

MERCADO Y REGULACIÓN PÚBLICA EN EL SECTOR ELÉCTRICO ESPAÑOL

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

1. EL CONTEXTO HISTÓRICO Y JURÍDICO-COMUNITARIO EUROPEO DE LA LEY VIGENTE LEY Nº 54/1997, DE 27 NOVIEMBRE, DEL SECTOR ELÉCTRICO

En sus orígenes, la actividad de producción y suministro de electricidad se configura como actividad empresarial privada, solo sometida a reglamentación de tipo policial¹.

En 1924 se aprobó un Real Decreto-Ley de 19 de abril en el que se declaraba el suministro de energía eléctrica como servicio público (con el antecedente de la Real Orden de 14 de agosto de 1920), sin que, no obstante, pasara a manos de la Administración el desarrollo de dicha actividad.

No obstante, desde entonces la presencia del poder público ha sido cada vez más intensa, especialmente a partir de los años cuarenta. En este momento comienzan las nacionalizaciones en ciertos países europeos². Sin embargo, en España se pretende, por el contrario, "mantener a ultranza el régimen privado de la producción de la electricidad"³. Se opta concretamente por una entidad de base privada que representa a la mayor parte de las empresas del sector (Unidad Eléctrica, S.A.- UNESA⁴), a la que una Orden

de 2 de diciembre de 1944 encomendaba funciones públicas⁵, la coordinación de las producciones eléctricas mediante programas de utilización de energía y completar la red de transporte e interconexión.

En 1953 se crea, en el seno de UNESA, RECA (Repartidor Central de Cargas), logrando así que los intercambios se extendieran a todo el sistema peninsular *funcionando la red de transporte de energía como una red única controlada por RECA*. En 1980 las funciones de UNESA-RECA pasan a ser asumidas por ASELECTRICA (Asociación de Empresas para la explotación del sistema eléctrico), aunque como puso de manifiesto García de Enterría⁶, la sustitución de UNESA por ASELECTRICA fue más bien nominal, salvo que dicha sustitución significaba un paso más hacia la publicación del sistema de gestión del sector eléctrico: la creación de la figura del delegado del Gobierno en ASELECTRICA⁷. Dentro de esta tendencia de reforzamiento del poder público en el sector eléctrico se sitúa la Ley Nº 49/1984, de 26 de diciembre, sobre Explotación Unificada del Sistema Eléctrico Nacional. Declara esta servicio público la explotación unificada del sistema eléctrico na-

1 Puede verse con especial detalle sobre el particular G. ARIÑO ORTIZ/L. LÓPEZ DE CASTRO, *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Madrid 1998, pp. 61 y ss; igualmente, G. ARIÑO ORTIZ, *Las tarifas de los servicios públicos*, Instituto García Oviedo, Sevilla 1976. Para una perspectiva general de tipo económico sobre el sector energético puede verse VARIOS AUTORES, *Energía en el nuevo milenio*, Club español de la Energía, Madrid 2000.

2 Francia, Gran Bretaña e Italia fundamentalmente (así como en Hispanoamérica, véase A. VERGARA BLANCO, "Régimen jurídico de la energía eléctrica. Aspectos generales y problemas actuales", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 1, 1999, pp. 141 y ss.).

3 S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado (IV) El sistema eléctrico*, Madrid 1997, p. 31.

4 De ahí que haya venido destacándose como característica del sistema español frente a otros en Europa, "el dinamismo empresarial" y la "pluralidad de gestores privados verticalmente integrados", así como la "autorregulación del sector", en claro paralelismo

con el caso de Estados Unidos (G. ARIÑO ORTIZ/L. LÓPEZ DE CASTRO, *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Madrid 1998, pp. 123 y 124).

5 E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Régimen jurídico de la electricidad durante el siglo de vida de la compañía", en *Compañía Sevillana de Electricidad. Cien años de historia*, 1994, p. 199; del mismo, "El problema de la caducidad de las concesiones de aguas públicas y la práctica de las concesiones en cartera", *RAP* 17 1955, 114; J. SALAS HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico administrativo de la energía eléctrica*, Bolonia 1977, p. 285.

6 E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Régimen jurídico de la electricidad durante el siglo de vida de la compañía", en *Compañía Sevillana de Electricidad. Cien años de historia*, 1994, p. 120.

7 V. ÁLVAREZ GARCÍA/R. DUARTE MARTÍNEZ, *Administración Pública y Electricidad*, Madrid 1997, p. 70. De ahí que se consideraran los años 1979-1982 como "intensificación del control público sobre el sector eléctrico" (G. ARIÑO ORTIZ/L. LÓPEZ DE CASTRO, *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Madrid 1998, pp. 129 a 148).

cional⁸, encomendándose a REDESA (Red Eléctrica de España, S.A., sociedad de capital mayoritariamente público) la gestión de dicho servicio. Aunque las compañías eléctricas privadas seguían siendo propietarias de las instalaciones de generación y de distribución, sin embargo su gestión y el control del sistema en general pasan a realizarse por REDESA⁹.

En 1994 se dicta la Ley de Ordenación del sistema eléctrico nacional, donde puede advertirse una intención de introducir gradualmente una mayor competencia a través de la implantación de nuevas instalaciones eléctricas y la creación de un sistema independiente, a pesar de que no se alteraba el sistema de la ley precedente (en todo caso, la distribución seguía siendo objeto de ordenación unificada, véanse especialmente los artículos 11 "sistema integrado" y 4 "planificación eléctrica")¹⁰.

Con todo, la declaración de servicio público no llegó nunca a abarcar la totalidad de las actividades que integran el sector: "en 1924 se declaró servicio público el suministro. En 1984 la explotación unificada del sistema¹¹. Y en 1994 la Ley estableció una fórmula ambigua, que per-

mitía seguir manteniendo que servicio público solo eran las citadas actividades declaradas como tales en fechas anteriores a la aprobación de la Ley"¹².

El desmonte del servicio público es realizado por la vigente Ley N° 54/1997, de 27 noviembre, del sector eléctrico y el Real Decreto N° 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalación de energía eléctrica.

Pero antes de entrar en los contenidos de esta legislación interesa en este momento enmarcar dicha Ley citando dos antecedentes significativos:

En primer lugar, un antecedente claro de la Ley 54/1997 es el Protocolo suscrito entre el Ministerio de Industria y Energía y las principales empresas eléctricas el 11 de diciembre de 1996. La Ley —dice su Exposición de Motivos— supone la plasmación normativa de los principios del Protocolo suscrito entre el Ministerio de Industria y Energía y las principales empresas eléctricas el 11 de diciembre de 1996. El citado Protocolo, carente de eficacia normativa, significa la concreción de un diseño complejo y global de transición de un sistema intervenido y burocratizado a un sistema más libre de funcionamiento del sector. Representa, asimismo, el acuerdo con los principales agentes económicos de la industria sobre una profunda modificación del sistema retributivo hasta entonces vigente y sobre el escalonamiento progresivo de las distintas etapas conducentes a la liberalización del mercado.

No puede tampoco ignorarse, en segundo lugar, el proceso liberalizador propugnado por las instancias comunitarias europeas durante los últimos años. Cuando menos es preciso citar la directiva N° 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad¹³. Además es obligado recordar la introduc-

8 Según la Exposición de Motivos de la Ley N° 49/1984, "la Red Española de Electricidad está compuesta por aquellos elementos del sistema eléctrico que actúan como nexo de unión del sistema generador y del sistema distribuidor (...). La red eléctrica (tiene) una capacidad instrumental idónea para unificar la explotación del sistema eléctrico (...)", superando "los criterios individuales de las empresas en la explotación del sistema eléctrico con criterios de optimización global".

9 J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "El sector eléctrico en España", en *Presente y futuro del Sector Eléctrico. Revista del Instituto de Estudios Económicos*, N° 4 1991, p. 333

10 Puede verse J. TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE/F. DE B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *La regulación del sector eléctrico*, Madrid 1996, pp. 364 y ss.

11 Se advierten, sobre la Ley de 1984, disparidad de opiniones sobre el alcance del servicio público en su vigencia. Para algunos se habría publicado la explotación unificada del sistema y el transporte (véase R. MARTÍN MATEO, *Derecho público de la economía*, Madrid 1985 p. 148 y J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "El sector eléctrico en España", *RIEE*, N° 4, 1991, p. 315). Pero llegó también a defenderse que el sector eléctrico era un servicio público en su totalidad; véase J.M. DÍAZ LEMA, "Sector energético: política y Derecho". *Serie Ensayos* 6, Palma de Mallorca, 1984, p. 53; J. SALAS HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico administrativo de la energía eléctrica*, Bolonia 1977 *in toto*; G. ARIÑO ORTIZ, "Servicio público y libertad de empresa: La delegación del gobierno en el sistema eléctrico", *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid 1988 *in toto*; R. ENTRENA CUESTA, "El principio de libertad de empresa" en el libro colectivo *El modelo económico de la Constitución española*, Vol. 1, Madrid 1981, p. 163.

12 S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado (IV) El sistema eléctrico*, Madrid 1997, p. 137.

13 V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, "La liberalización del sector eléctrico: perspectiva jurídica", *REDA* 98 (1998), pp. 191 y ss., resume los principios de la directiva N° 96/92/CE, considerando como tales la libertad de establecimiento y construcción de líneas, la libertad de acceso a las redes, la gestión independiente a la red, la libertad de importación y exportación y la separación contable de las actividades eléctricas a fin de evitar subvenciones cruzadas. Según la Exposición de Motivos de la Ley "se trata de una directiva que permite la coexistencia de distintas formas de organización del sistema eléctrico, en las que introduce aquellas exigencias que son in-

ción –por el Acta Única Europea– del artículo 7A en el TCE (actualmente artículo 14), precepto que implica la creación de un mercado interior en el sector de la energía. La Comisión Europea ha pretendido la realización del mercado interior eléctrico de un modo paulatino y progresivo¹⁴.

Una primera fase fue abierta mediante la directiva de transparencia de precios, que, con tal fin¹⁵, estableció un procedimiento comunitario para garantizar la transparencia de precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y electricidad¹⁶. La segunda fase tuvo como fin implantar el principio del *common carrier*, instrumento clave para la liberalización del sector eléctrico. La tercera fase se propuso la plena liberalización del sector eléctrico, extendiendo la regla del *common carrier*.

Estas medidas de liberalización repercutieron, como es evidente, en mayor o menor medida en los Estados miembros, según que el mercado estuviera más o menos nacionalizado o en manos privadas. En los comienzos de la liberalización afectaba esta a las fases de producción, transporte y distribución; mientras que en Francia e Italia se

encontraban nacionalizadas¹⁷, quedando fuera de duda su carácter de servicio público. En España, en cambio, la declaración legal como servicio público no tuvo un alcance tan amplio. De ahí que por entonces (en vigencia de la Ley de 1984 y la posterior de 1994) pudiera afirmarse que en España los problemas de transposición de la liberalización comunitaria afectaban esencialmente a la fase de transporte¹⁸.

Significativa ha sido la transformación reciente del sector eléctrico alemán como consecuencia de la liberalización comunitaria. En Alemania tradicionalmente el sector eléctrico se estructuraba en un ámbito municipal dividido en demarcaciones organizadas al margen de la competencia. Antes de la sexta versión de la Ley de Defensa de la Competencia de 1998 y de la nueva regulación del Derecho energético (por Ley sobre la electricidad y gas, de 24 de abril de 1998), el artículo 103b de la Ley de Defensa de la Competencia de 1958 y la Ley para el Fomento de la Energía eléctrica de 13 de diciembre de 1935 no prohibían los acuerdos horizontales o verticales restrictivos de la competencia. Tan solo se preveía un control de los abusos de posición de dominante por el “Tribunal de Defensa de la Competencia” en el artículo 104 de la LDC.

A raíz de esta normativa que acaba de citarse se han derogado las excepciones al Derecho alemán de la competencia en los ámbitos del gas y la electricidad¹⁹. Este tipo de acuerdos de reparto del mercado energético (“contratos de demarcación”) pasan a ser nulos por ser contrarios al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia²⁰. Después de estas reformas, los sectores eléctrico y del gas tienen que organizarse confor-

dispensables para garantizar la convergencia paulatina hacia un mercado europeo de electricidad”. Puede verse, igualmente. L. A. RASINES, “La política energética de la Unión europea”, *Noticias de la Unión Europea*, 187/188 (2000) pp. 69 y ss.

14 Téngase asimismo en cuenta la Carta Europea de la Energía, firmada durante una Conferencia Ministerial de La Haya, celebrada los días 6 y 7 de diciembre de 1991 por cuarenta y cinco países europeos, dictada con el fin de liberalizar el mercado y asegurar el libre acceso a los mercados, entre otros fines. Otros documentos pueden verse recogidos en J.H.V. STUYCK/A.J. VOSSSENSTEIN, *State Entrepreneurship. National Monopolies and European Community Law*, Deventer 1993. Igualmente, R. LUKES, *Ein EWG-Binnenmarkt für Elektrizität - Realität oder Utopie*, München 1988. De la evolución del Derecho comunitario da noticia: *European Union Energy Outlook to 2020*, *Economic Foundations for Energy Policy*. Informa también el abogado general M. Darnon en las conclusiones de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de abril de 1994, Gemeente Almelo y otros contra Energiebedrijf IJsselmij NV, Rec. p. 1481 puntos 6 y ss. Puede verse también la STJCE de 23 de octubre de 1997 asunto C-160/94.

15 Directiva 90/377, sobre la transparencia de los precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y electricidad. Puede verse comentada por S. MUÑOZ MACHADO/J.M. BAÑO LEÓN, “La intervención administrativa en el sector eléctrico: exigencias constitucionales y comunitarias frente a una reforma legislativa”, *Instituto de Estudios Económicos*, Nº 4, 1991, p. 397.

16 Igualmente, por la directiva 90/547 sobre el derecho de tránsito por grandes redes. Puede verse I. DEL GUAYO CASTIELLA/J.C. PIELOW/N. ZIMMERMANN, “Precisiones en torno a las directivas sobre tránsito de electricidad y gas”, *Noticias CEE*, 105, 1993, p. 47.

17 Por Leyes de 8 de abril de 1946 y de 6 de diciembre de 1962, respectivamente. Véase L.G. RADICATI DI BROZOLO, “Profilo di diritto comunitario del mercato dell’energia elettrica”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico comunitario*, 2/1995, pp. 431 y ss.

18 Véase J.M. GIMENO FELIU, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, Madrid 1994, pp. 127 y ss., y su contribución en el libro J. BERMEJO VERA, *Derecho administrativo. Parte especial*. Madrid 1994, pp. 882 y ss., así como también “Reflexiones sobre el mercado interior eléctrico: A propósito del *common carrier*”, *Noticias de la Unión Europea*, Nº 115/116, 1994, pp. 49 y ss.

19 U. BÜDENBENDER, *Energiekartellrecht*, 1994. Artículo 103 § 12; R. BECHTOLD, *Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 2ª edición, 1999, comentario al artículo 28 § 9 y al artículo 130 § 20.

20 Pueden verse las sentencias del TS alemán (Sala de lo civil) en *NJW-RR* 2000, p. 256, y del Tribunal de Primera Instancia de Mannheim, en *NJWE-WettBR* 1999, p. 244, comentada por B. SCHOLTKA, en *NJW* 2000 p. 552; KÖHLER, en *WuW* 1999, pp. 445 y ss.; H.R. EBEL, en *WuW* 1998, pp. 449 y ss.; J.C. PIELOW, en *RdE* 2000, pp. 45 y ss.; J. SCHWARZE, *Der Netzzugang für Dritte im Wirtschaftsrecht*, 1999.

me a las reglas de la competencia, no solo en cuanto a las relaciones entre empresas o entre las empresas y los clientes, sino también en lo que se refiere a la propia estructura del mercado²¹.

2. EL SECTOR ELÉCTRICO, UN MERCADO DE INTERÉS GENERAL

A. LIBERALIZACIÓN Y ESTRUCTURA EMPRESARIAL EN EL SECTOR ELÉCTRICO

El propósito liberalizador de la Ley N° 54/1997, del sector eléctrico, y su estructura empresarial se manifestaría a través de los elementos siguientes:

En primer lugar, acotando "de forma más estricta" (dice la Exposición de Motivos en clara alusión a la legislación precedente) la actuación del Estado en el sector eléctrico.

En segundo lugar, se manifestaría a través de "cambios importantes" en la regulación y concepción misma de las distintas actividades necesarias para el suministro eléctrico (generación de energía eléctrica, transporte, distribución y comercialización).

En este sentido, en la generación eléctrica se reconoce el derecho a la libre instalación y se organiza su funcionamiento bajo el principio de libre competencia. La retribución económica de esta actividad se asienta en la organización de un mercado mayorista, abandonándose el principio de retribuir unos costes de inversión fijados administrativamente. Por su parte, aunque la gestión económica y técnica del sistema, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas, se introduce un factor de liberalización mediante la generalización del acceso de terceros a las redes, no garantizando la propiedad de las mismas su uso exclusivo.

En cuanto a la comercialización de energía eléctrica, esta se ejercerá libremente y su régimen económico vendrá determinado por las con-

diciones que pacten las partes. Se establece asimismo un período transitorio para que el proceso de liberalización de la comercialización de la energía eléctrica se desarrolle progresivamente. Finalmente, la Ley N° 54/1997 (artículo 13) reconoce que podrán realizarse libremente los intercambios intracomunitarios de electricidad²².

El sector eléctrico es, pues, en principio, un mercado²³. Las empresas tienden a la satisfacción de intereses económicos, y se tiende igualmente a la fijación de precios conforme a reglas de mercado según acabamos de ver.

B. MERCADO, PERO MERCADO REGULADO DE INTERÉS GENERAL

Aunque el sector eléctrico es esencialmente un "mercado", no puede este ser asimilado a los "simples mercados", por estar presentes ciertos elementos de carácter público que lo singularizan al igual que ocurre, por ejemplo, con otros mercados estratégicos o regulados, tales como el petrolero, el gasista, el de telecomunicaciones, etc.

En primer lugar, la Administración tiene una posición esencial y determinante. La jurisprudencia reconoce el alto componente público de este mercado a efectos de justificar la intervención de la Administración en el caso concreto.

En este sentido, la STS de 27 de mayo de 1998 Ar. 2858 afirma: "la electricidad es un sector de indiscutible relevancia, lo que justifica la intervención del Estado para garantizar mejor la calidad del servicio del sector eléctrico, puesto que como servicio público no puede olvidar el Estado el derecho de los ciudadanos a que el mismo se preste de forma regular, continuada y correcta". "Nos encontramos ante una intervención administrativa en un servicio público que

21 W. HÜBSCHLE, "Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht über Strompreisdifferenzierung nach der Energiewirtschaftsrechtsnovelle", *WuW* 1998, pp. 146 y ss.; M. KUXENKO, "Liberalisierung und Deregulierung im Energiewirtschaftsrecht", *DÖV* 4 2001, pp. 141 y ss.; B. NAGEL, Norm und Markt bei den kommunalen Stromversorgern, *NVwZ* 2000, pp. 758 y ss.; B. NAGEL, Norm und Markt bei den kommunalen Stromversorgern, *NVwZ* 7, 2000; J.C. PIELOW, Der Rechtsstatus von Stromversorgungsnetzen, *RdE* 2000 pp. 45 y ss.; J.C. PIELOW/F.B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, "Deutsch-spanische Beiträge zum Energierecht. Strommarktliberalisierung -Erneuerbare Energien- "Öffentliches Eigentum" an Bodenschätzen, *Bochumer Forschungsberichte zum Berg- und Energierecht*, 21, 1999.

22 Sobre este particular interesa junto a la directiva citada, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de abril de 1994 (Sentencia Gemeente Almelo y otros contra Energiebedrijf IJsselmij NV) donde se plantea si una cláusula incluida en un contrato de adhesión entre la empresa regional de suministro de electricidad y las empresas locales, por la cual estas quedaban obligadas a adquirir el producto de aquella, sin poder importarlo, era contraria a las reglas de la competencia del Tratado. El Tribunal declaró contraria al artículo 85 del Tratado tal cláusula, si bien dejó a la estimación del Tribunal la existencia de una posible justificación de tal infracción a la luz del artículo 90.2.

23 Nuclear dentro del mercado eléctrico (o "mercado organizado") es el llamado "mercado de producción". Según el artículo 2 del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica, dicho mercado es "el integrado por el conjunto de transacciones comerciales de compra y venta de energía y de otros servicios relacionados con el suministro de energía eléctrica".

se considera esencial para la comunidad" (STS de 15 de julio de 1999, Ar. 6314).

En segundo lugar, ciertas "características técnicas y económicas hacen del sector eléctrico un sector *necesariamente regulado*". Incluso llega a argumentarse que sería precisa una mayor regulación respecto de no pocos temas esenciales del sector eléctrico. Por ejemplo, el acceso a la red de transporte²⁴.

Se invocan entonces, en favor de la regulación pública, ciertas características esenciales de este mercado eléctrico.

Así, la imposibilidad de almacenar electricidad y el hecho de que la unidad de energía no se individualiza a lo largo de toda la red, pues aquella se aporta sin saber qué productor ha sido quien la ha generado²⁵. Este hecho requiere que la oferta sea igual a la demanda en cada instante de tiempo. Y esto a su vez lleva a una necesaria coordinación de la producción de energía eléctrica, así como una coordinación entre las decisiones de inversión en generación y transporte.

De ahí también la necesidad de "regular" el derecho de propiedad, considerando que los desfases entre ofertas y demandas pueden llevar a requerir el conocimiento en todo momento de quién es propietario²⁶.

Por otra parte, no puede olvidarse el carácter, del transporte y de la distribución de electricidad, de monopolios naturales.

Característico de este tipo de mercados, como por ejemplo el eléctrico, es asimismo la posición central de la red sobre la que aquellos gravitan.

Pero, en consonancia con el propósito liberalizador de la Ley del sector eléctrico, la "regulación" se entendería como regulación de lo indispensable (*Minimalregulierung* en la gráfica expresión alemana empleada en estos casos): "a diferencia de regulaciones anteriores, la presente Ley se asienta en el convencimiento de que garantizar el suministro eléctrico, su calidad y su coste *no requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone*" (Exposición de Motivos).

Concretamente, un criterio vertebral de la Ley N° 54/1997 es la distinción entre actividades reguladas (gestión económica y técnica del sistema, transporte y distribución) y no reguladas (producción y comercialización). En realidad, estamos ante actividades con un nivel "intenso" de regulación (transporte y distribución) y otro "menos intenso" (producción y comercialización). El propio ejercicio de los intercambios intracomunitarios de electricidad es actividad libre pero reglamentada (véase el extenso artículo 13 de la Ley N° 54/1997).

En tercer lugar, el mercado eléctrico es un mercado peculiar, *de interés general*, por diversas razones: porque han de satisfacerse intereses de indudable carácter público; también por ser características las cargas de carácter igualmente público que recaen sobre los distintos operadores (régimen reglamentado de precios, obligaciones de suministro, regulación de las condiciones de contratación, etc.).

El carácter de este mercado (y en general el de los distintos mercados herederos de los antiguos servicios públicos) es singular y estratégico. De él dependen los demás mercados y su abastecimiento mismo.

No obstante, y en cuarto lugar, este tipo de circunstancias no lleva a calificar el sector eléctrico, en términos generales, como servicio público. El servicio público no es más que una posible forma de organizar este tipo de mercados.

La Ley del sector eléctrico destaca en este sentido la *ausencia de reserva estatal de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico*: "no se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico".

Llega a decirse que la Ley "abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica". No obstante, a continuación se añade significativamente: "sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional".

El servicio público, más que *abandonarse*, quedaría integrado dentro de una regulación que parte de la liberalización y la competencia²⁷ (la propia garantía de suministro constituye un factor representativo de la existencia implícita de

24 Así lo pone de manifiesto la Comisión Nacional de la Energía en su "Informe sobre posibles medidas liberalizadoras en el sector energético", de 6 y 7 de junio de 2000, p. 17.

25 Puede verse A. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, "Análisis comparado de la regulación de los mercados de la electricidad y las telecomunicaciones", *REDETI* 5 1999, p. 246.

26 Es propietario —salvo pacto en contrario— el comprador desde el momento en que la energía eléctrica tenga entrada en sus instalaciones (artículo 11.4 de la Ley del Sector eléctrico). Véase G. ARIÑO ORTIZ/L. LÓPEZ DE CASTRO, *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Madrid 1998, pp. 590 y ss.

27 En este sentido se pronuncia igualmente la significativa Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas "Los servicios de interés general en Europa", Bruselas, 20 de septiembre de 2000, COM, 2000. 580 final Anexo 1.

un servicio público que se difumina en un contexto general liberalizador²⁸.

En todo caso, clara es la diferencia entre el sistema de la Ley N° 54/1997 y la legislación inmediatamente precedente. Después de aquella, "la explotación unificada del sistema eléctrico nacional *deja de ser un servicio público de titularidad estatal* desarrollado por el Estado mediante una sociedad de mayoría pública". En su lugar "sus funciones son asumidas por dos sociedades mercantiles y privadas, responsables, respectivamente, de la gestión económica y técnica del sistema. La gestión económica del sistema, por su parte, abandona las posibilidades de una optimización teórica para basarse en las decisiones de los agentes económicos en el marco de un mercado mayorista organizado de energía eléctrica".

En quinto lugar pueden presentarse ciertas características o rasgos formales típicos de este tipo de mercados de interés general, tales como el mercado eléctrico. Por ejemplo su grado de concentración. Dicho mercado aparece dominado por tres grupos. Endesa distribuye el 43% (66.607 Gwh) de la electricidad neta consumida en España; por su parte, Iberdrola el 30,1% de la producción nacional y Unión Fenosa el 13%. Este alto grado de concentración se explicaría considerando la característica de monopolio natural en las fases de transporte y distribución del sector eléctrico.

Excepto para la red de alta tensión, propiedad de la empresa estatal Red Eléctrica Española, existe una significativa integración vertical en las demás fases. La estructura empresarial española se ha basado tradicionalmente en monopolios regionales, con empresas en gran parte privadas que suministraban a determinadas regiones²⁹.

En este contexto se entiende que las posibles concentraciones dentro del sector eléctrico puedan provocar una actitud de recelo³⁰. Esta cues-

tion ha presentado una especial actualidad por referencia a la operación de fusión que durante el año 2000 se fraguó entre Endesa e Iberdrola³¹. Las autoridades de la competencia impusieron dos condiciones: en primer lugar, la empresa resultante no podía ser mayor que la actual Endesa, y en segundo lugar, no podía disminuir el número de cuatro operadores eléctricos en España. Esta fusión podía, por eso, llevar a un aumento de la cuota de mercado de otras empresas³². De la fusión de estas dos grandes empresas resultaba una empresa capaz de competir en el mercado europeo. No obstante, la operación, como es sabido, fue malograda por considerar, ambas empresas eléctricas, inaceptables las condiciones que tanto el TDC como la Administración del Estado imponían a la fusión.

Otra característica del sector empresarial es el intercambio de activos entre empresas operadoras en mercados diferentes. En este sentido, por ejemplo, las eléctricas pretenden conseguir entrar en el negocio de la distribución de gas

tricos relevantes, la proyectada adquisición de Hidrocanábico por Unión Fenosa implica un claro riesgo de serio deterioro de la competencia efectiva (...)"

- 31 Los periódicos, especialmente los económicos, han venido informando puntualmente sobre dicha fusión. Selecciono, por ser ilustrativos, los títulos de las noticias siguientes, por orden cronológico: "Los analistas no descartan la fusión", *La Gaceta de los negocios* de 27 de septiembre de 2000; "La unión sería positiva para el mercado", *La Gaceta* de 28 de septiembre; "Martín Villa confirma que no hay acuerdo societario", *La Gaceta* de 29 de septiembre de 2000, p. 21; "Iberdrola reconoce que la fusión con Endesa es compleja" (*La Gaceta* de 28 de septiembre de 2000, p. 16); "La unión de Endesa e Iberdrola cambia las reglas del juego eléctrico" (*El País*, negocios, de 1 de octubre de 2000; "La Caixa propone que Endesa pague en metálico parte de la OPA sobre Iberdrola", *Expansión* de 7 de octubre de 2000 p. 3; "Nace un gigante eléctrico", *La Gaceta* de 18 de octubre de 2000, p. 1; "Afectados más de 7.500 empleados de Endesa e Iberdrola", *La Gaceta* de 23 de octubre de 2000, p. 19; "La CNE remite a Competencia el informe sobre concentración en la fusión de Endesa e Iberdrola", *La Gaceta* de 1 de diciembre de 2000; "La CNE estima que la fusión mejorará la competencia" (en el mismo periódico, noticia del día 6 de diciembre de 2000, p. 14); "Endesa e Iberdrola deciden hoy si continúan con la fusión" (*La Gaceta* de 5 de febrero de 2001 p. 8).
- 32 En este sentido, Unión Fenosa manifestó su interés en alcanzar el 25% del mercado eléctrico (a finales del año 2000 tiene el 13% en generación y el 15% en distribución). Unión Fenosa e Hidroeléctrica del Cantábrico, tercera y cuarta eléctricas españolas, respectivamente, manifestaron igualmente su intención de hacerse con parte de los 15.000 MW de generación, de los que se desprenderán Endesa-Iberdrola. Asimismo, la puesta en el mercado de por lo menos el 30% de los activos de producción y distribución en España podría haber permitido la entrada en el mercado de hasta tres nuevos operadores.

28 Concretamente, en el artículo 10 de la Ley N° 54/1997, donde se regula la garantía del suministro, se reconoce en primer lugar que todos los consumidores tienen derecho al suministro de energía eléctrica, en el territorio nacional. En segundo lugar, dicho artículo prevé amplias facultades reguladoras, en favor del Gobierno, a efectos de garantizar dicho suministro (véase el extensísimo artículo 10.2 y 3 de la citada Ley).

29 M. JAÉN GARCÍA, "Economía del sector eléctrico", *Documentación Administrativa*, 256 (2000), p. 50.

30 En este sentido véase Consejo de Administración de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, *Informe-Propuesta del Real Decreto sobre la concentración del sector eléctrico español*, de 3 de octubre de 1995. Especialmente véase la resolución del TDC, Expediente de concentración económica N° 54, Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico, por la que el TDC deniega la concentración entre ambas empresas considerando que "en la precaria situación actual de las condiciones de competencia en los mercados eléc-

natural y las petroleras proyectan introducirse en la distribución de electricidad³³.

Además, como consecuencia del desarrollo tecnológico, se experimenta una convergencia de la electricidad y las telecomunicaciones; el interés de esta cuestión está especialmente en la distribución de señales de telecomunicación a través de redes eléctricas. Esto supone la aptitud de las empresas eléctricas para la prestación de servicios de telecomunicaciones³⁴.

La peculiaridad de estos mercados, como el eléctrico, se pone de manifiesto, igualmente, desde el punto de vista del régimen de contratación privada de los operadores de este sector, ya que esta estará sujeta a ciertas obligaciones particulares, impuestas en las directivas comunitarias (concretamente, en este caso, en la conocida directiva de sectores excluidos).

En conclusión, el sector eléctrico es un mercado, pero un mercado de interés general que exige una regulación que salvaguarde ciertos intereses públicos³⁵. De ahí la calificación, tradicionalmente, de estos sectores como servicios públicos. Actualmente, *lege data*, se prefiere otra denominación diferente a esta. Es claro, por otra parte, que la funcionalidad de este tipo de sectores es hoy preferentemente empresarial. Los objetivos públicos y de tipo social se realizan a la par que las empresas satisfacen, primeramente, sus propios intereses mercantiles.

C. LA "PLANIFICACIÓN INDICATIVA"

En consonancia con las afirmaciones que acaban de hacerse, puede extenderse la planificación administrativa a otro ámbito, nuevamente cuya regulación manifiesta una clara intención correctora sobre la legislación precedente.

Frente a la "planificación determinante" de las decisiones de inversión de las empresas eléc-

tricas³⁵, se afirma en su lugar la "planificación indicativa" de los parámetros bajo los que cabe esperar que se desenvuelva el sector eléctrico en un futuro próximo. Se persigue de esta forma facilitar decisiones de inversión de los diferentes agentes económicos.

En este sentido, en el artículo 4 de la Ley Nº 54/1997 ("planificación eléctrica") se afirma que la planificación eléctrica, *tendrá carácter indicativo salvo en lo que se refiere a instalaciones de transporte*, será realizada por el Estado, con la participación de las Comunidades Autónomas³⁷.

Por otra parte, la planificación estatal pretende restringirse a las instalaciones de transporte, buscando así su imbricación en la planificación urbanística y en la ordenación del territorio. Este aspecto se regula en el artículo 5 de la Ley Nº 54/1997 ("coordinación con planes urbanísticos"), donde dicha planificación se hace depender del tipo de suelo sobre el que aquella recae³⁸.

D. SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES

Un tema importante, en aras a conseguir la debida transparencia de mercado (según reconoce la Exposición de Motivos de la Ley Nº 54/1997) y realizar un régimen de competencia, es el de la separación de actividades.

33 Puede verse ABC de 22 de octubre de 2000, p. 53; *La Gaceta* de 26 de octubre de 2000, p. 16: "Repsol renuncia, por ahora, a una OPA sobre Iberdrola" de 27 de octubre de 2000, p. 18: "Gas Natural desiste de la OPA sobre Iberdrola". Además, "Gas Natural propone una fusión entre iguales a Iberdrola" (*La Gaceta* de 17 de octubre de 2000, p. 16). Se aconseja, en términos económicos, la diversificación de actividades ya que estas empresas serán las más rentables (*La Gaceta* de 23 de septiembre de 2000 p. 23). "Gas natural aspira al 15% del mercado eléctrico español, Gas Natural será el brazo eléctrico de Repsol YPF" (*La Gaceta* de 31 de octubre de 2000, p. 2).

34 Puede verse A. ESCALZA GÓMEZ, "Servicios de telecomunicaciones y redes eléctricas", en VARIOS AUTORES, *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas 1998, pp. 193 y ss.; A. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, "Análisis comparado de la regulación de los mercados de la electricidad y las telecomunicaciones", *REDETI* 5, 1999, p. 239.

35 De ahí que la Ley afirme tener como fin básico la regulación del sector eléctrico, con el triple y tradicional objetivo de garantizar el suministro eléctrico, garantizar la calidad de dicho suministro y asegurar que se realice al menor coste posible, sin olvidar la protección del medio ambiente.

36 Bajo la Ley Nº 49/1984, la planificación pudo calificarse de exhaustiva, conjunta, estatal y vinculante. Véanse también los artículos 8 y ss. del Real Decreto Nº 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalación de energía eléctrica. Véase también G. ARIÑO ORTIZ/L. LÓPEZ DE CASTRO, *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Madrid 1998, pp. 172 y ss.

37 El régimen jurídico de la planificación se contiene básicamente en los apartados segundo a cuarto de este artículo 4.

38 En efecto, la planificación de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica cuando estas se ubiquen o discurren en *suelo no urbanizable*, deberá tenerse en cuenta en el correspondiente instrumento de ordenación del territorio. Asimismo, y en la medida en que dichas instalaciones se ubiquen en cualesquiera de las categorías de suelo calificado como *urbano o urbanizable*, dicha planificación deberá ser contemplada en el correspondiente instrumento de ordenación urbanística, precisando las posibles instalaciones, calificando adecuadamente los terrenos y estableciendo, en ambos casos, las reservas de suelo necesarias para la ubicación de las nuevas instalaciones y la protección de las existentes.

Lo que esta separación pretende es que se realicen las distintas actividades económicas mediante agentes o empresas diferentes, tal y como lo refleja con toda claridad el artículo 14.1 de la Ley N° 54/1997. Afecta en concreto a las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas (transporte y distribución), ya que deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción o de comercialización, sin perjuicio de la posibilidad de venta a consumidores sometidos a tarifa reconocida a los distribuidores³⁹.

La separación de actividades estaba prevista ya en la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional de 1994. De ahí que la vigente Ley prevea un régimen transitorio que en esencia distingue entre las entidades que en el momento de su entrada en vigor realicen actividades eléctricas de generación y distribución conjuntamente (a las que extiende la "exigencia de separación de actividades reguladas y no reguladas mediante su ejercicio por personas jurídicas diferentes establecidas en el artículo 14" "cuando el Gobierno así lo disponga por Real Decreto, que será de aplicación antes del 31 de diciembre del año 2000") y las personas jurídicas que se constituyan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley (las cuales únicamente podrán obtener autorizaciones para la construcción de instalaciones de producción de energía eléctrica o para actuar como comercializadoras si acreditan el cumplimiento de las exigencias que se derivan de su artículo 14)⁴⁰,

3. ACTIVIDADES: (I) LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

A. EL MARCO DE LIBRE COMPETENCIA DE LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA

Desde siempre en el sector eléctrico han existido una serie de fases, así como su mayor o menor ajuste con las reglas de competencia o con la noción del servicio público⁴¹.

La generación o producción de energía eléctrica es una de las actividades más importantes del Sistema Eléctrico Nacional por cuanto representa en torno al 60% de los costes de electricidad⁴².

Incluye aquella la transformación de energía eléctrica, así como, en su caso, la conexión con la red de transporte o de distribución⁴³.

La intención de la Ley N° 54/1997, en materia de producción es clara, es decir, reconocer el derecho a la libre instalación y organizar su funcionamiento bajo el principio de libre competencia (Exposición de Motivos).

Significativo, en este sentido, es el régimen de retribución de la producción. En principio, la Ley quiere abandonar el sistema de retribución a través de unos costes de inversión fijados administrativamente (Exposición de Motivos).

Concretamente, los productores tendrán un derecho a ser remunerados por precios a través de contratos libremente pactados, basados en el precio de producción y asentados en la organización de un mercado mayorista⁴⁴, aunque incorporando los elementos o conceptos establecidos en el artículo 16 de dicha Ley⁴⁵.

39 Véase el RD N° 1113/1999, de 25 de junio, modificando primero el RD N° 929/1998, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a Endesa S.A. y a determinadas sociedades de su grupo y ajustando este grupo empresarial, en segundo lugar, a la regulación de la Ley del Sector Eléctrico, de separación de actividades.

40 La Ley del Sector Eléctrico exige también una separación contable de actividades: "hasta que, de acuerdo con el apartado 1 de esta disposición, se establezca la exigencia de separación de actividades, las empresas eléctricas deberán proceder a separar contablemente sus actividades eléctricas reguladas" (párrafo tercero de la disposición transitoria quinta: "separación de actividades"). Sobre este tema puede verse el extenso comentario de S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado (IV, El sistema eléctrico, cit. pp. 160 y ss.* Véase también la disposición transitoria quinta de la Ley N° 54/1997, así como el Real Decreto N° 277/2000, por el que se regula la separación jurídica de las actividades eléctricas, y, finalmente, el "Informe sobre posibles medidas liberalizadoras en el sector energético", de 6 y 7 de junio de 2000, p. 10, de la Comisión Nacional de la Energía.

41 Además de cuanto va a decirse seguidamente téngase en cuenta asimismo el artículo 12 ("actividades en territorios insulares y extrapeninsulares") de la Ley del Sector Eléctrico. Sobre las últimas tendencias del sistema eléctrico británico y su tendencia a fomentar la contratación bilateral puede verse J. DE QUINTO, "La reforma del mercado de electricidad en Inglaterra y Gales", *REDETI* 7 1998 pp. 55 y ss.

42 Otros datos y referencias de tipo económico pueden consultarse en: Comisión Nacional del sistema eléctrico, *Información básica del sector eléctrico*, Madrid 1998 pp. 21 y ss.

43 Artículo 21.7 de la Ley N° 54/1997.

44 Artículos 24.1 y 26.1.e de la Ley N° 34/1997.

45 Según el artículo 16 la actividad de producción incorporará los siguientes conceptos: a) Sobre la base del precio ofertado al operador del mercado por las distintas unidades de producción, la energía eléctrica se retribuirá en función del precio marginal correspondiente a la oferta realizada por la última unidad de producción cuya entrada en el sistema haya sido necesaria para atender la demanda de energía eléctrica de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la presente Ley. Este concepto retributivo se definirá considerando, asimismo, las pérdidas incurridas en la red de transporte y los costes derivados de las altera-

En consonancia con su propósito liberalizador, la Ley Nº 54/1997 establece también un régimen de autorización administrativa para las actividades de producción de energía eléctrica (artículo 21). En particular, se someten al régimen de autorización administrativa previa la construcción, explotación, modificación sustancial y cierre de cada instalación de producción de energía eléctrica.

Asimismo, se plasma en dicha Ley una regla que parece haberse convertido en uno de los temas de la liberalización, según la cual “el otorgamiento de la autorización administrativa tendrá carácter reglado y se regirá por los principios de objetividad, transparencia y no discriminación” (artículo 21.1).

Así pues, el sistema piensa en que todo aquel que acredite ciertos extremos puede obtener una autorización para la instalación de energía eléctrica. Lo que ocurre es que, a pesar del carácter reglado de aquella, dichos “extremos” permiten un margen de apreciación en favor de la Administración competente. Son concretamente: a) las condiciones de eficiencia energética, técnicas y de seguridad de las instalaciones propuestas. b) El adecuado cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente y la minimización de los impactos ambientales. c) Las circunstancias del emplazamiento de la instalación. d) Su capacidad legal, técnica y económico-financiera para la realización del proyecto⁴⁶.

ciones del régimen normal de funcionamiento del sistema de ofertas. b) Se retribuirá la garantía de potencia que cada unidad de producción preste efectivamente al sistema, que se definirá tomando en consideración la disponibilidad contrastada y tecnología de la instalación, tanto a medio y largo plazo como en cada período de programación, determinándose su precio en función de las necesidades de capacidad a largo plazo del sistema. c) Se retribuirán los servicios complementarios de la producción de energía eléctrica necesarios para garantizar un suministro adecuado al consumidor. Reglamentariamente, se determinará qué servicios se consideran complementarios, así como su régimen retributivo, diferenciándose aquellos que tengan carácter obligatorio de aquellos potestativos. Puede verse J. DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Madrid 1999 p. 412 y ss.

46 El régimen de autorización administrativa, como es típico en estos casos (lo mismo ocurre en otros sectores liberalizados tales como telecomunicaciones, etc.), se completa mediante las reglas siguientes: Primero, las autorizaciones administrativas se otorgan sin perjuicio de las concesiones y autorizaciones que sean necesarias, de acuerdo con otras disposiciones que resulten aplicables y en especial las relativas a la ordenación del territorio y al medio ambiente. Segundo, la falta de resolución expresa de las solicitudes de autorización a que se refiere el presente artículo tendrá efectos desestimatorios.

En la libre competencia profundiza, más recientemente, el Real Decreto-Ley Nº 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios. Interesa en este contexto su artículo 16 (que introduce una nueva disposición transitoria, decimoséptima, en la Ley del Sector Eléctrico) en cuya virtud los productores de energía eléctrica cuya potencia eléctrica instalada exceda del 40% del total no podrán incrementar la potencia instalada durante el plazo de cinco años. Si la participación en dicha potencia instalada es inferior al 40% pero superior al 20%, el plazo será de tres años desde la entrada en vigor de dicho Real Decreto-Ley⁴⁷.

De este modo, el presente RD-Ley favorece la entrada de nuevos generadores, paralizando temporalmente el crecimiento de Iberdrola y Endesa (en las que piensa esta disposición⁴⁸), aun cuando nada impide sus inversiones en nuevas centrales⁴⁹.

B. EL QUID DEL SISTEMA DE PRODUCCIÓN: OFERTAS Y DEMANDAS DE ENERGÍA ELÉCTRICA A TRAVÉS DE UN OPERADOR

El decisivo artículo 11 de la Ley Nº 54/1997, después de reafirmar que la producción de energía eléctrica se desarrolla en un régimen de libre competencia, concreta que dicho régimen se basa en un sistema de ofertas de energía eléctrica realizadas por los productores y un sistema de demandas formulado por los consumidores que ostenten la condición de cualificados, los distribuidores y los comercializadores que se determinen reglamentariamente.

Esto significa que estos sujetos podrán pactar libremente los términos de los contratos de compraventa de energía eléctrica que suscriban, respetando las modalidades y contenidos mínimos previstos en la Ley Nº 54/1997 y en sus Reglamentos de desarrollo.

La Ley Nº 54/1997 regula detalladamente el mercado de producción y el sistema de ofertas y demandas (en los artículos 23 y siguientes).

Tercero, queda a salvo la posibilidad de interponer recurso ordinario ante la autoridad administrativa correspondiente.

En cuarto lugar, se prevé el registro de las instalaciones (en nuestro caso de producción de energía eléctrica) que hayan sido autorizadas.

Finalmente, se prevén los característicos deberes de cumplimiento de lo autorizado y de colaboración con la Administración (artículo 21.6 de la Ley del Sector Eléctrico).

47 Pueden verse, asimismo, los apartados Dos y Tres de dicho artículo 16.

48 Igualmente, OCDE, *Regulatory reform in Spain*, julio 2000.

49 Véase el artículo 16.3 del citado Real Decreto-Ley.

En esencia, dicho sistema parte de la realización por parte de los productores de energía eléctrica de sus ofertas económicas de venta, a través del operador del mercado, por cada una de las unidades de producción de las que sean titulares.

Entonces, los consumidores cualificados y los sujetos cualificados citados en el artículo 9.3 de la Ley N° 54/1997 (distribuidores, comercializadores) podrán presentar a través del operador del mercado ofertas de adquisición de energía eléctrica que, una vez aceptadas, se constituirán en un compromiso en firme de suministro por el sistema (artículo 24.2 de la Ley N° 54/1997).

De esta forma se afirma un modelo de *pool* tipo inglés basado en un régimen de ofertas de las instalaciones a través de un determinado operador⁵⁰.

Estamos, pues, en presencia de una pluralidad de operaciones de compra y venta de electricidad que se realizan, de una parte, por el conjunto de productores cuyas instalaciones vierten energía a la red en un determinado período de programación y, de otra, por los compradores que demandan y reciben energía de la red en el mismo período. Este tipo de transacciones se realizan a través del "operador del mercado" (artículos 32 y ss. de la Ley N° 54/1997).

El operador del mercado es, pues, el responsable de la gestión económica del sistema, y asume la *gestión del sistema de ofertas de compra y venta de energía eléctrica*⁵¹.

La Ley del sector eléctrico regula detalladamente las funciones del mencionado operador. En esencia, junto a la recepción de las ofertas de venta y de las ofertas de adquisición de energía y la casación de las ofertas de venta y de adquisición partiendo de la oferta más barata hasta igualar la demanda en cada período de programación, también le corresponden ciertas funciones de recepción y de suministro de información de y a los operadores⁵² y la determinación de los precios finales de la producción de la energía para cada período de programación y su comunicación a todos los agentes implicados⁵³.

Este sistema⁵⁴ plantea el problema de la posible mediatización del operador del mercado

por parte de intereses particulares de mercado. Aunque la ley prevé que el operador del mercado debe ejercer sus funciones respetando los principios de transparencia, objetividad e independencia, aquella sujeta al citado operador al seguimiento y control del Comité de Agentes del Mercado.

En el Comité de Agentes del Mercado están representados todos los sujetos que tengan acceso al mercado, así como los consumidores cualificados y el operador del mercado y del sistema.

Junto al operador del mercado se sitúa el operador del sistema (artículo 34 de la Ley N° 54/1997)⁵⁵. El operador del sistema, como responsable de la gestión técnica de este, tendrá por objeto garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación de la producción y transporte (actuando en coordinación con el operador del mercado, igualmente bajo los principios de transparencia, objetividad e independencia). Conforme a la disposición transitoria novena las funciones atribuidas en la presente Ley al operador del sistema serán ejercidas por "Red Eléctrica de España, Sociedad Anónima"⁵⁶.

C. FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DEL MERCADO DE PRODUCCIÓN

Para conocer el funcionamiento práctico del mercado eléctrico, en su fase esencial de producción, es obligado acudir al fundamental Real Decreto N° 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica⁵⁷.

En este Real Decreto N° 2019/1997 se afirma que desde el punto de vista de su estructura el mercado organizado incluye tres tramos: el

nariado podrá formar parte cualquier persona física o jurídica siempre que la suma de su participación directa o indirecta en el capital de esta sociedad no supere el 10 por 100. Asimismo, la suma de participaciones, directas o indirectas, de los sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico no deberá superar el 40 por 100, no pudiendo sindicarse estas acciones a ningún efecto.

50 Puede además consultarse el artículo 23.2 y 3 de la Ley del sector eléctrico, y la Orden de 29 de diciembre de 1997, por la que se desarrollan algunos aspectos de dicho Decreto.

51 Véanse también los artículos 27 y siguientes del Real Decreto N° 2019/1997.

52 Véase, igualmente, el artículo 28 del Real Decreto-Ley N° 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios: "publicidad de información por los operadores del Sistema y Mercado".

53 Puede verse el artículo 33.2 de la Ley N° 54/1997.

54 Considérese, además, que actuará como operador del mercado una sociedad mercantil de cuyo accio-

55 Véanse también los artículos 30 y siguientes del Real Decreto N° 2019/1997 y la Orden de 27 de diciembre de 1999 de medidas para el tránsito del año 2000 en el sector eléctrico.

56 En el artículo 34.2 de la Ley del sector eléctrico se prevén las funciones del operador del sistema de forma muy extensa. Véanse también los artículos 2 y 6 del Real Decreto N° 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalación de energía eléctrica.

57 Puede además consultarse el artículo 23.2 y 3 de la Ley del sector eléctrico, y la Orden de 29 de diciembre de 1997, por la que se desarrollan algunos aspectos de dicho Decreto.

mercado diario, el mercado intradiario y el mercado de servicios complementarios.

El diario recoge las transacciones de compra y venta correspondientes a la producción y al suministro de energía para el día siguiente⁵⁸; concretamente, una vez presentadas las ofertas de venta de energía y las ofertas de adquisición de energía para cada período de programación en el horario que se establezca en las normas de funcionamiento de mercado y se acepten estas por el operador del mercado y se hubiera cerrado el plazo para su presentación, se procederá a realizar la "casación" para el período de programación, partiendo de la oferta más barata hasta igualar la demanda. El resultado de la casación determina el precio marginal para cada período de programación (artículo 10 del Decreto).

Realizada la casación, el operador del mercado la comunica al operador del sistema y a los agentes que hubieran intervenido como oferentes de compra o venta en la sección correspondiente.

Seguidamente, los agentes comunican al operador del mercado las producciones previstas para cada unidad de producción correspondiente a las ofertas casadas.

Con estas informaciones (y aquellas otras sobre los contratos bilaterales y los intercambios internacionales) el operador del mercado fijará un "programa diario base de funcionamiento". Este programa diario se comunica al operador del sistema y los agentes del mercado intervinientes.

En este momento se procede a la determinación de las posibles restricciones técnicas que pudieran afectar a su ejecución, lo que puede originar la retirada de la casación de ofertas de venta que sean necesarias (artículo 12).

Y dentro del mismo día en el que se celebró la correspondiente sesión del mercado diario se procederá igualmente a la realización de ofertas de servicios complementarios al operador de mercado (en esencia, servicios de regulación, control de tensión y reposición del servicio necesarios para asegurar la calidad y seguridad del suministro eléctrico)⁵⁹.

La fase siguiente es el "mercado intradiario", que es el mercado que sirve como mecanismo de ajuste a la programación diaria. Establecido el programa diario viable el operador del

mercado abrirá sesiones del mercado intradiario que se corresponderán con cada uno de los períodos de programación que hayan sido casados en el mercado diario. El "mercado intradiario" tiene, pues, por objeto atender los ajustes que en la oferta y demanda de energía se puedan producir con posterioridad a haberse fijado el programa diario viable (artículo 15).

Durante cada una de las sesiones el operador del mercado procederá a realizar la casación de las ofertas presentadas por cada período de programación, comunicándose el resultado al operador del sistema y agentes intervinientes (artículo 16).

La programación horaria final es el resultado de la agregación de todas las transacciones firmes formalizadas para cada período de programación como consecuencia del programa diario viable y de la casación del mercado intradiario (artículo 17.1)⁶⁰.

D. LOS COSTES DE TRANSICIÓN A LA COMPETENCIA

La transición a un régimen de competencia desde un régimen precedente fuertemente intervenido por el poder público genera costes económicos que deben ser compensados en favor de sobre quienes recae el peso económico de dicha transición⁶¹.

60 Además de estas normas, el funcionamiento del mercado requiere una consulta de las "Reglas de Funcionamiento del Mercado de Producción de Energía Eléctrica" y del "Contrato de Adhesión", documentos aprobados por Resolución de la Secretaría de Estado de Energía y Recursos Minerales de 30 de junio de 1998 (modificadas por Resolución de 15 de febrero de 1999). Este Contrato de Adhesión supera el sistema casuístico o experimental en la determinación de las reglas de funcionamiento de mercado, ya que establece las obligaciones y derechos de los agentes económicos incluido el operador de mercado y tiene que suscribirse por todo nuevo agente que se incorpore a dicho mercado. Puede verse S. FERNÁNDEZ PLASENCIA, "El mercado de producción de energía eléctrica", *REDETI* 4, 1999, pp. 49 y ss., y 5, 1999.

61 Dichos costes, según G. ARIÑO ORTIZ/J. DE QUINTO ROMERO/L. LÓPEZ DE CASTRO. "Costes de transición a la competencia (sector eléctrico) -versión resumida-", *REDETI* 5, 1999, pp. 367 y ss., son costes hundidos (es decir costes derivados de las inversiones impuestas por el Estado a través de planes sectoriales), costes de compromisos contractuales (por adquisición de materias primas para cumplir con las obligaciones de servicio público) y costes de reestructuración para la competencia ante la implantación del nuevo régimen de acceso a las redes. Los distintos estudios sobre el sector eléctrico conceden especial atención a estos problemas. Junto a la obra de S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado (IV) El sistema eléctrico*, Madrid 1997, pp. 150 y ss., puede verse J. DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley Nº 54/1997*, Madrid 1999, pp.

58 Las sesiones de contratación del mercado diario se estructuran en períodos de programación equivalentes a una hora natural, considerando como horizonte de programación los 24 períodos de programación consecutivos (artículo 6 del Decreto Nº 2019/1997).

59 A la vista de las ofertas dicho operador determinará el precio marginal de los servicios complementarios para cada período de programación. El procedimiento para ello es el mismo que para el mercado diario. Véase el artículo 14 del citado Real Decreto.

La cuestión afecta en principio a cada sector afectado por la liberalización⁶², aunque ha sido en el sector eléctrico donde este tema de las compensaciones plantea una mayor problemática no solo con las empresas sino también desde el punto de vista de su compatibilidad con el Derecho comunitario⁶³.

Desde esta perspectiva jurídico-comunitaria interesa actualmente la sentencia del Tribunal de Justicia de las CCEE de 13 de marzo de 2001, asunto C-379/98. El litigio se refiere al sistema legal alemán de energía eléctrica (*Stromeinspeisungsgesetz* de 1 de enero de 1991). Conviene dar algún apunte sobre esta ley antes de entrar en

380 y ss. También se han publicado estudios monográficos sobre el tema de los costes de transición: G. ARIÑO ORTIZ/F. VELASCO, "Los costes de transición a la competencia: perspectiva jurídica", en *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, UNESA 1998, pp. 149 y ss.; de los mismos autores, su trabajo en VARIOS AUTORES, *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas Madrid 1998, pp. 149 y ss.; G. ARIÑO ORTIZ/J. DE QUINTO ROMERO/L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *Costes de transición a la competencia (sector eléctrico)*, Madrid 1999; J. DE QUINTO ROMERO, "Definición, método y procedimiento de cálculo de los CTCs eléctricos en España", *Documentación Administrativa*, 256 (2000), pp. 31 y ss.; en la misma revista (pp. 63 y ss.) puede verse también el trabajo de J. PULGAR EZQUERDA, "Aspectos jurídico-mercantiles de la utilización de los costes de transición a la competencia en el sector eléctrico".

62 En otros sectores no ha habido un reconocimiento expreso de dichos costes y no se han abonado como tales, aunque existen vías de reconocimiento por otras vías. Así, en las telecomunicaciones se entrega a Telefónica la red telefónica básica, es decir, la no reversión de la misma una vez que el servicio ha dejado de ser público y se reconoce en la LGT un déficit de acceso en la prestación de los servicios de telefonía local compensado mediante un recargo de las tarifas de interconexión y un reequilibrio de tarifas (DT 4 de la LGT; J. REVUELTA DEL PERAL, "El servicio universal telefónico y el déficit de acceso en entornos liberalizados", *REDETI* N° 1, 1998, pp. 47 y ss., y A. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, "Análisis comparado de la regulación de los mercados de la electricidad y las telecomunicaciones", *REDETI* 5, 1999, p. 261; J.M. SALA ARQUER, *La liberalización del monopolio de petróleos en España*, Madrid 1995, quien reclama dichos costes para el sector petrolero).

63 Sobre la cuestión referida en primer lugar puede verse la noticia en el periódico *La Gaceta de los Negocios*, de 14 de marzo de 2001, p. 7. Sobre la cuestión mencionada en último lugar pueden verse las noticias en los periódicos *Expansión* de 16 de septiembre de 2000, p. 4, y *La Gaceta de los negocios* de 28 de septiembre de 2000, así como el mismo periódico, de 30 de noviembre de 2000, p. 3 ("la aprobación de los CTC continúa *sine die*") y de 2 y 3 de diciembre de 2000 ("Bruselas no sancionará a España por los CTC" concedidos por el Gobierno a las eléctricas a cambio de compartir el mercado con otros operadores).

el tema jurídico-comunitario y la repercusión de la sentencia para el régimen español de los CTC.

En virtud de dicha ley las empresas suministradoras de electricidad se obligan a adquirir la electricidad en su zona de suministro (obligación de compra) debiendo retribuir estas compras pagando como mínimo un 80% del ingreso medio por kilowatio/hora obtenido por dichas empresas suministradoras a todos los consumidores finales (un 90% en caso de electricidad procedente de energía solar y eólica).

De esta forma, se beneficia a las empresas productoras de electricidad, ya que les procura una ventaja económica clara, en la medida en que se les garantiza sin ningún riesgo beneficios superiores a los que obtendrían si no existiera tal obligación.

Por contrapartida, dicha ley prevé (a raíz de una de sus modificaciones) una compensación que deben restituir las productoras a las suministradoras, cuando dichos kilowatios/hora retribuíbles a las productoras superen el 5% del total de kilowatios/hora vendidos por la empresa suministradora de electricidad a través de su red durante el año civil.

En suma, se prevé primero un derecho de las generadoras a recibir un precio fijo que les beneficia, establecido normativamente, y se prevé segundo un derecho posterior de reembolso en favor de la empresa suministradora.

El litigio se produce como consecuencia de una reclamación de cantidad de la empresa productora a la empresa suministradora, por entender estar abonando a aquella (en la pieza de compensación que le corresponde abonar) una cantidad que en realidad representa una ayuda de Estado, derivada de la aplicación de la normativa estatal, incompatible con el derecho comunitario y su régimen de ayudas previsto en el artículo 92 (interdicción de las ayudas de Estado).

La cuestión prejudicial planteada al TJCE obliga a este a dilucidar si este sistema legal alemán, que provoca la asignación económica en favor de los operadores eléctricos y provoca la atribución de determinadas cantidades en favor de las suministradoras, es una ayuda de Estado prohibida por el Derecho comunitario.

La cuestión es, pues, si una normativa de un Estado miembro que obliga a las empresas privadas suministradoras de electricidad a adquirir la electricidad generada en su zona de suministro por fuentes de energía renovables a precios mínimos superiores al valor económico real de este tipo de electricidad y que, además, reparte la carga financiera derivada de dicha obligación entre dichas empresas suministradoras y los gestores privados de redes de electricidad situados en un nivel de distribución anterior, constituye

una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92.1 del TCE.

Frente a las alegaciones de la Comisión Europea, según las cuales, para preservar el efecto útil de los artículos 92 y 93 del TCE en relación con su artículo 5, es preciso entender como ayudas de Estado también las medidas de apoyo que sean adoptadas por el Estado pero financiadas por empresas privadas, la sentencia, en cambio, entiende que el concepto de ayuda de Estado no puede extenderse a este supuesto, ya que el artículo 92 se refiere directamente a medidas que adoptan los Estados.

Se plantea, finalmente, el tema de la posible incompatibilidad de las "obligaciones de compra" con el artículo 30 del TCE (prohibición de obstaculizar el comercio intracomunitario).

Sin embargo, según el TJCE, razones de protección de medio ambiente y de salud de las personas y animales, así como el estado actual de la liberalización del sector, vienen a justificar dicha obligación de compra.

Así pues, como solo las ventajas concedidas a través de fondos estatales constituyen una ayuda de Estado (en sentido comunitario), el sistema español de los CTC podría entenderse, a la luz de esta doctrina, a salvo de reproches desde el punto de vista de su incompatibilidad con el Derecho comunitario⁶⁴.

Dicho esto, es preciso entonces estudiar seguidamente el sistema jurídico español de los CTC.

La Ley del Sector Eléctrico ha establecido un período transitorio de diez años durante los cuales se reconoce a las empresas titulares de instalaciones de producción eléctrica, incluidas en el denominado "marco estable" (sociedades titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica, que al 31 de diciembre de 1997 estuvieran incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto N° 1538/1987, de 11 de diciembre, sobre determinación de la tarifa de las empresas gestoras del servicio eléctrico, y a las que por tanto son aplicables las tarifas fijadas en este Real Decreto), una retribución fija expresada en pesetas por KWh, para compensar la diferencia entre los ingresos medios obtenidos por estas empresas a través de la tarifa eléctrica y la retribución reconocida en el artículo 16.1 que ya conocemos. Los costes que derivan de esta retribución son repercutidos a los consumidores como costes permanentes del sistema a través del cobro de la tarifa.

Recientemente, el Real Decreto-Ley N° 2/2001, de 2 de febrero, modifica la disposición

transitoria sexta de la Ley del Sector Eléctrico N° 54/1997 ("costes de transición a la competencia"). En síntesis, los puntos fundamentales de la reforma son los siguientes:

1. Se reconoce expresamente que las cantidades que se reciben en función de los CTC son un derecho subjetivo en favor de las empresas⁶⁵.
2. Se establece una nueva cifra global de dichos costes: 1.736.778 millones de pesetas⁶⁶.
3. Se habilita al Gobierno hasta el 31 de diciembre de 2010 para establecer anualmente el importe máximo de esta retribución.
4. Si el coste medio de generación resultara anualmente superior a seis pesetas por kWh, este exceso se deducirá del citado valor actual (...).
5. Los costes que se deriven de esta retribución serán repercutidos a todos los consumidores de energía eléctrica.
6. En el caso de que las sociedades titulares procedieran a la venta de dichas instalaciones se procederá a transmitir igualmente el derecho de cobro de los costes de transición⁶⁷.

E. EL MERCADO DE PRODUCCIÓN AL MARGEN DEL OPERADOR DE MERCADO

En principio, el sistema de ofertas a través del operador del mercado se aplica cuando los productores no se hayan acogido a sistemas de contratación bilateral⁶⁸.

65 Cierta doctrina venía insistiendo en que los costes de transición a la competencia son antes un derecho subjetivo que una ayuda pública (G. ARIÑO ORTIZ/L. LÓPEZ DE CASTRO, "Informe sobre el controvertido pacto de las eléctricas sobre liberalización y titulación de los CTC", *REDETI* 3, 1998, pp. 515 y ss).

66 Conforme a la versión original de la disposición transitoria sexta de la Ley del Sector Eléctrico ("costes de transición a la competencia") su "importe global", en valor a 31 de diciembre de 1997, nunca podrá superar 1.988.561 millones de pesetas, incluyéndose en este importe el valor actual de los incentivos al consumo garantizado de carbón a que hace referencia el párrafo primero de la disposición transitoria cuarta.

67 Véase igualmente la disposición transitoria octava de la Ley del Sector Eléctrico ("primas a la producción por cogeneración y régimen económico del Real Decreto N° 2366/1994, de 9 de diciembre"). Asimismo, la Disposición transitoria cuarta (carbón autóctono) donde se afirma que el Gobierno podrá establecer los incentivos necesarios para conseguir que los titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica consuman carbón autóctono en cantidades que cubran las fijadas anualmente como objetivo por el Ministerio de Industria y Energía (...).

68 En el artículo 23.1 de la Ley N° 54/1997 se reconoce esta posibilidad de que las partes se acojan a "sistemas de contratación bilateral" que por sus caracte-

64 En este sentido, pueden verse las declaraciones de De Palacio recogidas en el periódico *La Gaceta de los Negocios*, de 14 de marzo de 2001, p. 7.

Dicho sistema de ofertas tendrá lugar, necesariamente, tratándose de unidades de producción de energía eléctrica cuya potencia instalada sea superior a 50 MW⁶⁹. En estos casos, la presentación de ofertas al operador del mercado no es solo un derecho de los productores sino también un deber.

En cambio, las instalaciones de potencia igual o inferior a 50 MW y superior a 1 MW "podrán" realizar ofertas económicas al operador del mercado (artículos 23.1 tercer párrafo y 26.1.c de la Ley N° 54/1997).

En la Ley del Sector Eléctrico se prevé un régimen "especial", frente al ordinario o general de ofertas y de demandas a través de un operador de mercado⁷⁰.

Conforme a la Ley del Sector Eléctrico (artículo 27) y el Real Decreto N° 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos o cogeneración (artículo 2), la actividad de producción de energía eléctrica que se realice desde instalaciones cuya potencia instalada no supere los 50 Mw tendrá la consideración de "producción en régimen especial" en los siguientes casos:

- a) Autoprodutores que utilicen la cogeneración u otras formas de producción de electricidad asociadas a actividades no eléctricas siempre que supongan un alto rendimiento energético⁷¹.

- b) Cuando se utilice como energía primaria alguna de las energías renovables no consumibles, biomasa o cualquier tipo de biocarburante, siempre y cuando su titular no realice actividades de producción en el régimen ordinario.
- c) Cuando se utilicen como energía primaria residuos no renovables.

También tendrá la consideración de producción en régimen especial la producción de energía eléctrica desde instalaciones de tratamiento y reducción de los residuos de los sectores agrícola, ganadero y de servicios, con una potencia instalada igual o inferior a 25 Mw, cuando supongan un alto rendimiento energético⁷².

Estos tres supuestos citados en último lugar tienen en común el referirse a energías renovables no consumibles y residuos. Tienen por tanto una esencial relación con el medio ambiente. Y puede entonces intuirse el interés, desde este punto de vista ambiental, de fomentar en la medida de lo posible este tipo de energía que lleva no solo a la eliminación de residuos sino también a su aprovechamiento y utilización rentables⁷³.

De ahí que el Real Decreto N° 2818/1998, de 23 de diciembre, establezca un sistema de incentivos o primas en favor de estos supuestos del régimen especial⁷⁴, así como una garantía de compra de la energía producida por las centrales correspondientes incorporando su energía excedentaria al sistema.

rísticas quedan excluidos del sistema de ofertas. En el artículo 24.3 se afirma: "también podrán formalizarse contratos entre los consumidores cualificados y los restantes sujetos cualificados". Seguidamente este artículo menciona los contenidos de dichos contratos. Véanse también los artículos 24.4 y 25.6 y 7 de la citada Ley y 19 y 20 del Decreto N° 2019/1997, así como el artículo 21 de este último donde se recogen otras modalidades de contratación. Para los contratos y sus condiciones consúltese el Real Decreto N° 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos o cogeneración (artículos 17 y ss.).

69 Artículo 23.1 segundo párrafo de la Ley del Sector Eléctrico. Este régimen procede también respecto de las unidades que a la entrada en vigor de la presente Ley estén sometidas al régimen previsto en el Real Decreto N° 1538/1987, de 11 de diciembre, sobre la determinación de la tarifa de las empresas gestoras del servicio público.

70 Puede verse A. CARBAJO, "El régimen especial de generación eléctrica", *Economía industrial*, 316, 1997, p. 166.

71 Conforme al artículo 25.3 de la Ley N° 54/1997 los autoprodutores podrán incorporar al sistema su energía cuando la misma tenga por objeto abastecer a sus propias instalaciones, las de su matriz o las de sus filiales, cuando su participación sea mayoritaria, debiendo abonar los costes permanentes del sistema, en

la proporción que reglamentariamente se determine, cuando dicho abastecimiento exija el uso de redes de transporte o distribución. Si realizado dicho abastecimiento, estos autoprodutores tuvieran energía excedentaria, la misma habrá de someterse a lo establecido para el régimen ordinario en la presente Ley, salvo que su producción se realice en régimen especial.

72 Los productores de energía eléctrica en régimen especial podrán incorporar al sistema su energía excedentaria sin someterse al sistema de ofertas (artículos 25.2 y 27). En el artículo 28 de la Ley N° 54/1997 se someten estas actividades a un régimen de autorización administrativa. En el artículo 30 se prevén las obligaciones y derechos de los productores en régimen especial. En el artículo 25.7 se concreta su régimen retributivo.

73 En este sentido, el Plan de Ahorro y Eficiencia Energética 1991-2000, como Anexo al Plan Energético Nacional, ya contemplaba el fomento de las energías renovables por sus ventajas ambientales, así como los Planes Energéticos Autonómicos de algunas CCAA y el Plan Nacional de Fomento de Energías renovables, aprobado por Consejo de Ministros el 30 de diciembre de 1999.

74 Véase el artículo 28 del citado Real Decreto. En cualquier caso, las primas consiguen "un precio fijo total muy por encima del precio de mercado establecido para la producción de energía en régimen ordinario" (A.M. RUIZ DE APODACA ESPINOSA, *Derecho ambiental integrado: la regulación de los lodos de depuradora y de sus destinos*, Madrid 2001, pp. 287 y ss., p. 302).

Siguiendo con el régimen previsto en la Ley Nº 54/1997, prevé esta además “excepciones al sistema de ofertas”: unidades de producción de energía eléctrica que utilicen fuentes de combustión de energía primaria autóctonas, intercambios intracomunitarios o internacionales⁷⁵ y producción de energía eléctrica en territorios insulares y extrapeninsulares⁷⁶.

Finalmente, el Real Decreto-Ley Nº 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, ha establecido la “obligación” de determinadas instalaciones de producción en régimen especial a realizar ofertas económicas al operador de mercado, principalmente la de los titulares de instalaciones con potencia eléctrica instalada superior a 50 MW acogidos al Real Decreto Nº 2366/1994.

Este deber se convierte en derecho a ofertar sus excedentes de energía en el caso de los cogeneradores con potencia superior a 5 MW, acogidos al Real Decreto Nº 2366/1994, de 9 de diciembre, o al RD Nº 2818/1998 de 23 de diciembre⁷⁷.

Asimismo, el Real Decreto-Ley Nº 6/2000 establece la cesión a las empresas distribuidoras de los excedentes de energía eléctrica de determinadas instalaciones de producción en régimen especial.

4. (II) TRANSPORTE

Es preciso empezar recordando que el transporte tiene, al igual que la distribución, carácter de “actividad regulada”. En este sentido, se entiende que la retribución del transporte “continuará” siendo fijada administrativamente. El legislador justifica este “sistema regulador” en la necesidad de evitar el posible abuso de las posiciones de dominio determinadas por la existencia de una única red (Exposición de Motivos)⁷⁸.

Ante esto, es a través de la “generalización del acceso de terceros a las redes” como el transporte y la distribución pretenden liberalizarse según la Ley Nº 54/1997, ya que la propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo (Exposición de Motivos)⁷⁹.

En la práctica, los problemas en general de acceso a las redes se han resuelto acudiendo, por parte de los operadores del sector eléctrico, a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (hoy CNE) y a la jurisdicción contencioso-administrativa o al Tribunal de Defensa de la Competencia.

En este último caso, según la resolución del TDC de 29 de septiembre de 1999 (expediente Nº 442/98), en torno a la negativa de acceso a la red eléctrica se presentan casos típicos de abuso de posición dominante cuando el operador dominante incumple su deber de suministro eléctrico (basándose en el artículo 41 de la LOSEN; igualmente resolución del TDC de 19 de febrero de 1999 expediente, 427/98).

Los interesados acudirán al orden jurisdiccional contencioso-administrativo a fin de obligar a las empresas eléctricas a efectuar las ampliaciones necesarias para atender las exigencias del mercado eléctrico y de establecer los centros de transformación en condiciones y con capacidad bastante para proporcionar a las redes de distribución de baja tensión un suministro regular (artículo 89, entre otros, del Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía, aprobado por Decreto de 12 de marzo de 1954⁸⁰).

Por su parte, la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (actualmente CNE) también llega a

75 Véase el artículo 5.5 de la citada Ley, así como su artículo 25.

76 Véase el artículo 25.4 de la Ley del Sector Eléctrico.

77 Véase el artículo 18 del citado Real Decreto-Ley. Puede verse, para una valoración de esta reforma, L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, en G. ARIÑO (director), *Liberalizaciones 2000*, Madrid 2000, pp. 43 y 44. Téngase en cuenta que el Real Decreto Nº 2366/1994, al que se refiere el Decreto-Ley Nº 6/2000, fue derogado por el RD Nº 2818/1998.

78 La retribución de la actividad de transporte se establecerá, pues, reglamentariamente y permitirá fijar la retribución que haya de corresponder a cada sujeto atendiendo a los costes de inversión, operación y mantenimiento de las instalaciones, así como otros costes necesarios para desarrollar la actividad (artículo 16.2 de la Ley Nº 54/1997; véase también el artículo 18 regulador de los peajes de transporte y distribución).

79 Asimismo, se someten a un simple régimen de autorización las instalaciones de transporte de energía eléctrica, debiendo sus titulares revestir la forma de sociedad mercantil de nacionalidad española o, en su caso, de otro Estado miembro de la Unión Europea con establecimiento permanente en España (véase el artículo 36 de la Ley Nº 54/1997). La autorización de instalaciones de transporte permite la realización del transporte de forma regular y continua con niveles de calidad y otros derechos y obligaciones establecidos en el artículo 37 de la Ley. Sobre este valor de la “calidad” en relación con el otro de la “continuidad de suministro” puede verse J.M. NEBREDÁ PÉREZ, “Clasificación y ubicación jurídica de los tipos de calidad exigibles en el suministro eléctrico”, *REDETI* 4, 1999, pp. 85 y ss.

80 STS de 23 de diciembre de 1996 Art. 9275. Véase también la STS de 16 de abril de 1997 Art. 3090. En este sentido, se entiende por derechos de acometidas las compensaciones económicas que deben recibir las empresas eléctricas por las instalaciones de extensión y de responsabilidad necesarias para hacer posible los nuevos suministros o las ampliaciones de los ya existentes en las condiciones reglamentariamente establecidas (STS de 8 de julio de 1999 Art. 6312).

declarar la obligación de un operador a conceder interconexión⁸¹.

En el Derecho comparado (por ejemplo el Derecho alemán) se resalta que los problemas de acceso a las redes eléctricas constituyen un ámbito donde confluyen regulaciones de Derecho privado, Derecho administrativo y Derecho de la competencia. En principio, el artículo 6 de la Ley alemana de la Energía prevé el derecho de acceso a la red, que ha de concederse siempre que no implique para su titular condiciones desfavorables o sea imposible o inexigible dicho acceso⁸².

Conforme a los artículos 19.4 y 20.2 de la Ley alemana de Defensa de la competencia, el "TDC" debe declarar el acceso a la red en favor del interesado, evitando una negativa de acceso discriminatoria⁸³. En este sentido el artículo 19.4 regula como abuso de posición dominante la negativa injustificada de acceso a la red. El Derecho civil (en aplicación del artículo 6.1 de la Ley de la Energía) reconoce el derecho a poder concertar un contrato donde se prevea el acceso a la red (*Anspruch auf Aufnahme von Vertragsverhandlungen über den Netzzugang als Kontrahierungszwänge*⁸⁴), el cual puede hacerse efectivo ante la jurisdicción civil (en este sentido, sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Potsdam de 2 de febrero de 2000⁸⁵). Y en fin, dentro del Derecho administrativo cae la decisión de si la Autoridad de regulación energética puede decretar directamente el acceso frente a una determinada empresa, considerando que según el artículo 18.1 de la Ley de la Energía a dicha autoridad le corresponde vigilar por la observancia del cumplimiento de esta Ley⁸⁶.

El acceso a la red se convierte, así, en un elemento clave del sector en cuanto al transporte se refiere. En este sentido, el artículo 38 de nuestra Ley N° 34/1997 prevé el principio general según el cual "las instalaciones de transporte podrán ser utilizadas por los sujetos y consumidores cualificados y por aquellos sujetos no nacionales autorizados" (véase sobre estos el artículo 13 de la Ley N° 34/1997).

Los principios que rigen el acceso a la red de transporte son:

En primer lugar, el precio por el uso de redes de transporte vendrá determinado por el peaje aprobado por el Gobierno.

En segundo lugar, el gestor de la red de transporte solo podrá denegar el acceso a la red en caso de que no disponga de la capacidad necesaria.

En tercer lugar, la denegación deberá ser motivada. La falta de capacidad necesaria solo podrá justificarse por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros, atendiendo a las exigencias que a estos efectos se establezcan reglamentariamente.

Finalmente, en aquellos casos en que se susciten conflictos en relación con la aplicación de contratos de acceso a la red, dichos conflictos se someterán a la resolución de la CNE.

Por lo que se refiere al concepto de "red de transporte", esta sirve de unión entre los centros de producción y las redes de distribución y clientes finales específicos. Incluye aquella las instalaciones con tensiones iguales o superiores a 220 kV y las interconexiones internacionales⁸⁷.

La responsabilidad del desarrollo y ampliación de la red de transporte en alta tensión definida se encomienda al "gestor de la red de transporte", a fin de garantizar así el mantenimiento y mejora de una red configurada bajo criterios homogéneos y coherentes. Conforme a la disposición transitoria novena, las funciones atribuidas en la presente Ley al gestor de la red de transporte serán ejercidas por "Red Eléctrica de España, Sociedad Anónima"⁸⁸.

En la práctica, mientras que en la Península el transporte lo realiza en su mayor parte Red Eléctrica, en los territorios extrapeninsulares lo

81 Informe sobre la solicitud de dictamen sobre la apertura de la interconexión entre Unión Fenosa, S.A. y Repsol Eléctrica de Distribución, S.L. de 17 de marzo de 1999, donde apunta además las posibilidades de retribución de la entidad obligada a conceder interconexión.

82 HARMS, en *RdE* 1999, p. 200; B. SCHOLTKA, en *NJW* 2000, p. 552, con referencias jurisprudenciales. Y. B. SCHOLTKA, en *NJW* 2000, p. 549.

83 W. HÜBSCHLE, en *WuW* 1998, pp. 146 y ss.

84 G. KÜHNE, en J. BAUR (director), *Die Energiewirtschaft im Umbruch*, 2000, pp. 46 y ss.; U. BÜDENBENDER, en *JZ* 1999, pp. 62 y ss.

85 En: *WuW/E* 2000, pp. 518 y ss.

86 U. BÜDENBENDER, *JZ* 1999, p. 69; G. KÜHNE, en: J. BAUR, (coordinador), *Die Energiewirtschaft im Umbruch*, 2000, p. 45.

87 Sobre la red de transporte, por todos, E. COLOM PIAZUELO, *El transporte de energía eléctrica (Régimen jurídico de la nueva regulación de la energía)*, Madrid 1997, pp. 59 y ss.

88 Para profundizar en el estudio de la red y REE véase J. DE QUINTO Y OTROS, *Una valoración del modelo y marco regulador de las actividades de red eléctrica de España*, diciembre 2000 (informe no publicado). La explotación unificada del sistema dejó de ser un servicio público realizado por una empresa estatal, asumiendo sus funciones dos sociedades privadas que se responsabilizaban de la gestión técnica y económica del sistema. Así, Red Eléctrica separó jurídicamente sus actividades de gestión del sistema (en manos de Red Eléctrica) y gestión del mercado (a cargo de OMEL). En la obra citada se propone que, "dado que estamos ante un monopolio natural, en España se necesita una red muy mallada (en parte ya lo es) con un único propietario, que gestione los activos y el sistema. En definitiva, una REE fuerte, en el corazón del sistema, como siempre ha sido, y un poco más si es posible".

realizan empresas privadas (Gesa en Baleares y Unelco en Canarias). Dentro del transporte peninsular es preciso distinguir entre la red de 400 kV y los circuitos a 220 kV. Dentro de la primera, Red Eléctrica es propietaria de 14.278 kilómetros, lo que supone el 98,2% del total de circuitos a 400 kV, en tanto que las restantes empresas transportistas propietarias no tienen más que 260 kilómetros, es decir, el 1,8% (datos referentes a diciembre de 1998). Lo contrario sucede en las líneas a 220 kV; en efecto, aquí Red Eléctrica posee únicamente 4.280 kilómetros (es decir, el 27,1% del total), frente a los 11.521 km que son propiedad de otras empresas (el 72,9%). Si en este tipo de red se consideran también los sistemas extrapeninsulares, resulta que Red Eléctrica es propietaria de 4.280 km (el 26,7%) y otras empresas de 11.768 km, el 73,3% del total de 16.048 km.

5. (III) DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA

La actividad de distribución es aquella que tiene por objeto principal la transmisión de energía eléctrica desde las redes de transporte hasta los puntos de consumo en las adecuadas condiciones de calidad, así como la venta de energía eléctrica a los consumidores que la adquieran a tarifa⁸⁹.

El régimen de suministro mediante tarifa define en efecto la distribución eléctrica.

Las principales distribuidoras en España⁹⁰ vienen siendo Iberdrola y el Grupo Endesa, aunque además es preciso tener en cuenta trescientas empresas distribuidoras de tamaño más reducido.

Sobre la distribución, los pilares de la Ley Nº 54/1997 son los siguientes⁹¹:

1. Se liberaliza la distribución a través de la generalización del acceso a las redes⁹², "de ma-

nera que la eficiencia económica que se deriva de la existencia de una única red es puesta a disposición de los diferentes sujetos del sistema eléctrico y de los consumidores"⁹³.

2. La ordenación y regulación de la distribución (por el Ministerio de Industria y Energía) debe hacerse, según el artículo 39 de la Ley Nº 54/1997, atendiendo a la necesaria coordinación de su funcionamiento con las restantes actividades eléctricas, a fin esencialmente de determinar las condiciones de tránsito de la energía eléctrica por dichas redes, de establecer la suficiente igualdad entre quienes realizan la actividad en todo el territorio y la fijación de condiciones comunes equiparables para todos los usuarios de la energía.
3. Las instalaciones de distribución se sujetan a un régimen de autorización administrativa que afecta a la construcción, modificación, explotación y transmisión y cierre de las instalaciones de distribución de energía eléctrica, con independencia de su destino o uso⁹⁴.
4. Los solicitantes deberán revestir la forma de sociedad mercantil y quedan obligados a realizar el suministro de energía a los usuarios a tarifa (en los términos previstos en el Título VIII de la Ley Nº 54/1997), a realizar sus actividades en la forma autorizada prestando el servicio de distribución de forma regular y continua y con niveles de calidad (véase el artículo 41 de la Ley Nº 54/1997). Junto al derecho a ser retribuidas, las empresas distribuidoras tienen asimismo el derecho a adquirir la energía eléctrica necesaria para atender el suministro de sus clientes.
5. Los criterios de la explotación y mantenimiento de las redes se determinan por el gestor de la red de distribución en cada zona garantizando la seguridad, la fiabilidad y la eficacia de las mismas, de acuerdo con la normativa medioambiental que les sea aplicable (véase el artículo 41.3 *in fine*).
6. La retribución de la actividad de distribución se establecerá de forma reglamentaria y per-

89 Véase, para el concepto de distribuidores, el artículo 9.1.g de la Ley del Sector Eléctrico. Asimismo, artículos 36 y ss. del Real Decreto Nº 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalación de energía eléctrica, también para el tema de los derechos de acometida (artículos 43 y ss.).

90 Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, *Información básica del sector eléctrico*, Madrid 1998, pp. 30 y ss.

91 Véase, para profundizar en la distribución eléctrica, J.M. NEBREA PÉREZ, *Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas*. Madrid 1999 *in toto*; del mismo autor su trabajo en VARIOS AUTORES, *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas Madrid 1998, pp. 231 y ss.

92 Véanse los artículos 52 y ss. del Real Decreto Nº 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercia-

lización, suministro y procedimientos de autorización de instalación de energía eléctrica.

93 Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, *Información básica del sector eléctrico*, Madrid 1998, p. 32, basándose en el Real Decreto Nº 2819/1998. El acceso a las redes de distribución se reconoce concretamente en el artículo 42 de la Ley Nº 54/1997 (véase también el artículo 43).

94 Véanse los artículos 111 y ss. del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalación de energía eléctrica, en general para las autorizaciones de las instalaciones de producción, transporte y distribución.

mitirá fijar la retribución que haya de corresponder a cada sujeto atendiendo a los siguientes elementos: costes de inversión, operación y mantenimiento de las instalaciones, energía circulada, modelo que caracterice las zonas de distribución, incentivos que correspondan por la calidad del suministro y reducción de las pérdidas, así como otros costes necesarios para desarrollar la actividad (artículo 16.3 de la Ley Nº 54/1997)⁹⁵.

6. (IV) LA COMERCIALIZACIÓN

Los comercializadores son aquellas personas jurídicas que, accediendo a las redes de transporte o distribución, tienen como función la venta de energía eléctrica a los consumidores que tengan la condición de cualificados o a otros sujetos del sistema (artículo 9.1.h de la Ley del Sector Eléctrico).

La importancia de los comercializadores no ha pasado por alto. Para De la Cruz⁹⁶ “son los protagonistas y los agentes dinamizadores del mercado minorista de electricidad”. Para Muñoz Machado, “la figura del comercializador es, por tanto, capital. El comercializador es quien realmente puede romper los precios uniformes, cuando el legislador lo permita (y provisionalmente para sus clientes cualificados) sustituidos por otros formados en régimen de mercado”⁹⁷.

95 En realidad (siguiendo el Real Decreto Nº 2819/1998, de 23 de diciembre) habría que distinguir, en materia de régimen económico de la actividad de distribución, tres regímenes. Primero, los sujetos que realizaban sus actividades de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto Nº 1538/1987, de 11 de diciembre por el que se determina la tarifa eléctrica de las empresas gestoras del servicio, que son objeto de liquidación de su retribución por la CNE de acuerdo con el RD Nº 2017/1997, de 26 de diciembre. En segundo lugar, los sujetos que realizaban la actividad de distribución a los que les es de aplicación la disposición transitoria undécima (“régimen retributivo especial para distribuidores”) según la cual hasta el año 2007 los distribuidores que vinieran operando con anterioridad al 1 de enero de 1997, a los que no les es de aplicación el Real Decreto Nº 1538/1987, de 11 de diciembre, sobre determinación de la tarifa de las empresas gestoras del servicio eléctrico, podrán acogerse al régimen tarifario que para estos distribuidores aprueba el Gobierno, que garantizará, en todo caso, una retribución económica adecuada. En tercer lugar, los nuevos distribuidores constituidos a partir de la entrada en vigor de la citada Ley. La retribución, por tanto, para cada uno de estas tres situaciones se aborda en la Orden de 14 de junio de 1999, de retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica.

96 J. DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley Nº 54/1997*, Madrid 1999, p. 437.

97 S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado (IV). El sistema eléctrico*, cit. p. 152.

Para Ariño y López de Castro, “sin duda la gran novedad respecto a la LOSEN (Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional de 1994) es la diferenciación en el artículo 44.1 de dos segmentos de mercado: el segmento de consumidores a tarifa, atendidos por las correspondientes empresas distribuidoras, y el segmento de consumidores acogidos a la condición de cualificados, atendidos por comercializadores”⁹⁸.

En términos de la Exposición de Motivos de la Ley Nº 54/1997, “la comercialización de energía eléctrica adquiere carta de naturaleza en la presente Ley. No se trata de una posibilidad sometida a la consideración del Gobierno, sino de una realidad cierta, materializada en los principios de libertad de contratación y de elección de suministrador que se consagra en el texto”. Importante es que la citada Ley además “establece un período transitorio para que el proceso de liberalización de la comercialización de la energía eléctrica se desarrolle progresivamente, de forma que la libertad de elección llegue a ser una realidad para todos los consumidores en un plazo de diez años” (Exposición de Motivos).

El artículo 11.3 de la Ley del sector eléctrico prevé que la comercialización se ejercerá libremente en los términos previstos en la presente Ley y su régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes. La comercialización se refiere al suministro a los consumidores acogidos a la condición de cualificados⁹⁹, unos sesenta y cuatro mil en el año 2000. En el resto (suministro a consumidores no cualificados) pervive dicho régimen tarifario.

La condición de consumidor cualificado se va adquiriendo según va cumpliéndose un determinado volumen de consumo en función de un calendario de fechas previsto en la Disposición transitoria decimotercera de la Ley del Sector Eléctrico.

Dicho calendario ha sido modificado significativamente por el Real Decreto-Ley Nº 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios.

En su artículo 19 (“total liberalización del suministro en 2003”) se afirma en efecto que a partir del 1 de enero de 2003 todos los consumidores de energía eléctrica tendrán la consideración de consumidores cualificados¹⁰⁰.

98 G. ARIÑO ORTIZ/L. LÓPEZ DE CASTRO, *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Madrid 1998, p. 619.

99 Véase el artículo 9.2 de la Ley del Sector Eléctrico así como los artículos 16.4, 15, 18 y 45.4 de esta misma Ley.

100 Además, dicho Real Decreto-Ley reduce los requisitos para ejercer la condición de consumidor cualifi-

Para ser comercializador, el artículo 44.2 y 3 de la citada Ley requiere contar con autorización administrativa previa así como presentar al operador del mercado garantía suficiente para cubrir su demanda de energía de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente.

7. EL MIXTI FORI DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

A. EL DERECHO PRIVADO Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Las relaciones contractuales entre las empresas o entre estas y los clientes son fundamentalmente de Derecho privado. En este sentido, una STS de 1 de diciembre de 1998 (Sala de lo contencioso-administrativo, Art. 10452) sienta que en general los contratos de suministro entre empresas productoras y revendedoras tienen naturaleza jurídico-privada; concretamente en este fallo se declara que "las relaciones que mantiene una empresa productora y distribuidora de energía eléctrica (Iberdrola) con otra empresa subcontratada para la distribución en determinada zona (Electra del Maestrazgo) son de carácter eminentemente privado, con predominio del principio de libertad de pactos".

Pero es característico que la legislación energética establezca numerosas obligaciones de contenido público a operadores puramente privados. Además, podrá interferir el ejercicio de competencias administrativas. Una ilustrativa sentencia del TS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 14 de mayo de 1998 Art. 4167, afirma en este sentido que si bien el contrato de suministro de energía eléctrica es, por supuesto, una relación privada entre empresa suministradora y usuario, esta relación originaria de carácter civil, teniendo en cuenta que su objeto se refiere a un sector energético de gran importancia para la economía nacional —a un servicio público—, hace que la Administración no permanezca indiferente ante diferentes incidencias o anomalías que puedan afectar a la relación, tratando de coordinar los intereses particulares de los contratantes con los públicos. De ahí que concretamente esté legitimado el control de esta Sala en aras de observar si la intervención de la Administración para determinar el fraude era o

no ajustada a Derecho, sin perjuicio de que la relación de suministro tenga naturaleza civil como ocurre en otros diversos sectores.

De ahí que se haya mantenido la naturaleza mixta de los contratos de suministro eléctrico¹⁰¹, pública (debido a la potestad administrativa tarifaria, prestación obligatoria del suministro y demás condiciones regladas generales de contratación) y privada de base que impregna su formalización misma¹⁰².

Y de ahí también que se propugne la naturaleza fundamentalmente mercantil (conforme al artículo 325 del Código de Comercio) de la contratación en la fase de generación o producción a través del operador de mercado¹⁰³.

En cuanto al Derecho de la competencia es significativo cómo garantiza este al mismo tiempo que *limita* la libre iniciativa empresarial. La Ley Nº 54/1997 pretende, por un lado, que la libre iniciativa empresarial adquiera el protagonismo que le corresponde, afirmando expresamente los principios de libre competencia, objetividad y transparencia. En este sentido, el artículo 2.1 de la Ley "reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica reguladas en la presente Ley".

Pero, a su vez, el sector eléctrico tiene unas características de complejidad técnica que hacen necesario garantizar que su funcionamiento en un marco liberalizado se produzca *sin abusos de posiciones de dominio y con respeto estricto a las prácticas propias de la libre competencia*. O como se dice en otro lugar en la misma Exposición de Motivos de la Ley Nº 54/1997, "todo ello sin perjuicio de la necesaria *regulación* propia de las características de este sector, entre las

101 Sobre estos contratos véanse los artículos 79 y ss. del Real Decreto Nº 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalación de energía eléctrica.

102 Véase J.M. GAZTAÑAGA IBARRA, *El contrato de suministro de energía eléctrica*, Madrid 1947, p. 130, refiriéndose al "carácter mixto, de Derecho privado y público, contractual-reglamentario" de estos contratos; J.M. NEBREDÁ PÉREZ, *Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas*, Madrid 1999, pp. 76 y 670 y ss.; J. SALAS HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico administrativo de la energía eléctrica*, Bolonia 1977. Véase también E. RIVERO YSERN, *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Sevilla 1969; del mismo autor, "El contrato administrativo ante las jurisdicciones contencioso-administrativa y civil", *RAP* Nº 67, 1972.

103 S. FERNÁNDEZ PLASENCIA, "El mercado de producción de energía eléctrica", *REDETI* 5, 1999, pp. 218 y ss.

cado (en su artículo 20) e instrumentaliza nuevas formas de contratación de los comercializadores (artículo 21) y regula la aplicación de la tarifa de acceso del escalón 6 de tensión a determinados consumidores cualificados (artículo 22). Téngase en cuenta, por otra parte, el artículo 27 ("control de la energía para determinados consumidores cualificados").

que destacan la necesidad de coordinación económica y técnica de su funcionamiento”.

B. EL DERECHO ADMINISTRATIVO

En el mercado eléctrico interfieren reglas de carácter administrativo que imponen el cumplimiento de ciertas garantías jurídicas a los distintos agentes o sujetos que participan en este sector¹⁰⁴.

Este hecho aleja la actividad comercial de las empresas distribuidoras y comercializadoras del régimen jurídico privado de libertad de pactos.

En este sentido, el artículo 45.1 no duda en imponer a las empresas distribuidoras, en relación al suministro de energía eléctrica, las siguientes obligaciones: –atender en condiciones de igualdad las demandas de nuevos suministros eléctricos en las zonas en que operen y formalizar los contratos de suministro de acuerdo con lo establecido por la Administración; –informar a los consumidores en la elección de la tarifa eléctrica más conveniente para ellos, etc.¹⁰⁵; –realización de programas de actuación que mejoren el servicio prestado a los usuarios y la eficiencia y ahorro energéticos (véanse los artículos 46 a 48 de la Ley Nº 54/1997).

Estamos en el sector eléctrico ante un característico sistema de mixtura de reglas de procedencia jurídico-pública y jurídico-privada (un Derecho administrativo regulador de agentes que se mueven en una órbita de Derecho privado).

Junto al tema de las condiciones de establecimiento del suministro está el de la práctica de dichos suministros. A estos efectos habría que destacar tres reglas jurídicas:

Primero, la regularidad y continuidad en la prestación de las actividades necesarias para el suministro, así como para garantizar la seguridad de las personas y de las cosas, quedan sujetas a inspección por parte de la Administración competente (artículo 49 de la Ley Nº 54/1997).

Segundo, la suspensión del suministro de energía eléctrica a los consumidores se condiciona al respeto de ciertas garantías jurídicas previstas en el artículo 50 de la citada Ley (imposibilidad de invocar problemas de orden técnico o económico, salvo que sea imprescindible

para el mantenimiento, seguridad del suministro, reparación de instalaciones o mejora del servicio, transcurso en todo caso de dos meses al menos desde que les hubiera sido requerido fehacientemente el pago, sin que el mismo se hubiera hecho efectivo, cuatro meses si la deudora es una Administración pública).

Tercero, cumplimiento de normas técnicas de seguridad y calidad industriales, de conformidad a lo previsto en la Ley Nº 21/1992, de 16 de julio, de Industria, por parte de las instalaciones eléctricas (artículo 51 de la Ley Nº 54/1997).

Al Derecho administrativo le corresponde además la regulación de las distintas competencias administrativas previstas en la Ley del sector eléctrico. El mercado es un mercado regulado donde el poder público sigue desempeñando en la infinidad de los casos un papel directivo y corrector esencial. No son pocas precisamente dichas competencias, según se deduce claramente del artículo 3 de la Ley Nº 54/1997, donde se atribuyen a los poderes públicos muy numerosas competencias de regulación, inspección, sanción¹⁰⁶, autorización, planificación, expropiación y ocupación¹⁰⁷, intervención (administrativa) de empresas eléctricas¹⁰⁸, entre otras.

En este sentido, sobra decir que los litigios entre los operadores y la Administración se residenciarán ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ejemplo, la STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 9 de septiembre de 1998 enjuicia la legalidad de un acto de la DG de Industria y Energía por el que se declaraba la deficiencia de servicio ocasionada por una empresa eléctrica como consecuencia de interrupciones de suministro; asimismo, la STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 22 de septiembre de 1998 enjuició la legalidad de la procedencia de la refacturación de recibos de consumo de energía eléctrica girados por Hidroeléctrica Española S.A a la empresa Parga.

La aplicación del Derecho administrativo será obligada, además, cuando en el sector eléctrico interfieran temas tales como el medio ambiente¹⁰⁹,

¹⁰⁴Dichos agentes se mencionan en el artículo 9 de la Ley Nº 54/1997.

¹⁰⁵Véase también el artículo 45 de la Ley del Sector Eléctrico donde se regulan otras obligaciones. Y sobre las obligaciones de las empresas comercializadoras, en relación al suministro, puede verse el artículo 45.2 de la Ley Nº 54/1997. Los derechos de las empresas distribuidoras y comercializadoras se recogen en el párrafo tercero.

¹⁰⁶Véanse los artículos 59 y ss. de la Ley del Sector Eléctrico. Puede verse la STS de 3 de febrero de 1999, Art. 1029.

¹⁰⁷Véanse los artículos 52 y ss. de la Ley del Sector Eléctrico. Asimismo STS de 14 de abril de 1998, Art. 3633, STS de 7 de abril de 1998, Art. 3632.

¹⁰⁸Disposición adicional primera de la Ley Nº 54/1997.

¹⁰⁹Sobre esta perspectiva ambiental los litigios suelen referirse a la materia de actividades clasificadas (SSTS de 16 de julio de 1997; de 16 de abril de 1997). En la STS de 1 de febrero de 1999, Art. 2127, se plantea el tema de la evaluación de impacto ambiental por la instalación de líneas eléctricas de transporte aéreo. Véase igualmente la ratificación

la ordenación urbanística¹¹⁰ o seguridad industrial¹¹¹, precios públicos por aprovechamientos del dominio público municipal¹¹².

Otras veces, desde el Derecho administrativo interesa observar cómo, conforme a otros ordenamientos (el Derecho de la competencia o el Derecho civil), se consigue cumplir un nivel adecuado de garantías jurídicas por parte de los operadores del sector.

También en el Derecho comparado (por ejemplo el Derecho alemán) el sector eléctrico tiene un claro componente jurídico-administrativo (régimen de autorizaciones, artículo 3 de la Ley de Energía; deberes de conexión y abastecimiento, artículo 10.1 de la Ley de Energía; deberes de información de las empresas, artículo 18 de la Ley de Energía; medio ambiente). Se argumenta también que una regulación pública es necesaria para proteger a los clientes y competidores y para evitar abusos de la posición de dominio¹¹³. Corresponde en cambio al Derecho privado ordenar las relaciones jurídicas entre las empresas eléctricas y los clientes. Además existen regulaciones jurídico-privadas dictadas por asociaciones en este sector eléctrico. Estas regulaciones no son vinculantes hasta que forman parte de un contrato, pero cuentan con la aprobación del Ministerio de Economía¹¹⁴.

C. EN PARTICULAR LA COMISIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ELÉCTRICO (COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA, A PARTIR DEL 7 DE ABRIL DE 2000)¹¹⁵

El propio régimen jurídico de esta Comisión constituye una suma de regulaciones jurídicas de distinta procedencia¹¹⁶.

del Tratado de la Carta de la Energía y del Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados, por instrumento de 11 de diciembre de 1997.

110 Frecuentes son las sentencias sobre la instalación de tendidos eléctricos, condiciones de seguridad o distancias con centros determinados (STS de 4 de junio de 1998, Art. 5049).

111 STS de 3 de marzo de 1997, Art. 1697.

112 STS de 13 de abril de 1998, Art. 4462; STS de 1 de marzo de 1999, Art. 2547 sobre la posible repercusión de tasas que abona la empresa suministradora en la facturación al usuario (véase también STS de 23 de marzo de 1999, Art. 2829 y de 13 de octubre de 1998, Art. 8525).

113 N. EICKHOF/D. KREIKENBAUM, en *WuW* 1998, p. 672.

114 Véase B. SCHOLTKA, en *NJW* 2000, p. 550.

115 Téngase en cuenta que la Disposición adicional undécima de la Ley N° 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, suprime la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico como ente regulador del sistema eléctrico y crea la Comisión Nacional de Energía como ente regulador de los sistemas energé-

En principio, estamos ante una entidad a la que corresponde el ejercicio de funciones públicas, esencialmente la regulación del sistema eléctrico. La Comisión es un ente regulador que tiene por objeto velar por la competencia efectiva en el mercado eléctrico y por su objetividad y transparencia, en beneficio de todos los sujetos que operan en el sistema y de los consumidores.

No obstante, dicha Comisión podrá basarse en el Derecho de la competencia como Derecho por tanto auxiliar que sirve para conseguir dicha finalidad pública objeto del Derecho público. En este sentido, se entienden dos funciones esenciales de la Comisión recogidas en las reglas decimotercera y decimocuarta del artículo 8 de la Ley del Sector Eléctrico.

Según la decimotercera, corresponde a la Comisión "velar para que las actividades a que se refiere la presente Ley se lleven a cabo en régimen de libre competencia".

Por ejemplo, la resolución del Consejo de Administración de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico de 4 de mayo de 1999 (sobre la denuncia de Bassols Energía, S.A. contra Agri-Energía Eléctrica, S.A.) declara que un determinado contrato de repartición del mercado entre dos empresas no vulnera el Derecho de la competencia porque contribuye a una mayor eficiencia en el ámbito de la actividad de distribución al evitar la duplicidad de líneas y el mayor coste que esto produciría (igualmente, Informe a petición de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia en relación con la denuncia de Bassols Energía, S.A. contra Agri-Energía Eléctrica, S.A., de 10 de noviembre de 1998). En este sentido, dicha Comisión podrá tener que aplicar la Ley N° 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y observar la posible existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia. En estos casos, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos.

ticos (considerándose como tales los mercados eléctrico y de hidrocarburos, tanto líquidos como gaseosos). La Comisión Nacional del Sistema Eléctrico continuó en el ejercicio de sus funciones hasta el 7 de abril de 2000, fecha en la que finalizó el período para el que fueron designados los miembros que, a la entrada en vigor de la Ley de Hidrocarburos, integraban su Consejo de Administración.

116 Junto a la Ley N° 54/1997 del sector eléctrico véase el RD N° 3497/2000, de 29 de diciembre, por el que se modifica el RD N° 1339/1999 de 31 de julio que aprueba el reglamento de la Comisión Nacional de Energía.

En este contexto (conforme a la citada regla decimocuarta), la Comisión puede resolver los conflictos que le sean planteados respecto a los contratos relativos al "acceso" de terceros a las redes de transporte y distribución (donde pueden producirse abusos de posición dominante), y en general en relación con la gestión económica y técnica del sistema y el transporte (véase por ejemplo el Informe de la CNSE de 17 de marzo de 1999).

Al margen de este tipo de funciones la Comisión ejerce otras propiamente públicas, de tipo consultivo, de regulación, inspección¹¹⁷, solicitud de informaciones¹¹⁸ (véase el amplísimo artículo 8 de la Ley del Sector Eléctrico).

En consonancia, son recurribles, mediante recurso ordinario, ante el Ministro de Industria y Energía, las resoluciones adoptadas por la Comisión y sus actos de trámite en las mismas materias que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión¹¹⁹.

El propio régimen jurídico de esta entidad es un compuesto de reglas jurídicas de distinta procedencia. Cuando ejerza potestades administra-

tivas debe sujetar su actividad a lo dispuesto en la Ley N° 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Además, aplica la legislación de contratos de las Administraciones públicas respecto de su contratación de bienes y servicios.

Y el resto de su actividad se sujeta al Derecho privado. El personal que preste servicios en la Comisión estará vinculado a la misma por una relación sujeta a las normas de Derecho laboral. La selección del mismo, con excepción del de carácter directivo, se hará mediante convocatoria pública y de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad. Dicho personal estará sujeto al régimen de incompatibilidades establecido con carácter general para el personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Además, se prevé un control presupuestario, económico y financiero de carácter público¹²⁰, llevándose a cabo este por la Intervención General de la Administración del Estado, sin perjuicio de las funciones que correspondan al Tribunal de Cuentas¹²¹.

117 Puede verse el artículo 8.2 de la Ley N° 54/1997.

118 Un ejemplo puede ser la Circular N° 2/1999, de 16 de febrero, de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, sobre obtención de información de la compañía operadora del mercado español de electricidad, S.A. Según el artículo 8.2 de la Ley del Sector Eléctrico la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico podrá recabar de los sujetos a que se refiere el artículo 9 de la presente Ley cuanta información resulte precisa en el ejercicio de sus funciones (...).

119 Artículo 8.4 de la Ley N° 54/1997.

120 Puede verse el artículo 6.1 de la Ley N° 54/1997.

121 Junto a este control se sitúa el control de eficacia, o interno, ya que el Ministerio de Industria y Energía ejercerá el control de eficacia sobre su actividad (artículo 6.1 de la Ley N° 54/1997).