

LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL SECTOR ELÉCTRICO

VICENTE LÓPEZ-IBOR MAYOR

RESUMEN: Este trabajo resume la evolución de los aspectos principales de la formación del derecho eléctrico español desde comienzos del pasado siglo, inicialmente basado en autorizaciones administrativas reglamentadas a nivel municipal, hasta la declaración formal del suministro como servicio público en 1924. A continuación se destaca, ya en la década de los ochenta, la aprobación del denominado marco legal y estable de 1987, y la Ley nacional de 1997 que llevó a cabo una completa transposición de la Directiva comunitaria 96/92/EC, parcialmente modificada en 2003. Estas normas tenían por objeto establecer las bases legales —normas comunes— del proceso de liberalización del sector eléctrico, promoviendo competencia en la generación y en el mercado minorista, basados en las técnicas de acceso de terceros a la red y separación de actividades, que reclama un determinado grado de diferenciación entre los propietarios o titulares de las redes y los operadores comerciales. Con tal espíritu y, basado en las citadas técnicas jurídicas, las normas europeas se transpusieron al derecho español.

Asimismo, este trabajo pasa revista sumaria a algunos de los más destacados pronunciamientos jurisprudenciales en esta materia, específicamente en lo relativo a la figura de los servicios económicos de interés general.

Finalmente se lleva a cabo un breve análisis del último paquete legislativo comunitario preparado por la Comisión Europea y se apuntan temas como la implementación del acceso de terceros a las redes —tarifas de acceso y costes de congestión—, y la separación de actividades en su nueva formulación, destacándose igualmente, el significado de la creación de una Agencia reguladora europea de la Energía.

Palabras clave: evolución del derecho eléctrico español; liberalización eléctrica; condiciones de ejercicio del acceso de terceros a la red; regulación de la separación de actividades; servicios de interés económico general (jurisprudencia comunitaria); Agencia Europea de la Energía.

ABSTRACT: This work summarizes the evolution of the Spanish electricity law since the beginning of the twentieth century, from a first period of local authorizations followed by the electricity of supply declaration as public service, to the so called legal electricity framework approved in 1987, and the 1997 national

Law that fully transposed the 96/92/EC EU Directive reviewed in 2003. Those rules were focussed on the development of common rules in the internal electricity market which promotes competition in the sector at the generation and retailing level, based upon the legal techniques of third party access and unbundling, that requires a degree of separation between the networks owners and the competitive agents. With this spirit and under these rules were transposed to the Spanish law.

Furthermore, the work reviews some of the most relevant jurisprudence on this subject, regarding services of general economic interest and exclusive rights EU doctrine.

Finally a brief analysis of the last EU electricity package launched by the European Commission is studied regarding mainly to the implementation of the third party access —connection charges and access tariffs—, unbundling regulation, and the creation of the EU Energy Agency.

Key words: Spanish electricity law evolution; electricity deregulation; third party access conditions; unbundling regulation; services of general economic interes jurisprudence; EU Energy Agency.

Buenos días señoras y señores, queridos amigos. Constituye para mí, un motivo de especial satisfacción reunirme, de nuevo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, con tan buenos amigos y expertos en el derecho público económico.

De manera especial quisiera agradecer a los profesores Dr. D. José María GIMENO, Decano de la Facultad, por su ya antigua amistad labrada en buena parte en los avatares de nuestra común dedicación, casi pasión, desde hace bastantes años, por el estudio del derecho de la energía y la contratación pública europea.

Asimismo quiero agradecer al profesor Dr. D. Fernando LÓPEZ RAMÓN su tan amable invitación, deseando que el desarrollo de este Seminario tenga, como así se ha podido acreditar en las brillantes intervenciones que nos han precedido, el interés que los contenidos enunciados, sin duda, despiertan.

Al abordar el análisis del derecho eléctrico, lo primero que tenemos que tomar en consideración es la naturaleza del bien, el producto, el servicio que es objeto de necesaria regulación. Y, evidentemente, el carácter propio del hecho jurídico que desencadena la creación de un ordenamiento jurídico propio que podríamos encuadrar, aunque sin ánimo de definir una nueva categoría autónoma, como derecho de la electricidad

o derecho de la energía. Un derecho nuevo pero extraordinariamente pujante, que reposa su existencia, como hecho jurídico, en la electricidad, tal vez el fenómeno tecnológico contemporáneo más relevante, con una incidencia extraordinaria en multitud de procesos industriales y comerciales de la sociedad moderna. Un fenómeno además enormemente expansivo en su desarrollo, aplicación y uso (1); Y que como apuntaba antes, admite la definición jurídica de mercancía, bien o producto, pero también de servicio esencial que debe proveerse en favor de todos los ciudadanos, en su vertiente de consumidores eléctricos. Naturaleza dual o ambivalente que permite explicar, sin embargo, muchas de las características propias no sólo de las actividades económicas a que dé lugar, sino de las posibilidades de su estatuto y régimen jurídico.

En mi exposición procuraré subrayar sumariamente, lo que a mi juicio han sido los elementos más sobresalientes y las notas jurídicas principales del derecho eléctrico español hasta el momento presente.

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 (2).

Especialmente importante es, en este primer período 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, 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, cali-

(1) En España, la producción eléctrica ha pasado en los últimos cincuenta años de 14.000 a 300.000 GWh.

(2) Para una precisa explicación de este período, ver, en particular: «*El sector eléctrico: Leyes, reglamentos, directivas comunitarias. Breve síntesis histórica y situación actual*», de Manuel Álvarez-Valdés y Valdés. Revista Jurídica de Asturias. Academia Asturiana de Jurisprudencia.

fica esta actividad de energía eléctrica como una actividad privada reglamentada (3).

La declaración expresa del suministro como servicio público tiene lugar poco más tarde y, de este modo, en el Real Decreto de 12 de abril de 1924, durante la Dictadura de Primo de Rivera 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 posteriormente 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.

Como normativa posterior de alcance cabe citar, además de la Ley sectorial de Expropiación Forzosa de 1966, el Decreto de 21 de diciembre de 1972 por el que se establece «El sistema integrado de facturación de energía eléctrica (SIFE)», que autorizó el establecimiento, de conformidad con un régimen que ya había sido sustancialmente previsto en el año 1951, de un sistema de las llamadas compensaciones entre empresas, que permitía establecer fórmulas de corrección entre las diferencias de costes de generación, tanto fijos como variables. El sistema preveía también regular «las diferencias de ingresos debidos a las distintas estructuras de los mercados de las empresas eléctricas, teniendo en cuenta los costes imputables en cada caso» (4), tema este que con una u otra formulación económica y jurídica, parece recurrente en la historia del sector.

(3) Ver Luis Pastor Ridruejo: «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 el libro colectivo «Comentarios a la Ley de reforma del sector eléctrico (Ley 17 de 2007)». Editorial Thomson-Civitas. Universidad CEU San Pablo. Instituto Universitario de Estudios Europeos. 2007.

(4) Ver, a tales efectos, Decreto 3561/1972, de 21 diciembre, por el que se establecen las condiciones del Sistema Integrado de Facturación de Energía Eléctrica (SIFE) (BOE nº 13, de 15.01.1973).

Pero la pieza central desde el punto de vista normativo en la regulación del sector de aquellos años se produce en los ochenta a través del Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, por el que se determina la tarifa eléctrica de las denominadas empresas gestoras del servicio, y por el que se implantó el calificado como marco legal y estable que concibe el suministro de energía eléctrica como un «servicio público esencial». Marco jurídico que pretendía configurar un procedimiento previsible o estable para las retribuciones de las denominadas en la norma, con propiedad, «empresas gestoras del servicio», y que asegurara su suficiencia económica en condiciones jurídicas materiales, aunque no formales, de equilibrio concesional (5). Dicho servicio público, se lee en el citado texto normativo, tiene encomendada la realización de un volumen de inversiones extraordinariamente elevado en activos fijos, que se caracterizan por el largo periodo de construcción y una vida útil muy dilatada en el tiempo.

Igualmente, 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.

Hubo en aquellos primeros años de gestación de las medidas liberalizadoras, diversas tentativas legales de apertura a la competencia europea. Todas arrancaban del espíritu nacido del denominado Libro Blanco Delors y de la letra jurídica del Acta Única. En el caso del sector energético, en particular, de la Comunicación de la Comisión al Consejo del año 1988, para la construcción de un mercado interno como respuesta específicamente sectorial de un capítulo, el energético, que incomprensiblemente no había sido incluido en la larguísima colección de Directivas a adoptar previstas en el citado Libro Blanco.

La técnica legislativa adoptada en este devenir comunitario, ha sido fundamentalmente la Directiva europea, como método ordinario de apro-

(5) Ver, a este respecto, la presentación que realiza en el libro «Comentarios a la Ley de reforma del sector eléctrico (Ley 17 de 2007)». Editorial Thomson-Civitas. Universidad CEU San Pablo. Instituto Universitario de Estudios Europeos. 2007.

ximar legislaciones en el derecho europeo. Y el objetivo; construir un mercado interno sin barreras estatales.

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 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 en tres fases o etapas diseñadas por el entonces Comisario de Energía, el portugués Cardoso e Cunha, después de los intentos fallidos de promover la apertura sectorial por la «vía directa» del derecho de la competencia comunitario, y no por el eje del mercado interior.

La primera norma, con rango de Directiva del Consejo es la relativa a un procedimiento que garantice la transparencia de los precios a los consumidores industriales finales de gas y electricidad. El objetivo de la norma se deduce fácilmente de su propia denominación: establecer mecanismos de información transparentes con relación a los precios eléctricos en Europa y, en particular, los referentes a los grandes consumidores industriales.

La Directiva parte de un hecho constatable, rotundamente recogido en uno de sus Considerandos: *«el grado de transparencia no es igual para todas las fuentes de energía ni en todos los países y regiones de la Comunidad, lo cual pone en peligro el mercado interior de la energía»*.

El Profesor José María Gimeno, insistía ya entonces en los principios generales comunitarios en esta materia como fuente de inspiración y orientación necesaria para edificar jurídicamente el mercado interior eléctrico, asegurar su cumplimiento, y, al mismo tiempo, se advertía de la capacidad de los órganos e instituciones europeas y, particularmente, de la Comisión, para iniciar procedimientos por incumplimiento cuando estimara injustificada la falta de acuerdo en los intercambios intracomunitarios a través de las redes.

Después de las Directivas de redes de alta tensión y transparencia de precios, se adopta como primer paquete legislativo de liberalización la Directiva 96/92 (6). 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.

En España, la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional de 1994 pretendió llevar a cabo la transposición de la citada Directiva Europea 96/92 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.

Desde el esfuerzo normativo de la LOSEN hasta la Ley que verdaderamente traspone el espíritu y el contenido de las Directivas comunitarias, la Ley de 1997, se aprobaron los Reales Decretos de liberalización de junio de 1996. En particular el relativo a la liberalización del sector de las telecomunicaciones que entre otras novedades legislativas incorpora la creación de un organismo regulador, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como Ente dotado de autonomía respecto de la Administración del Estado para salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado correspondiente.

La Ley 54/1997, de 27 de diciembre, constituye o tiene como fin básico establecer una transposición completa de la Directiva comunitaria y por tanto el modelo liberalizador previsto en el ámbito de la Unión Europea, tras la incompleta transposición operada con la LOSEN.

Así como señala el propio texto *«se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento jurídico sustituyéndola por la expresa garantía de suministro 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 des-*

(6) Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (DOCE n° L27 de 30/01/1997).

rollado 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.

Ahora bien, en la construcción de este modelo se contemplaron también dos cautelas importantes, dentro de un cuidadosamente diseñado proceso de transición que afectaba 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. 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. Naturalmente, la incorporación de este concepto y derecho para las empresas en el ordenamiento español, suscitó no poco debate y diversos pronunciamientos judiciales de gran importancia, como el Tribunal Supremo en Sentencia del año 2000 y la Decisión de la Comisión Europea en tramitación de ayudas de Estado compatibles con el Tratado.

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. 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.

Desde la reforma del concepto de servicio de interés general en su interacción entre los fines de la defensa de la competencia y la protección de obligaciones de servicio público, es importante tomar en consideración la valiosa jurisprudencia comunitaria existente hasta ahora. Citaré, tan sólo resumidamente, algunas de las principales Sentencias dictadas sobre esta materia.

En tal sentido una de las primeras decisiones jurisprudenciales importantes en el ámbito de la apertura en el sector eléctrico fue la Decisión de 16 de enero de 1991, IJSELCENTRALE vs. SEP (7). Se trataba de enjuiciar un Convenio ante las cinco empresas productoras integradas en SEP, de Holanda, para no suministrar energía eléctrica que pudiera dedicarse a la exportación. La Comisión Europea estimó que existía un Convenio entre empresas prohibido por el artículo 85 del Tratado que restringía la competencia y repercutía en el comercio internacional. Dicho Convenio no podía ampararse en el artículo 90.2 porque si bien se trataba de empresas que gestionaban servicios de interés económico general, la aplicación de las normas de la competencia, no impedía el cumplimiento de su misión, y además, los derechos exclusivos de importación o exportación afectan a los intercambios intracomunitarios y perjudica los intereses de la comunidad.

Debe notarse que en aquel caso la Comisión atacaba a los Monopolios de importación o exportación no por la vía del artículo 37, sino por la vía de declarar nulo artículo 85 un Convenio entre empresas.

La segunda actuación de la Comisión Europea a destacar fue la iniciación de un procedimiento contra nueve países, entre ellos España, al amparo del artículo 169 del Tratado, para que suprimieran los derechos exclusivos o Monopolios de importación o exportación de electricidad y de gas. En la Decisión motivada a cinco Gobiernos la Comisión reitera su argumentación de que la electricidad es una mercancía que tiene más elementos en común con éstas que con los servicios. En cualquier caso, esta jurisprudencia europea marcó el camino adecuado por la abolición de dichos monopolios.

(7) Decisión de la Comisión 91/50/CEE, de 16 de enero de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.732 – Ijsselcentrale y otros) – DOCE n° L28 de 02/02/1991.

Por su parte la Sentencia de 19 de mayo de 1993, Asunto Corbeau (8), constituye otro buen exponente del posicionamiento jurisprudencial, que declara que el artículo 86.2 permite que determinadas empresas mantengan determinados derechos no concedidos a otros operadores económicos, siempre que las restricciones a la competencia sean «necesarias para asegurar la realización de la misión específica que se ha atribuido a las empresas titulares de derechos exclusivos». Igualmente, la Sentencia Almelo (9) de 27 de abril de 1994, permite a los Estados conceder derechos exclusivos con el fin no sólo de hacer posible la realización de la misión de servicio público sino también de evitar poner en peligro el equilibrio económico de la empresa en cuestión.

En otro sentido y más recientemente cabe citar la Sentencia de 24 de julio de 2003, en el Asunto C-280/00 Altmark (10), en el que el Tribunal entiende que las compensaciones por servicio público no constituyen ayudas estatales en el sentido de lo dispuesto en el artículo 87 del Tratado C, siempre que se cumplan cuatro criterios: 1) La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. 2) Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que esta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras. 3) La compensación no puede superar el nivel necesario para cumplir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable. 4) Y cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento en el que la compensación necesaria debe realizarse sobre el análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada habría soportado para ejecutar estas obligaciones.

(8) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno). Caso Proceso Penal contra Paul Corbeau. Sentencia de 19 de mayo de 1993. TJCE 1993\71.

(9) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno). Caso Gemeente Almelo y otros contra Energiebedrijf Ijsselmij NV. Sentencia de 27 de abril de 1994. TJCE 1994\61.

(10) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno). Caso Altmark Trans GmbH y otros contra Nahverkehrsgesellschaft. Sentencia de 24 de julio de 2003. TJCE 2003\218.

Volviendo a la construcción del marco normativo eléctrico europeo y español y sus etapas, la Directiva 2003/54/CEE, surge como señala el propio texto de la misma en sus Considerandos de razón de la experiencia adquirida en la adaptación y aplicación de la Directiva precedente. A juicio de la norma existen determinados criterios favorables del proceso liberalizador o ventajas de la misma que se sintetizan en los puntos de 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.

El esquema general de la reforma prevista en la Directiva 2003/54 (11) supone una modificación leve y parcial de algunos de los principios, técnicas o medidas —sobre todo claro, estas últimas— establecidos en la Directiva precedente.

Ahora bien, ni la Directiva 2003/54/CE, ni la Ley 17/2007 que la ha adaptado al derecho interno, tienen como consecuencia una modificación sustancial del marco anterior. En el primer caso se trata de continuar un proceso legislativo, el de la liberalización o apertura a la competencia sectorial, identificando nuevos obstáculos «de etapa» en el ya clásico mecanismo de revisión legislativa comunitaria y tratando de profundizar en determinadas medidas, corrigiendo otras que se han manifestado insuficientes o erróneas, a la luz «de la experiencia adquirida». En el caso de la nueva Ley, 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, teniendo en cuenta los muchos e importantes cambios operados desde la anterior Ley, por vía reglamentaria.

(11) 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 y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE (DOCE n° L-176, de 15.7.2003).

En términos de medidas concretas se podría subrayar que las tres principales de la Directiva 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».

En la Ley española el mercado ya no será sólo de casación marginal, sino que la estructura del mismo se construye más generica y ampliamente a través del precio resultante del equilibrio entre la oferta y la demanda de energía eléctrica ofertada en dicho mercado admitiendo, en tal sentido, diversas modalidades de determinación de precios. Ello otorga, además, continuidad y habilita los mecanismos que se han ido poniendo en marcha estos últimos años, como las subastas de distribución, las emisiones primarias de energía o las subastas de capacidad en los intercambios internacionales (12).

Otro cambio que se introduce en la nueva Ley, es en el ámbito de los denominados sujetos del sector. En este capítulo vemos cómo 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 en favor de todos los consumidores y la libertad plena de los intercambios 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 com-

(12) Ver, entre otras disposiciones de estos últimos años en los ámbitos referidos, el Real Decreto 1454/2002, que modificó el Real Decreto 2019/1997, a su vez desarrollado por la Orden ITC 400/2007, de 26 de febrero, y la Resolución de la Secretaría General de la Energía de 19 de abril de 2007.

En materia de subastas de capacidad, cabría citar el Reglamento comunitario 1228/2003 de la Comisión, de 26 de junio de 2003, y las Órdenes ITC 4112/2005, de 30 de diciembre y la Orden ITC 843/2007, de 28 de marzo.

Otras disposiciones importantes en materia de subastas para distribuidores y desarrollo del mercado de contratación a plazo, son la Orden ITC 400/2007, de 26 de febrero, y las Órdenes ITC 2129/2006 y 3990/2006, respectivamente.

petirá 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.

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.

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.

Las operaciones de compraventa en o con sistemas externos, podrán ser realizadas por los productores, los comercializadores y los consumidores directos del mercado, manteniéndose el criterio o principio general ya existente, tras el Real Decreto-ley 5/2005, de que la adquisición de energía podrá ser realizada mediante cualesquiera de las modalidades de contratación admitidas por la Ley.

En materia de exigencias de control administrativo, como apuntaba anteriormente, éstas disminuyen notablemente, ya que los intercambios intracomunitarios no precisan de autorización previa ni posterior, excepto de la necesidad, en caso de venta de energía, de «comunicar» al operador del sistema, que únicamente puede denegarla cuando implique un riesgo cierto para el suministro (13).

Con la nueva Ley, se transpone el concepto comunitario de clientes vulnerables y tarifa de último recurso. Existe, a nuestro juicio, una excesiva inconcreción sobre el reconocimiento de este derecho y su forma de implantación.

(13) Ver el excelente trabajo de Carlos Vázquez, en la obra citada «Comentarios a la Ley de reforma del sector eléctrico (Ley 17 de 2007)». Editorial Thomson-Civitas. Universidad CEU San Pablo. Instituto Universitario de Estudios Europeos. 2007.

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.

Joaquín Nebreda (14) ha propuesto otra interpretación de estas tarifas, distinguiendo entre:

- a) *Tarifa social*.— Esta *tarifa integral* estaría destinada a consumos domésticos de las personas que una Administración pública declarase su estado de necesidad y asumiera, contra sus presupuestos, el pago de los consumos de ella derivados.

Esta tarifa se caracterizaría por admitir una potencia contratada en el entorno de 1,1 kW, lo que permitiría mantener un mínimo consumo eléctrico (cocina, alumbrado y algún elemento de calefacción).

(14) Ver Joaquín Nebreda. *Tribuna del Derecho*. Julio 2008.

La tarifa social daría respuesta efectiva a la exigencia de universalidad que se impone al suministro eléctrico y cuando, a juicio de la administración responsable, las necesidades de sus beneficiarios estuvieran justificadas podría asumir el coste del mismo suministro aplicándole la tarifa básica, en razón del número de miembros de la familia, por ejemplo.

- b) *Tarifa básica*.— Esta sería, también, una *tarifa integral* que permitiría un consumo, más que mínimo, básico que permitiera responder a las necesidades domésticas con bajo nivel de electrificación a quienes no desearan acudir al mercado.
- c) *Tarifa de servicio esencial*.— Con los mismos criterios con que se calcule la tarifa básica deberá calcularse la que corresponda a los servicios esenciales, cuyo suministro merece una singular protección. La potencia contratada sería la que cada servicio afectado necesitara.

Por último, no quiero dejar siquiera de apuntar la gravedad del problema del déficit, que en definitiva se traduce en que lo pagado por los consumidores a cambio de la electricidad que reciben, es inferior —netamente inferior— a la suma de los costes en que hay que incurrir para producirla.

La Orden ITC/3801/2008 sobre tarifas (15) permite paliar, aunque aún de forma insuficiente, el grave problema de los desajustes o déficit tarifario, fruto de la contradicción interna de los procesos de liberalización incompleta. El déficit carece de lógica económica —una tarifa se integra por la suma de sus costes, que deben ser reconocidos— y genera una sorprendente e indeseable situación jurídica, en la que el operador se convierte en acreedor —vía saldo de las liquidaciones— del producto que genera y el servicio que presta.

Por ello, el déficit tarifario se ha convertido en España en uno de los aspectos claves del futuro del sistema eléctrico. La sucesiva acumulación en los últimos años de enormes desfases entre el coste de la producción de energía eléctrica suministrada a tarifa y los ingresos percibidos de los usuarios que no han acudido al mercado liberalizado, supone una enorme

(15) Orden ITC/3801/2008, de 26 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir de 1 de enero de 2009 (BOE nº 315, de 31.12.2008).

carga económica sobre el sistema que difícilmente puede seguir imputándose sobre las espaldas de las generaciones futuras.

El concepto de «principio de recuperación del déficit tarifario» (como en su día los CTC's), ha señalado Mateu de Ros, no es un derecho (crédito), entendiendo que la recuperabilidad de los desajustes o menores ingresos provocados por el diferencial entre costes e ingresos efectivos del sistema no es una posibilidad que la norma enuncia como objetivo ideal o criterio programático del sistema, sino que se materializa en unos derechos de crédito concretos (los «derechos de cobro») (16).

En definitiva, la actual legislación no señala con claridad a quién corresponde asumir el riesgo económico de los costes de producción de la electricidad cuando el suministro se realiza a tarifa regulada, teniendo en cuenta el modelo precedente que contemplaba la posibilidad de un superávit tarifario, que permitiría recuperar, por diferencias, los CTCs.

Mirando al futuro, el horizonte vuelve a ofrecernos otra iniciativa comunitaria, el denominado tercer paquete legislativo, representado tanto por la Propuesta de Directiva del Consejo y Parlamento (17) que modificaría la vigente, como por el Reglamento sobre condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad. Algunos de los asuntos más importantes de estas normas los trataremos de sintetizar a continuación.

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, en 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

(16) Ver «*El déficit de la tarifa eléctrica: Origen y regulación por el derecho positivo*». Rafael Mateu de Ros. Tratado de Regulación del Sector Eléctrico, Tomo I. Iberdrola. Thomson-Aranzadi.

(17) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/54/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. COM(2007) 528 final, de 19.9.2007.

conflicto de intereses propietario generador o comercializador-titular de la red de infraestructura. En palabras de la Comisión, *«el motivo de fondo es que la separación jurídica y funcional no resuelve el conflicto de intereses fundamental, donde lo que interesa a los suministradores y productores es maximizar las ventas y la cuota de mercado, mientras que el explotador de la red está obligado a ofrecer un acceso no discriminatorio a sus competidores»*.

- b) La segunda causa o problema sería la presunción de utilización de información comercial sensible en las relaciones interactividades y, en este supuesto, intragrupo. De nuevo, en palabras de la Comisión, *«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»*.
- c) El tercer y último problema detectado es el de la presunción de falta de incentivos para los gestores de redes en empresas integradas. Antes al contrario, señala la Comisión *«[los gestores de red] tienen un interés intrínseco en limitar las nuevas inversiones cuando éstas benefician a sus competidores»*, ya que sus decisiones de inversión *«están condicionadas por las necesidades de sus filiales de suministro»*.

Por consiguiente, los tres problemas identificados se resumen en 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 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 miembro 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 propuesta de Directiva se expresa fundamentalmente en tres capítulos:

- a) Mediante la creación de una Agencia Europea.
- b) Mediante el refuerzo y la extensión de los poderes de regulación de las Autoridades nacionales.
- c) Mediante el fomento de la cooperación de los gestores de red.

En el primer caso, el más relevante desde el punto de vista institucional y el más difícil de encajar, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario actual, como —vía transposición de la norma— en el de los Estados miembros, es la creación de la Agencia.

El antecedente operativo de la Agencia es el denominado ERGEG (o Grupo de Organismos Reguladores Europeos de la Electricidad y el Gas), creado en 2003 (18), por la Comisión Europea como un «Grupo consultivo independiente», como el Comité Consultivo existente desde hace más de quince años en materia de contratación pública y regulada. El ERGEG tiene a su vez como antecedente necesario y verdadera causa habilitante de su creación, el «Consejo Europeo de Reguladores de Energía», constituido en el año 2000 y presentado formalmente el mismo día de la aprobación de su Acta de Constitución a la Comisaria de Energía, entonces con rango de Vicepresidencia.

La propuesta de la Comisión se apoya asimismo en las Conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo de mayo de 2007 y determinadas Resoluciones del Parlamento Europeo, menos entusiastas con la nueva figura y más con la necesidad de aumentar la coordinación entre Autoridades nacionales.

(18) Decisión 2003/796/CE de la Comisión, de 11 de noviembre de 2003, por la que se establece el Grupo de organismos reguladores europeos de la electricidad y el gas (DOCE n° L-296 de 14.11.2003).

Los modelos institucionales *de base comunitaria* en los que se apoya esta nueva Institución serían, por ejemplo:

- a) La Red de Autoridades de Competencia (creada en 2004, por el Reglamento CE nº 1/2003) (19).
- b) E, incluso, el sistema de Bancos Centrales Europeos, aunque la Comisión admite que «carece de base jurídica en el Tratado», pero añade que «este tipo de modelo simplemente exigiría una modificación del Tratado».

Las funciones de la nueva Agencia cabría agruparlas en tres bloques:

- a) La decisión en problemas transfronterizos, fundamentalmente en materia de infraestructuras, cuando se trate de conflictos suscitados entre más de un país miembro y de acuerdo con las directrices establecidas por Directivas europeas.

Entre estas facultades se encontraría la de aplicación del régimen de exención del acceso en determinados supuestos y períodos pre-determinados.

- b) Consultiva general. En materia de regulación del mercado, pudiendo disponer directrices no vinculantes sobre buenas prácticas entre reguladores nacionales.
- c) De suspensión de la reglamentación sobre cooperación de los gestores de redes.

La Agencia estaría encargada de supervisar y revisar las actividades de la Red Europea de Gestores de Redes de Transporte de Electricidad y la Red de Gestores de Gas. También se contempla su capacidad de intervención en la fijación de programas prioritarios para el desarrollo de las redes y, en particular, en la revisión del plan de inversión de 10 años. Asimismo, en materia de códigos técnicos aplicables por los gestores de red.

En cuanto a su organización, la Agencia dependerá de la Comisión «cuando sea necesario adoptar decisiones sustantivas, sólo la Comisión

(19) Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOCE nº L-1 de 4.1.2003).

podrá hacerlo». Es decir, le quedaría reservada con carácter general, una función consultiva —hacia la Comisión— y «preventiva» o de informe, directriz o dictamen hacia los operadores de red y las Agencias nacionales. Estará integrada por un Consejo de Reguladores, un Consejo de Administración y un Director.

En cuanto a las Autoridades nacionales, aunque con menos significación formal, la propuesta tiene una mayor envergadura o contenido material y alcance. Así, se propone reforzar sus poderes, en particular:

- a) Vigilancia de la labor de los gestores en el cumplimiento de normas de acceso, obligaciones de separación, mecanismo de balance y gestión de congestión e interconexión.
- b) Revisión de planes de inversión.
- c) Garantizar medidas de protección del consumidor.
- d) Controlar grado de apertura del mercado.

Con relación al Reglamento de condiciones de acceso a las redes (20), además de los mecanismos institucionales de cooperación entre los gestores de redes nacionales y la Red Europea de Gestores de Redes, prevé la coordinación entre éstos al amparo de la que sería nueva Agencia Europea de Energía. Junto a ello se contemplan determinadas medidas de propuestas e informes técnicos, elaboración de códigos técnicos y comerciales, planificación de inversión y de coordinación de la explotación de la red.

Muchos otros temas son de interés, tanto desde la perspectiva comunitaria como española para seguir, analizar e interpretar la realidad jurídica del modelo eléctrico en Europa y España: La existencia y evolución del déficit tarifario, el mercado de emisiones, la construcción del Mibel, la efectiva adopción de una política energética común, diseñada en el Tratado de Lisboa, pero he intentado dibujar un breve recorrido por aspectos sustantivos del derecho eléctrico español y su problemática, acompañando los tres tiempos del verbo: pasado, presente y futuro.

(20) Reglamento (CE) nº 1228/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad (DOCE nº L-176, de 15.7.2003).