilización de información comercial sensible en las relaciones interactividades y, en este supuesto, intragrupo.
- c) El tercer y último problema detectado es el de la presunción de falta de incentivos para los gestores de redes en empresas integradas.

LOPEZ-IBOR<sup>67</sup> resume esas carencias regulatorias identificando los siguientes problemas: presunción de trato de favor para el acceso (o conflicto de interés interno); presunción de uso indebido de información comercial sensible; presunción de falta de incentivos a la inversión en redes. Las consecuencias de esta actuación dañarían tanto al aseguramiento de la competencia, como a la competitividad sectorial y a la seguridad del suministro por falta de atención en el mantenimiento y reinversión necesaria en redes. Por último, la Comisión ofrece un dato económico; el precio de la electricidad en los últimos diez años ha subido más en empresas integradas que las que disponen de una estructura jurídica de separación de activos y propiedad.

La Comisión ejemplifica también la separación de propiedad no sólo como imposibilidad de control del generador sobre la red. Sino del titular de la red sobre el resto de la empresa integrada, “una misma persona jurídica, señala, por ejemplo un

---

<sup>67</sup> LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. *La problemática jurídica del sector eléctrico...*, op. cit. págs. 299.

fondo de pensiones, puede tener una participación minoritaria sin derecho a control tanto en el gestor de la red como en una empresa de abastecimiento, pero no puede tener derecho de veto en ambas empresas, ni puede nombrar miembros de su Consejo, ni tampoco una persona puede ser miembros en los Consejos de ambas empresas”.

La propuesta contempla una excepción para el supuesto de nuevas inversiones, permitiendo en ese caso suspender temporalmente la obligación de separación jurídica, si bien condicionando su aplicación a la valoración del impacto o “justificación económica de la nueva inversión, los objetivos del mercado interior y el objetivo de la seguridad del abastecimiento”:

En el ámbito institucional la Directiva aborda tres reformas importantes: la creación de una Agencia Europea, refuerzo y la extensión de los poderes de regulación de las Autoridades nacionales; y, fomento de la cooperación de los gestores de red.

La justificación de todos estos cambios se apoya en la convicción de que la electricidad y el gas son esenciales para el bienestar de Europa<sup>68</sup>. Sin un mercado europeo de la electricidad y el gas competitivo y eficiente, los ciudadanos europeos pagarán precios excesivos por una de sus necesidades cotidianas más fundamentales. Dicha cuestión aparece reflejada en la propia Directiva, pero las razones más específicas de las nuevas regulaciones que se proponen son las siguientes y que redundan en la profundización del proceso liberalizador.

En primer lugar, combatir el cambio climático y conseguir el objetivo fijado por el Consejo de que en 2020 el 20% de la energía proceda de fuentes renovables, lo que requerirá una enorme inversión en los primeros años; para ello resulta imprescindible mejorar la competitividad y liberalización del mercado.

En segundo lugar, los análisis de la Comisión determinan que los desarrollos de mercados auténticamente competitivos están aún muy incompletos. Esta circunstancia viene determinada por la fragmentación de mercado en las fronteras nacionales, el elevado índice de integración vertical, y la alta concentración. Son insuficientes las normas que se han implantado en los Estados concernientes a la separación de la explotación de la red de las actividades de suministro y producción o generación. Sólo unos cuantos Estados han creado empresas completamente

---

<sup>68</sup>MUÑOZ MACHADO, S., *Introducción...*, op. cit. pág. 39.

separadas para la explotación de la red, mientras que otros han establecido entidades jurídicas separadas que forman parte de una empresa o grupo integrado.

Según argumenta la Comisión<sup>69</sup>, la experiencia ha demostrado que cuando el gestor de la red de transporte es una entidad jurídica dentro de una empresa integrada, surgen tres tipos de problemas: primero, el gestor de la red de transporte puede tratar a sus filiales mejor que a los terceros que le hacen competencia; la separación jurídica y funcional no resuelve el conflicto de intereses dentro de las empresas integradas, donde lo que interesa a los suministradores y productores es maximizar las ventas y la cuota de mercado, aspiración que contrasta con la obligación primaria del explotador de la red de ofrecer un acceso no discriminatorio a sus competidores. Segundo, el acceso no discriminatorio a la información no queda garantizado puesto que no existe ningún medio eficaz para evitar que los gestores de redes de transporte faciliten información comercial sensible a las ramas de generación o suministro de la empresa integrada. Tercero, los incentivos a la inversión en la empresa integrada disminuyen, porque lo que tenderían sus gestores es limitarla en tanto que pueda resultar beneficiosa para los competidores.

Para superar esta situación, la Comisión cree imprescindible llevar a cabo una separación de actividades más exigente basada en la separación de la propiedad. Ello implicará que los Estados deben garantizar que la misma persona o personas no pueden ejercer un control sobre una empresa de suministro y, al mismo tiempo, tener intereses o ejercer derechos de cualquier tipo sobre el gestor de una red de transporte o la red de transporte misma. Para llevar a cabo la operación, incluso sugiere algunas posibilidades: dividir las acciones de las empresas integradas verticalmente para atribuir a los accionistas, por un lado, las de la red de transporte, y, por otro, las de la empresa de suministro, pero también le parece suficiente a la Comisión la opción de no separar la propiedad sino establecer un “gestor de red independiente” que permitiría a las empresas integradas verticalmente mantener la propiedad de sus activos de red. El gestor independiente tendría que ser una empresa totalmente separada de la empresa integrada verticalmente, que desempeñe todas las funciones de un gestor de red. Observa que aún en esto las empresas integradas verticalmente podrían verse obligadas a enajenar sus redes de transporte, o a ceder la gestión de dichos activos a terceros. Sin este requisito no podría darse cumplimiento a separación efectiva.

---

<sup>69</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Perspectivas del mercado interior del gas y la electricidad. 10 de enero de 2007

Otro aspecto importante de la Directiva concierne al fortalecimiento del poder e independencia de los reguladores nacionales -estableciendo su artículo 35.4 una obligación a los Estados miembros de que así sea- así como hemos avanzado más que otros países en el camino de la separación de actividades y la privatización de empresas energéticas, la función regulatoria atribuida a la CNE está muy compartida con otros organismos de la Administración General del Estado y, además, adolece de una gran debilidad, tanto por la falta de mecanismos de coacción jurídica adecuados como por la posibilidad de que decisiones esenciales adoptadas por la Comisión sean revocadas por el Ministerio competente de la Administración del Estado, en vía de recurso de alzada, lo que sitúa a éste en una posición casi jerárquica que dice poco de la supuesta independencia de aquélla

La Comisión Nacional de Energía<sup>70</sup>, hace una valoración positiva de esta regulación de detalle en relación a la independencia y atribución de funciones, necesaria para evitar debilidades en el ejercicio de las competencias atribuidas y en aras de asegurar una adecuada regulación del mercado.

El paquete legislativo comunitario propone reforzar los poderes de los reguladores del mercado energético, especialmente a sus funciones de control y resolución de controversias concernientes al acceso de terceros a la red, cumplimiento de las obligaciones de separación de actividades; gestión de la cogestión e interconexión; planes de inversión de los gestores de redes; obligaciones de transparencia; control del grado de apertura del mercado y de competencia; y protección del consumidor. Para desempeñar esas funciones adecuadamente, las autoridades reguladoras deben estar dotadas de poderes de investigación, obtención de información, y potestades sancionadoras. La independencia de las autoridades reguladoras, se considera básica para la confianza del mercado.

Queremos señalar, como se atribuye a la entidad reguladora la función de controlar el nivel de transparencia, incluido el de los precios al por mayor y velar por que las empresas de electricidad cumplan las obligaciones de transparencia.

A su vez, prevé una colaboración estrecha entre todos Estados miembros, y el mismo día de la aprobación de la Directiva, también se aprobó el Reglamento (CE) 713/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía, se puede notar en la orientación de las medidas comunitarias una crítica a la dependencia de las

---

<sup>70</sup> Comisión Nacional Energía, Informe 2/2010, de 22 de julio de 2010, sobre las implicaciones derivadas de la aprobación de la nueva normativa comunitaria en materia de energía y medio ambiente, pag. 3 y ss.

autoridades reguladoras respecto de las Administraciones estatales correspondientes, pero, al mismo tiempo, no se oculta la tendencia hacia el fortalecimiento de las relaciones entre aquéllas y las instancias comunitarias europeas.

Como cuestión novedosa con respecto a las anteriores Directivas, el artículo 43 va a introducir obligaciones de registro de la información en materia de contratos suscritos con clientes mayoristas –gestores de la red de transporte-, cuestión importante ante la falta de información existente con anterioridad que ha supuesto un obstáculo para la adopción de medidas eficaces por los reguladores.

Otro avance en cuestiones de información es la obligación de registro de la información –a disposición de las autoridades reguladoras- sobre los datos de las transacciones de los contratos de suministro de electricidad y gas, así como de los contratos derivados sobre dichos productos.

Para finalizar queremos destacar como el artículo 3 de la Directiva está dedicado a la “obligaciones de servicio público y protección del cliente”. Su punto tercero obliga a los Estados miembros a garantizar el derecho a un servicio universal a los clientes domésticos y, cuando lo consideren adecuado a las PYMES –este derecho se contemplaba ya en la Directiva de 2003. Pero lo importante es el nuevo enfoque en el que la prioridad es la protección del consumidor, siendo una función de las autoridades reguladoras asegurar que los consumidores se beneficien de un funcionamiento eficiente de su mercado nacional<sup>71</sup>.

La Directiva 2009/72/CE, se traspone al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo, que además establecerá el régimen jurídico para la adopción de medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

Como se enuncia en su exposición de motivos y hemos detallado a continuación, el objeto de la reforma de la Ley del Sector Eléctrico vendrá dirigido por la necesidad de la realización de una separación efectiva de las actividades de suministro y generación de las actividades en red; la configuración de la Comisión Nacional de la Energía como un verdadero órgano regulador con independencia absoluta del Gobierno; se refuerzan las obligaciones de servicio público, como el acceso de los consumidores a sus datos de consumo, los precios asociados y los costes del servicio, así como a la información relativa a las vías de solución de

---

<sup>71</sup> COMISIÓN NACIONAL ENERGÍA, Informe 2/2010, págs. 106 y siguientes.

conflictos; finalmente, en lo que nos ocupa, introduce el concepto de separación patrimonial.

El Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo, da cumplimiento a la obligación contenida en la citada Directiva de designación formal de una única autoridad reguladora a escala nacional, determinando sus competencias y funciones en el sentido que establece la directiva.

También se prevé la modificación de la Ley con el objeto de garantizar la independencia entre las actividades de red y las actividades de generación y suministro con los requisitos establecidos por la Directiva en relación a las limitaciones en la participación en empresas y toma de control de las mismas, y se contempla la designación de los gestores de redes de transporte, facultando a la autoridad reguladora para certificar con carácter previo a estos gestores en base al procedimiento que se establezca reglamentariamente.

Se introduce la referencia al consumidor vulnerable, -si bien esta medida estaba adoptada ya con la configuración del bono social- contemplando que es aquel que cumpla las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen, y se establece la adopción de las medidas para garantizar una protección adecuada a los consumidores, transitoriamente hasta su definición se entiende que son los consumidores que tienen derecho a acogerse al bono social.

Finalmente, otra medida en relación con la protección al consumidor que se determina es el establecimiento, por parte de las Administraciones competentes, de puntos de contacto únicos en coordinación con la Comisión Nacional de Energía para ofrecer a los consumidores toda la información necesaria relativa a su derecho, a la legislación en vigor y a los procedimientos de solución de conflictos que disponen en caso de litigio.

El “tercer paquete” de medidas legislativas comunitarias si bien no ha introducido modificaciones profundas de la normativa vigente –ya se había dado un alto grado de transposición de las medidas en las sucesivas leyes que hemos analizado con anterioridad- ha conllevado a que con la obligación de la transposición de la Directiva 2009/72/CE, se aborden, mejore y profundicen cuestiones ya reguladas que nos conduzcan a la mejora y sostenibilidad del sector eléctrico.

El problema del sector eléctrico es siempre una cuestión inacabada, como hemos podido comprobar en estas páginas. La complejidad del mismo, su dificultad para la apertura a la competencia en muchos aspectos, hace inequívocamente

replantearse constantemente las medidas adoptadas en aras a implementar su eficacia.

Así pues, y tras el repaso de todos los hitos normativos dados en nuestro país de este proceso liberalizador, sólo nos queda para concluir analizar los retos que se le presentan.

## **VIII. CONCLUSIÓN. CUESTIONES PENDIENTES EN LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL SECTOR ELÉCTRICO ESPAÑOL.**

En los últimos años están acaeciendo nuevos retos y problemas en los modelos regulatorios que se realizaron a causa de la liberalización del sector eléctrico en España. Como factores a considerar, cabe señalar la caída de la demanda de productos energéticos y la dificultad de financiación de nuevas infraestructuras – consecuencia de la crisis económica-, el incremento del precio de los combustibles fósiles así como la introducción de medidas contra el cambio climático.

Queremos reseñar como uno de los mayores problemas que arrastra el sector energético es el denominado déficit tarifario, cuestión que hemos ido apuntando a lo largo de este trabajo, no nos detendremos en su explicación, pero esta cuestión compleja y prolongada en el tiempo, requiere una solución cuanto menos rápida y eficaz, por lo que antes de analizar fundamentalmente los restos que quedan en el proceso liberalizador, hemos de hacer una mención expresa a las soluciones que se han planteado y que se están adoptando.

El Informe, de 7 de marzo de 2012, de la Comisión Nacional de la Energía<sup>72</sup>, sobre el sector energético español, si bien establece que con respecto a la seguridad del suministro la situación actual del modelo español es relativamente favorable, con respecto al nivel de competitividad del sistema, *“en España los precios finales, especialmente de electricidad, que tienen un impacto directo en la competitividad industrial, se situaron en 2011 en el rango de la Unión Europea. Por su parte los precios finales para los consumidores doméstico-residenciales, especialmente de electricidad, registran puestos entre los más elevados del ranking europeo, si bien cabe remarcar que el impacto de la factura eléctrica sobre el gasto anual medio de las familias en España supone el 2% y el de la factura de gas el 0’74%”*. La propia

---

<sup>72</sup> COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA. Informe sobre el sector energético español. 7 de marzo de 2012. pags. 2-3.

Comisión incide en que la diferencia de nivel de dichos precios finales sería aún mayor en relación con los precios europeos si se tuviera en cuenta el déficit estructural del sistema eléctrico.

También apunta las causas, *“(…) en particular, en electricidad, se debe, principalmente, a la incorporación como costes del sistema de un volumen creciente de costes reconocidos a las actividades reguladas, planificados inicialmente donde se esperaba un mayor crecimiento de la demanda, y, en particular, el caso eléctrico,, a los mecanismos de incentivos económicos para las instalaciones del Régimen Especial, a la compensación extrapeninsular y al incremento de la retribución de la distribución y el transporte, además de los costes de financiación del déficit”*.

Para su solución se propone la desaparición de los precios finales regulador en los mercados minoristas de gas y electricidad. Con este objetivo, se mantendría tan sólo un sistema de protección para los consumidores vulnerables. Asimismo, la eliminación de los precios regulados debe estar condicionada a que se verifique durante un periodo de tiempo el cumplimiento de condiciones de competencia, para lo que se precisará de disponibilidad de instrumentos para su supervisión efectiva.

Las medidas que se proponen a corto plazo recaen tanto sobre los costes de las actividades reguladas sobre el aplazamiento de inversiones previstas en la planificación actual, ya que como hemos mencionado el problema radica en el crecimiento de los costes de acceso.

Otra de las medidas a destacar, es el traslado hacia los costes de energía partidas actualmente consideradas como costes de acceso (retribución del Operador del Sistema y coste de interrumpibilidad de los grandes consumidores) a efectos de eliminar de los peajes de acceso, aquellas partidas que son identificadas como costes de servicios del sistema para mitigar el déficit tarifario.

También la Comisión considera esencial que se produzca la financiación de la compensación extrapeninsular con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, establecida en el Real Decreto Ley 6/2009 y se elimine permanentemente la financiación de dicho coste por el sistema eléctrico, así como cree necesario que la financiación del coste de las primas de régimen especial se financien parcialmente de modo externo a los peajes de acceso, como a través de los ingresos de las subastas de CO<sub>2</sub>.

La Comisión reclama la atribución de funciones respecto del establecimiento de la metodología de retribución de las actividades reguladas, a partir de la implantación de una contabilidad regulatoria de costes, y la metodología de asignación de los



costes para determinar los peajes de acceso y de generación, los pagos por capacidad, así como los precios de los operadores de mercado y del sistema, que deben pagar los agentes de forma suficiente, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2009/72/CE

Los mercados minoristas de electricidad y gas natural han registrado, en los últimos años, una evolución determinada en gran medida por la progresiva desaparición de las tarifas integrales y la introducción del suministro de último recurso. En ambos sectores, el mayor de comercializadores activos se está observando en el segmento de los consumidores de gran tamaño, con elevada elasticidad al precio y sin posibilidad de acogerse a tarifa regulada. Por otra parte, se registra una menor presión competitiva en el segmento de consumidores domésticos, con demanda menos elástica y mayores costes de switching, donde la entrada de nuevos competidores ha sido reducida y la referencia de precio prácticamente coincide con la tarifa de último recurso.

Al ser un producto homogéneo, mientras no se desarrollen productos energéticos más diferenciados, no cabe esperar variaciones significativas entre precios ofertados y/o tasas de cambio de suministrador muy elevadas.

Debemos destacar en este aspecto como se adoptan medidas expresamente en este sentido en el Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se procede a la transposición de la Directiva 2009/72/CE, y se establece el régimen jurídico para la adopción de medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista, como una determinación para la supresión de los desajustes entre ingresos y costes del sistema eléctrico para el establecimiento de equilibrio y suficiencia de los mismos.

Se adoptan medidas para la racionalización de las diferentes partidas de costes del sistema eléctrico y los peajes de acceso sean suficientes para satisfacer los costes de las actividades reguladas. Además se adopta excepcionalmente un conjunto de medidas para el año 2012 que permitirán respetar el límite de déficit establecido, alcanzando el 1 de enero de 2013, la suficiencia tarifaria. Todo ello en consonancia con las indicaciones de la Comisión Nacional de Energía.

La caracterización del sector eléctrico español, si bien ha tenido sus éxitos derivados del proceso liberalizador como hemos apuntado, sigue adoleciendo de deficiencias importantes, como es la alta dependencia del exterior en cuanto al abastecimiento de energía primaria, muy por encima de la media de la Unión Europea,

a lo que ha de sumarse la caída tanto en la demanda de energía primaria como de la intensidad energética a causa de la crisis económica.

Si bien desde 1996 se ha producido un fuerte crecimiento de la demanda y un importante cambio en la composición del mix de potencia como consecuencia de los fuertes ciclos inversores, existe, por otro lado, un problema grave de distorsiones en los precios y en el funcionamiento de los mercados derivado de un sobrecoste en la electricidad no asumido ni por los consumidores ni por los contribuyentes, esto es, el déficit tarifario, ya analizado con anterioridad y que tiene su origen fundamental en el crecimiento del volumen de primas a las energías renovables.

Como deficiencias de nuestro sector eléctrico, debemos recopilar las enunciadas a lo largo del presente trabajo: la dependencia energética, la existencia de un mix energético rápidamente cambiante, los ayudas al carbón nacional, la baja capacidad de las interconexiones energéticas con Europa.

Para su corrección es necesario, adoptar una serie de decisiones estratégicas que redunden en la configuración real de un sector económico competitivo y a la vez, que asegure a los ciudadanos un suministro eléctrico estable, de calidad y al menor coste posible, sin olvidarnos de la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente.

En primer lugar, habrá de realizarse una reformulación en el sistema de incentivos económicos dados al sector eléctrico –carbón y energías renovables- que nos lleve a alcanzar o aproximarnos al equilibrio financiero.

En segundo lugar, el impulso hacia el mercado interior de la energía, cuya consecución nos alejará de ser “una isla eléctrica” y beneficiará al suministro de los ciudadanos.

En tercer lugar, ha de cumplirse fielmente las disposiciones establecidas en materia de separación de actividades y de información, instrumento fundamental para que la planificación eléctrica sea eficaz.

En último lugar, debe procederse a la clarificación de los instrumentos normativos, a la definición de los poderes intervinientes y la cooperación absoluta de todos los agentes implicados para que realmente nos encontremos ante un sector competitivo, con un régimen jurídico estable en sus principios y eficaz en su gestión. El paso a ese concepto neoregulador del sistema eléctrico no puede llevar a disfuncionalidades normativas que afecten a la seguridad jurídica.

Estas decisiones básicas que deben ser adoptadas por el Estado en consenso con todos los agentes públicos y privados del sistema y, por su puesto, con base en

las directrices de un organismo regulador, definitivamente independiente, la Comisión Nacional de Energía.

Finalmente, y aún existiendo diversos ámbitos que requieren un mayor análisis en su estudio por la confluencia de diversos factores técnicos y económicos interesantes de tratar, debemos concluir con la necesidad de la constitución de un verdadero mercado interior europeo de la energía, con un marco de seguridad jurídica y adecuada y eficaz supervisión de los mercados que implique la interconexión real de los mercados energéticos, algo imprescindible para que la competencia sea realmente efectiva en nuestro país.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. «El sector eléctrico en España. Competencia y servicio público». Comares, 2007.
- AA.VV. «Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico». Civitas, 1998.
- AA.VV. «Derecho de la Energía». La Ley, 2006.
- AA.VV. «Temas de Derecho Energético». Bosch, 2009.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente; DUARTE MARTÍNEZ, Rafael. «Administración Pública y Electricidad». Civitas, 1997.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar; LÓPEZ DE CASTRO, Lucía. «El sistema eléctrico español. Regulación y competencia». Montecorvo, 1998.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (coord.) y otros. «Liberalizaciones 2000». Comares, 2000.
- BEATO BLANCO, Paulina. «La liberalización del sector eléctrico en España ¿Un proceso incompleto o frustrado?» 75 años de Política Económica Española, nº 826, 2006.
- BEL, Germà; CALZADA, Joan; FAGEDA, Xavier. Liberalización y competencia en España: ¿Dónde estamos? Productividad y competitividad de la Economía española nº 829. Boletín económico ICE, marzo-abril 2006.
- BERMEJO VERA, José (Director) y otros. Derecho Administrativo Especial. Parte V: Capítulo IX. Grandes redes de prestación y distribución de servicios económicos. Civitas, 2006.
- CANO CAMPOS, Tomás (Coord.) y otros. «Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo». Tomo VII. Los sectores regulados. Volumen I. Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Perspectivas del mercado interior del gas y la electricidad. 10 de enero de 2007.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión sobre la Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n1 1/2003 en los sectores europeos del gas y la electricidad (Informe final), 10 de enero de 2007.
- COMISIÓN DEL SISTEMA ELÉCTRICO NACIONAL. Documentos sobre el Proyecto de Ley del Sector Eléctrico. Documento nº 1: Introducción.

- COMISIÓN DEL SISTEMA ELÉCTRICO NACIONAL. Documentos sobre el Proyecto de Ley del Sector Eléctrico. Documento nº 2: Aspectos esenciales para que haya competencia en el sector eléctrico. 8 de julio de 1997.
- COMISIÓN DEL SISTEMA ELÉCTRICO NACIONAL. Documentos sobre el Proyecto de Ley del Sector Eléctrico. Documento nº 4: El Organismo regulador. 8 de julio de 1997.
- COMISIÓN DEL SISTEMA ELÉCTRICO NACIONAL. Documentos sobre el Proyecto de Ley del Sector Eléctrico. Documento nº 5: Actividades del sector eléctrico. 10 de septiembre de 1997.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA. Informe 7/2005, de 14 de junio de 2005, sobre la propuesta del Real Decreto por el que se adapta la normativa relativa al sector eléctrico a lo dispuesto en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, y al Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA. Informe de 9 de marzo de 2006, sobre el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA. Informe 18/2006, de 1 de junio de 2006, en relación con el Anteproyecto de Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el Mercado Interior de la Electricidad.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA. Informe de 7 de noviembre de 2007, sobre la opinión de la CNE en relación a la nueva directiva sobre electricidad.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA. Informe 15 de noviembre de 2007, sobre la opinión de la CNE en relación a la propuesta de reglamento por el que se crea una Agencia de Cooperación de Reguladores de la Energía.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA. Informe 7/2009, de 16 de abril de 2009, relativo al Anteproyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley .../... sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA. Informe 31/2009, de 19 de noviembre de 2009, solicitado por la Secretaría de Estado de Energía sobre la propuesta de R.D. por el que se adaptan determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico a lo dispuesto en la Ley .../..., de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley .../... sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA. Informe 1/2010, de 27 de enero de 2010, al Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA. Informe 2/2010, de 22 de julio de 2010, sobre las implicaciones derivadas de la aprobación de la nueva normativa comunitaria en materia de energía y medioambiente.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA. Informe 18/2011, de 3 de junio de 2011, sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA. Informe sobre el sector energético español. 7 de marzo de 2012.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA. Informe sobre el anteproyecto de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 15 de marzo de 2012.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA. Informe de seguimiento: código de conducta e informe anual sobre las medidas adoptadas en 2008, 2009 y 2010 para garantizar el cumplimiento de la separación funcional de actividades prevista en la Ley 17/2007 y en la Ley 12/2007. 5 de julio de 2012.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis y LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. «Derecho Público Económico». Ed. Iustel, 2011.
- DE LA CRUZ FERRER, Juan. «Liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997». Marcial Pons, 1999.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. «Del servicio público a la liberalización. Desde 1959 hasta hoy». Revista de Administración Pública, núm. 150, septiembre/diciembre 1999.
- FOLGADO BLANCO, José. «Una reflexión sobre el sistema eléctrico español». Estudios de Economía Aplicada, volumen 29-2, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA. «Memoria sobre la reconfiguración sustancial del sistema eléctrico español en 1951». Revista de Administración Pública, núm. 171, septiembre-diciembre 2006.
- GENDEN, Oliver. «¿Hacia una política común europea en energía? Preferencias de Alemania, Francia y Reino Unido». (En Las relaciones internacionales de las regiones: energía e infraestructura-La nueva Agenda internacional). Prensas Universitarias de Zaragoza, 2008.
- GIMENO FELIÚ, José María. «Hacia una Directiva de Mercado Interior de la energía». Revista de Derecho Administrativo nº 153, 2012.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael. «El déficit de ingresos en el sector eléctrico». Revista de Administración Pública, núm. 162, septiembre-diciembre, 2003.

- GUILLÉN CARAMÉS, Javier (director) y otros. «Derecho de la Competencia y Energía Eléctrica». Aranzadi, 2009.
- IRANZO MARTÍN, Juan E. «La Energía», en «La Economía» de VELARDE FUERTES, Juan y SERRANO SANZ, José María. Biblioteca Nueva, 2008.
- LAVILLA RUBIRA, Juan José. «El déficit tarifario en el sector eléctrico».
- LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente; BENEYTO PÉREZ, José M<sup>a</sup> (directores) y otros. «Comentarios a las Leyes energéticas». Aranzadi, 2006.
- LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente y otros. «Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico (Ley 17 de 2007)». Aranzadi, 2007.
- LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente. «La problemática jurídica del sector eléctrico. Revista Aragonesa de Administración Pública». nº 34, 2009.
- MALARET I GARCIA, Elisenda. «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto». Revista de Administración Pública, núm. 145, enero/abril 1998.
- MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO. La Política de energía de la Unión Europea. Elementos de base para el Plan de Acción Europeo de Energía 2010-2014. Diciembre 2009.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. «Servicio público y mercado. Tomo IV. El sistema eléctrico». Civitas, 1998.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. «Introducción al sector eléctrico: regulación pública y libre competencia». En Derecho de la regulación económica, III sector energético, tomo II. Iustel, 2009.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José (directores) y otros. Derecho de la Regulación Económica. Tomo I Fundamentos e Instituciones de la regulación. Iustel, 2009.
- NAVARRETE, Fernando (director); Mielgo Pedro (coord.). Propuestas para una Estrategia Energética Nacional. Fundación para el Análisis y Estudios Sociales, 2011.
- ONEGA COLADAS, M<sup>a</sup> Jesús. «Reflexiones sobre la liberalización energética en España (I). Hitos y beneficios de la liberalización». Boletín Económico del ICE nº 2782. 2003.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. «Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia». Tirant Lo Blanch, 2011.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. «La intervención administrativa de las empresas energéticas».

- REBLEDO TEIXERA SOARES, M<sup>a</sup> Isabel; FAIÑA, Andrés; LÓPEZ RODRÍGUEZ, José. «Mercado europeo de la electricidad: Liberalización e integración “versus” concentración y dominancia». II Seminario Mercados de Electricidade e Gas Natural. FEP, 2009.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. «Derecho Administrativo Económico». Marcial Pons, 2009.
- RUIZ MOLINA, M<sup>a</sup> Eugenia. «Liberalización del mercado eléctrico y elegibilidad: consecuencias para el consumidor». Universidad Jaume I, Departamento de Administración de Empresas y Marketing, 2003.
- SÁENZ DE MIERA, Gonzalo. «Resultados de la liberalización de la generación eléctrica. Precios, competencia y medio ambiente». Papeles de Economía Española, nº 121, 2009, Economía y Cambio climático. Páginas 112-140.
- SALAS HERNÁNDEZ, Javier. «Régimen Jurídico-administrativo de la energía eléctrica». Publicaciones del Real Colegio de España, 1977.
- SÁNCHEZ DE TEMBLEQUE, Luis Jesús. «La regulación jurídica y económica de la actividad de distribución en España. (En «El regulador ante los nuevos desafíos de la energía en Iberoamérica». Ariae. Thomson Civitas. Comisión Nacional de la Energía, 2012).
- SÁNCHEZ-MACÍAS, José Ignacio; CALERO PÉREZ, Pedro. «Culminación del proceso de liberalización del sector eléctrico y desarrollo del mercado en baja tensión». Revista Economía Industrial nº 360, 2006.
- SEGURA SERRANO, Antonio. «Los “servicios de interés general” tras el Tratado de Lisboa: de la excepción a la regulación positiva». Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 38, enero/abril 2011.
- TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, Jesús; LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, Francisco de Borja. «La regulación sector eléctrico». Civitas, 1996.