



Project no. CIT1-CT-2004-506392

NEWGOV

New Modes of Governance

Integrated Project
Priority 7 – Citizens and Governance in the Knowledge-based Society

La convergencia del mercado interior de electricidad y el mercado eléctrico español

reference number: 8/D01 (Spanish Version)

Due date of deliverable: January 2006
Actual submission date: 1st February 2006

Start date of project: 1 September 2004

Duration: 48 months

Organisation name of lead contractor for this deliverable:

Granada University, Leonor MORAL SORIANO

Article written by: Estanislao ARANA GARCÍA, Leonor MORAL SORIANO, and María Asunción TORRES LÓPEZ

Project co-funded by the European Commission within the Sixth Framework Programme (2002-2006)		
Dissemination Level		
PU	Public	X
PP	Restricted to other programme participants (including the Commission Services)	
RE	Restricted to a group specified by the consortium (including the Commission Services)	
CO	Confidential, only for members of the consortium (including the Commission Services)	

Summary

The paper, written by Estanislao ARANA GARCÍA, Leonor MORAL SORIANO, and María Asunción TORRES LÓPEZ, analyses the influence of the electricity internal market on the establishment of the Spanish electricity market. First of all, it examines the content of Directives 96/92 and 2003/54 and then it focuses on the organization and functioning of the Spanish electricity market as regulated by Spanish Electricity Act 54/1997. The comparison of both regulatory systems (i.e., Community and national law) draws an interesting outcome: the electricity internal market has been regulated in such a way that upholds the singularities of national electricity markets and the Spanish electricity market goes beyond the mandates of Community directives. This is specially so in relation to public service obligations and universal service obligations.¹

Contents

1 LA LIBERALIZACIÓN DEL MERCADO DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA DESDE EUROPEA: HACIA EL MERCADO INTERIOR DE LA ENERGÍA.....	3
1.1 PRIMER PASO HACIA EL MERCADO INTERIOR: LA DIRECTIVA 96/92	3
1.2 NUEVO IMPULSO AL MERCADO INTERIOR DE LA ELECTRICIDAD: LA DIRECTIVA 2003/54	4
1.3 INCIPIENTE VALORACIÓN DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2003/54.....	7
2 LA REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO EN ESPAÑA	7
2.1 LOS PRINCIPIOS DEL MODELO REGULATORIO ESPAÑOL	8
2.2 MÉTODO DEL MODELO DE COMPETENCIA REGULADA EN LA LEY 54/1997: LA SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES	10
2.3 ESTRUCTURA EMPRESARIAL DEL SECTOR ELÉCTRICO ESPAÑOL	10
2.4 LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL DEL SECTOR ELÉCTRICO	11
3 PROBLEMAS REGULATORIOS EN EL SECTOR ELÉCTRICO ESPAÑOL.....	12
4 VALORACIÓN DE LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS 96/92 Y 2003/54	13

¹ State of the Manuscript: The Spanish version of this scientific article is going to be submitted to publication to CUADERNOS JURÍDICOS DE LA ELECTRICIDAD published by UNESA and available on Internet. We also plan to elaborate an English translation of a shorter version of the article, and submit it to ENERGY LAW & REGULATION IN THE EUROPEAN UNION published by Sweet & Maxwell. Finally, due to the success of the previous Workshop, we plan to publish all contributions in a volume, written in Spanish, which will be published by Comares.

1 La liberalización del mercado de la energía eléctrica desde Europea: hacia el mercado interior de la energía

La Comisión europea tiene asignado el monopolio de la iniciativa legislativa en la UE, de manera que corresponde a esta institución la definición de la agenda legislativa del Consejo y del Parlamento. En determinados sectores económicos, como el de la energía, lo ha hecho en el marco de la filosofía de la liberalización imperante en las sociedades occidentales y del programa de mercado único². Por ejemplo, aunque el Consejo formuló unos objetivos generales en política energética relacionados con el acceso de generadores de energía a las redes de transporte en el año 1986, la Comisión planteó el problema de la energía como un problema de liberalización del mercado y centró sus propuestas en el desmantelamiento de los monopolios públicos, y la eliminación de los obstáculos al acceso a redes de transporte y distribución de energía.

1.1 Primer paso hacia el mercado interior: La Directiva 96/92

El resultado del largo proceso de elaboración de la política energética comunitaria liderada por la Comisión fue la Directiva 96/92 sobre normas comunes para el establecimiento del mercado interior de la electricidad, una norma menos ambiciosa que la propuesta inicialmente por la Comisión, pero que contaba con un amplio consenso, si bien es cierto que tal cosa fue posible gracias al margen de discrecionalidad otorgado a los Estados miembros a la hora de adoptar medidas concretas para la transposición de la directiva³.

La Directiva 96/92 liberaliza el mercado de generación y el de suministro de energía eléctrica, mientras que mantiene como actividades reguladas el transporte (en a través de las redes de alta tensión) y la distribución.

En lo que respecta a la generación, la Directiva 96/92 otorga a los Estados miembros la posibilidad de elegir entre la autorización o la licitación en un afán de liberalizar el mercado de generación pero aceptando las peculiaridades de algunos Estados miembros que habían optado por la licitación. No es el caso de España, donde la Ley 54/1997 del sector eléctrico se decanta por la autorización administrativa de las instalaciones de generación.

También se liberaliza el consumo de energía eléctrica, con un calendario para que desde los grandes consumidores hasta los pequeños consumidores y los consumidores domésticos pudieran, paulatinamente, ejercer el derecho a elegir su proveedor de energía eléctrica. En concreto, en 1999, los Estados miembros debían abrir a la competencia el 26.48% de su mercado, lo que incluía a los clientes que demandaban más de 40 GWh anuales. A los tres años, la ampliación alcanzaría el 28.3 % abarcando a los consumidores de más de 20 GWh. Finalmente, se preveía la liberalización de hasta un 33% del mercado, afectando a los consumidores de más de 9 GWh. Aquí también, la Directiva recogía el status quo del mercado de suministro, como demuestra que, un país como España, donde la liberalización comenzó tarde, ya había completado los objetivos de liberalización del consumo de energía antes de los plazos establecidos en la Directiva 96/92.

² Véase, Héritier, A., y Moral Soriano, L., “Differentiating and linking politics and adjudication: The example of European electricity policy”, en *European Law Journal*, 2002, n. 8, pp. 363-383.

³ Para López de Castro y Ariño, tanto la Directiva 96/92 como la 2003/54 dan muchas opciones a los Estados miembros porque de otra forma nunca habrían sido adoptadas. Además, más que impulsar el proceso de liberalización del sector, en muchos aspectos son un mantenimiento del status quo (López de Castro García Morato, L., y Ariño Ortiz, G., “Liberalización y competencia en el sector eléctrico: Balance 1998-2003”, en *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y resultados 1996-2003*, Tomo I, G. Ariño Ortiz (dir.), Comares, Granada, 2004.

La regulación del acceso a la red de transporte de electricidad es fundamental para evitar que existan discriminaciones y exclusiones que aborren la liberalización del sector eléctrico. Para ello, la Directiva 96/92 establecía dos formas distintas de garantizar el acceso a la red, dando así amparo a la pluralidad de situaciones existentes en la Unión Europea. En concreto, los Estados miembros podían optar entre el Acceso de Terceros a la Red (ATR), y el modelo de comprador único (especialmente deseado por Francia). España adoptó el modelo ATR, como todos los Estados miembros, salvo Grecia, Alemania y Dinamarca.

Como medida estrechamente vinculada a la regulación del acceso a la red, se crea un operador del sistema de transporte, aunque la Directiva 96/92 no exigía lo mismo para la red de distribución, de forma que son las mismas empresas de distribución las que gestionaban las redes. Al operador de la red de transporte, además, se le impone la obligación de separación contable, si bien la forma más eficaz de garantizar la independencia es la separación legal del operador del sistema de transporte con respecto a la empresa integrada verticalmente. Ésta fue la opción abrazada por la mayoría de los Estados miembros, incluida España.

Como la liberalización del mercado de la energía eléctrica no podía realizarse en detrimento de la calidad del servicio prestado, la Directiva 96/92 potenciaba el servicio público en un entorno liberalizado permitiendo que los Estados miembros puedan imponer obligaciones de servicio público de interés económico general, que podían 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.

1.2 Nuevo impulso al mercado interior de la electricidad: La directiva 2003/54

Cuatro años después de la aprobación de la primera directiva del sector eléctrico, en el Consejo de Lisboa del 23-24 de marzo de 2000, se pide a las instituciones comunitarias que dieran un nuevo impulso a la liberalización del sector eléctrico y el sector gasista para poder lograr el pleno establecimiento de un mercado interior de la energía. En el Consejo de la energía, en mayo, se pidió a la Comisión que realizara para el Consejo un informe sobre el funcionamiento del mercado interior de la electricidad y el gas⁴ para después elaborar propuestas legislativas. También el Parlamento, siguiendo las recomendaciones del Consejo de Lisboa, apoyó la aceleración del mercado interior de la energía⁵. Por su parte, la Comisión se comprometió a realizar nuevas propuestas legislativas teniendo en cuenta los avances logrados en el Foro de Florencia, lo que hizo en el año 2001. Su propuesta era modificar las Directivas del gas (98/30) y de la electricidad (96/92), y adoptar un reglamento relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad (COM(2001) 125 final). Se aprobó el reglamento⁶, si bien se optó por sustituir las primeras directivas de la electricidad y el gas por las nuevas que finalmente se adoptan: Directiva 2003/54 del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio, sobre las normas comunes para el mercado interior de la electricidad, y Directiva 2003/55 del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio, sobre las normas comunes para el mercado interior del gas.

En el documento donde la Comisión presenta su propuesta legislativa, esta institución valora positivamente la aplicación práctica de la primera directiva para el sector eléctrico, ya que, de entre las opciones que la Directiva preveía para la liberalización del mercado, la mayor parte

⁴ “Propuestas recientes para el progreso y establecimiento del mercado interior de la energía” COM(2000) 297.

⁵ Resolución A5-0180/2000, de 6 de julio 2000.

⁶ Reglamento 1228/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad.

de los Estados miembros optaron por el ATR regulado (el ATR negociado y el Modelo de Comprador Único eran otras de las posibilidades para acceder a red), por el procedimiento de autorización en la generación, la separación jurídica de los gestores de red (la directiva sólo pedía la separación contable), y la creación de autoridades reguladoras independientes.

Este nuevo status quo debía ser amparado legalmente, a la par que la Comisión quería poner remedio a algunos de los obstáculos para el mercado interior de la electricidad que la Comisión había apreciado: en relación al acceso a la red aún existían prácticas discriminatorias, el grado de separación de actividades, especialmente en lo relativo a la distribución, era muy bajo, no existía un número importante de suministros procedentes de otros Estados miembros, igual que tampoco existía un número importante de clientes que hubieran cambiado de suministrador a pesar de la apertura del mercado, y los objetivos de servicio público podían ser mejorados.

Ahora bien, desde el punto de vista de la justificación del nuevo impulso liberalizador del mercado de la electricidad, la Comisión se quedó sin uno de sus argumentos estrella: la disminución de los precios. En primer lugar, la reducción fue poco apreciable para los consumidores domésticos, por lo que éstos carecían de un aliciente económico para cambiar de suministrador, especialmente en aquellos Estados donde tal cambio no resultaba fácil de hacer o la liberalización llevaba poco camino hecho. En segundo lugar, la Comisión no preveía que los precios fueran a seguir disminuyendo conforme al avance del mercado interior de la electricidad debido al incremento del precio del petróleo utilizado para su producción (COM(2001) 125 final, p. 9). Ante esta situación, la Comisión cambió su argumentario y sostuvo que, con el nuevo impulso al mercado interior, el precio debía reflejar adecuadamente la demanda y el suministro, así como mejorar la eficiencia del mercado, imposible si persistían los monopolios nacionales.

Mientras que el Reglamento impulsa el mercado interior a través de la eliminación de los obstáculos al suministro transfronterizo de energía eléctrica, la directiva 2003/54 tiene dos objetivos: mejorar el nivel y el calendario de apertura del mercado y garantizar un acceso a la red sin discriminaciones. El primero, es un objetivo cuantitativo que la Directiva establece en su artículo 21: el 1 de julio de 2007 todos los consumidores podrán elegir comercializador (la propuesta establecía la fecha del 1 de enero de 2005). El segundo es un objetivo cualitativo para cuya consecución se adopta un paquete de medidas que no suponen un cambio radical con las ya existentes y que amparan el status quo en la mayor parte de los Estados miembros.

Por ejemplo, en lo que refiere al acceso a las redes, la Directiva 2003/54 opta por el ATR regulado, eliminando el ATR negociado y el modelo de comprador único, tanto para la red de transporte como para la red de distribución. El sistema de acceso debe estar basado en tarifas publicadas, aplicables a todos los clientes cualificados de forma objetiva y sin discriminación entre los usuarios de la red (art. 20). Tan sólo se prevén exenciones a este principio general en el Reglamento 1228/2003 (art. 7) para los nuevos interconectores y para el aumento significativo de capacidad de los interconectores existentes, que deberán ser evaluadas caso por caso, de manera individualizada, sin que los Estados miembros (o sus autoridades reguladoras) puedan otorgar exenciones en bloque.

En cuanto a la separación de actividades reguladas y liberalizadas en aquellas empresas integradas verticalmente, si bien la Directiva 96/92 exigía sólo la separación contable, la nueva directiva exige, además, la separación jurídica y funcional del gestor de la red de transporte y del gestor de la red de distribución respecto de las empresas generadoras y comercializadoras. La separación legal no exige la creación de una nueva empresa, salvo en el caso de que la em-

presa integrada verticalmente sea un monopolio natural. Todas las actividades de distribución y generación pueden ser llevadas a cabo por una misma empresa.

En relación a la entrada en generación, la nueva directiva opta por la autorización administrativa y sólo prevé la licitación en casos excepcionales: para garantizar la seguridad del suministro o promover nuevas tecnologías. Se trata de una regulación que, de nuevo, recoge el status quo existente en los la mayor parte de los Estados miembros.

Cuando la propuesta de directiva fue presentada por la Comisión, obtuvo el rechazo de Francia, para quien el proceso de liberalización se percibe como un abandono de su doctrina del servicio público⁷. La solución pasaba por convencer a este Estado y a otros que como España tienen un concepto fuerte de servicio público, de que la liberalización de los sectores estratégicos, como el de la electricidad, puede ser un instrumento para alcanzar de manera efectiva las expectativas de los consumidores finales. En este sentido, la Comisión, en el documento de su propuesta legislativa, indica que los Estados miembros imponen a los gestores de redes unas condiciones mínimas de explotación o de servicio público, como, por ejemplo, el acceso de todos los ciudadanos a la red en condiciones razonables. También suelen pedir que las empresas cumplan determinados requisitos mínimos relativos a los plazos de conexión y de reparación. Por lo que se refiere al suministro, la autorización administrativa está vinculada al cumplimiento de requisitos mínimos obligatorios, especialmente relacionados con la tarificación especial para los usuarios modestos. En definitiva, la introducción de la competencia en el sector eléctrico no ha ocurrido en detrimento de la política de servicio público de los Estados miembros, si bien, la Directiva 2003/54 no podía dejar pasar la ocasión de recoger los altos niveles de servicio público existente en la mayor parte de los Estados miembros. Por eso, además de recoger las obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluida la eficiencia energética y la protección del clima, la Directiva 2003/54 impone a los Estados miembros la garantía de suministro de electricidad de una calidad determinada a precios razonables, fácil y claramente comparables y transparentes para los consumidores domésticos y, si los Estados lo consideran oportuno, para las PYMES. Se trata de un servicio universal, para cuya garantía los Estados podrán designar un suministrador de último recurso.

Además del servicio universal, la Directiva exige que los Estados miembros apoyen la cohesión económica y social, la protección del medio ambiente y la seguridad del suministro. Sin embargo, sólo exige de los Estados miembros que ofrezcan incentivos económicos para el mantenimiento y construcción de las infraestructuras de red necesarias, incluida la capacidad de interconexión.

Finalmente, en cuanto al marco institucional en el que opera el mercado de la electricidad, la Comisión apostó por una autoridad reguladora nacional fuerte, con poder para fijar o aprobar las tarifas de transporte y distribución, para fijar las condiciones de acceso a las redes de transmisión de electricidad, así como de distribución, y que estuviera en constante relación con los gestores de la red de transmisión y de distribución, y colaborara con los órganos gubernamentales y las autoridades de la competencia. No se logró este objetivo, quizás por la fuerte oposición de Alemania, que siempre se ha opuesto a la exigencia de una regulador específico del sector. Sólo cuenta con una autoridad reguladora *ex post*, el *Bundeskartellamt*, ya que considera que ésta es la forma idónea de regulación en el sector eléctrico. De hecho, la

⁷ Véase, Cameron, P., *Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union*, OUP, Oxford, p. 360.

obligación impuesta por la Directiva 2003/54 en relación a las autoridades reguladoras nacionales se formuló de manera que no fuera necesario para Alemania la creación de una autoridad reguladora específica para el sector de la electricidad. En concreto, la Agencia Federal de Red para la Electricidad, Gas, Telecomunicaciones, Correo y Trenes, es la agencia (no específica) de regulación *ex ante*.

1.3 Incipiente valoración de la transposición de la Directiva 2003/54

Aunque aún es pronto para valorar la ejecución de la Directiva 2003/54 por los Estados miembros, la Comisión ya ha emitido un “Informe sobre el progreso de la creación del mercado interior del gas y de la electricidad” (Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, SEC(2005) 1448), donde exhorta a los Estados miembros a que traspongan el espíritu de la directiva y no sólo su tenor literal⁸. Considera que, en general, los Estados han adoptado un enfoque minimalista a la hora de transponer la directiva, si bien, algunos han ido más allá de lo exigido. Por ejemplo, Dinamarca, Finlandia, Italia, Holanda, España, Suecia, Reino Unido, Noruega, Lituania, República Checa, Hungría y Eslovenia han optado por la separación de la propiedad de las redes de transporte, y algunos Estados han optado por la creación de un mercado mayorista en la región, como el caso de Nordpool. En su Comunicación, la Comisión insiste en la necesidad de integrar el mercado de la electricidad, para lo que será necesario aumentar la capacidad de interconexión, favorecer una convergencia de los precios de la electricidad y eliminar las prácticas discriminatorias como la denunciada por el TJCE en su Sentencia C-17/03⁹. Pero si la competencia transfronteriza es escasa, también lo puede llegar a ser la nacional debido a la concentración de la industria, la integración vertical de las actividades de producción y suministro y las fusiones transfronterizas.

Al menos hay un objetivo que, según la Comisión, se está cumpliendo en todos los Estados miembros: el servicio público. El nivel de satisfacción, entre los consumidores, es en general bueno, y los temores de que la introducción de la competencia acabaría con la prestación de un servicio universal, se han demostrado infundados.

2 La regulación del sector eléctrico en España

Al igual que en la mayor parte de los Estados miembros de la Unión, hasta la aprobación de la Ley 54/1997 del sector eléctrico español, el modelo español de regulación de este sector era el propio de un sistema intervencionista que configuraba toda esta actividad económica como un servicio público en sentido estricto.

La introducción de un sistema de competencia regulada en el mercado español de la electricidad por la Ley 54/1997 tiene dos antecedentes. En primer lugar, el Protocolo para el establecimiento de una nueva regulación del sistema eléctrico nacional de diciembre de 1996 suscrito por el Ministerio de Industria y Energía y las empresas eléctricas¹⁰. Se trata de un instrumento

⁸ Pedir a los Estados miembros que vayan más allá de la letra de la directiva sólo se explica si se tiene en cuenta que la Directiva 2003/54 recoge el status quo de los Estados miembros y representa un reto para pocos.

⁹ En este asunto, el TJCE consideró que un sistema en virtud del cual se da prioridad de por sí a los contratos ya existentes por delante de otras solicitudes para la capacidad de interconexión es incompatible con el principio de no discriminación. Por ello, los reguladores nacionales y los gestores de red deberán reexaminar la práctica de reservar capacidad para la electricidad.

¹⁰ Su objetivo es establecer las bases operativas del Nuevo Sistema Eléctrico; definir los plazos, medidas y salvaguardias que deberán ser puestos en práctica durante el período transitorio hasta alcanzar los objetivos en materia de liberalización y competencia del mercado eléctrico; establecer los criterios en los que han de basarse la estructura y el funcionamiento de dicho sistema, garantizando la competencia entre las empresas que

de autorregulación que reflejaba el compromiso de las empresas reguladas de asumir el esfuerzo para conseguir la introducción de altos niveles de competencia en el sector eléctrico, en el marco que ofrecía la, entonces, propuesta de Directiva para el mercado interior de la electricidad de la Comisión.

En segundo lugar, la Directiva 96/92 es el segundo antecedente de la Ley 54/1997, si bien esta primera directiva no establecía un modelo de competencia tan avanzado como el que el Protocolo recomendaba establecer al Estado español. De ahí, que se pueda concluir que el marco inicial de regulación del sector eléctrico español sea deudor del Protocolo para el establecimiento de una nueva regulación del sistema eléctrico nacional, es decir, de una nueva forma de legislar, sobre todo en ámbitos económicos, en la que el Estado, antes de establecer la regulación de un determinado sector, hace participar a todos los operadores jurídicos y económicos a fin de que lleguen a un consenso acerca del mejor modelo regulatorio en un determinado ámbito¹¹.

2.1 Los principios del modelo regulatorio español

La Ley 54/1997 ha optado por un modelo regulatorio que no pretende, como en modelos anteriores, sustituir al mercado sino complementarlo. Además de los nuevos principios que inspiran este modelo de regulación para la competencia, la Ley 54/1997 ha optado por un nuevo método basado en la separación de actividades y que constituye una de las bases para conseguir una efectiva competencia en el sector eléctrico.

La Exposición de Motivos de la Ley 54/1997 es muy clarificadora de lo que se pretende conseguir con la misma. Así, si bien se pretende alcanzar el tradicional objetivo de garantizar el suministro eléctrico en condiciones de calidad al menor coste posible, así como proteger el medio ambiente, no se considera necesario para esto acudir a planteamientos intervencionistas, basados en la planificación y explotación centralizada. Además, para conseguir este objetivo, no resulta necesario reservarse el ejercicio de alguna de las actividades que componen el sector eléctrico. La libre iniciativa empresarial y la introducción de mecanismos que permitan “re-crear” el mercado en donde sea posible.

Este nuevo paradigma regulatorio para la competencia que adopta la Ley 54/1997, se basa en los siguientes principios y caracteres:

- A) Respeto a la autonomía empresarial. Ha sido una constante a lo largo de nuestra reciente historia que los gobiernos occidentales utilicen la regulación del sector eléctrico (fundamentalmente a través de su política de tarifas) como una herramienta más de la política económica y social de cada Estado. Uno de los principios de los que parte la Ley 54/1997 es el de respetar que las empresas de este sector se rijan por criterios comerciales evitando injerencias administrativas excesivas.

lo integran y la competitividad de las mismas; sentar las bases para la retribución de las actividades que se realizarán en régimen de monopolio natural; y promover una nueva regulación que contemple adecuadamente los intereses de consumidores, trabajadores y accionistas.

¹¹ Se trata de una de las manifestaciones de lo que la doctrina alemana llama “Estado cooperativo o acción cooperativa”, en la que se desplaza la aplicación del Derecho jerárquico, por un Derecho consensuado en el que se desarrolla una acción informativa previa con la finalidad de buscar un acuerdo sobre las disposiciones a aplicar. En este sentido HERNÁNDEZ, J.C., Regulación y competencia en el sector eléctrico. Evolución, regulación actual y perspectivas de futuro, Edit. Thomson Aranzadi, 2005, pág. 76. Este autor se hace eco de la obra de SCHMIDT-ASSMANAN, E., La teoría general del Derecho Administrativo como sistema, BARNÉS VÁZQUEZ, J., y otros (Trad.), Coedición Inap-Marcial Pons, 20003, en cuya pág. 38 analiza esta nueva teoría.

Eficiencia, ligada al mantenimiento de un alto desarrollo tecnológico, y mejora al trato de los consumidores y usuarios, serán dos de los criterios fundamentales de funcionamiento de las empresas del sector eléctrico que determinen el nivel de ingresos y la viabilidad de éstas y no las innecesarias intervenciones públicas. Desde la propia Exposición de Motivos de la Ley se confía plenamente en el mercado como mecanismo eficiente de asignación de recursos y no en las intervenciones o injerencias estatales.

- B) Introducción de la libre competencia en las actividades en las que sea posible. A diferencia de la regulación anterior, la Ley 54/1997 parte de la diferenciación de actividades en el sector eléctrico, procurando que las actividades que técnica y económicamente pueden desarrollarse en competencia lo hagan, dejando al margen y, por tanto, fuertemente intervenidas aquéllas que mantengan la consideración de verdadero monopolio natural.
- C) Descentralización de la asignación y gestión de los riesgos de inversión. Se abandona el modelo de planificación vinculante permitiéndose que sean las empresas las que asignen y gestionen los riesgos de inversión (ésta no queda asegurada con las tarifas). De esta manera se pretende conseguir una mejor asignación de recursos, rentabilidad y precios más competitivos.
- D) Vinculación de los precios a los costes reales. Principio esencial de la nueva regulación para la competencia es que se establezcan mecanismos de fijación de tarifas que vinculen precio y coste real. Hay, por tanto, que terminar con los subsidios y subvenciones encubiertas y, por otra parte, crear un sistema tarifario que atienda a la competitividad de las diferentes fases del negocio. Lógicamente, este principio será mucho más real y efectivo en aquellas actividades o fases del negocio en las que sea posible una real y efectiva competencia.
- E) Definición de objetivos sociales y obligaciones de servicio público. Como se ha dicho con anterioridad, la Ley 54/1997 parte de un principio esencial según el cual se abandona calificación del sector eléctrico como servicio público en sentido técnico o estricto. No obstante, la Ley define y sistematiza todas las actividades que califica como “servicio esencial”. Servicios esenciales son todas aquellas actividades prestaciones de bienes y servicios a los ciudadanos que no pueden dejar de ser accesibles a todos, dado su carácter vital o básico para el ejercicio de los derechos fundamentales y el consiguiente desarrollo de una vida digna, minimamente acorde con las actividades espacio-temporales del desarrollo o del progreso social”¹².

Al margen de las críticas doctrinales que a la denominación de servicios esenciales puedan hacerse pudiendo haberse optado por una noción mucho más clara jurídicamente como es la de servicios de interés económico general, lo cierto es que la Ley 54/1997 califica como obligaciones de servicio público las siguientes:

- Garantía de suministro (principio de universalidad).
- Continuidad y calidad.
- Seguridad del establecimiento.

¹² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, J.L., “En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red (A propósito de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y su sistema conceptual)”, en *Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo III, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia 2000, pág. 2799.

F) Regulador independiente. La Ley 54/1997 crea la Comisión Nacional de la Energía a la que se otorgan competencias en el sector eléctrico y en el sector de los hidrocarburos debido a la convergencia de ambos sectores.

2.2 Método del modelo de competencia regulada en la Ley 54/1997: La separación de actividades

Tal y como hemos dicho con anterioridad, el método utilizado por la Ley 54/1997 para conseguir mayores dosis de competencia en el mercado eléctrico es el de la separación de actividades. Esta separación conlleva dos tipos de medidas, unas que afectan a la estructura empresarial y otras que implican la diferenciación de regímenes jurídicos aplicables a las distintas actividades según sus posibilidades competitivas.

Por lo que respecta a las medidas que afectan a la estructura empresarial, la Ley establece tres tipos de separaciones:

- Separación jurídica entre actividades reguladas y competitivas aunque se permite que sean ejercidas por el mismo grupo empresarial bajo personalidades jurídicas distintas.
- Separación accionarial respecto a los entes encargados 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 Estado.
- Separación contable para las distintas actividades que componen el sector.

Tras estas medidas afectantes a la estructura empresarial, la Ley 54/1997 llevó a cabo la separación del sector en actividades de prestación de servicios singularizados (generación y venta al consumidor final), actividades de explotación de infraestructura y prestación de servicios no singularizados (construcción y mantenimiento de redes, transporte y distribución), y actividades que se prestan al conjunto del sistema que no pueden ser duplicadas (operación técnica y económica del sistema).

Sobre esta base, fue posible desintegrar el sector y separar las actividades sometidas a libre competencia (generación y comercialización), de las actividades reguladas (transporte, distribución y, gestión técnica y económica del sistema).

2.3 Estructura empresarial del sector eléctrico español

La estructura empresarial del sector eléctrico en España está condicionada por las distintas fases del sector eléctrico, en las que el funcionamiento de la empresa privada, su actuación conforme al principio de libre competencia, es en algunas fases posible, mientras que en otras el monopolio natural de la actividad o bien es invariable, o bien se ha mantenido por la escasa viabilidad en la práctica de la generación de competencia.

Es por ello necesario determinar, siquiera brevemente, cuáles son las fases del funcionamiento del sistema eléctrico, desde que la electricidad se genera hasta que llega al consumidor. En cada una de ellas actúan una o varias empresas. En primer lugar, la fase de generación (producción de electricidad con energías primarias) está abierta a la competencia. En ella participan aquellas empresas autorizadas e inscritas en un Registro estatal de empresas generadoras (régimen ordinario y régimen especial). La realidad es que hay cuatro empresas que representan el 65 % de la producción energética española. Éstas son Iberdrola, FENOSA, Hidrocarburo y Endesa, que controlan la mitad de la producción total.

De la fase de transmisión, que es una actividad regulada, habría que distinguir entre el transporte de electricidad hasta las distribuidoras en redes de alta tensión, y la distribución de la electricidad hasta el consumidor a través de redes de baja tensión. La empresa que gestiona la

red de transporte es REE, optando, con ello, por una separación de propiedad con respecto a las empresas generadoras. Por lo que se refiere a las empresas distribuidoras, la integración vertical de las empresas eléctricas explica que no haya muchas (principalmente Endesa, Iberdrola, Unión FENOSA).

La fase de comercialización sí está abierta a la competencia, aunque el actual grado de concentración empresarial obliga a concluir que existe un duopolio (al igual que en la fase de generación).

Junto al alto grado de concentración del que adolece la estructura empresarial española, los escasos intercambios internacionales de electricidad, limitados a Andorra, Portugal y Marruecos impiden un importante impulso a la competencia. Efectivamente, la capacidad de interconexión es limitada a causa de la política de Francia de impedir las interconexiones. Desde el punto de vista de la política comunitaria que pretende conjugar competencia en sectores estratégicos y garantía del servicio universal la pregunta clave es: ¿Las leyes de protección de empresas estratégicas en un Estado se puede considerar una ayuda de Estado? Siendo esto así, la forma de la política eléctrica en Francia contradice la política común.

Además, el sector eléctrico, es un sector muy consensuado; y aún tratándose de la producción de un “bien” indispensable para una sociedad, la electricidad, y que condiciona el funcionamiento de otros sectores; aún tratándose de un “bien” considerado servicio público, la regulación de su propio funcionamiento ha dependido de la vía de la negociación entre los agentes implicados. Hasta el año 1996 (año en que se dicta la primera Directiva comunitaria), la negociación ha sido la forma de gobernanza del sector y aún lo sigue siendo en gran medida. Y ello se manifiesta en la propia organización institucional del sector y sus respectivas responsabilidades.

2.4 La organización institucional del sector eléctrico

De acuerdo con la normativa (Ley del Sector Eléctrico; RD 2.019/1997, de 26 de Diciembre, de Organización del mercado de producción eléctrica; ORDEN 29 de Diciembre de 1997; Reglas de funcionamiento del POOL: Resolución de 2001), la organización institucional queda diseñada del siguiente modo: Existe un Operador del Mercado; un Operador del Sistema; un Comité de Agentes del Mercado; y una autoridad de regulación nacional.

Al operador del mercado le corresponde la gestión económica de casar oferta y demanda con arreglo a criterios estrictamente económicos. Es operador del mercado en España, OMEL, S.A., una compañía privada cuya regulación se establece en el RD 2.019/1997. OMEL Recibe las ofertas de venta para cada período horario que realicen las empresas generadoras y acepta las demandas de los consumidores cualificados. Determina los precios finales de la electricidad y liquida los pagos a las empresas. Y si detecta algún comportamiento de los agentes implicados contrario a la competencia ha de comunicarlo a la CNE, la autoridad de regulación nacional¹³.

El operador del sistema de transporte de la energía eléctrica es Red Eléctrica de España. A esta empresa le corresponde garantizar la continuidad y seguridad del sistema eléctrico y coordinar la generación con el transporte: El despacho de energía conforme a un orden que sigue un criterio técnico. Como sociedad anónima, puede participar cualquier persona física o jurídica. Si bien, la CNE ha luchado porque la participación de las empresas eléctricas fuera

¹³ De cara al mercado ibérico se pretende una fusión de los operadores del mercado, a través de fusiones e intercambio de acciones (operador del mercado portugués y operador del mercado español).

mínima: del 3 % al 1 %. El Estado mantenía el 25 %, y se redujo al 19 %, continuó vendiendo y, en cualquier caso, mantiene el 10 % de la propiedad¹⁴.

A REE le compete la función de garantizar el correcto funcionamiento del mercado; se trata de realizar una auténtica función pública, lo que lleva a plantear el interrogante relativo a la participación privada en funciones públicas. La respuesta es interesante a la hora de determinar los mecanismos de impugnación de sus actuaciones. Dicho de otro modo, el Estado tiene una función de garantía del suministro, que asume REE. El Estado tiene una función de supervisor de que se cumpla la garantía de suministro, pero ¿puede exigirse una responsabilidad por omisión?

El Comité de Agentes del Mercado, es un órgano de representación de intereses privados que carece de personalidad jurídica. Un órgano pactado en el Protocolo previo a la Ley del Sector Eléctrico, que se rige por su propio Reglamento Interno. Como no podía ser de otro modo, sus funciones son, fundamentalmente, de supervisión del funcionamiento de la gestión económica del sistema, del funcionamiento de OMEL, así como funciones asesoramiento. Desde el punto de vista del Derecho público plantea problemas la relación que existe entre el Comité de Agentes del Mercado y la CNE, porque si la función de supervisión corresponde al Estado, o en todo caso a la Administración Pública, ¿cómo puede un órgano carente de personalidad jurídica llevar a cabo esta función? Pero, el Comité de Agentes del Mercado, más que como una disfunción en el modelo institucional del sector eléctrico, conviene examinarlo desde el punto de vista de la importancia de la negociación y de instrumentos no gubernamentales de regulación en el sector.

La Comisión Nacional de la Energía es el Ente Público encargado de la regulación del sector energético. Entre sus muchas funciones le corresponde la vigilancia del respeto de las normas de competencia en el sector, la vigilancia del funcionamiento del mercado y la resolución de conflictos relacionados con el acceso de terceros a las redes.

3 Problemas regulatorios en el sector eléctrico español

La resolución de los problemas regulatorios que persisten en el sector eléctrico español, forma parte de la actuación de los Estados miembros más allá del tenor literal de las directivas. Efectivamente, son problemas que no tienen su solución en la incorporación de la regulación comunitaria, pero que impiden el impulso al mercado interior de la electricidad.

El primero de estos problemas es el déficit de tarifa. En el Protocolo de 1996, se pactó la reducción de la tarifa con arreglo a un calendario, pero el Gobierno rebajó estas tarifas más allá del calendario fijado en los servicios industriales. La consecuencia fue la generación de un déficit de tarifa cuya compensación habrá que pagar. La solución a este problema es políticamente costosa: que la tarifa recoja todos los costes del sistema, sea o no popular, y aunque llega a minar la justificación ofrecida hasta ahora para apoyar la introducción de competencia en el mercado. Para ello, en lugar de ser el Gobierno el que fije las tarifas, debería ser la autoridad reguladora independiente, la CNE, en órgano encargado de hacerlo. Por el contrario, la solución ofrecida por el Gobierno fue la de pagar el déficit de las empresas con los derechos a los costes de transición, trasladando, vía Real Decreto, el coste al consumidor final.

Otro de los obstáculos a la competencia es la falta de competencia real en la comercialización de energía eléctrica. Como tantas veces ha denunciado la Comisión, el número de clientes que

¹⁴ En lo relativo a los operadores del sistema, no se prevé, de cara al mercado ibérico de electricidad, una integración de ambos operadores.

cambia de suministrador de energía eléctrica es poco significativo debido a las pocas variaciones de precio entre comercializadores.

Finalmente, los costes de transición a la competencia también distorsionan el precio de la energía y con ello la competencia en este sector. Estos costes se originaron en los años '80, cuando se pasó de la autoplanificación a una planificación vinculante. Para hacer frente a la crisis económica provocada por la subida de los precios del petróleo, se impuso a las empresas eléctricas la obligación de crear centrales nucleares de base. Cuando, con el Gobierno socialista se decide no utilizar energía nuclear, por lo que se otorga una moratoria a las empresas existentes, pero se evita nuevas inversiones. Puesto que las empresas fueron obligadas a crear centrales nucleares, ante la nueva opción política exigían la recuperación de las inversiones. Los costes de transición a la competencia está laminados 2010, aunque ahora están suspendidos para no repercutir en el incremento del precio de la energía, y transmitir la idea de que la liberalización no ha supuesto en España la reducción de los precios de la energía.

4 Valoración de la transposición de las Directivas 96/92 y 2003/54

Aunque la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico español se aprueba después de la adopción de la Directiva 96/92, la introducción de la competencia en el sector eléctrico español se debe al acuerdo entre las empresas eléctricas y el Ministerio de Industria y Energía del año 1996. Ciertamente el Protocolo que se firma no podía escapar del marco regulador que establece la Directiva, pero, viendo la difícil génesis de la primera directiva sobre el mercado interior de la electricidad, el éxito en su adopción dependía de su habilidad para captar todas las peculiaridades de los 15 mercados de electricidad (hoy 25). Por eso, la Directiva 96/92 no exigió medidas distintas a las acordadas por el regulador gubernamental y las empresas reguladas; incluso, en algunos aspectos, como en las obligaciones de servicio público, o la separación contable de la actividad de transporte de energía y de generación se quedan muy atrás de lo establecido por la Ley 54/1997. Lo mismo ocurre con la Directiva 2003/54, cuya regulación tampoco ha exigido una modificación de lo establecido por la Ley 54/1997. Algunos aspectos como el servicio universal de la energía eléctrica, o la separación jurídica de actividades ya estaban previstas antes de la entrada en vigor de la Directiva del mercado interior de la electricidad.

Existe, por tanto, una plena armonía entre el modelo de mercado interior de la energía europeo y el mercado eléctrico español, aunque no parece que se deba a la transposición de directivas, sino más bien a la adaptación de la actividad reguladora de la Comisión al status quo existente en los Estados miembros. Pues bien, en España, el status quo lo determina no sólo el Gobierno sino también la industria eléctrica. De hecho, España es un país donde tradicionalmente las decisiones relativas al funcionamiento del mercado eléctrico se han adoptado con el consenso de los regulados, es decir de las empresas de electricidad, agrupadas en torno a la asociación UNESA¹⁵. Esta colaboración contrasta con la influencia que ha ejercido el Foro de Florencia en la elaboración de propuestas de la Comisión quien, en el caso del Reglamento 1228/2003 relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad, ha legislado evitando que los acuerdos alcanzados en el Foro de Florencia fueran llevados a la práctica por considerarlos un obstáculo al mercado interior de la electricidad.

¹⁵ La colaboración de UNESA se extiende al operador del mercado, al operador del sistema y a la autoridad independiente de regulación.