

Ricardo Javier Parra Luis

La política energética de la Unión Europea: la construcción del mercado interior de la electricidad

Departamento
Derecho Público

Director/es

García-Álvarez García, Gerardo
Gimeno Feliú, José María

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

LA POLÍTICA ENERGÉTICA DE LA UNIÓN
EUROPEA: LA CONSTRUCCIÓN DEL MERCADO
INTERIOR DE LA ELECTRICIDAD

Autor

Ricardo Javier Parra Luis

Director/es

García-Álvarez García, Gerardo
Gimeno Feliú, José María

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Derecho Público

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO



Tesis Doctoral

**LA POLÍTICA ENERGÉTICA DE LA UNIÓN EUROPEA: LA
CONSTRUCCIÓN DEL MERCADO INTERIOR DE LA ELECTRICIDAD.**

Ricardo Javier Parra Luis

Zaragoza, 2013

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO



**LA POLÍTICA ENERGÉTICA DE LA UNIÓN EUROPEA: LA
CONSTRUCCIÓN DEL MERCADO INTERIOR DE LA ELECTRICIDAD.**

Memoria de la Tesis elaborada para optar al grado de Doctor en Derecho
presentada por

Ricardo Javier Parra Luis

bajo la dirección de los Catedráticos de Derecho Administrativo

Dr. Don Gerardo García-Álvarez García

Dr. Don José María Gimeno Feliú

Zaragoza, 2013

*A mis padres y padrinos,
con inmensa y eterna gratitud.*

L. D.V.M.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	11
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I: POLÍTICA ENERGÉTICA DE LA UNIÓN EUROPEA: EL ACERVO COMUNITARIO DE LA ENERGÍA.	31
1. La energía en los Tratados CEE, CECA y CEEA.....	31
2. El largo camino hacia la formulación de una política energética común.	35
2.1. Del crecimiento a la crisis energética.....	35
2.2. El lanzamiento del mercado interior de la energía.	41
2.3. Los primeros pasos de la política energética comunitaria.	56
2.3.1. El Libro Verde de 1995: Por una Política Energética para la Unión Europea.	64
2.3.2. El Libro Blanco de 1995: Una Política Energética para la Unión Europea.	75
2.3.3. Una visión global de las actuaciones comunitarias en el ámbito de la energía. El Programa Marco sobre las actividades del sector de la energía para el período 1998-2002.....	85
2.4. Una política energética europea para el siglo XXI.	90
2.4.1. El Libro Verde de 2000: La seguridad del abastecimiento energético. Actuaciones en materia de eficiencia energética e investigación y desarrollo tecnológico.....	90
2.4.2. El Libro Verde de 2006: Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura.	94
2.4.3. La Comunicación de la Comisión de 10 de enero de 2007: Una Política Energética para Europa.	103
3. La política energética como política común de la Unión Europea.	126
3.1. Prolegómenos.....	126
3.2. El Tratado de Lisboa.....	131

3.3. El futuro de la política energética de la Unión Europea: una perspectiva estratégica.	136
CAPÍTULO II: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA DE LAS ACTIVIDADES VINCULADAS AL SUMINISTRO ELÉCTRICO. LA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO.	
.....	163
1. Nota introductoria: la metodología del <i>Análisis Económico del Derecho</i>	163
2. La regulación del monopolio natural en los servicios en red.	168
2.1. Concepto de monopolio natural.	168
2.2. El monopolio natural en los servicios en red: estructuras industriales y esquemas regulatorios.	173
A) Análisis económico del monopolio natural.	173
B) La regulación del monopolio natural desde la perspectiva de la política económica.	186
C) Consideraciones críticas sobre la regulación de monopolios naturales de red.....	209
2.3. Técnicas de regulación del monopolio natural en Derecho comparado: las doctrinas del <i>common carrier</i> y de las <i>essential facilities</i>	216
3. Del servicio público al servicio de interés económico general como caracterización de las actividades vinculadas al suministro eléctrico.....	229
3.1. El concepto de servicio público: tres posibles acepciones.....	229
3.2. Crisis del concepto clásico de servicio público y surgimiento del nuevo concepto comunitario de servicio de interés económico general.....	235
3.3. El servicio universal como obligación de servicio público: la garantía de suministro.	250
4. La regulación de las actividades económicas vinculadas al suministro eléctrico: liberalización y neorregulación.....	254
5. Un paradigma europeo de política económica: la economía social de mercado.	269
CAPÍTULO III: LA CONSTRUCCIÓN DEL MERCADO INTERIOR DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA	
.....	279
1. La construcción del mercado interior de la energía como objetivo fundamental de la política energética de la Unión Europea.	279

2. Herramientas jurídicas para la construcción del mercado interior de la electricidad.	290
2.1. Nota previa.	290
2.2. La regulación de las actividades económicas vinculadas al suministro eléctrico.	291
A) Generación.....	291
B) Transporte.....	307
C) Distribución.	320
D) Comercialización.....	336
E) Gestión económica y técnica del sistema eléctrico.	351
2.3. El acceso de terceros a la red (ATR).....	356
2.4. La separación de actividades (unbundling).....	366
2.5. La institución de autoridades reguladoras nacionales.	385
2.6. Normas de regulación de los mercados al por menor (retail markets).	407
3. Los principios de buen funcionamiento del mercado interior de la electricidad.	415
3.1. La creación y el funcionamiento del mercado interior de la energía como principio-objetivo del Derecho comunitario de la Energía.	416
3.2. El principio de solidaridad.	419
3.3. El principio de seguridad del abastecimiento energético.	425
3.4. El principio de eficiencia energética.....	438
3.5. El principio de transparencia.....	452
3.6. El principio de confidencialidad.....	456
3.7. El principio de no discriminación.....	459
3.8. El principio de reciprocidad.....	464
3.9. El principio de protección del medio ambiente.....	467
4. Coda: a modo de recapitulación.....	474

CAPÍTULO IV: EL ACCESO DE TERCEROS A LA RED Y LA INTERCONEXIÓN: LAS CLAVES DE LA CONSTRUCCIÓN DE UN MERCADO EUROPEO DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA.....	481
1. La regulación del acceso a la red en el Derecho derivado de la Unión Europea.....	481
1.1. El debate sobre los mecanismos de liberalización: los sistemas de acceso de terceros a la red (ATR) y comprador único (CU).	485
1.2. Regulación del acceso a la red en la Directiva 96/92/CE: una solución de compromiso.	488
1.3. Un primer balance de la regulación del acceso a la red en relación con la construcción del mercado interior de la electricidad.	492
1.4. Avance y profundización en el proceso de liberalización: la regulación del acceso a la red en la Directiva 2003/54/CE.	495
1.5. Evaluación intermedia de la regulación del acceso a la red en el <i>Segundo Paquete Energético</i> de la Unión Europea.	502
1.6. La regulación del acceso a la red en el <i>Tercer Paquete Energético</i> de la Unión Europea.....	507
2. La interconexión de redes eléctricas. Redes transeuropeas.....	514
2.1. Concepto y justificación de la interconexión de redes eléctricas.	514
2.2. La regulación de la interconexión por el Derecho comunitario.	519
2.3. Redes transeuropeas.....	529
3. La naturaleza jurídica del ATR.	539
4. Corolarios.	560
5. Prospectiva: la necesaria codificación del Derecho energético.....	564
CONCLUSIONES.....	573
ANEXOS.	587
ANEXO I: BIBLIOGRAFÍA.	587
ANEXO II: DOCUMENTACIÓN CONSULTADA.....	611
ANEXO III: JURISPRUDENCIA.....	625

ABREVIATURAS

ACER	= Agencia Europea de Cooperación de Reguladores de Energía
apdo.	= apartado
art(s).	= artículo(s)
ATR	= Acceso de terceros a la red
AAVV.	= Autores varios. Obra colectiva.
CE	= Constitución Española de 1978
CE (en disposiciones de Derecho comunitario)	= Comunidad Europea
CECA	= Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEE	= Comunidad Económica Europea
CEEA o EURATOM	= Comunidad Europea de la Energía Atómica
Cfr.	= Confrontar o confróntese.
Cit. por ...	= Citado por ...
CNE	= Comisión Nacional de Energía
COM	= Comunicación
CU	= Comprador Único
DOCE	= Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	= Diario Oficial de la Unión Europea
DSO	= <i>Distribution System Operator</i> . Gestor de la red de distribución independiente de las actividades de producción y comercialización.

ERGEG	= <i>European Regulators' Group for Electricity and Gas</i> . Red europea de reguladores de electricidad y gas.
FER	= Fundación de Estudios de Regulación
GRT	= Gestores de Redes de Transporte
INAP	= Instituto Nacional de Administración Pública
ISO	= <i>Independent System Operator</i> . Gestor independiente de la red de transporte, distinto de su titular.
ITER	= <i>International Thermonuclear Experimental Reactor</i> . Proyecto internacional para demostrar la factibilidad científica y tecnológica de la fusión nuclear.
ITO	= <i>Independent Transmission Operator</i> . Gestor independiente de la red de transporte que forma parte de una empresa verticalmente integrada.
MIBEL	= Mercado Ibérico de Electricidad
OCDE	= Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OMEL	= Compañía Operadora del Mercado Español de la Electricidad S.A.
OMIE	= Operador del Mercado Ibérico de la Energía, Polo Español S.A.
<i>op. cit.</i>	= <i>opus citatum</i> , obra citada.
OPEP	= Organización de Países Exportadores de Petróleo
p./pp.	= página/páginas
PECO	= Países de Europa Central y Oriental candidatos a la adhesión a la Unión Europea
PESC	= Política Exterior y de Seguridad Común

PIC	= Proyecto de interés comunitario en materia de redes transeuropeas
PYME	= Pequeñas y medianas empresas
REGRT-E	= Red Europea de Gestores de Redes de Transporte de Electricidad
ROJ	= Repertorio Oficial de Jurisprudencia
RTE-E	= Redes Transeuropeas de Energía
SEC	= Documento de la Secretaría de la Comisión Europea
SEIE	= Sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares
TCE	= Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	= Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TSO	= <i>Transport System Operator</i> . Gestor único independiente de la red de transporte.
<i>Vid.</i>	= <i>Videre</i> , ver o véase.
vol.	= volumen

INTRODUCCIÓN

La energía constituye, sin lugar a dudas, un recurso estratégico para el desarrollo económico, puesto que se trata de un *input* imprescindible para el funcionamiento de los equipos e instalaciones industriales, así como para el transporte de personas y mercancías. Este carácter de recurso estratégico demanda la conciliación entre las exigencias de la libre competencia y la necesidad de garantizar la seguridad del abastecimiento y otros objetivos de índole social.

Por otra parte, la energía tiene importantes repercusiones en cuanto a la protección del medio ambiente, pues las diversas fuentes de energía tienen un carácter más o menos contaminante (a corto plazo, como es el caso de los combustibles fósiles en cuanto producen emisiones a la atmósfera de gases de efecto invernadero (*greenhouse gases*); y también a largo plazo, como sucede con los residuos radiactivos procedentes de plantas nucleares), y pueden ser renovables o no (lo que, como veremos, guarda relación con el objetivo de la *sostenibilidad*, es decir, con la posibilidad de atender a las necesidades de las generaciones actuales sin poner en peligro la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras).

La energía eléctrica es, sin lugar a dudas, la fuente de mayor relevancia económica y social, y ello se debe fundamentalmente al alto grado de adaptabilidad para su utilización, lo que hace que todas las energías primarias tiendan a su transformación en energía eléctrica para su consumo final. Así pues, la electricidad desempeña un importante papel en el desarrollo

económico, lo que ha propiciado la intervención de los Estados a fin de garantizar el suministro eléctrico, no ya sólo por motivos económicos, sino también por motivos sociales dado que, sin ella, en la actualidad sería difícil la supervivencia de los pueblos, pues es fácilmente constatable cómo la energía eléctrica es un servicio utilizado por todos a todas las horas del día, y básico en el desarrollo de todas las actividades industriales¹.

No cabe duda de que la energía eléctrica, a través de cualquiera de sus diversas formas de producción, es la energía del futuro, por su escaso coste contaminante y por la gran capacidad de producción, casi ilimitada². De esta forma, el sector eléctrico se ha convertido en uno de los sectores de mayor trascendencia económica, no sólo en nuestro país, sino también en el resto de los países del mundo, debido por una parte al gran desarrollo tecnológico-industrial en dicho sector y por otra a la crisis sostenida del sector petrolífero. Esta relevancia socio-económica ha sido el principal motivo que ha justificado la intervención de la Administración en dicha actividad, considerada como esencial para la comunidad. Así, como tendremos ocasión de comprobar, desde comienzos del siglo XX los poderes públicos han ido aumentando su

¹ E. ANZÓN DUCH, *Canon sobre la producción de energía eléctrica*, en “Hacienda Pública Española”, núm. 71 (1981), p. 157; y M. GÓMEZ DE PABLOS, *Un servicio eléctrico competitivo en Europa cualitativa y cuantitativamente*, en “Economía Industrial”, núm 261 (mayo-junio 1988), p. 25.

² “La electricidad es la energía más limpia, disponible y segura, aplicándose en la actualidad diversos sistemas de operación y control cada vez más estrictos, tanto en la fase de producción como en la de transporte, con el fin de minimizar los impactos medioambientales”. F. YBARRA, *La demanda eléctrica y su atención: algunos aspectos de su problemática*, en “Economía Industrial”, núm 261 (mayo-junio 1988), p. 41. Como ha apuntado V. LÓPEZ-IBOR MAYOR en *La problemática jurídica del Sector Eléctrico*, en “Revista Aragonesa de Administración Pública”, núm. 34 (junio 2009), p. 287: “En España, la producción eléctrica ha pasado en los últimos cincuenta años de 14.000 a 300.000 GWh”.

papel de control, hasta llegar en determinados casos a la nacionalización de importantes áreas del sector de la energía³.

Resulta claro, sin embargo, que el nuevo marco definido por la construcción europea y caracterizado por el protagonismo del mercado ha reabierto el debate sobre los límites de la intervención pública en la actividad económica y, en particular, sobre la utilidad social de la institución jurídica del *servicio público*⁴.

Como rasgo de especial relevancia, es preciso señalar que las actividades vinculadas al suministro eléctrico se desarrollan en torno a *tres fases* claramente diferenciadas dentro de su ciclo de explotación. La primera es la de *generación* de energía a partir de diversas fuentes y tecnologías: hidroeléctrica, nuclear, solar, térmica,... Una vez que se dispone de la energía, es preciso transmitirla a través de una infraestructura específica, la *red*. En primer término, la energía se transmite desde la planta de producción hacia otras zonas del territorio de cada Estado, a través de redes de alta tensión para poder recorrer largas distancias minimizando las pérdidas: se trata de la actividad de *transporte*. Sin solución de continuidad, la energía transportada debe ser repartida entre los usuarios residentes en áreas geográficas determinadas: esta es la actividad de *distribución*, que tradicionalmente ha estado ligada de forma directa al *suministro* propiamente dicho. Con el avance de la liberalización de los mercados energéticos surge una nueva actividad, la

³ Vid. J. M^a. GIMENO FELIÚ, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, Civitas, Madrid (1994), pp. 26-27.

⁴ Vid. en este sentido F. J. VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid (1993), p. 317.

comercialización, que consiste en la venta directa a los consumidores del suministro eléctrico.

Por motivos técnicos, las actividades de *transporte y distribución* constituyen un *monopolio natural* en cuanto a su dependencia de una infraestructura de red, cuya duplicación resulta cuando menos problemática, lo que determina un peculiar régimen jurídico que tradicionalmente ha situado a estas actividades bajo la égida de los poderes públicos, mediante su regulación como *servicio público*.

El papel esencial de la energía eléctrica en el contexto del proceso histórico del desarrollo económico abona también la consideración del suministro como servicio público. Con la extensión de la sociedad industrial, el suministro eléctrico se convierte en una auténtica necesidad social básica cuya adecuada satisfacción requiere de su configuración legal como servicio público sometido a la ordenación y disciplina de la Administración⁵. Al mismo tiempo, el Estado asume como contrapartida la obligación de garantizar este suministro – en términos de continuidad, regularidad y calidad - tanto a favor de la industria como de la generalidad de los ciudadanos, aspecto este que pasa a formar parte de la “*procura existencial*” - *Daseinvorsorge*- que constituye la razón de ser del *Estado del bienestar*⁶.

⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 17 (1955), p. 134.

⁶ Desde un punto de vista estrictamente constitucional, podemos identificar el *Estado del bienestar* con el *Estado social* al que se refiere el art. 1.1 CE, fórmula en la que históricamente hay que enmarcar el concepto de “*procura existencial*” – *Daseinvorsorge* – planteado por FORSTHOFF. En todo caso, hay que aclarar que en la concepción de E. FORSTHOFF la procura existencial no es una suerte de potestad regaliana de alcance general cuyo ejercicio deba reservarse necesariamente, en régimen de monopolio, a la Administración Pública. “*La Daseinvorsorge se presenta, pues, como un fin que asume la*

El suministro eléctrico ha sido históricamente un sector de actividad fuertemente intervenido por los Estados. De hecho, en la mayor parte de los Estados occidentales la práctica totalidad de los recursos energéticos se encuentra bajo el control, directo o indirecto, de los poderes públicos⁷. Son los rasgos específicos a los que antes hemos aludido y su trascendencia para el desarrollo económico los que han justificado esta intervención pública dirigida a garantizar la seguridad del abastecimiento de energía a la sociedad a un coste razonable, sobre la base de la consideración de esta prestación como servicio público esencial. La intervención del Estado ha podido ser históricamente más o menos intensa pero, salvo en las economías de planificación centralizada, nunca llegó a desvirtuar por completo el marco general de referencia dado por la economía de mercado. Por esta razón, la intervención pública en el sector energético se ha traducido en la práctica en la *regulación* de las actividades económicas que lo integran o, para ser más exactos, en la regulación de los aspectos de dichas actividades que se caracterizan por presentar una específica utilidad pública o interés social.

La dinámica del proceso de integración europea ha transformado sustancialmente este estado de cosas. No se pone en duda que la garantía de determinadas prestaciones esenciales en favor de todos los ciudadanos demande una intervención de los poderes públicos, pero esta intervención puede revestir diversas formas e intensidades, y es conveniente que acoja

Administración Pública y cuya feliz realización está asegurada por una serie de mecanismos internos y externos a la propia Administración". L. MARTÍN RETORTILLO, *La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de «Daseinvorsorge»*, en "Revista de Administración Pública", núm. 38 (1962), pp. 49 y ss.

⁷ R. MARTÍN MATEO, *Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*, Trivium, Madrid (1988), p. 30.

aquéllas que permitan cumplir mejor con las obligaciones de servicio público existentes en el ámbito de actividad de que se trate. El mercado es indudablemente el mecanismo de asignación de recursos más eficiente, pero no siempre es el más equitativo. En el contexto de la construcción europea, la única justificación plausible de la *regulación* de actividades económicas por parte de los poderes públicos es la necesidad de hacer frente a los *fallos del mercado* en la provisión de determinados bienes y servicios considerados *esenciales* para todos los ciudadanos. De este modo, la regulación comunitaria se ha dirigido, con pasos decididos desde la aprobación del Acta Única Europea en 1986, a la construcción de un *mercado interior* de ámbito europeo; es decir, se trata de una regulación destinada a promover la competencia, el desarrollo del mercado y no su limitación, sin merma eso sí de la garantía de provisión de determinados servicios esenciales.

En este sentido, hemos asistido a una paulatina convergencia entre los paradigmas económicos atlántico y europeo, fenómeno este que se ha manifestado entre otros aspectos en la mutación sustancial de conceptos tan arraigados en la dogmática administrativista continental como el de servicio público. Desde esta nueva perspectiva, la intervención del Estado en la actividad económica se dirige, en primer término, a garantizar la plena vigencia de los principios y mecanismos del libre mercado, ejercitando las potestades públicas con la finalidad de remover los obstáculos y/o evitar las distorsiones y falseamientos de la competencia. Como es natural, ello no obsta para que estas mismas potestades se empleen para hacer frente a los *fallos del propio mercado* en la provisión de servicios considerados *esenciales* – y, por ende,

necesariamente *universales* – en relación con determinados individuos o grupos de población especialmente vulnerables.

Partiendo de tales premisas, esta *neorregulación* conceptualizará las actividades vinculadas al suministro eléctrico como *servicios de interés económico general*, es decir, actividades en las que el desarrollo del mercado reviste un especial interés económico para el conjunto de la sociedad, y la garantía de determinadas prestaciones básicas dentro de dichas actividades a favor de todos los ciudadanos se hará efectiva mediante la imposición a los operadores del sector de ciertas *obligaciones de servicio público*.

La formulación clásica del servicio público admitió una amplia gama de técnicas de implementación, desde la función pública no concedible, pasando por los servicios públicos propios o integrados, hasta las actividades *reguladas* o reglamentadas. La intervención pública en el sector del suministro eléctrico ha estado siempre encaminada hacia la meta de una mayor *integración*⁸: en cada mercado nacional, las compañías eléctricas integraban en su estructura todas las fases del ciclo de explotación del suministro eléctrico (producción, transporte y distribución), en un contexto de definición legal de la actividad como servicio público.

Desde la perspectiva comunitaria, esta situación de partida resulta incompatible con la construcción de un auténtico mercado interior europeo de la energía. En efecto, la configuración legal de determinadas actividades

⁸ Vid. J. M^a. GIMENO FELIÚ, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, op. cit., pp. 31-36.

económicas como servicios públicos más o menos monopolizados y el poder de mercado consiguientemente atribuido a un grupo reducido de empresas que integraban en su estructura productiva todas las fases del ciclo de explotación, ostentando además el dominio de la infraestructura de soporte imprescindible para la prestación del servicio – la red -, daba lugar a mercados cautivos, incapaces de mejoras en el sentido de una mayor eficiencia y calidad, con enormes barreras de entrada para una potencial competencia, que por otro lado resultaba constantemente distorsionada o falseada con prácticas como las subvenciones cruzadas.

Para superar estas limitaciones derivadas de la presencia de una estructura industrial de monopolio natural, el Derecho comunitario impuso el *acceso de terceros a la red* (ATR) como obligación de servicio público a los operadores del sector eléctrico. De este modo, se neutralizaba la principal barrera de entrada al mercado, posibilitando una efectiva apertura a la competencia en la provisión de estos servicios esenciales para la comunidad⁹, lo que a su vez permitía alcanzar mayores cotas de eficiencia y calidad en su prestación.

Ésta ha sido la secuencia histórica de formulación de la política energética, hasta su reconocimiento como política común de la Unión Europea con motivo de la aprobación del Tratado de Lisboa el 13 de diciembre de 2007. A partir de este eje central, la política energética ha ido desplegando todas sus

⁹ Cfr. art. 37.2 y 128.2 CE. Sobre las relaciones entre este concepto de servicios esenciales para la comunidad, propio del Derecho constitucional español, y el concepto comunitario de servicios de interés económico general, *vid.* M. CARLÓN RUIZ, *Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal* en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la regulación*, Vol. I (*Fundamentos e instituciones de la regulación*), Iustel (2009), pp. 477-483.

virtualidades en otros ámbitos como el desarrollo sostenible, el progreso tecnológico o, en general, el impulso del crecimiento económico.

El presente estudio se desarrolla en torno a este esquema, por entender que es el más fiel a la trayectoria y a los resultados de la investigación realizada. El fin último de la exposición se limita a poner de manifiesto la relevancia histórica de la instrumentación de una política energética común en el contexto de la construcción europea. Un paso de esta envergadura apunta en la línea del fortalecimiento de la Unión Económica que debe acompañar a la ya lograda Unión Monetaria, contribuyendo así al progreso del proyecto político de la Unión Europea.

En línea con este planteamiento, el estudio aborda en primer término el periplo de la *política energética comunitaria*, desde los Tratados constitutivos – dos de los cuales (CECA y CEEA o EURATOM) se refieren directamente a cuestiones energéticas –, pasando por los acuerdos de cooperación intergubernamental para hacer frente a la crisis energética de los 70, las medidas derivadas de la puesta en marcha del mercado interior europeo y las que traen causa de la firma del Tratado de la Unión Europea (1992) y sus reformas sucesivas, para finalmente concluir con el reconocimiento formal de una política energética común en el Tratado de Lisboa (2007) y el diseño de una estrategia energética europea con el horizonte de 2020.

A continuación, se introducen las herramientas del *análisis económico* para examinar los fundamentos teóricos de la regulación de las actividades vinculadas al suministro eléctrico, lo que a su vez servirá para entender el

concepto clásico de *servicio público*, su evolución y su transformación en el ámbito del Derecho comunitario para hacer frente a los retos planteados por la construcción del mercado interior de la electricidad.

Llegados a este punto, adoptaremos un enfoque determinado: el *Análisis Económico del Derecho* (*Economic Analysis of Law*). Se trata de una corriente epistemológica y metodológica que tuvo su origen en la Universidad de Chicago, entre finales de los años 50 y principios de los 60 del siglo pasado, momentos en los que cabe señalar como hito fundamental, en cuanto supone de reconocimiento como tópico de investigación, la aparición de una revista especializada, “The Journal of Law and Economics”¹⁰. El desarrollo y consolidación de esta especialidad tuvo lugar durante los años 60 y 70, extendiéndose a otras universidades norteamericanas como Stanford, Columbia, George Mason, Miami, Emory, etc. Su recepción en Europa se produce a finales de los años 70 y comienzos de los ochenta, momento en que el *Análisis Económico del Derecho* adquiere su plena madurez, como método y disciplina autónoma¹¹.

Las fuentes originarias de este movimiento las encontramos en los trabajos de F. KNIGHT, Th. SCHULTZ, H. SIMONS y M. FRIEDMAN. A este núcleo inicial, hay que añadir los nombres de G. S. BECKER, J. M.

¹⁰ “The Journal of Law and Economics”, “The International Review of Law and Economics”, “The Journal of Legal Studies” y “The Journal of Law, Economics and Organizations” son las publicaciones científicas de referencia internacional en relación con el *Análisis Económico del Derecho*, que en cuanto tópico de investigación se designa como K0 – *law and economics* – en el “Journal of Economic Literature (JEL) Classification System”.

¹¹ Vid. P. MERCADO PACHECO, *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (1994), en particular, pp. 25, 27 y ss.; 32, 74 y ss.; 167 y ss.

BUCHANAN y, sobre todo, los de R. H. COASE, G. CALABRESI y R. POSNER. Actualmente, puede decirse que estos tres últimos son las figuras más representativas de esta corriente doctrinal¹².

El *Análisis Económico del Derecho* tiene como supuestos doctrinales y metodológicos más inmediatos, junto a los principios del neoliberalismo económico (libertad económica individual, eficiencia económica y equidad en la distribución de recursos), la idea de que los objetos de las ciencias humanas y sociales (Historia, Política, Derecho,...) poseen una naturaleza y estructura similar al objeto propio de la ciencia económica – la conducta humana - (G. BECKER y R. POSNER), por lo que son susceptibles de ser estudiados desde el punto de vista de la Teoría Económica, tomada como método¹³.

Desde esta perspectiva, el propósito que persigue el *Análisis Económico del Derecho* consiste en incorporar a la labor jurisprudencial las herramientas de análisis e investigación propias de la Teoría Económica, a fin de construir una ciencia del Derecho caracterizada por el rigor, la objetividad y la racionalidad, capaz de hacer frente a una realidad social caracterizada por la

¹² Vid. en este sentido J. TORRES LÓPEZ, *Análisis Económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid (1987). S. PASTOR PRIETO ha definido el *Análisis Económico del Derecho* como “una disciplina, que esencialmente consiste en aplicar principios o técnicas habituales en el análisis económico al estudio característico del ordenamiento (sistema) jurídico”; S. PASTOR PRIETO, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid (1989), p. 33. Con otras palabras, podemos caracterizar el *Análisis Económico del Derecho* como la aplicación de la Teoría Económica y de los métodos econométricos al examen de la formación, estructura y efectos de las leyes e instituciones jurídicas; vid. E. CONGREGADO RAMÍREZ DE AGUILERA, I. J. POMARES HERNÁNDEZ y E. RAMA MATÍAS, *Análisis Económico del Derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente*, en “Derecho y conocimiento”, Anuario Jurídico de la Sociedad de la Información y el Conocimiento, vol. I, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva (2000), p. 332 – artículo accesible en la dirección: <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/> -.

¹³ C. PAZ-ARES, *La Economía Política como jurisprudencia racional. Aproximación a la Teoría Económica del Derecho*, en “Anuario de Derecho Civil”, Universidad Autónoma de Madrid, tomo 34, fasc. III (julio-septiembre 1981), pp. 605-607.

crisis del *Estado del bienestar*. En este sentido, R. POSNER señala que la aplicación de la teoría microeconómica neoclásica - en la formulación de la denominada *economía del bienestar*¹⁴- al análisis de las principales instituciones del sistema jurídico permitiría predecir y explicar el comportamiento de los individuos en relación con las normas jurídicas¹⁵.

Esta nueva y rigurosa ciencia jurídica, la *Teoría Económica del Derecho*, se materializaría en el estudio, a partir del análisis metódico y global de la estructura y el funcionamiento del Derecho, del modo de optimizar el empleo de los recursos, a fin de alcanzar el objetivo de *eficiencia económica*¹⁶. De este modo, *“la ciencia económica pone a disposición del jurista su arsenal teórico para dotarle de los instrumentos aptos para enfrentarse a los problemas prácticos del Derecho. Prácticos y técnicos, porque el jurista descubre a través del Análisis Económico del Derecho que detrás de todo problema jurídico hay un problema de elección, de decisión sobre recursos escasos, una decisión que sólo puede ser tomada tras el análisis de los costes y beneficios de la situación”*¹⁷.

¹⁴ La *economía del bienestar* (*Welfare Economics*) surge como respuesta a la necesidad de disponer de criterios que permitan valorar el grado de acierto de una política económica o de cualquier actuación de los gobiernos que modifique la situación anteriormente existente. En esta línea de pensamiento se inscribe la trayectoria de autores como A. MARSHALL, A. C. PIGOU, N. KALDOR, P. A. SAMUELSON, T. SCITOVSKY y R. G. LIPSEY. Vid. la obra colectiva J. R. CUADRADO ROURA (dir.), *Política Económica. Elaboración, objetivos e instrumentos*, McGraw-Hill, 3ª ed., Madrid (2006), pp. 110-124.

¹⁵ Vid. P. MERCADO PACHECO, *El Análisis Económico del Derecho*, op. cit., pp. 22 y ss., 33-36, 39-45, 68 y ss., 174 y ss., 198, 204-210, 266 y ss.

¹⁶ POSNER define el principio de eficiencia económica como maximización de la riqueza, lo que significa *“explotar los recursos económicos de tal manera que su valor – la satisfacción humana medida por la voluntad de pago del consumidor por los bienes y servicios – sea maximizado”*; vid. R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, Boston and Toronto (1973), p. 10. Cit. por A. MONTORO BALLESTEROS, *Incidencia del Análisis Económico del Derecho en la Teoría Jurídica: la reducción del Derecho a regla técnica*, “Persona y Derecho”, núm. 40, Universidad de Navarra (1999), nota 6, p. 429.

¹⁷ P. MERCADO PACHECO, *El Análisis Económico del Derecho*, op. cit., p. 274.

En todo caso, es preciso aclarar que la adopción del enfoque propio del *Análisis Económico del Derecho* se efectúa en este trabajo de investigación a los únicos efectos de fundamentación económica del estudio de la regulación de las actividades vinculadas al suministro de energía eléctrica. Rechazamos, pues, los planteamientos maximalistas que concluyen en la reducción del Derecho a un sistema de reglas técnicas al servicio de la eficiencia económica, es decir, a un mero instrumento técnico de control social (tecnología o ingeniería social)¹⁸.

La razón que nos hace recurrir al enfoque propio del *Análisis Económico del Derecho* consiste, ante todo, en su capacidad para poner de relieve y llamar la atención sobre una serie de cuestiones y problemas que, desde la perspectiva de la mejor ordenación y racionalización de la vida económica y social, el Derecho debe conocer y tomar en consideración en su proceso de elaboración, ya que afectan de modo inmediato a la estructura, funcionamiento y eficacia de los organismos e instituciones del sistema jurídico, tanto privado como público. En este sentido, parece que el *Análisis Económico del Derecho* puede dar óptimos resultados tanto en su aplicación al estudio del funcionamiento de los mecanismos del mercado como de la política y la Administración Pública.

¹⁸ Como ha señalado A. MONTORO BALLESTEROS, en *Incidencia del Análisis Económico del Derecho en la Teoría Jurídica: la reducción del Derecho a regla técnica*, op. cit., pp. 434-436, un planteamiento de este cariz radicalmente utilitarista implica el abandono de la teoría *imperativa* del Derecho en favor de una teoría meramente *incitativa* de la norma jurídica (cuya función se reduce, pues, a ofrecer incentivos o elementos de disuasión en relación con determinadas conductas), la eliminación de toda *función paidética* o *significación ética* (reconociendo como único parámetro de la política jurídica la racionalidad económica) y, en definitiva, la indiferencia ante la cuestión de la *validez jurídica* de las normas en aras de una exclusiva consideración de su *eficacia*.

Con base en este planteamiento, se afronta a continuación el análisis del *mercado interior de la energía eléctrica* desde una doble perspectiva: por un lado, se examinan los instrumentos jurídicos empleados para su construcción; por el otro, desde un punto de vista dinámico, se estudian los principios que rigen su funcionamiento. Desde el punto de vista de las políticas públicas de regulación - enfoque que constituye el hilo conductor de todo el análisis jurídico y económico desarrollado en este estudio -, es indudable que las normas de Derecho comunitario más relevantes en el ámbito de la política energética son precisamente las referidas a la construcción del mercado interior europeo de la energía. Este análisis se refiere concretamente al sector eléctrico, por razones de economía de medios y por entender que de él se derivan en último término las instituciones jurídicas que han sido luego convenientemente adaptadas a las peculiares características de los demás sectores energéticos.

Finalmente, el análisis del mercado interior se centra en el elemento clave para superar los efectos anticompetitivos derivados de la estructura industrial de monopolio natural, el *acceso de terceros a la red (ATR)*, profundizando en su naturaleza jurídica en relación con una regulación de actividades económicas explícitamente orientada a la apertura a la competencia – liberalización o *neorregulación* -, esto es, a la construcción de un mercado integrado de ámbito europeo.

El imprescindible corolario de todo trabajo de investigación viene dado por la redacción de las *conclusiones* obtenidas, que se incluyen de forma sucinta al final de este estudio.

Haciendo balance de la situación y perspectivas de la política energética de la Unión Europea, J. M^a. MARÍN QUEMADA ha señalado que

“La elaboración de la política energética en la Unión Europea avanza lentamente. Las diferencias, divergencias y disensiones entre los Estados miembros, la ausencia de una política exterior común efectiva y la poca confianza en las acciones conjuntas, contribuyen a ralentizar el proceso, dando lugar a un «no modelo» de política energética insostenible en el largo plazo, dados los retos a los que se enfrenta la Unión Europea. Estos desafíos son tan distintos y, a la vez, tan complejos, como fomentar la eficiencia energética, interconectar las redes, aumentar la seguridad energética e impulsar las relaciones con terceros países con una sola voz y, por tanto, actuando como un único interlocutor con el resto del mundo. Sin embargo, el poder de actuación de la Unión Europea puede constituir una potente herramienta de su política energética, frente a la tentación del bilateralismo. Por otra parte, la estructura de propiedad y el ámbito de actuación de las empresas energéticas son cuestiones que pueden llegar a ser de notable importancia futura en la definición de los objetivos e instrumentos de la política energética única”¹⁹.

Con independencia de las valoraciones que suscite el ritmo de puesta en marcha de la política energética común, la razón última de la situación actual y de las perspectivas inmediatas de evolución reside, en buena medida, en la pervivencia del espíritu de R. SCHUMAN y J. MONNET seis décadas después, para continuar sacando adelante, aplicando el arte de lo posible, la Europa unida. Persuadir a los Estados nacionales para que cedan su soberanía energética parece que sólo es viable paso a paso, mediante pequeñas realizaciones concretas que vayan creando una realidad de hecho ante los graves problemas comunes. En las cuestiones de política energética la Unión Europea parece debatirse entre la timidez para propiciar cambios decisivos y el atrevimiento de acometer actuaciones de mayor alcance y profundidad, bajo el temor de desembocar en una vía muerta ante la oposición de los Estados²⁰.

¹⁹ Este es el texto del *abstract* del artículo de J. M^a. MARÍN QUEMADA, *Política energética en la Unión Europea: el debate entre la timidez y el atrevimiento*, “ICE” (Información Comercial Española), núm. 842 (mayo-junio de 2008) – monográfico dedicado a *Economía de la Energía* -, p. 65.

²⁰ *Vid. ibidem*, pp. 65-66.

En esta encrucijada, la actividad investigadora en el ámbito académico puede prestar una particular contribución al progreso de la construcción europea, analizando los logros y los fracasos de las políticas implementadas, sacando a la luz los problemas clave, diseñando posibles alternativas de solución, y finalmente llegando a formular los principios de una política económica consistente desde el punto de vista teórico.

Tal vez sea demasiado pretender que un trabajo de investigación pueda colmar todas estas expectativas, pero no está de más dejar aquí constancia del propósito que ha animado los afanes por conseguir el máximo grado académico.

CAPÍTULO I: POLÍTICA ENERGÉTICA DE LA UNIÓN EUROPEA: EL ACERVO COMUNITARIO DE LA ENERGÍA.

1. La energía en los Tratados CEE, CECA y CEEA.

La energía desempeñó un papel decisivo en el proceso de reconstrucción post-bélica. La creación de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o EURATOM) ponen de relieve el hecho de que la energía es uno de los temas políticos delicados que pueden introducir tensiones en las relaciones entre los Estados y para los cuales la estipulación de acuerdos o convenios internacionales supone, más que una oportunidad, una exigencia ineludible.

A este propósito, es preciso recordar que en los años posteriores al término de la Segunda Guerra Mundial la situación política internacional revestía ciertos rasgos de volatilidad. En primer lugar, resultaba incierta la definición del estatuto territorial de zonas como el Sarre y la cuenca del Ruhr, que eran objeto de una encendida querrela entre Francia y Alemania. En el mismo contexto, la crisis del carbón y la temida superproducción del acero amenazaban gravemente la marcha de la economía europea y mundial. En 1944, los Estados Unidos pusieron en marcha un plan de ayuda a los países afectados por la guerra, con excepción de los perdedores o vencidos – Alemania y Japón -, que se incrementó en años sucesivos a través de ayudas bilaterales otorgadas sobre todo al Reino Unido. A pesar de estos auxilios, en Europa el proceso de recuperación económica no acababa de arrancar con firmeza y continuidad. Los Estados Unidos decidieron entonces poner en

marcha el *European Recovery Program* (E.R.P.), con base en las grandes líneas sentadas por el Secretario de Estado George C. MARSHALL en un célebre discurso pronunciado en la Universidad de Harvard en 1947. Ese mismo año, se reúne en París la “*conferencia de los 16*” – de la que sólo se excluye a la República Federal de Alemania y a España- y se constituye un comité de cooperación económica que informa sobre la necesidad de que Europa realice considerables importaciones de bienes de equipo. En 1948 el Congreso norteamericano aprobó la “*Ley de Ayuda al Extranjero*”, que constituye el estatuto jurídico del universalmente conocido como *Plan Marshall*. La Unión Soviética rechazó la oferta americana, arrastrando tras de sí a las autoproclamadas democracias populares y dando origen así a la división de Europa en dos bloques antagónicos²¹.

El 18 de abril de 1951 se firmó en París el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), que entró en vigor el 24 de julio de 1952 por un período limitado de 50 años. En su virtud, se instituía una organización supranacional fundada en la voluntad de integración de sus Estados miembros, los cuales decidieron ceder el ejercicio de parte de su propia soberanía en el sector del carbón y del acero. Se trataba, por tanto, de un proyecto de integración sectorial (mercado común para el carbón y el acero) y temporal (cincuenta años). El propósito inmediato de este Tratado fue, sin duda, la reconciliación de Alemania y Francia, gravemente enfrentadas durante las dos contiendas mundiales, así como evitar el rearme alemán. Al principio la

²¹ “*Nuestra política – aseguraba MARSHALL en el discurso pronunciado en Harvard en 1947 – no se dirige contra ningún país ni contra doctrina alguna, sino contra el hambre, la desesperación y el caos*”. El objetivo del *Plan Marshall* era colaborar en el proceso de reconstrucción de la economía europea de tal forma que fuera posible generar las condiciones políticas y sociales que permitieran un orden regido por instituciones libres. Vid. F. SIMÓN SEGURA, *Lecciones de historia económica mundial*, Ediciones Académicas S.A., Madrid (2002), pp. 281-282.

CECA reunía a Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux y tenía por objeto posibilitar la libertad de circulación del carbón y del acero y el libre acceso a las fuentes de producción. El Tratado expiró el 23 de julio de 2002. El mercado común contemplado en el Tratado se abrió el 10 de febrero de 1953 para el carbón, el mineral de hierro y la chatarra y el 1 de mayo del mismo año para el acero²².

En la misma década de los 50, los Estados Unidos y la Unión Soviética estaban realizando investigaciones orientadas al uso de energía nuclear para la producción de electricidad. Entre los miembros de la CECA, Francia era el único país que había emprendido serias acciones para el desarrollo de la tecnología nuclear. Italia y la República Federal de Alemania intentaron promover la celebración de convenios bilaterales en el ámbito nuclear con los Estados Unidos, pero éstos se negaron manifestando que habrían podido prestar apoyo únicamente a una “*Comunidad de Estados*”²³. Al mismo tiempo, la crisis desatada a raíz de la nacionalización del Canal de Suez (1956) impuso graves dificultades al abastecimiento de crudo, poniendo de manifiesto la fuerte dependencia europea con respecto a los países productores de petróleo.

Este cúmulo de circunstancias confluyó en la necesidad de ampliar y reforzar el marco del proceso de integración europea todavía incipiente. En Roma, el 25 de marzo de 1957, se firmó el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa o EURATOM). El Tratado

²² Vid. J. PÉREZ SERRANO, *De la CECA al Mercado Común: transformaciones jurídico-políticas e institucionales*, en “Revista de Estudios Europeos”, núm. 46-47 (2007), pp. 55-77.

²³ E. ZAPATER DUQUE, *La Unión Europea y la cooperación energética internacional*, Dykinson, Madrid (2002), p. 54.

CEEA se firma junto al Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE). Los dos entran en vigor el 1 de enero de 1958 para todos los Estados miembros: Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo²⁴. El Tratado CEEA nace ante la realidad europea de la escasez de recursos energéticos y con la misión de promover la investigación y el desarrollo industrial de la energía nuclear.

De todo lo expuesto puede concluirse que en apenas una década, dos de los tres Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas tienen como objeto directo la integración económica en el ámbito específico de la energía. Por su parte, el Tratado CEE, que es precisamente aquél que desde el primer momento presenta una vocación regulatoria más general, no aborda expresamente los temas energéticos hasta la reforma operada en virtud de la firma del Tratado de Lisboa (13 de diciembre de 2007). Los motivos de esta ausencia de una referencia explícita a la energía dentro del ámbito de actuación de la Comunidad Económica Europea son los mismos que sirvieron de justificación para la conclusión de los otros dos Tratados. Durante aquellos años, el carbón era la fuente energética de uso dominante y las nuevas perspectivas de la industria energética parecían apuntar al aprovechamiento de la tecnología nuclear de producción²⁵. El proceso de integración europea se encontraba todavía en sus albores, y los Estados miembros ya habían renunciado en parte al ejercicio de la soberanía sobre las fuentes energéticas más relevantes. No obstante, a esas alturas del proceso y en aquella coyuntura

²⁴ Vid. la ponencia de J. SELLARÉS SERRA, *El EURATOM subsiste, invisible e incompatible con el tinglado comunitario*, en la obra colectiva J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional (Madrid, 17 y 18 de noviembre de 2007), Iustel (2008), pp. 319-330.

²⁵ Vid. E. ZAPATER DUQUE, *La Unión Europea y la cooperación energética...*, *op. cit.*, pp. 58 y ss.

histórica, todos los Estados miembros consideraron prudente y, por tanto, necesario mantener con carácter general las facultades soberanas de disposición sobre los recursos estratégicos para sus economías nacionales²⁶.

2. El largo camino hacia la formulación de una política energética común.

2.1. Del crecimiento a la crisis energética.

A pesar del carácter subsidiario que tradicionalmente se predicaba de la actuación comunitaria en materia energética, es indudable que la carencia de una auténtica política energética común comportaba efectos negativos de especial importancia, como los derivados de la existencia de contradicciones en la gestión de las diversas políticas energéticas de los Estados miembros, que daban lugar a graves distorsiones de la competencia en los mercados (cabe pensar, en este sentido, en las consecuencias de fenómenos como la regulación de precios, las ayudas de Estado, los regímenes fiscales privilegiados, etc.), y los que surgían del conflicto latente entre la seguridad del abastecimiento y la protección del medio ambiente. Por todo ello, puede afirmarse que sin llegar a configurar plenamente una política común *stricto sensu*, a lo largo de todo el proceso de construcción europea es relativamente sencillo encontrar un amplio conjunto de esfuerzos comunitarios, impulsados por distintos motivos políticos, pero que han ido articulando lo que sin duda puede calificarse como germen de una política energética común²⁷.

²⁶ A. PARENTE, *Principios de Derecho Europeo de la Energía*, Aranzadi -Thompson Reuters, Cizur Menor (2010), p. 36.

²⁷ Vid. C. GONZÁLEZ RABANAL, *La Política Energética*, en la obra colectiva E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex (2008), p. 916.

Poco después de la promulgación del Tratado CEEA, se aprueba el *Protocolo sobre los medios para asegurar una política coordinada en el ámbito de la energía*. Este documento fue redactado por un comité mixto en el que participaron miembros designados por el Consejo de Ministros y por la Alta Autoridad. Su propósito era determinar las acciones necesarias para facilitar el aprovisionamiento de la energía en la Europa comunitaria. Con posterioridad, en 1959, se creó un grupo de trabajo encargado de establecer los principios a partir de los cuales se procedería a la coordinación de la política energética. A continuación, el 26 de enero de 1960, se presentó un *memorándum* relativo a la coordinación de las políticas energéticas de los Estados miembros de las Comunidades Europeas.

Un nuevo *memorándum* sobre la política energética redactado por el grupo de trabajo en 1962 estableció como objetivos prioritarios de la coordinación de las políticas nacionales el reforzamiento de la seguridad de los aprovisionamientos petrolíferos y la construcción de un mercado común de la energía. Las observaciones de este último *memorándum* fueron tenidas en cuenta en el *Protocolo de acuerdo relativo a los problemas energéticos*, aprobado por el Consejo de Ministros de la CECA el 21 de abril de 1964. En él se ampliaban los objetivos a la consecución de la estabilidad de los precios de los suministros, el desarrollo de energías de sustitución, la implantación de una competencia equitativa entre las diferentes fuentes de energía y el respeto a la libre elección del consumidor, aspectos todos ellos que se invocaban como justificación de las ayudas de Estado a favor del carbón.

En 1968 la Comisión propuso las primeras orientaciones para una política energética comunitaria²⁸, planteando dos exigencias: proporcionar a la industria europea la energía que necesitaba al menor coste posible y garantizar la producción comunitaria de carbón. Además, se estableció un *stock* estratégico de petróleo para garantizar el abastecimiento²⁹.

En 1972 la Comisión elaboró una Comunicación³⁰ en la que introducía otros aspectos novedosos como el respeto del medio ambiente, la utilización racional de la energía y la intensificación de los esfuerzos comunitarios en la investigación científica y técnica, además de la cooperación con otros países consumidores y productores.

En 1973, poco antes de que la crisis energética golpeará a las economías europeas, la Comisión aprobó una nueva Comunicación titulada *Orientaciones y prioridades para la política energética comunitaria*³¹ en la que se hacía especial hincapié en las relaciones con otros países importadores y exportadores de energía, la organización del mercado común del petróleo y el desarrollo de la energía nuclear. También se creó un sistema de información sobre los mercados de la energía, obligando a los Estados miembros a notificar las importaciones de productos petrolíferos y las exportaciones de crudo y de

²⁸ COM (68) 1040, de 18 de diciembre de 1968.

²⁹ Directiva del Consejo 68/414/CEE, de 20 de diciembre de 1968, por la que se obliga a los Estados miembros de la CEE a mantener un nivel mínimo de reservas de petróleo crudo y/o productos petrolíferos (DOCE núm. L 308, de 23.12.1968, pp. 14-16).

³⁰ Comunicación de la Comisión sobre *Los progresos necesarios de la política energética europea*, de 13 de octubre de 1972.

³¹ SEC (73) 1481.

gas natural³². Una nueva Directiva del Consejo³³ fijó en 90 días el período para el cómputo del *stock* estratégico de garantía de aprovisionamiento, y ya en 1973 otra Directiva del Consejo³⁴ requería a los Estados miembros para adoptar las medidas necesarias a fin de atenuar los efectos de una eventual restricción en los aprovisionamientos de crudo y de productos petrolíferos.

El estallido de la cuarta guerra árabe-israelí³⁵ produjo una situación de estrangulamiento energético para el Occidente desarrollado y sorprendió a la CEE sin haber instrumentado una auténtica política energética común. La reacción de los grandes países consumidores cristalizó en la convocatoria de una cumbre en Washington- 11 de febrero de 1974 - , en el marco de la OCDE, para diseñar su estrategia futura. En esta cumbre se constituyó la Agencia Internacional de la Energía con el encargo de asignar el petróleo disponible en el caso de graves restricciones y de reducir la dependencia exterior³⁶. Los países de la CEE, con la excepción de Francia, se unieron al reparto y adoptaron un *paquete* específico de medidas³⁷ en virtud del cual se autorizaba

³² Reglamentos núms. 1015 y 1016 del Consejo, de 1972.

³³ Directiva 72/425/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, por la que se modifica la Directiva del Consejo, de 20 de diciembre de 1968, por la que se obliga a los Estados Miembros de la CEE a mantener un nivel mínimo de reservas de petróleo crudo y/o productos petrolíferos (DOCE núm. L 291, de 28.12.1972, p. 154).

³⁴ Directiva 73/238/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, relativa a las medidas destinadas a atenuar los efectos producidos por las dificultades de abastecimiento de petróleo crudo y productos petrolíferos (DOCE núm. L 228, de 16.8.1973; edición especial en español: capítulo 12, tomo 1, p. 180).

³⁵ La conocida como Guerra del *Yom Kippur* se desencadenó cuando Egipto y Siria lanzaron una ofensiva militar por sorpresa contra Israel coincidiendo con la festividad hebrea del *Yom Kippur* (6 de octubre de 1973), traspasando la línea de armisticio del Sinaí y de los Altos del Golán, que habían sido conquistados por Israel durante la Guerra de los Seis Días en 1967.

³⁶ Francia, por su parte, se negó a aceptar la posición auspiciada por los Estados Unidos y negoció directamente con los países de la OPAEP (Organización de Países Árabes Exportadores de Petróleo).

³⁷ *Vid.* en este sentido las Decisiones de la Comisión núms. 18/77, de 14 de febrero, y 706/77, de 7 de noviembre.

a la Comisión a reducir el consumo de petróleo, a repartir equitativamente entre los Estados miembros las cantidades que resultasen del ahorro y a poder someter los intercambios petrolíferos comunitarios a un régimen de autorización reglada cuando la gravedad de la situación del abastecimiento exigiese disponer de información sobre las entregas de crudo dentro de la Comunidad. En este contexto, el Consejo dictó una Resolución que ponía las bases para la formulación de una política energética comunitaria³⁸. En otras dos Resoluciones del Consejo la Comunidad completó el *paquete* de medidas para hacer frente a los efectos de la primera crisis energética³⁹.

El impacto de la crisis energética en las economías europeas imprime un nuevo rumbo a la política comunitaria en esta materia, pasando de una atención exclusiva al carbón y la energía nuclear a un enfoque más general basado en los objetivos de reducción de la dependencia y la vulnerabilidad en relación con el suministro, y mejora de la eficiencia en el uso de la energía. Con el fin de mitigar el impacto de la crisis, desde las instituciones comunitarias se adoptaron nuevas iniciativas para la promoción de nuevas tecnologías, el desarrollo de fuentes de energía alternativas, y el ahorro energético⁴⁰.

³⁸ Resolución del Consejo, de 17 de septiembre de 1974, relativa a la nueva estrategia de política energética para la Comunidad (DOCE núm. C 153, de 9.7.1975, pp. 1-2).

³⁹ Resolución del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, relativa al programa de acción comunitaria en el ámbito del uso racional de la energía (DOCE núm. C 153, de 9.7.1975, p. 5); y Resolución del Consejo, de 13 de febrero de 1975, relativa a los medios que deben aplicarse para alcanzar los objetivos de la política energética comunitaria adoptados por el Consejo el 17 de diciembre de 1974 (DOCE núm. C 153, de 9.7.1975, pp. 6-8).

⁴⁰ En este sentido, *vid.* las tres Resoluciones adoptadas por el Consejo con fecha de 17 de diciembre de 1974, y en particular la relativa a los objetivos comunitarios de política energética para 1985 (DOCE núm. C 153, de 9.7.1975, pp. 2-4).

Tras la segunda crisis energética, en 1980 el Consejo invitó a la Comisión a hacer las recomendaciones y propuestas alternativas necesarias para reforzar la convergencia de las políticas energéticas de los Estados miembros. En la práctica, sólo se llegaron a elaborar unas directrices comunes a modo de pautas. En esta línea de trabajo, se aprobaron dos Resoluciones para establecer nuevos objetivos de la política energética para 1990 y avanzar en la transparencia de los precios.

La caída de los precios del petróleo en el verano de 1986 tuvo importantes repercusiones en aquellos países que habían sustituido esta fuente de energía para hacer frente a los efectos de las dos crisis anteriores (1973 y 1979), al revelar los excesos de capacidad instalada, las enormes inversiones comprometidas en el sector nuclear, los compromisos de compras difícilmente asumibles y los insostenibles costes de obtención de carbón autóctono. Con todo, la Comunidad continuó impulsando durante algún tiempo políticas de ahorro de petróleo y diversificación energética que no respondían a la nueva situación de los precios del crudo. En la Resolución del Consejo de 16 de septiembre de 1986 se establecieron dos líneas de objetivos para la política energética con el horizonte del año 1995: horizontales y sectoriales⁴¹.

Dentro de los primeros podríamos incluir la *seguridad del abastecimiento*, objetivo para cuya consecución se abogaba por actuaciones dirigidas a la minimización de los riesgos derivados de fluctuaciones repentinas en los precios de la energía, la integración de los mercados energéticos

⁴¹ Resolución del Consejo, de 16 de septiembre de 1986, relativa a los nuevos objetivos de política energética comunitaria para 1995 y a la convergencia de las políticas de los Estados miembros (DOCE núm. C 241, de 25.9.1986, pp. 1-3).

nacionales, la reducción de costes y el aumento de la competitividad, la búsqueda de soluciones integradas para la energía y el medio ambiente, la promoción y difusión de las innovaciones tecnológicas, así como el desarrollo coordinado de las relaciones internacionales en el ámbito de la energía.

Con respecto a los objetivos sectoriales, se proponían actuaciones con el fin de reducir la dependencia del petróleo al 40 % del consumo energético comunitario total: entre ellas destacan las destinadas a mantener el nivel de importaciones por debajo del umbral de un tercio de dicho consumo, aumentar la participación de los combustibles sólidos y las energías renovables, reducir la cantidad de hidrocarburos empleados en la producción de energía eléctrica a menos del 15 % y mantener la participación del gas natural en los niveles de 1985.

Todas estas medidas ponen de relieve la apuesta decidida de la Comunidad por las energías alternativas, a pesar del fuerte descenso de los precios del petróleo.

2.2. El lanzamiento del mercado interior de la energía.

En 1985 se publica el Libro Blanco sobre el *Mercado Interior Único* elaborado por la Comisión Europea bajo la presidencia de J. DELORS y basado en el concepto del “*coste de la no-Europa*”, es decir, el coste de oportunidad de no avanzar en el proceso de construcción europea. Tras la

entrada en vigor del Acta Única Europea⁴², comienza una nueva etapa en el proceso de integración económica, caracterizada por el propósito de liberalizar las principales industrias, que habían sido en gran medida publicadas tras la Segunda Guerra Mundial observando en no pocos países europeos una relación necesaria entre titularidad pública de las infraestructuras, de las actividades y de las empresas operadoras del sector. Incomprensiblemente, el sector energético no fue incluido en la extensa y prolija relación de Directivas a adoptar previstas en el Libro Blanco⁴³.

En 1988 la Comisión presentó una Comunicación sobre *El mercado interior de la energía*⁴⁴ donde se exponían las principales ventajas que se esperaban obtener del mismo, al tiempo que se detallaban los obstáculos existentes para su creación, tanto a nivel general como referidos a cada uno de

⁴² Firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros y el 28 de febrero de 1986 por Dinamarca, Italia y Grecia, supone la primera modificación de gran alcance del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE). Entró en vigor el 1 de julio de 1987. Vid. DOCE núm. L 169, de 29.06.1987.

⁴³ “El Acta Única Europea comunitarizó la política de I + D, o la medioambiental o la industrial, pero no emplazó la energía en el catálogo de los nuevos títulos y competencias, transferidas por los Estados a la Comunidad. Hubo que esperar dos años más a que se produjera una asociación, por vía indirecta, de la energía al proceso de creación del mercado interior, y en una Comunicación de la Comisión al Consejo, es decir un acto jurídico atípico, instrumento de segundo grado y sin carácter normativo, pero suficiente para vincular a los Estados a abrir un triálogo Comisión, Consejo e Industria con el fin de ir identificando los obstáculos a vencer y las disposiciones a adoptar, para hacer efectiva la realización del mercado interior energético”. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *¿Hacia una Directiva del Mercado Interior de la Energía?*”, conferencia pronunciada el 4 de mayo de 2011 dentro del Ciclo “Energía y Sociedad”, organizado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y la Comisión Nacional de la Energía – texto accesible en la dirección <http://www.cne.es> -, p. 6. De todas formas, hay que recordar que “aunque este sector no apareció incluido en el Acta Única, el Comisario de la Energía, Nic MOSAR, consciente de que esta exclusión era producto del deseo de «evitar sobrecargar una barca, ya demasiado pesada, con el riesgo subsiguiente de hacerla zozobrar», pero convencido por otro lado de que el sector de la energía debía contribuir ineludiblemente a la culminación del objetivo de un mercado interior comunitario, decidió en mayo de 1987 tomar una iniciativa en este terreno”. J. M^a. GIMENO FELIÚ, *Reflexiones sobre el mercado interior eléctrico: a propósito del “common carrier”*, en “Noticias de la Unión Europea”, núm. 115-116 (agosto-septiembre de 1994), p. 51.

⁴⁴ Comunicación de la Comisión, *El mercado interior de la energía*. COM (88) 238 final. Bruselas, 2 de mayo de 1988.

los sectores energéticos (combustibles sólidos, petróleo, gas natural, electricidad y energía nuclear) y las medidas a adoptar para superarlos⁴⁵.

La Comisión se centra en este documento básicamente en dos aspectos: i) los problemas generales que suscita la inclusión de la energía en la dinámica del mercado interior único; y ii) las principales cuestiones a las que debe prestarse una atención prioritaria y las directrices que han de establecerse al respecto.

Entrando en el análisis del primer punto, la Comisión analiza los rasgos específicos del mercado de la energía. La expresión “*mercado de la energía*” parece aludir a un sector homogéneo de la actividad económica. En realidad, el mercado de la energía es extraordinariamente diverso tanto en los productos que se ofrecen como en los usos finales que se demandan. La energía es por naturaleza un producto, pero su comercialización implica en la práctica la prestación de una serie de servicios, que varían en función de la fuente de la que procede. Por otra parte, los usos finales de las fuentes de energía tampoco son homogéneos, ya que los productos energéticos pueden emplearse como

⁴⁵ “Como bien se afirma en el Documento «El mercado interior de la energía», la electricidad representa una parte completa y vital dentro del balance energético de la unidad. No sólo su uso contribuye de manera importante a la productividad industrial y a la mejora de la calidad de vida, sino que también la electricidad es el principal vector de contribución al uso de energías primarias. Por otra parte, hemos de recordar las características especiales del sector, como lo son el hecho de su no almacenabilidad, lo que crea la necesidad de combinar suministro y demanda en todo momento a fin de garantizar la seguridad en el abastecimiento; los requisitos técnicos que, en conexión con lo anterior, permitan garantizar unos niveles mínimos de fiabilidad en el suministro y las diferentes formas de propiedad en las estructuras de producción, transporte o suministro que se pueden observar en los distintos países comunitarios, con diversos grados de integración horizontal y vertical, consecuencia del desarrollo histórico del sector. En este último aspecto, como destaca C. CASERTA, hay en vigor normativas que a menudo impiden el libre juego de la competencia, como aquellas tendentes a vincular las actividades energéticas a un régimen de oligopolio o monopolio, bien de carácter estatal o paraestatal”. J. M^a. GIMENO FELIÚ, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, op. cit., pp. 61-62. Vid. también en este sentido L. A. RASINES GARCÍA, *La política energética de la Unión Europea*, en “Noticias de la Unión Europea” núm. 187-188 (agosto-septiembre 2000), pp. 69-84.

combustibles, como materias primas o como fuerza motriz, dependiendo de cómo son tratados o elaborados.

En cualquier caso, algunos métodos tradicionales de producción y transporte de la energía parecen conducir casi inevitablemente a la configuración de mercados cautivos y esta realidad resulta gravemente contraria a la libre competencia que se requiere para la construcción del mercado interior europeo.

También existe una gran diversidad de situaciones en cuanto a los operadores del mercado de la energía: desde pequeñas y medianas empresas nacionales - públicas o privadas -, y revestidas con frecuencia de prerrogativas monopolísticas, hasta grandes corporaciones multinacionales que operan simultáneamente en los principales países productores y consumidores. Cada uno de ellos cuenta con su peculiar estatuto jurídico, que define unos concretos derechos y obligaciones y le otorga la disponibilidad de determinadas infraestructuras e instalaciones.

Finalmente, los sistemas políticos y tributarios, así como la dotación de recursos energéticos, también varían de forma importante entre los Estados miembros, lo que a su vez da lugar a reglas y comportamientos muy diversos.

Todos estos factores contribuyen a explicar el hecho de que el mercado de la energía se encuentre muy segmentado en la Comunidad por la existencia

de múltiples obstáculos o barreras a la libre circulación de productos energéticos⁴⁶.

Las *ventajas* que se predicen del establecimiento de un mercado interior europeo de la energía son las siguientes:

- 1) El mercado interior es uno de los fundamentos del proceso de integración europea y a corto plazo es un medio para hacer la economía europea más competitiva en el nuevo contexto global.
- 2) Un mercado europeo integrado reduciría los costes de la energía, tanto para los consumidores domésticos como para los grandes consumidores industriales.
- 3) El mercado único debería también generar efectos beneficiosos en la estructura de la industria energética europea, estableciendo sinergias, racionalizando los costes y mejorando el desempeño de las actividades de producción, transporte y distribución.
- 4) Un mercado de la energía más integrado es un factor decisivo para la seguridad del suministro en todos los Estados miembros. Una mayor interconexión de las infraestructuras energéticas incrementaría tanto la solidaridad entre los Estados miembros como la flexibilidad de la

⁴⁶ “No podemos olvidar que el sector energético reviste unas especiales características que hacen que, por su gran diversidad, sea un sector heterogéneo. Así, nos encontramos con que el mercado de la energía está relativamente compartimentado en la Comunidad, lo cual supone serios obstáculos para la libre circulación de los productos energéticos. A pesar de ello, la Comunidad debe afrontar el reto de conseguir la integración de este sector por cuanto el mercado único ha de aumentar la competitividad del sector e incidir en la disminución del coste de la energía. Hay que reconocer que un mercado de la energía mejor integrado es un factor significativo de mayor seguridad de abastecimiento para todos los Estados miembros. (...). No obstante, más allá del marco de actuación establecido en el Libro Blanco deberán tenerse en cuenta obstáculos específicos del mercado interior de la energía, (...). Como ejemplo de estos obstáculos, que afectan directamente al sector eléctrico, puede mencionarse la existencia de derechos exclusivos otorgados para la instalación o explotación de infraestructuras que, en determinados casos, pueden tener efectos equivalentes a restricciones cuantitativas a la importación o exportación de energía”. J. M^a. GIMENO FELIÚ, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, op. cit., pp. 51-52.

industria energética. Al mismo tiempo permitiría contar con más recursos para hacer frente a eventuales crisis de suministro.

- 5) El mercado interior produciría como efecto inmediato un aumento sustancial de los intercambios entre los Estados miembros, lo que desde luego supondría una decisiva contribución a la reducción de los costes de producción de la industria europea⁴⁷.

Las estimaciones del “coste de la no-Europa” en el sector energético, excluyendo los efectos en relación con los procedimientos de contratación pública, se situaban en torno al 0,5 % del PIB comunitario. El beneficio potencial de “más Europa” era doble: la reducción de costes como resultado de la mayor competencia, así como la reducción de algunos costes unitarios de producción como consecuencia de la generación de economías de escala y la optimización de las decisiones de inversión o de gestión.

El establecimiento de un mercado interior de la energía era pues un objetivo de vital importancia para el futuro de la Comunidad. Para alcanzar este objetivo era preciso, en primer lugar, identificar todos los obstáculos efectivos o potenciales existentes en los distintos Estados miembros y en relación con las diversas fuentes de energía.

⁴⁷ En síntesis, “podemos decir, con suficiente perspectiva histórica, que dos eran las razones fundamentales que inspiraban la incorporación de la energía al tren del mercado único. En primer término, la necesidad de abrir, cuando menos en el apartado industrial, un sector clave para la competitividad europea y llave en el cómputo de los costes de producción y las actividades de otros muchos. Y junto a ello, el proceso general de desregulación, liberalización o reestructuración del sector eléctrico iniciado en diversos países del mundo. (...). La búsqueda de economías de escala, el desarrollo de nuevas tecnologías energéticas con mejores rendimientos y menores costos, la constatación de ineficiencias en la gestión y el impulso de otros modelos de apertura a la competencia, en un marco general comunitario de desregulación sectorial y refuerzo de la competitividad, hicieron que el legislador europeo comprendiera la necesidad de acometer también, sin demora, esta reforma energética, sin la cual, como tantas veces se afirmó, el mercado único «no estaría completo»”. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *¿Hacia una Directiva del Mercado Interior de la Energía?*”, op. cit., p. 7.

Los diversos obstáculos que se enumeran y analizan en los Anexos de esta Comunicación explican en buena medida los problemas de eficiencia de la industria europea, por lo que es preciso proceder en cada caso comparando los costes y beneficios derivados de su eliminación. No todos los obstáculos pueden eliminarse de forma inmediata. Además, el avance hacia un mercado único de la energía debe tener en cuenta otras posibles limitaciones existentes a la consecución de estos objetivos⁴⁸.

Los instrumentos jurídicos de que dispone la Comunidad para alcanzar el objetivo del mercado interior de la energía no son diferentes de los que permiten en general la realización de la *Europa sin fronteras*. En este sentido, los productos energéticos y los servicios vinculados a ellos pertenecen a la misma categoría que otros productos y servicios. Existen, sin embargo, algunos condicionamientos particulares que se aplican a la consecución del mercado interior en el ámbito de la energía: además de la cuestión general de la *cohesión económica y social* de la Comunidad, es preciso tener en cuenta

⁴⁸ «Los principales obstáculos señalados por la Comisión – en este documento sobre *El mercado interior de la energía* - son los siguientes:

- Los mercados jurídicos nacionales y las actuaciones de las empresas públicas;
- el tratamiento fiscal y el acceso a los sistemas financieros;
- las autorizaciones administrativas para la construcción de nuevas centrales;
- los precios de las energías primarias en cada país;
- las normas de seguridad y protección del medio ambiente;
- los impuestos aplicables a la venta de energía eléctrica;
- la utilización de los sistemas de transporte y de interconexión y la dificultad de aplicar el concepto de «common carrier» a la circulación de la energía eléctrica;
- los precios especiales a los grandes consumidores;
- la falta de transparencia de precios y costes;
- los monopolios legales o naturales de distribución;
- el trato a los autoprodutores y distribuidores”.

problemas específicos como la *seguridad del abastecimiento* y el *carácter estratégico* de los productos energéticos.

El *carácter estratégico* de los recursos energéticos estaba revestido de una especial evidencia a la luz de las entonces todavía recientes crisis energéticas de la década de los 70. Pero este rasgo específico del sector de la energía debía modularse en la nueva perspectiva del mercado interior. En este contexto, el mercado interior de la energía debía contribuir sustancialmente a la consecución de los objetivos de la política energética de la Comunidad, en los términos en que habían sido formulados por la Resolución del Consejo de 16 de septiembre de 1986 antes citada.

La política energética de la Comunidad descansaba sobre una adecuada combinación entre el libre juego de los mecanismos del mercado – principio de informaba las disposiciones sobre el mercado interior-, por un parte, y los instrumentos públicos de garantía de la prestación del suministro en el ámbito comunitario, por otra. Se reconocía a las autoridades públicas nacionales un importante papel en relación con la política energética, concretado en la salvaguarda de la seguridad de las infraestructuras e instalaciones energéticas, la protección del medio ambiente, la garantía de la seguridad del abastecimiento, así como la promoción de tecnologías energéticas innovadoras y la tutela de ciertos aspectos sociales o regionales vinculados al acceso efectivo al suministro de energía. No obstante, en la perspectiva del mercado interior de la energía, estas responsabilidades se iban a ejercer cada vez más desde una perspectiva comunitaria y cada vez menos desde un enfoque centrado exclusivamente en los mercados nacionales.

Por otra parte, un mercado único europeo de la energía no se identificaba de modo automático con la apertura incondicional e ilimitada de los mercados energéticos europeos con respecto al resto del mundo. Con carácter general, y de acuerdo con sus propios principios constitutivos, la Comunidad se mostraba favorable a la libertad de comercio. Pero ello no podía conducir a favorecer conductas desaprensivas de competidores que se beneficiasen de la apertura de los mercados comunitarios al tiempo que mantenían la protección de los propios – una suerte de *dumping* -. En consecuencia, la dimensión exterior de la política energética debía integrarse en el marco definido por la política exterior y la política comercial comunitarias, con sujeción al principio de *reciprocidad*.

Esto suscitaba la cuestión paralela del futuro de la industria europea de la energía. En este punto, las alianzas o acuerdos comerciales con otros países de dentro y fuera de la Comunidad debían ser alentadas, al tratarse de un factor decisivo para la seguridad del abastecimiento y en general para la flexibilidad de los sistemas energéticos. Un mercado interior de la energía debía beneficiar no sólo a los consumidores sino también a la industria energética europea, que necesitaba fortalecerse para desempeñar un papel más destacado en Europa y en el nuevo contexto global definido por una creciente competencia.

La construcción del mercado interior de la energía dependía, ante todo, del cumplimiento de las directrices del Libro Blanco de 1985 en relación con el sector de la energía. Estas directrices se refieren en general a la *aplicación del Derecho comunitario*, así como a la *supresión de barreras técnicas*

(armonización de reglas y normas técnicas) y *fiscales* (en concreto la aproximación de las legislaciones nacionales sobre tributación indirecta).

Además, resultaba necesario analizar otros *obstáculos* al mercado interior de la energía que eran específicos de este sector. Estos obstáculos se identifican en la segunda parte de la Comunicación y son objeto de un examen en profundidad que trata de definir su carácter, su origen y sus consecuencias económicas para la Comunidad.

Por otra parte, la Comunidad podía, con base en el nuevo art. 100 A del Tratado CEE – introducido por el Acta Única Europea -, aplicar los instrumentos jurídicos oportunos con el fin de conciliar el objetivo de la libre circulación de productos energéticos con las exigencias derivadas de la garantía de la seguridad de suministro.

Otro aspecto a tener en cuenta en relación con la construcción de un mercado europeo integrado de la energía era la necesidad de promover la *cohesión económica y social*. La Comisión estaba llevando a cabo una reforma de los *Fondos Estructurales* que se materializó en el incremento de las dotaciones y su concentración en las regiones estructuralmente atrasadas y en las zonas industriales en declive. En este contexto, era preciso garantizar que la realización del mercado interior, además de reducir los costes unitarios de producción, contribuyese positivamente a la reducción de las diferencias de riqueza y nivel de vida dentro de la Comunidad.

La consecución del mercado interior de la energía dependía de la implementación de cuatro grupos de medidas:

- 1) La ejecución de las disposiciones relativas al sector de la energía que se contenían en el Libro Blanco sobre el *Mercado Interior Único* de 1985.
- 2) La aplicación decidida por parte de la Comisión de las *normas del Derecho comunitario* en el ámbito de la energía.
- 3) El logro de un *equilibrio* satisfactorio entre *energía y medio ambiente*.
- 4) La definición de *instrumentos* apropiados, previo análisis caso por caso, para el desarrollo de actuaciones en el ámbito de la política energética.

Por lo que respecta a la aplicación de las disposiciones del Libro Blanco de 1985, los objetivos eran:

- 1) La *armonización de reglas* (legalmente vinculantes) y *normas* (cuya aplicación suele ser voluntaria) *técnicas*⁴⁹, así como la apertura de la contratación pública a la competencia.
- 2) La *supresión de barreras fiscales* y en particular la aproximación de las normas sobre tributación indirecta⁵⁰.

⁴⁹ En este ámbito, el “*nuevo enfoque*” adoptado por el Consejo en 1985 (Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985; DOCE núm. C 136, de 4.6.1985, pp. 1-9) debía conducir a la armonización de reglas técnicas a través de la adopción de las Directivas comunitarias previstas en el Libro Blanco. Las Directivas de *nuevo enfoque* establecerían los requerimientos esenciales en materia de seguridad y salud y su aplicación se facilitaría mediante el recurso a normas armonizadas establecidas por las organizaciones europeas de normalización CEN (Comité Europeo de Normalización) y CENELEC (Comité Europeo de Normalización Electrotécnica).

⁵⁰ La Comisión remitió al Consejo una serie de propuestas en este sentido en agosto de 1987: COM (87) 320-327.

En cuanto a la *aplicación de las normas del Derecho comunitario*, la construcción del mercado interior de la energía exigía centrarse en los siguientes aspectos:

- 1) *Libre circulación de bienes*, en los términos previstos en los arts. 30-36 del Tratado CEE, art. 4 A del Tratado CECA y en el capítulo VI del Tratado CEEA⁵¹.
- 2) *Los monopolios nacionales de carácter comercial*, en relación con las previsiones del art. 37 del Tratado CEE que imponía a los Estados miembros la obligación de adecuar estos monopolios de modo que quedase asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado⁵².
- 3) *Las normas sobre competencia*, aplicables tanto a las empresas – públicas o privadas – como a los Estados miembros⁵³.

⁵¹ A ella se oponían en el ámbito energético prácticas tan extendidas como la exigencia de licencias de importación y certificados de origen, algunas reglas sobre reciprocidad entre importaciones y exportaciones o las que establecían diferentes condiciones para unas y otras, las limitaciones o los requisitos específicos que se imponían en relación con el almacenamiento de determinados productos energéticos, las restricciones de acceso y uso de infraestructuras e instalaciones energéticas nacionales, la inducción a la compra de productos nacionales, determinados controles de precios, o algunas regulaciones que establecían requisitos técnicos para ciertos productos.

⁵² La Comisión establece una serie de orientaciones específicas en relación con los monopolios petrolíferos y los derechos exclusivos de importación y exportación o de transporte y distribución de gas y electricidad. En relación con este último punto, se establecen algunas directrices sobre el acceso a la red, postulando la regulación con arreglo al sistema de “*common carrier*”.

⁵³ Las empresas públicas y las privadas a las que se hubieran otorgado derechos especiales o exclusivos se encuentran con carácter general sometidas a las normas sobre la competencia, y en particular a las recogidas en los arts. 7 y 85-94 del Tratado CEE, sin perjuicio de la regla especial establecida por el art. 90 del mismo Tratado en relación con las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolios fiscales, en las que tales normas deberán aplicarse de forma que no impidan, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada.

- 4) *Las normas sobre ayudas de Estado*, que debían aplicarse con el debido rigor a fin de eliminar las distorsiones o falseamientos de la competencia que estaban obstaculizando la plena operatividad del mercado interior⁵⁴.

En cuanto al objetivo del *enfoque integrado energía-medio ambiente*, la Comisión alude a una serie de actuaciones desarrolladas en relación con el establecimiento de normas sobre control de emisiones procedentes de centrales térmicas convencionales. En segundo término, la armonización de las normas de seguridad y de su aplicación se consideraba un elemento esencial para la integración de los mercados energéticos nacionales. Sin embargo, el marco regulatorio comunitario vigente por aquel entonces estaba limitado a los aspectos relativos a la protección frente a las radiaciones. La Comisión mostraba su preocupación por los efectos de la aplicación de las diversas normas de seguridad en los costes comparativos de producción y consumo de energía. En este sentido, las diferencias de regulación tenían un fuerte impacto en las estructuras de costes de la industria europea en general y de la energética en particular, lo que suponía un nuevo argumento a favor de la construcción del mercado interior. El art. 100 A, apdo. 3, partía de un nuevo enfoque en estas cuestiones, estableciendo como principio general que la aproximación y armonización de las normas medioambientales de los Estados

⁵⁴ Por lo que respecta al carbón, la Decisión 2064/86/CECA, de la Comisión, de 30 de junio de 1986, relativa al régimen comunitario de las intervenciones de los Estados miembros a favor de la industria hullera (DOCE núm. L 177, de 1.7.86, p. 1), emprendió una línea de reforma de las ayudas públicas destinada a lograr una mayor transparencia y control, así como su orientación a las necesidades del proceso de reestructuración del sector. A los demás sectores energéticos se les aplicaban las disposiciones sobre ayudas de Estado de los Tratados CEE y CEEA. Por otra parte, la Comisión se proponía examinar caso por caso el uso de las tarifas energéticas como medio para subvencionar a determinados consumidores, particularmente a aquellos pertenecientes a sectores donde los costes energéticos representaban un importante *input* productivo. Finalmente, la Comisión estudiaría las implicaciones económicas de los derechos especiales o exclusivos otorgados por algunos Estados miembros a determinadas compañías del sector de la energía.

miembros debía llevarse a cabo sobre la base de “*un alto nivel de protección*”, sin perjuicio de que, con ciertas condiciones, determinados Estados miembros pudieran establecer regulaciones más o menos restrictivas que la media comunitaria – posibilidad que reconocía el apdo. 4 del mismo precepto -.

La Comisión aborda seguidamente el análisis de los problemas específicos de las actividades del sector de la energía, señalando como prioritarias las cuestiones relativas a los *precios de la energía* y las *infraestructuras energéticas*.

Estaba claro que las diferencias de costes, precios y tarifas energéticas dentro de la Comunidad constituían un factor decisivo en el desarrollo del comercio energético. En teoría, el problema era sencillo: los costes, precios y tarifas “*reales*” – entendiendo por tales los establecidos en condiciones objetivas y transparentes de mercado, es decir, sin interferencia de los poderes públicos – debían impulsar la competencia y los intercambios. En realidad, las cosas no resultaban tan simples; en los Anexos de la Comunicación se establecía un exhaustivo inventario de obstáculos a la constitución de un mercado energético europeo más integrado⁵⁵.

⁵⁵ En este sentido, se aludía a cuestiones como la diferencia en las estructuras de costes en determinados Estados miembros, la falta de transparencia en la fijación de los precios – especialmente en relación con los grandes consumidores de energía -, así como las patentes inconsistentes entre las estructuras de precios y tarifas de los diferentes combustibles - en particular de los empleados para la producción de gas y electricidad – o entre los niveles de precios en los diferentes Estados miembros. Eran necesarios, pues, nuevos avances en relación con los sistemas de fijación de precios para dar un impulso decisivo a la construcción del mercado interior. Con este objetivo, la Comisión se comprometía a presentar al Consejo a finales de 1988 un análisis comparativo detallado sobre precios en el sector de la energía, con las correspondientes conclusiones y propuestas en relación con la transparencia de dichos precios en especial para los grandes consumidores industriales. Por otra parte, la Comisión examinaría las estructuras de precios de los diferentes Estados miembros, a fin de verificar que los métodos de asignación de precios entre consumidores domésticos e industriales, entre sectores industriales y dentro de un determinado sector industrial resultaban compatibles con la plena realización del mercado interior, y proponer medidas de armonización y aproximación de estos métodos. La Comisión examinaría también las condiciones,

Por otra parte, la existencia de una *infraestructura* adecuada es una condición imprescindible para los intercambios de energía y, por tanto, un requisito previo para garantizar una mayor flexibilidad y seguridad del abastecimiento energético, con el objetivo final de lograr un mercado comunitario de la energía más integrado. Afortunadamente, la Comunidad ya contaba con importantes infraestructuras con estas características. Existían ya grandes redes eléctricas – como UCPTE, NORDEL y SUDEL⁵⁶ -, gasoductos y oleoductos de ámbito y alcance europeos. Estas redes energéticas eran el resultado de la cooperación internacional entre empresas – mayoritariamente públicas - de los Estados miembros y su despliegue había sido posible sobre la base de la previa constatación de la viabilidad económica y comercial de las actuaciones necesarias.

La Comisión proponía avanzar en este ámbito en la perspectiva de un mercado comunitario de la energía más integrado, teniendo en cuenta tanto el papel fundamental de tales infraestructuras en la consecución de este objetivo como la necesidad de que las actuaciones de despliegue reunieran las

costes y principios aplicados a la fijación de precios de los intercambios energéticos entre Estados miembros, así como en general las estructuras de costes de los distintos sectores energéticos, a fin de valorar si respondían a los criterios de objetividad, transparencia y no discriminación. En este sentido, el sector eléctrico podía tomarse como caso de prueba para este ejercicio.

⁵⁶ La Unión para la coordinación de la producción y el transporte de electricidad (UCPTE), también conocida como la *Europa de la electricidad*, fue creada en 1951 acogiendo en ella a las empresas eléctricas de Austria, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Alemania y Suiza, a las que se unieron en 1987 España, Portugal, Grecia y la antigua Yugoslavia. Eran miembros de esta Unión los responsables de la explotación de la red de transporte de las empresas participantes, así como los representantes de los ministerios competentes en materia de ordenación del sistema eléctrico en los distintos Estados. NORDEL, fundada en 1963, nace más de un “pacto entre caballeros” entre las empresas eléctricas nórdicas que de un auténtico Acuerdo internacional entre los Estados escandinavos. Se trata de una asociación formada por personas relacionadas con las actividades de la industria de la energía eléctrica en Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia. SUDEL, o Grupo Eléctrico Regional de la Europa Meridional, era una asociación, afiliada a la UCPTE, que agrupaba a cuatro empresas europeas de electricidad: la *Verbungesellschaft* (Austria), ENEL (Italia), JUGER (Yugoslavia) y PPL (Grecia). Vid. J. M^a. GIMENO FELIÚ, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, op. cit., pp. 66-67.

referidas condiciones de viabilidad económica y comercial. Para ello, se señalaban como instrumentos financieros básicos los Fondos Estructurales y las ayudas del Banco Europeo de Inversiones (BEI) orientadas a revitalizar las regiones en desarrollo con el fin de lograr una mayor cohesión económica y social. Adicionalmente, era preciso tener en cuenta la posibilidad de que ciertos proyectos de infraestructuras energéticas a gran escala recibieran un tratamiento de *“proyectos de interés comunitario”*⁵⁷.

Finalmente, los diversos Anexos de la Comunicación abordaban el análisis y la formulación de actuaciones prioritarias para la supresión de los obstáculos al mercado interior existentes en cada uno de los sectores energéticos: combustibles fósiles, petróleo y derivados, gas natural, energía eléctrica y energía nuclear.

2.3. Los primeros pasos de la política energética comunitaria.

A comienzos de la década de los 90, en la perspectiva de la inminente puesta en marcha del mercado interior, la Comunidad Europea aborda con decisión el diseño de una política energética de alcance europeo. La lógica del mercado interior acabó por imponerse frente las posturas formalistas que rechazaban la idea de una política energética comunitaria con base en la ausencia de una atribución explícita de competencias en los Tratados, atribución que dada la situación de partida y el carácter gradual de la

⁵⁷ Este tratamiento especial estaba contemplado con carácter general en el ámbito comunitario una vez que el Consejo había aprobado las propuestas de la Comisión sobre infraestructuras a gran escala de interés comunitario [COM (86) 727 y COM (87) 724]. Todas estas medidas estaban destinadas a favorecer el desarrollo de los intercambios intracomunitarios de energía, mejorando la administración de los flujos y facilitando las operaciones de transporte y suministro.

construcción europea constituía una especie de petición de principio, ya que pretendía fortalecer la oposición de ciertos Estados al avance de ésta. En la práctica, con la aprobación del Acta Única (1986) y, sobre todo, del Tratado de la Unión Europea (1992) existían ya herramientas jurídicas suficientes para la formulación de una política energética comunitaria, y buena prueba de ello la constituyen las actuaciones impulsadas por la Comisión a partir de este momento, materializadas en propuestas concretas⁵⁸.

En la última década del siglo XX y con el cambio de centuria Europa se fortalece con nuevos y más amplios Tratados: Maastricht (1992)⁵⁹, Ámsterdam (1997)⁶⁰ y Niza (2001)⁶¹. En todo caso, el punto de inflexión de la construcción

⁵⁸ “A nuestro juicio este planteamiento, que explica la inexistencia formal de una «política comunitaria de la energía», peca de excesivamente «nacionalista», negando virtualidad al Tratado de la Unión Europea como instrumento válido para la consecución de un mercado único en todos los sectores económicos. Es cierto que no existe formalmente esa política común, pero sí existen acciones y otros instrumentos jurídicos que van a permitir su diseño material. Es más, puede entenderse que la instrumentación de una política energética de la Unión Europea late ya implícitamente en el Tratado (ya antes, incluso, en el Acta Única), en cuanto implica una reafirmación del fin comunitario auspiciando la aplicación de una «comunitarización» de las distintas políticas nacionales, que permitía afectar también al sector energético, ya que gracias a las modificaciones del Tratado de Roma existen herramientas jurídicas apropiadas para compeler a las autoridades nacionales a construir un mercado energético integrado”. J. M^a. GIMENO FELIÚ, *Reflexiones sobre el diseño de una política energética comunitaria*, en “Noticias de la Unión Europea”, núm. 148 (1997), p. 51.

⁵⁹ El Tratado de Maastricht (o Tratado de la Unión Europea), así llamado por haber sido firmado el 7 de febrero de 1992 en esta localidad holandesa, es un Tratado que modifica los anteriores Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas (Tratado CECA de París de 1951, los Tratados CEE y CEEA de Roma de 1957 y el Acta Única Europea de 1986). Constituyó un hito decisivo en el proceso de integración europea, que superaba de este modo el objetivo económico inicial de las Comunidades asumiendo una vocación más amplia de carácter político. Con este Tratado se crea la Unión Europea, que engloba en sí las tres Comunidades Europeas anteriores, aunque con modificaciones sustanciales sobre todo de la Comunidad Económica Europea, que pasa a llamarse Comunidad Europea. Además, se adoptan dos sistemas de cooperación intergubernamental: la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y la Cooperación en Asuntos de Interior y de Justicia (CAJI). Es también el Tratado por el que se anuncia la introducción del euro. Las negociaciones en torno al Tratado finalizaron en diciembre de 1991. El Tratado entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

⁶⁰ Fue aprobado por el Consejo Europeo de Ámsterdam (16 y 17 de junio de 1997) y firmado el 2 de octubre de 1997 por los ministros de Asuntos Exteriores de los quince países miembros de la Unión Europea. Entró en vigor el 1 de mayo de 1999 tras haber sido ratificado por todos los Estados miembros. El Tratado de Ámsterdam giraba en torno a varios aspectos fundamentales: empleo, libre circulación de ciudadanos, justicia, política exterior y de seguridad común, y reforma institucional para afrontar el ingreso de nuevos miembros. Con el fin de fortalecer la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y la presencia internacional de la Unión Europea se crea la figura del Alto Representante de la Unión para

europea viene marcado por la firma del Tratado de la Unión Europea en la ciudad holandesa de Maastricht el 7 de febrero de 1992. La relevancia de este Tratado, a los efectos que aquí nos ocupan, reside sobre todo en el objetivo inmediato que marca para el proceso de integración: la Unión Económica y Monetaria.

El nuevo art. 2 TCE establecía los objetivos económicos fundamentales de la Unión Europea en los siguientes términos:

“La Comunidad tendrá por misión promover (...) un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”.

En este precepto se incluye, por primera vez en el Derecho comunitario originario, una mención explícita al principio de *solidaridad*⁶². La operatividad de este principio en el contexto de la Unión Económica y Monetaria supone que el objetivo del mercado único debe alcanzarse conjugando simultánea y equitativamente las dos perspectivas: la económica y la social. Por tanto, el objetivo de la Unión Europea no puede cifrarse exclusivamente en la búsqueda de la eficacia económica, sino también en un mejor y mayor bienestar social de los ciudadanos de la Unión. La función social del mercado interior debe servir

Asuntos Exteriores y Política de Seguridad -"Mr. PESC" -. En este nuevo Tratado se incrementa el control del Parlamento sobre la Comisión.

⁶¹ Tratado celebrado por el Consejo Europeo entre los días 7 y 9 de diciembre de 2000 y firmado el 26 de febrero de 2001, para modificar los Tratados vigentes. Entró en vigor el 1 de febrero de 2003 tras haber sido ratificado por los 15 Estados miembros según lo previsto en sus respectivas normativas constitucionales. El proceso de ratificación se extendió hasta 2002. El propósito primario del Tratado de Niza era reformar la estructura institucional para afrontar la ampliación de la Unión Europea, una tarea que tendría que haber llevado a cabo la conferencia intergubernamental del Tratado de Ámsterdam, que sin embargo no pudo resolver en casi ningún punto. El Tratado también estableció disposiciones sobre las consecuencias financieras de la expiración del Tratado CECA.

⁶² *Vid. infra* epígrafe 3.2 del Capítulo III de esta *Memoria*.

para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos europeos, y entre ellas la garantía del suministro eléctrico en condiciones de continuidad, regularidad y calidad.

Por su parte, el nuevo art. 3 TCE ofrecía una amplia panoplia de facultades o herramientas jurídicas para la actuación de la Comunidad. Entre ellas destaca la mención contenida en la letra f) de este precepto a la libre competencia, cuya aplicación al sector de la energía debía permitir la progresiva implantación de un sistema de libre acceso a las distintas fuentes de producción de energía a través de las redes de distribución⁶³.

Por otra parte, la letra n) del mismo precepto reforzaba esta dirección *pro* competencia al introducir como objetivo el fomento de la creación y el desarrollo de redes transeuropeas, esto es, de las interconexiones entre los sistemas eléctricos nacionales en el contexto de un mercado abierto y competitivo en el que será posible el acceso de terceros a dichas redes. Con ello se pretendía que la gestión de la red de transporte no quedase sometida a la influencia dominante de ninguno de los agentes productores y distribuidores que la empleaban como vehículo de sus transacciones e intercambios. Los problemas surgían cuando el responsable de la infraestructura tenía intereses

⁶³ El art. 3, apdo. f), TCE aludía concretamente al “*establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común*”. La noción de competencia que aquí se emplea tiene un alcance relativo, flexible, aunque con unos contornos definidos, y se corresponde con un sistema económico basado en un mercado en régimen de competencia eficaz, funcional o practicable (*workable competition*). El mercado opera libremente, las fluctuaciones de la oferta y la demanda se transmiten a los precios, y la producción y la venta no están limitadas artificialmente, lo que garantiza la libertad de acción y elección de los proveedores, compradores y consumidores. Con base en esta concepción de competencia practicable – radicalmente distinta del mero *laissez faire* – se construye un sistema de controles, prohibiciones y autorizaciones con un enfoque realista y pragmático, destinado a preservar a través de un nuevo marco regulatorio la eficacia del principio de libre competencia. Vid. J. M^o. GIMENO FELIÚ, *Reflexiones sobre el diseño de una política energética comunitaria*, op. cit., p. 52.

en otros segmentos del mercado y trataba de impedir el libre acceso de otros competidores. La red podía estar en manos públicas o privadas, pero en todo caso debía ser gestionada de forma imparcial y objetiva⁶⁴.

Adicionalmente, el art. 3, apdo. t), TCE reconocía a la Comunidad la facultad de adoptar medidas en el ámbito de la energía, aunque no recogió con posterioridad un título específico dentro del Tratado dedicado a la política energética comunitaria, ya que aunque éste, como veremos, figuraba en el proyecto inicial fue eliminado en la cumbre preparatoria de Maastricht. En virtud de esta mención expresa, GIMENO FELIÚ entendía que la Unión Europea tenía competencia para adoptar disposiciones comunes a todos los Estados miembros en materia de energía, lo que quedaba corroborado por el reconocimiento en tal sentido contenido en la Declaración Aneja del Tratado⁶⁵.

En línea con este planteamiento, el principio de *subsidiariedad* que introdujo el Tratado de Maastricht (art. 3 B) abonaba igualmente la tesis sobre la competencia comunitaria en materia energética. En este sentido parecía pronunciarse el Comité Económico y Social en su Dictamen sobre la política energética comunitaria de 14 de septiembre de 1994: la aplicación del principio de *subsidiariedad* a la política energética debía hacerse con el criterio de transferir a las instituciones comunitarias las competencias que, ejercidas hasta entonces por autoridades nacionales, se justifiquen desde el plano de la eficacia. En este contexto, el Comité consideraba que la Unión Europea debía

⁶⁴ Vid. J. M^a. GIMENO FELIÚ, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, pp. 129-137.

⁶⁵ Vid. J. M^a. GIMENO FELIÚ, *Reflexiones sobre el diseño de una política energética comunitaria*, op. cit., p. 53.

tener competencia en áreas como la seguridad del aprovisionamiento o la armonización de los aspectos fiscales, medioambientales y de servicio público en el sector de la energía⁶⁶.

Con base en los nuevos títulos de intervención comunitaria recogidos en el Tratado de Maastricht, GIMENO FELIÚ concluía atribuyendo a la Unión Europea las competencias necesarias para la formulación de una auténtica política energética común:

“En resumen, el TUE y el TCE constituyen, ya en su versión actual, marco jurídico adecuado para el desarrollo de esta política comunitaria de la energía (que es política económica y política del medio ambiente, política de grandes redes transeuropeas, política de cohesión económica y social y política de libre competencia), que está claramente afectada por la aplicación de los principios y libertades comunitarias. Y ello sobre la base de cuatro principios previstos por la Comisión:

- a) *Gradualidad en la aplicación de las medidas.*
- b) *Subsidiariedad, de tal manera que cada Estado pueda elegir el régimen compatible que más le convenga.*
- c) *Mínima reglamentación comunitaria.*
- d) *Máximo acuerdo político a través de la vía del artículo 100 A TCE⁶⁷.*

El Tratado de Maastricht reguló con decisión la política de protección ambiental (arts. 130 R-130 T TCE) como política horizontal o transversal, esto es, de necesaria incidencia en todas las políticas sectoriales. En el ámbito de la energía, los acuerdos, resoluciones y disposiciones adoptados recogieron esta prioridad y transversalidad de la protección ambiental, al tiempo que propiciaban, directa o indirectamente, la continuidad de los hidrocarburos, el petróleo y el gas natural como elementos fundamentales del *mix* energético

⁶⁶ Vid. en este sentido V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *Política energética comunitaria: ¿una nueva política común?*, en “Comunidad Europea” núm. 10 (1994), p. 43.

⁶⁷ J. M^a. GIMENO FELIÚ, *Reflexiones sobre el diseño de una política energética comunitaria*, op. cit., pp. 54-55.

europeo⁶⁸. La preocupación medioambiental y su decisiva relación con la producción y el consumo de energía dieron pie para que el 29 de octubre de 1990 el Consejo de Ministros de Energía y Medio Ambiente decidiera estabilizar las emisiones de CO₂ para el año 2000 al nivel correspondiente a 1990⁶⁹.

En 1994 se firma en Lisboa la *Carta Europea de la Energía* por parte de 51 países⁷⁰. Esta *Carta* es una especie de código de conducta que tiene por objetivos promover la liberalización de los sectores energéticos en los países firmantes, que habían abandonado recientemente la economía de planificación central, y crear el marco jurídico idóneo para facilitar la contratación entre las empresas energéticas occidentales que disponían de tecnologías más avanzadas y las de los países de Europa Central y Oriental que contaban con

⁶⁸ “El término *mix* responde al conjunto de tecnologías de generación que posee cada empresa, así como el sistema en su conjunto para producir electricidad”. L. FERNÁNDEZ-VILLADANGOS, *Una panorámica sobre la estructura del mercado eléctrico en España*, en “Revista Aragonesa de Administración Pública”, núm. 34 (junio 2009), p. 317.

⁶⁹ “Con frecuencia se utiliza como referencia del compromiso de estabilización de las emisiones de CO₂ en el año 2000 al nivel de 1990 la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático pero el verdadero hito histórico europeo tuvo lugar mucho antes – el 29 de octubre de 1990 – cuando tal estabilización se decidió para la Unión en un Consejo mixto de energía y medio ambiente. El Comisario de Energía, CARDOSO E CUNHA, y los servicios fueron muy activos en aquella ocasión; en particular, se trabajó durante mucho tiempo en la creación de un impuesto sobre el contenido en carbono y en energía de las fuentes energéticas como instrumento de política medioambiental y energética, que no llegó a cristalizar. El carácter global del problema del cambio climático, y los costes que implica la lucha contra él, explican que hicieran falta siete años para, en 1997, llegar al Protocolo de Kyoto”. J. SIERRA LÓPEZ, *Una historia atormentada: la energía en Europa*, en “ICE” (Información Comercial Española) núm. 831 (julio-agosto 2006) – monográfico dedicado a *Políticas comunitarias: una visión interna* -, p. 293.

⁷⁰ Las negociaciones al respecto se iniciaron en Bruselas en julio de 1991 y concluyeron con la firma de un documento final en La Haya el 17 de diciembre de ese mismo año. El Tratado sobre la *Carta de la Energía* y el *Protocolo sobre la eficiencia energética y los aspectos medioambientales* relacionados fueron firmados el 17 de diciembre de 1994 en Lisboa por los 51 signatarios del documento, excepto Estados Unidos y Canadá. En el seno de la Comunidad fue la Decisión 181/98/CE/CECA/CEEA, de 23 de septiembre de 1997, la que aprobó el Tratado sobre la *Carta de la Energía* y el Protocolo de la misma. Entró en vigor en abril de 1998. *Vid.* Comunicación de la Comisión sobre la *Carta Europea de la Energía*. COM (91) 36 final. Bruselas, 14 de febrero de 1991. Para un análisis detallado, *vid.* V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *El Tratado de la Carta Europea de la Energía*, en la obra colectiva *Tratado de regulación del Sector Eléctrico*, vol. I, *Aspectos jurídicos*, Iberdrola-Thompson Aranzadi, Cizur Menor (2009), pp. 213-240.

importantes recursos energéticos. Se preveía que estos países consiguieran así la asistencia necesaria para enderezar su economía y abastecerse de energía en condiciones que facilitasen una mejora de su medio ambiente, un mayor equilibrio entre las diferentes fuentes de energía y una utilización más eficiente de la misma, al tiempo que se ponían a disposición de la Unión Soviética medios para la modernización de su industria energética.

El objetivo central de la *Carta* era mejorar la seguridad del abastecimiento energético y optimizar, junto con la eficacia de la producción, la transformación, el transporte, la distribución y la utilización racional de la energía para además aumentar la seguridad y minimizar los problemas ambientales, siempre sobre una base económica aceptable. Los objetivos más concretos se formulaban en torno a la expansión del comercio y la obtención de la máxima eficiencia energética. Los países firmantes se comprometían a evitar la imposición de normas discriminatorias, tanto de carácter fiscal como referentes a la propiedad de los recursos energéticos. La *Carta* también planteaba un compromiso para suprimir progresivamente los obstáculos en el tránsito de equipos y servicios energéticos, al tiempo que prestaba atención al fomento de las inversiones en energía, estableciendo un marco estable y transparente, con el fin de aumentar la seguridad jurídica y facilitar los intercambios de tecnología y la cooperación⁷¹.

⁷¹ Como ha apuntado J. M^a. MARÍN QUEMADA, en *Política energética en la Unión Europea: el debate entre la timidez y el atrevimiento*, *op. cit.*, pp. 67-68 y 73, Rusia no ha ratificado la *Carta Europea de la Energía* y no es fácil que lo haga en tanto persistan las dificultades de entendimiento con la Unión Europea, ya que ello limitaría su capacidad de maniobra en un sector, el de la energía, que es crítico para su economía y, por cierto, el único ámbito en que su influencia internacional ha crecido. Sin Rusia, la *Carta* pierde buena parte de su significado seguramente también porque no incluye a algunos productores que son fundamentales para el aprovisionamiento energético de Europa, como son los de Oriente Medio, África o Iberoamérica. Dentro de la concepción estratégica que recogen los documentos recientes de la Comisión, cabe destacar la importancia atribuida a Rusia, pero también la ausencia de medidas concretas

2.3.1. El Libro Verde de 1995: Por una Política Energética para la Unión Europea.

A principios de 1995, la Comisión presenta el Libro Verde *Por una Política Energética para la Unión Europea*⁷², documento en el que plantea el definitivo establecimiento del mercado interior de la energía mediante la eliminación de los obstáculos a su libre circulación y la práctica de una política común de relaciones exteriores, habida cuenta de la fuerte dependencia comunitaria de las importaciones.

En este Libro Verde los objetivos de la política energética se valoran en términos de los retos identificados. Estos objetivos se cifran básicamente en la satisfacción de las necesidades de los usuarios al menor coste posible, cumpliendo al mismo tiempo con los requisitos de seguridad del suministro y protección ambiental. Pero estos objetivos podían resultar contradictorios entre sí, por lo que era preciso alcanzar un equilibrio que permitiese la satisfacción de los aspectos esenciales e irrenunciables de los mismos, en el contexto del mercado interior europeo. Se trataba, pues, de definir un nuevo marco

orientadas a los objetivos de política energética con el resto del *espacio de vecindad* europeo y Oriente Medio. Con frecuencia, en distintos documentos de la Comisión se menciona la necesidad de estrechar relaciones de todo tipo con otros países proveedores de energía, pero Rusia parece ocupar el centro del escenario, lo cual está bien, pero sin olvidar la necesidad de completar esta estrategia con contrapesos que consideren el estrechamiento de las relaciones con el Mediterráneo, el Golfo Pérsico y el Caspio. Además, esos contrapesos son notablemente importantes para la Europa del Sur. En el caso del Golfo Pérsico, su dotación de reservas e influencia en la formación de precios aconseja aumentar la prioridad en las relaciones de contenido o fin energético. En el norte de África, la transformación del mapa de influencias refuerza la necesidad de construir un anillo energético euromediterráneo y no tendría sentido que la Unión Europea delegase en ningún Estado miembro concreto (Francia) esta tarea. La apertura de los mercados energéticos de la ribera sur del Mediterráneo es de relevancia estratégica para toda la Unión Europea y, desde luego, crítica para España.

⁷² Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde *Por una Política Energética para la Unión Europea*. COM (94) 659 final/ 2. Bruselas, 23 de febrero de 1995.

regulatorio para el sector de la energía, suficientemente flexible para adaptarse a los continuos cambios de coyuntura y que, al mismo tiempo, pudiera contribuir a la competitividad global de las economías europeas⁷³.

Las orientaciones de política energética resultantes del análisis inicial recogido en el Libro Verde apuntaban las siguientes vías de actuación:

1. Era evidente la necesidad de reforzar el nivel de acción concertada y cooperación entre los *policy makers* y los operadores del sector energético en el ámbito de la Unión Europea, con el fin de impulsar la convergencia entre las políticas energéticas nacionales y comunitarias.
2. Las políticas energéticas nacionales y comunitarias debían partir en todo caso de un enfoque integral, porque su efectividad dependía de su consistencia y porque además numerosos factores determinantes para estas políticas eran, por su propia naturaleza, transnacionales. Con el fin de fortalecer la competitividad en aquellos sectores en los que persistían los monopolios, el establecimiento del mercado único debía encontrar un equilibrio razonable entre diversos objetivos como la protección del consumidor, la seguridad del abastecimiento energético y la protección del medio ambiente.
3. Por lo que respecta al marco regulatorio comunitario, la situación de partida venía dada por la ausencia de una clara atribución de responsabilidades en materia de política energética a ese nivel, circunstancia que obstaculizaba el desarrollo de instrumentos jurídicos adecuados para llevar a cabo dicha política. Los Tratados CECA y

⁷³ De modo que este Libro Verde hace también su aportación al debate abierto con la publicación del Libro Blanco de la Comisión *Growth, Competitiveness and Employment. The Challenges and Ways Forward into the 21st Century*. COM (93) 700. Brussels, 5 December 1993.

CEEA delimitaban claramente estas responsabilidades con respecto al carbón, el acero y la energía atómica, pero el Tratado CEE no abordó una regulación similar en relación con las restantes fuentes de energía.

4. Finalmente, con respecto a la protección ambiental, se subrayan dos retos fundamentales: el primero comprende las formas convencionales de contaminación; el segundo se refiere al riesgo de cambio climático vinculado a la emisión de gases de efecto invernadero (*greenhouse gases*), procedente en gran medida del uso de combustibles fósiles.

El Libro Verde se publicaba como respuesta a una serie de significativos cambios en el entorno legal, institucional y económico de la Comunidad Europea. Desde el 1 de enero de 1993, las empresas europeas comenzaron a operar en un mercado único en el que la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales estaba asegurada. Las reglas del mercado único también debían aplicarse a las actividades del sector de la energía, si bien teniendo en cuenta la necesidad de garantizar en todo caso el cumplimiento de las obligaciones de servicio público.

La Comisión se había comprometido a presentar a la conferencia intergubernamental convocada para la reforma de los Tratados en 1996 un informe sobre la posible inclusión de requerimientos específicos en relación con la energía. El sector de la energía estaba entrando en una etapa de reformas de largo alcance motivadas por la creciente dependencia energética de la Unión Europea, las restricciones derivadas de las normas de protección ambiental – paulatinamente más exigentes ante el ritmo desbocado del consumo energético - y los cambios geopolíticos que afectaban tanto al

abastecimiento de la Europa comunitaria como a los patrones de consumo. Por último, es preciso recordar que el art. 2 TCE establecía el objetivo de *“un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente”*, con importantes consecuencias para la política energética.

El contexto geopolítico es un factor especialmente decisivo para la definición de la política energética. La producción y el comercio de energía se canalizan en gran parte a escala internacional, bien porque los agentes del mercado son compañías multinacionales o gobiernos, o bien porque los recursos están en su mayor parte localizados en una región mientras que el mercado lo está en otra.

Los rasgos de cada mercado energético vienen determinados por la naturaleza de las diferentes fuentes de energía, la tecnología empleada y los límites específicos de cada sector. Por ejemplo, el carbón comunitario no era competitivo en relación con el carbón importado, el sector del gas operaba en su mayor parte en términos de mercados monopolistas cerrados, y no existía consenso con respecto al futuro de la energía nuclear. Las energías renovables estaban contribuyendo positivamente a solucionar problemas como las necesidades crecientes de importación y los daños ambientales, aunque dada la relativa inmadurez de este sector, la escala de los beneficios obtenidos en ese momento era muy limitada. El desarrollo técnico y económico de Europa se iba a ver potenciado con una mayor integración de los mercados energéticos, lo que explicaba por qué era necesario asegurar que tales mercados funcionasen de acuerdo con las reglas señaladas por los Tratados.

Las políticas energéticas de los Estados miembros dependen estrechamente de su particular dotación de recursos. En consecuencia, había grandes diferencias entre los balances energéticos de los distintos Estados miembros. Al mismo tiempo, existía un amplio consenso entre los Estados miembros sobre los objetivos de una política energética europea: diversificación de las fuentes de energía, mayor protagonismo para el mercado, y reforzamiento de las medidas de ahorro y eficiencia energética.

Las diferentes regiones de la Unión Europea no están igualmente dotadas en términos de recursos energéticos. En particular, las regiones más desfavorecidas son más dependientes de las importaciones que el promedio de la Comunidad. El reforzamiento de las infraestructuras, los avances en eficiencia energética y el uso de fuentes renovables constituyen medidas de corrección de estos desequilibrios regionales en el abastecimiento energético, aspecto decisivo de cara al desarrollo económico de tales regiones.

Los avances tecnológicos desempeñan un papel decisivo en el sector de la energía. El ejemplo tantas veces citado de las centrales de generación del Mar del Norte había puesto de manifiesto que la reducción de los costes de explotación debida a la progresiva automatización y mejora de los sistemas de producción aseguraba la viabilidad económica – rentabilidad – de la actividad a pesar de la fuerte reducción de los precios del crudo, al tiempo que la innovación tecnológica desempeñaba un papel clave en la mejora de la protección ambiental y de la eficiencia energética.

El uso de cualquier recurso energético plantea casi inevitablemente problemas de impacto ambiental en cada fase del ciclo de explotación, tanto en la producción como en el transporte y en el consumo. Los problemas pueden ser específicos y depender del tipo de energía, como es el caso de los residuos nucleares o de las emisiones de gases sulfurados, o bien pueden ser comunes a varias formas de energía, como las emisiones de CO₂. Es además comúnmente aceptado que el progreso social y económico del sector energético sólo es posible en el contexto de un enfoque estratégico global.

La política energética debe enmarcarse en el contexto de una perspectiva a largo plazo, a fin de influir en el patrón de inversiones relativas a las infraestructuras de producción y transporte. Estas decisiones de inversión no producen resultados sino transcurridos muchos años y requieren anticipar ulteriores desarrollos del sector energético. En consecuencia, las empresas y las autoridades públicas deberían considerar el estudio de las perspectivas del sector energético como un requisito inexcusable para la correcta formulación de la política energética.

Los servicios de la Comisión Europea desarrollaron una serie de estudios a lo largo del año 1992, y los resultados de este análisis confirmaron que las principales tendencias de futuro de la energía vendrían dadas por la evolución demográfica, los cambios en la conducta de los consumidores, el nivel de actividad económica, los cambios estructurales y los avances tecnológicos.

Es evidente que hay dos políticas comunitarias que tienen una particular incidencia en el sector de la energía. La creación de un mercado interior de la energía, mediante el sometimiento de los mercados nacionales a las reglas comunes y la supresión de barreras de entrada, reviste capital importancia a fin de garantizar el acceso a la energía al menor coste para todos los consumidores finales, tanto los grandes consumidores industriales como los domésticos. Resultaba particularmente necesario establecer el mercado interior de la energía en los sectores del gas y de la electricidad, al tiempo que el proceso de armonización y normalización debía ser impulsado activamente para asegurar la libre competencia.

Por otra parte, la política exterior era un factor clave por su influencia en la disponibilidad de recursos energéticos procedentes de terceros países, teniendo en cuenta que el conjunto de la Comunidad dependía del exterior para obtener el 50 % aproximadamente de los suministros. Los diversos acuerdos de cooperación y el creciente papel de la política comercial que acompañaban al fenómeno de la internacionalización de los mercados eran aspectos decisivos en este contexto.

En relación con los instrumentos de apoyo financiero, vale la pena destacar el importante papel jugado por el *IV Programa Marco comunitario de Investigación y Desarrollo Tecnológico (1994-1998)* y los programas de promoción de tecnologías energéticas no-nucleares (Joule-Thermie). También se disponía de otros instrumentos financieros de política regional u

orientados a la cohesión económica y social⁷⁴. Finalmente, las políticas comunitarias contemplaban la posibilidad de intervenciones regulatorias, como era el caso de los instrumentos específicos previstos en los programas SAVE y ALTENER⁷⁵.

Los objetivos de la futura política energética debían definirse en el marco establecido por el Tratado de la Unión Europea para la política general de la Comunidad (art. B, art. 129 B, apdo. 2, y arts. 130 A y B):

- La necesidad de *“promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio económico sin fronteras interiores, ..., y el establecimiento de una Unión Económica y Monetaria”* tiene importantes consecuencias para el sector de la energía. La disponibilidad de energía al mejor precio y en las mejores condiciones es una condición irrenunciable del progreso económico y fortalece la competitividad global de la Comunidad. La convergencia de las políticas energéticas nacionales es un factor decisivo en relación con la necesaria convergencia de las políticas

⁷⁴ El Tratado de Maastricht, en el nuevo título XIV que introdujo en el texto del TCE (arts. 130 A-130 E), contemplaba la reforma de los Fondos Estructurales en línea con el objetivo de la cohesión económica y social, así como la puesta en marcha de un Fondo específico de Cohesión destinado a auxiliar a los Estados miembros con especiales dificultades en el cumplimiento de los requisitos de convergencia nominal exigidos para el acceso a la Unión Económica y Monetaria.

⁷⁵ El programa SAVE es el principal instrumento de medidas no tecnológicas sobre eficiencia energética de la Unión Europea. Se trata del único programa de alcance comunitario dedicado exclusivamente a la promoción del ahorro y la eficiencia energética en la industria, el comercio y el sector doméstico, además del sector del transporte, a través de medidas políticas, información, estudios y acciones piloto y la creación de agencias de gestión energética locales y regionales. Por su parte, el programa ALTENER es el principal programa de fomento de las energías renovables en la Unión Europea. Financia actividades destinadas a desarrollar el potencial de las fuentes de energía renovables, apoya proyectos piloto destinados a crear o ampliar infraestructuras e instrumentos para el desarrollo de fuentes de energía renovables e incluye medidas de fomento y difusión de este tipo de energías. Para un análisis de estos programas en el contexto del principio de *eficiencia energética* vid. epígrafe 3.4 del Capítulo III de esta Memoria.

económicas nacionales, como se puso de manifiesto *a contrario* en la gestión de las crisis energéticas de los años 70.

- La naturaleza “*sostenible*” que se atribuye por el Tratado al progreso económico y social procede de la incorporación de la dimensión medioambiental a las demás políticas de la Comunidad (*transversalidad*)⁷⁶.
- La creciente “*afirmación de la identidad de la Unión Europea*” en la escena internacional, “*en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común*” también incide en el sector de la energía, estabilizando las relaciones políticas y económicas con los países productores y garantizando la seguridad de los tránsitos de energía.
- El fortalecimiento de la *cohesión económica y social* y el acceso a través de las *redes transeuropeas*⁷⁷ a las regiones insulares, periféricas y aisladas debía incluirse en las actuaciones de política energética, puesto que la energía es indudablemente un factor de cohesión económica y social, como por otra parte podía concluirse a la vista de las significativas discrepancias apreciables en los precios y en la intensidad de uso entre las regiones anteriormente indicadas y las regiones centrales de la Comunidad.
- Con respecto al principio de *subsidiariedad*, la definición de los objetivos de la política energética debía tener en cuenta dos aspectos

⁷⁶ Sobre el origen histórico del concepto de desarrollo sostenible *vid. infra* epígrafe 3.9 del Capítulo III de esta *Memoria*.

⁷⁷ El Tratado de Maastricht había incluido el fomento de la creación y el desarrollo de *redes transeuropeas* entre las actuaciones a desarrollar por la Comunidad Europea para el cumplimiento de sus fines (art. G en relación con la nueva redacción del art. 3 del Tratado CEE), e incluía un nuevo título XII (arts. 129 B-129 D) con una regulación específica en esta materia.

importantes. Por un lado, la Comunidad disponía de muchos instrumentos de actuación que podían incidir directa o indirectamente en la política energética y que, por tanto, debían emplearse en forma coherente con los objetivos comunes en materia de energía. Por otra parte, la misión de la Comunidad era evitar distorsiones provenientes de eventuales políticas contradictorias de los Estados miembros de modo que los objetivos comunes condujeran siempre a una más estrecha convergencia de las políticas nacionales.

Dentro de este marco de actuación, los objetivos de la política energética podían cifrarse en los siguientes:

1. *Competitividad global.* La búsqueda de la competitividad podía impulsar la puesta en marcha de una política energética común, ya que ofrecía a las empresas del sector la dimensión internacional necesaria para lograr la seguridad del suministro y, por ende, el desarrollo del conjunto de la economía.
2. *Seguridad del suministro energético.* La mejora de la seguridad en el suministro energético podía obtenerse a partir de múltiples actuaciones: la creación de un clima favorable a la actividad económica de las empresas; las medidas dirigidas al ahorro de energía; la intensificación de los esfuerzos orientados al desarrollo de fuentes de energía autóctonas y renovables; la diversificación de las fuentes y del origen del suministro energético; la flexibilidad en el uso de la energía a través de la interconexión de redes y la extensión de éstas hacia regiones periféricas y áreas productoras; etc.

3. *La protección ambiental.* Un crecimiento sostenible y no inflacionario, respetuoso con el medio ambiente, es uno de los objetivos principales de la Unión Europea⁷⁸. La integración de la dimensión medioambiental dentro de la política energética debía llevarse a cabo a través del establecimiento de estándares para productos y procesos, límites de emisiones, incentivos o recargos fiscales, acuerdos voluntarios, sistemas de responsabilidad civil, etc. A todo ello hay que añadir las medidas de impulso a las nuevas tecnologías energéticas eficientes, que en sí mismas constituyen un nuevo mercado con importantes oportunidades para las empresas europeas, así como la lucha contra el cambio climático, que se materializa en la redefinición del *mix* energético con una mayor participación de las fuentes renovables.

Las prioridades, pues, de la acción comunitaria en este ámbito venían dadas por la construcción del mercado interior de la energía, la especial atención a los servicios de interés económico general (entre los cuales se encuentra el suministro de electricidad y gas natural), la garantía de la seguridad del abastecimiento energético, la protección ambiental, la cooperación internacional, las medidas de ahorro y eficiencia energética y el apoyo a la investigación y el desarrollo de tecnologías limpias y energéticamente eficientes, así como a su difusión generalizada en el sector industrial.

En este escenario, diseñado en sus líneas fundamentales por el Tratado de Maastricht, el papel de la Unión Europea en el ámbito de la política

⁷⁸ Art. 2 del Tratado CEE, en la redacción dada por el art. G del Tratado de Maastricht.

energética se define a partir del protagonismo de la libertad de empresa, de modo que el mercado es quien *a priori* debe satisfacer las necesidades de los consumidores y de la sociedad en su conjunto.

Como resultado del debate abierto con la publicación del Libro Verde, la Comisión se comprometía a publicar un Libro Blanco en 1995 a fin de establecer un plan de trabajo para la energía en la Comunidad. El propósito de este plan de trabajo se concretaría en el recurso a los instrumentos disponibles para la consecución de objetivos a corto plazo en el ámbito de la política energética y en la promoción de la cooperación entre los Estados miembros y la industria energética.

2.3.2. El Libro Blanco de 1995: Una Política Energética para la Unión Europea.

En diciembre de 1995, la Comisión presenta el Libro Blanco *Una Política Energética para la Unión Europea*⁷⁹. En este Libro Blanco la política energética se estructuraba en torno a tres pilares: promover la competitividad – para lo que era necesario liberalizar los mercados de la electricidad y del gas natural -, asegurar las fuentes de suministro y proteger el medio ambiente. Con estos objetivos se diseña una estrategia consistente en integrar los mercados, internalizar costes y potenciar la dimensión exterior del sector de cara a asegurar el abastecimiento⁸⁰.

⁷⁹ Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Blanco *Una Política Energética para la Unión Europea*. COM (95) 682 final. Bruselas, 13 de diciembre de 1995.

⁸⁰ Vid. C. GONZÁLEZ RABANAL, *La Política Energética*, op. cit., p. 920.

El debate en torno a las cuestiones planteadas por el Libro Verde puso de manifiesto que existía una gran variedad de puntos de vista con respecto a la prioridad a otorgar a los distintos objetivos básicos, el grado deseable de intervención comunitaria en el mercado de la energía y, en particular, los instrumentos a emplear, por lo que era necesario tomar una serie de decisiones partiendo de la imposibilidad de satisfacer las respectivas preferencias de todos los actores implicados.

En general, el debate sobre el Libro Verde y las múltiples aportaciones al mismo de diversa procedencia habían proporcionado a la Comisión un valioso material para la redacción del Libro Blanco, de modo especial por lo que respecta a las directrices de la política energética y las medidas a adoptar para su efectiva aplicación.

Para definir los objetivos de la política energética era ya necesario situarse en el nuevo marco político y económico de la Unión Europea. A estos efectos, los actores principales eran, desde luego, las empresas que necesitaban operar en un marco legal y fiscal eficiente, que estimulase la inversión y la innovación y que estuviera resguardado de intervenciones públicas indebidas. Este marco general se caracterizaba en función de cuatro conceptos clave:

1. *Dimensión exterior: la globalización de los mercados.* La tendencia más persistente en la economía mundial durante las últimas décadas es la globalización de los mercados. A medida que el conjunto de la economía comunitaria se ve más afectada por el fenómeno de la globalización,

también los mercados energéticos, tradicionalmente no expuestos a la competencia internacional, se encuentran inmersos en él. Entre los aspectos estratégicos que inciden en la formulación de la política energética cabe destacar aquellos relacionados con la seguridad del aprovisionamiento y con la relevancia del comercio internacional de productos energéticos, debido a que los recursos están a menudo localizados en una determinada región y los mercados en otras distintas. La tendencia a la globalización en los mercados energéticos se había reforzado por recientes cambios políticos, de modo particular en los países de Europa Central y Oriental (PECO) y de la Comunidad de Estados Independientes (CEI). A nivel económico, la firma del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) señaló un fuerte compromiso de las principales economías en la liberalización del comercio y las políticas orientadas por los principios del libre mercado. En la misma línea, también tuvo gran significación la firma de la *Carta de la Energía*, con su compromiso por la liberalización del comercio y las inversiones en el sector de la energía.

2. *Los problemas medioambientales.* El sector energético debe ser incluido en toda política de protección ambiental, ya que cualquier actividad energética produce un impacto medioambiental a nivel local, regional o incluso global. Existía, en este sentido, un amplio consenso en torno a la necesidad de un enfoque integrado – que incluyese, por tanto, la perspectiva medioambiental – en la formulación de la política energética, contribuyendo así al mismo tiempo a lograr el objetivo de desarrollo sostenible.

3. *La tecnología.* El desarrollo de nuevas tecnologías produce un impacto decisivo sobre la competitividad y, en definitiva, sobre el mercado de trabajo. Además, el desarrollo tecnológico contribuye a la consecución de otros objetivos de la política energética, en particular de la seguridad de suministro, facilitando el acceso a los recursos autóctonos - entre los que se incluyen las energías renovables -, ayudando a mejorar el *mix* energético, y alcanzando mayores niveles de ahorro y eficiencia energética. Sin embargo, las empresas no siempre cuentan con los recursos o la voluntad de asumir los riesgos necesarios para desarrollar tecnologías avanzadas. Por esta razón, se entendía que era necesario el apoyo público a las actividades de investigación y desarrollo tecnológico.
4. *Las responsabilidades institucionales de la Comunidad.* En este sentido, era preciso definir las responsabilidades de la Comunidad, los Estados miembros, las regiones y las autoridades locales en las actuaciones de política energética. El principio de *proporcionalidad* debía prevalecer, de modo que la regulación se limitase al mínimo imprescindible, evitando la intervención pública en aquellos supuestos en que el normal funcionamiento del mercado permitiera introducir las reformas necesarias. Este criterio había de aplicarse en todos los niveles de decisión y especialmente en el comunitario, ya que hubiera resultado incoherente e insensato que la Comunidad plantease políticas intervencionistas cuando su principal preocupación era la apertura de los mercados y la supresión de las barreras proteccionistas nacionales. Se requería, sin embargo, cierta regulación para la corrección de fallos del mercado y para garantizar la consecución de los objetivos de política

energética, en particular para la construcción del mercado interior. En todo caso, una política energética basada en principios de mercado debía suprimir regulaciones innecesarias que podían imponer costes adicionales y reducir la competitividad de la industria, bajo la consideración de que los mecanismos de mercado son, por regla general, la mejor herramienta para maximizar la eficiencia en el uso de los recursos energéticos⁸¹. De acuerdo también con el Tratado de la Unión Europea (art. 3 B), la atribución de responsabilidades en materia de energía a los distintos niveles de decisión debía atenerse al principio de *subsidiariedad*. La actuación comunitaria debía centrarse, en consecuencia, en aquellas áreas donde pudiera lograrse valor añadido real o donde las políticas nacionales existentes generasen barreras al comercio u otras distorsiones del mercado que impidieran alcanzar los objetivos de política energética de la Comunidad.

En cuanto a las tendencias emergentes en el ámbito de la energía, los estudios realizados por los servicios de la Comisión apuntaban a que Europa aumentaría significativamente su dependencia de la energía importada, el gas estaba compitiendo con el petróleo como elemento principal del *mix* energético, y los consumidores europeos se harían más dependientes del suministro de

⁸¹ Estas eran las principales recomendaciones del grupo de expertos independientes creado por la Comisión para estudiar la reforma y simplificación de las regulaciones comunitarias y nacionales con el objetivo de mejorar la competitividad y el empleo en la economía europea: *vid.* Commission of the European Communities, *Group of Independent Experts for Administrative and Legislative Simplification*. COM (95) 288 final. Brussels, 21 June 1995. El acervo comunitario en materia de energía no era muy amplio, aunque parte de la legislación había quedado obsoleta. De hecho, la Comisión Europea presentó un informe que planteaba la revisión de la legislación sobre el sector del petróleo y sobre eficiencia energética: *vid.* Communication from the European Commission, *Review of Community Energy Legislation*. COM (95) 391 final. Brussels, 26 July 1995.

energía en red. El diseño final del *mix* energético estaba sujeto a cierta flexibilidad: la preocupación por el fenómeno del cambio climático, los efectos de los avances tecnológicos, la liberalización de los mercados y el hecho de que la explotación de algunas fuentes de energía renovable había alcanzado el umbral de rentabilidad, eran sin duda alguna los principales factores determinantes de su composición.

El Libro Blanco establecía como directrices de política energética las siguientes:

1. La integración de los mercados energéticos, es decir, *la construcción del mercado interior de la energía* en la perspectiva de la competitividad global de la economía europea. La liberalización de los mercados de la electricidad y el gas iba a poner en marcha un proceso de cambio estructural en las economías europeas. La legislación comunitaria, de acuerdo con el principio de *subsidiariedad*, ofrecía varias opciones para la organización de los mercados en los Estados miembros, que debían no obstante ser revisadas para garantizar que el resultado final del proceso sería satisfactorio. Los instrumentos y mecanismos de supervisión debían permitir a las instituciones comunitarias el logro de este resultado⁸².

⁸² En particular, estos instrumentos y mecanismos de supervisión debían permitir a las instituciones comunitarias el correcto desempeño de una serie de funciones o responsabilidades: asegurar el adecuado funcionamiento del mercado interior; verificar que los distintos sistemas de acceso a la red producen resultados comparables en términos de apertura y acceso a los mercados; garantizar que el entorno empresarial ofrece condiciones equitativas de competencia a los productores independientes de electricidad; establecer, bajo los auspicios de la Comisión, mecanismos de cooperación entre las autoridades reguladoras nacionales de sistemas interconectados de electricidad y gas que puedan extenderse también al ámbito de las redes transeuropeas; crear un clima favorable para la inversión en el despliegue de infraestructuras, con especial atención a las interconexiones transfronterizas y a las redes transeuropeas; etc.

2. *Hacer frente a la dependencia externa.* La creciente dependencia energética era motivo de preocupación para las autoridades comunitarias, debido a las inquietantes situaciones de riesgo político en alguno de los más importantes países proveedores de suministro energético y al ritmo galopante de crecimiento del consumo de energía en todo el planeta. Este objetivo era una concreción del tradicional y más general de la garantía de la *seguridad del abastecimiento energético*⁸³. El Libro Blanco de 1995 establece una conexión entre la *seguridad del aprovisionamiento* y la *diversificación de fuentes y proveedores de energía*, apuntando en particular a la necesaria ampliación de la composición del *mix* energético que sirve de base para el suministro eléctrico a nivel doméstico. Desde el punto de vista de las relaciones energéticas internacionales, las actuaciones previstas de cooperación en materia de comercio e inversión se inscriben en el marco definido por el Tratado de la *Carta de la Energía* y la *Estrategia de Preadhesión* (con respecto a los países de Europa Central y Oriental)⁸⁴, así como por el *Diálogo sobre Energía* con los países productores (singularmente con Rusia y el Consejo de Cooperación del Golfo Pérsico), y

⁸³ Con respecto al petróleo, se reconoce la necesidad de asegurar la coordinación a nivel comunitario en las crisis de suministro, reducir los costes de las medidas de seguridad y lograr una gestión eficaz de las reservas estratégicas. En relación con el suministro de otras fuentes de energía, se llama la atención sobre el fuerte incremento en el uso del gas y la creciente dependencia de las importaciones que se deriva de la caída de la producción dentro de la Comunidad [vid. Communication from the European Commission, *European Community Gas Supply and Prospects*, COM (95) 478. Brussels, 18 October 1995]. Por otra parte, se alude a la necesidad de garantizar un suministro regular de combustibles sólidos (carbón) con el fin de lograr un *mix* energético suficientemente diversificado para la producción de energía eléctrica. Con respecto a la energía nuclear, se postula una adecuada aplicación de las disposiciones del Tratado CEEA.

⁸⁴ La *Estrategia de Preadhesión* fue acordada en el Consejo Europeo de Essen. Vid. *White Paper on preparation of the Associated Countries of Central and Eastern Europe for integration into the internal market of the Union*. COM (95) 163. Brussels, 3 May 1995.

en general a través de los cauces establecidos en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio⁸⁵.

3. *Desarrollo sostenible*, como concreción del objetivo de protección ambiental. El *V Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible*, en línea con el planteamiento del Libro Blanco sobre *el Crecimiento, la Competitividad y el Empleo*⁸⁶, había asumido el criterio de que la internalización de los costes y beneficios podía ser la forma más eficaz y eficiente de integrar los problemas ambientales en el diseño de las políticas comunitarias, ya que tenía la clara ventaja de que suponía trabajar *con* el mercado en vez de *contra* el mercado. El Libro Blanco de 1995 plantea la introducción de *instrumentos económicos*, que serían compatibles con un enfoque general basado en el mercado; es decir, las decisiones se dejan en manos de los agentes del mercado, mientras que el marco regulatorio fija los requerimientos ambientales⁸⁷. En la misma línea, si se quieren alcanzar simultáneamente los objetivos medioambientales y una reducción de la creciente dependencia de la Comunidad de la energía importada, es preciso

⁸⁵ Las actuaciones de cooperación y asistencia en materia energética se han instrumentado a través de los programas comunitarios PHARE, TACIS, THERMIE y SYNERGY, mientras que las que responden a la *Estrategia de Preadhesión* se han canalizado a través de los programas SAVE y ALTENER.

⁸⁶ Vid. el ya citado White Paper *Growth, Competitiveness and Employment. The Challenges and Ways Forward into the 21st Century*. COM (93) 700.

⁸⁷ Entre los instrumentos postulados para la implementación de una política energética comunitaria, destaca la *reforma del sistema tributario* en el sentido de un cambio desde el énfasis en la imposición sobre el trabajo a los tributos que gravan el uso de recursos naturales escasos. Para el sector energético, estas medidas podían traducirse en un aumento de los precios relativos de la energía que se compensaba con una reducción paralela de los costes laborales indirectos. Los niveles impositivos y otros aspectos técnicos tendrían que ser decididos por los Estados miembros en un marco, eso sí, comunitario. Los Estados miembros podían valorar la posibilidad de que parte de estos ingresos fueran canalizados en forma de incentivos a actuaciones de mejora de la eficiencia energética, inversiones en tecnologías limpias y otras medidas complementarias para favorecer cambios en la conducta de los consumidores. Partiendo de estas premisas, es preciso tomar en consideración tanto los instrumentos económicos como los de otra índole. En este contexto, se propugna un papel más relevante para los organismos de normalización, los códigos de conducta, los sistemas comunitarios voluntarios de gestión y auditoría medioambiental, así como los acuerdos voluntarios con fabricantes.

obtener el máximo rendimiento de las tecnologías y prácticas adoptadas en el ámbito de la eficiencia y la conservación de la energía. La mejora de la *eficiencia energética* resulta beneficiosa para todos los agentes del sector⁸⁸. Por otra parte, es deseable una mayor participación de las *energías renovables* en el balance energético de la Comunidad, teniendo en cuenta que estas formas de producción generan escasas externalidades negativas (mínima o incluso nula contaminación) y resultan fácilmente accesibles, por lo que contribuyen significativamente a la seguridad del abastecimiento además de a la protección ambiental. A largo plazo, las renovables constituyen la única fuente de energía sostenible⁸⁹.

4. *El papel de la investigación y el desarrollo tecnológico en el ámbito energético.* Los Tratados identifican las actuaciones en materia de investigación y desarrollo como decisivas no sólo para el progreso del conocimiento científico y los programas de tecnología avanzada, sino también para el apoyo a otras políticas comunitarias como la energética. Entre otros aspectos, se subraya la importancia de la tecnología para el suministro, transformación y utilización de los recursos energéticos, así como su contribución a la competitividad, la diversificación de las fuentes y proveedores de suministro, y el desarrollo sostenible⁹⁰. La Comisión se

⁸⁸ Para la industria energética, la eficiencia puede incrementar los beneficios, la productividad, la competitividad y minimizar el derroche de recursos, mientras que para los consumidores puede reducir los costes sin sacrificar su comodidad o conveniencia. Para la Comunidad, un uso más eficiente de la energía reduce la dependencia energética y mejora la seguridad del abastecimiento, al tiempo que tiene como efecto adicional la minimización del impacto ambiental de las actividades que consumen energía.

⁸⁹ En este ámbito, la perspectiva propia de las autoridades regionales y locales juega un papel de primer orden en el intercambio de experiencias, *know-how* y transferencia de tecnología, ya que para la explotación de energías renovables es necesario disponer de un conocimiento en profundidad del entorno local.

⁹⁰ Por estas razones, la Comunidad continuaba apoyando la investigación y el desarrollo tecnológico a través del programa JOULE-THERMIE - con especial atención al desarrollo de técnicas de producción no

comprometía a trabajar con los Estados miembros en el diseño de una *estrategia global de investigación y desarrollo tecnológico* que promoviera un enfoque integrado en la investigación, demostración, difusión e implantación de nuevas tecnologías energéticas.

Por lo que respecta a los instrumentos, la Comunidad dispone de una amplia panoplia estrechamente vinculada a una serie de competencias en materia de investigación y desarrollo tecnológico (IDT), armonización de la legislación, defensa de la competencia, relaciones energéticas exteriores, redes transeuropeas, medio ambiente, etc. que permiten afrontar los retos planteados a la política energética. La experiencia había mostrado, no obstante, la existencia de ciertas lagunas. En términos de acción inmediata, la Comisión proponía una serie de iniciativas a adoptar en 1996, sin perjuicio de los resultados de la conferencia intergubernamental prevista para ese mismo año:

- El establecimiento de un programa para supervisar las tendencias en el ámbito de la energía, en colaboración con los Estados miembros, la industria energética y otros organismos, con el fin de que las decisiones de política energética pudieran tomarse sobre la base de un análisis compartido.

nucleares -, así como la innovación o aplicación de avances tecnológicos en el mercado y la búsqueda de sinergias entre diversas tecnologías clave a través de los programas SAVE, ALTENER y ESPRIT. ESPRIT (*European Strategic Programme for Research in Information Technology*) es un programa de investigación y desarrollo tecnológico en el campo de las tecnologías de información. El propósito último del programa ESPRIT es proporcionar una base tecnológica a la sociedad de la información para que las empresas y las organizaciones puedan desarrollarse de una manera sólida concentrando sus esfuerzos con el objetivo de mejorar la competitividad en la industria y por extensión mejorar la vida laboral de todos los ciudadanos. *Vid.* Decisión 94/802/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1994, por la que se adopta un programa específico de investigación y desarrollo tecnológico, incluida la demostración en el campo de las tecnologías de la información (1994-1998) [DOCE núm. L 334, de 22.12.1994, pp. 24-46].

- La creación de un Consejo Consultivo de Energía, bajo los auspicios de la Comisión, compuesto por representantes de los principales agentes económicos y sociales del sector.
- La organización de mecanismos de cooperación entre los Estados miembros para la consecución de los objetivos comunes de la política energética.

El Libro Blanco de 1995 concluye con un *programa indicativo de trabajo* para un período de cinco años, en el que se establecen una serie de actuaciones encuadradas en los diversos instrumentos comunitarios para la elaboración de una política energética que cumpla con los objetivos de competitividad, seguridad de abastecimiento y protección ambiental.

2.3.3. Una visión global de las actuaciones comunitarias en el ámbito de la energía. El Programa Marco sobre las actividades del sector de la energía para el período 1998-2002.

En 1997, la Comisión emite una Comunicación en la que trata de reflejar una visión conjunta de la política y las actuaciones a emprender en el ámbito de la energía⁹¹, haciendo un balance de la ejecutoria seguida por la Comunidad hasta ese momento y un inventario de los instrumentos de intervención disponibles para la implementación de una política energética comunitaria.

Partiendo de la inexistencia de un bloque normativo específico dentro del Derecho comunitario y del hecho de que las actuaciones llevadas a cabo en

⁹¹ Comunicación de la Comisión Europea, *Visión global de la política y las actuaciones en el campo de la energía*. COM (97) 167 final. Bruselas, 23 de abril de 1997.

esta materia se enmarcaban en el ámbito de otras políticas comunitarias (relaciones exteriores, medio ambiente, mercado interior, ...), la Comisión señalaba la falta de transparencia y de coordinación de la incipiente política energética comunitaria y, en consecuencia, formulaba una lista de prioridades en congruencia con los principales objetivos estratégicos a los que se enfrentaba la Unión Europea. Tales objetivos no eran básicamente sino los ya planteados por el Libro Blanco de 1995 – *seguridad* del abastecimiento energético, mejora de la *competitividad* de las empresas europeas y protección del *medio ambiente* -, vinculando eso sí la defensa del medio ambiente al *desarrollo sostenible* y añadiendo como nuevo objetivo el fomento de la *investigación y el desarrollo tecnológico* en el sector energético.

Este planteamiento integrado de la política energética se materializa en una lista de actuaciones prioritarias dirigidas a garantizar la seguridad del abastecimiento, conseguir la integración del mercado energético comunitario con el fin de mejorar la competitividad de la industria europea, aplicar una política energética compatible con el objetivo de desarrollo sostenible y fomentar la investigación y el desarrollo tecnológico del sector.

Con el fin de garantizar la *seguridad del aprovisionamiento energético* se propone: i) diversificar la oferta de energía; ii) controlar la demanda promoviendo una utilización más racional de la energía; iii) considerar la energía en el contexto de la *Estrategia de Preadhesión* de los PECO; iv) cooperar con las organizaciones internacionales en el ámbito de la energía; v) adaptarse ante las situaciones de crisis; y vi) elaborar programas de ayuda y cooperación, ya sean de asistencia técnica (PHARE, TACIS y MEDA) o

específicos (como *Energía inteligente-Europa*), en los ámbitos de la investigación y el medio ambiente.

En cuanto a la *integración de los mercados energéticos*, se enumeran las disposiciones comunitarias adoptadas con esta finalidad, en particular las Directivas sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (1996) y el gas natural (1998)⁹², recordando que las inversiones necesarias en infraestructuras energéticas podían financiarse tanto en el marco de las redes transeuropeas como en el de la política de cohesión económica y social (Fondos Estructurales).

En relación con la promoción del *desarrollo sostenible*, se postula la necesidad de coherente los objetivos energéticos y medioambientales, mediante la utilización racional y eficaz de los recursos energéticos, el fomento de las fuentes de energía nuevas y renovables, y la coordinación entre los diversos instrumentos y programas de actuación disponibles.

Finalmente, se alude a la conveniencia de facilitar un apoyo suficiente a la *investigación y el desarrollo tecnológico*, tanto en relación con la energía nuclear como con la no nuclear.

En 1998 la Unión Europea firmó el *Protocolo de Kyoto sobre el Cambio Climático*, comprometiéndose a disminuir las emisiones de gases con efecto invernadero (*greenhouse gases*) en al menos un 5 % con respecto al nivel de

⁹² “La técnica legislativa adoptada en este devenir comunitario ha sido fundamentalmente la Directiva europea, como método ordinario de aproximar legislaciones en el Derecho europeo. Y el objetivo, construir un mercado interno sin barreras estatales”. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *La problemática jurídica del Sector Eléctrico*, op. cit., pp. 289-290.

1990, durante el período 2008-2012, lo que implicaba que los Estados miembros debían reducir conjuntamente sus emisiones en un 8 % para el mismo período.

En 1999, el Consejo Europeo, a propuesta de la Comisión, aprueba un *Programa Marco sobre las actividades del sector de la energía para el período 1998-2002 y una serie de medidas relacionadas*⁹³. De acuerdo siempre con el principio de *subsidiariedad*, las actuaciones contempladas en el *Programa Marco*, sin sustituir o desplazar a las iniciativas de los Estados miembros en esta materia, pretendían favorecer la coherencia y la complementariedad entre ellas. Con esta finalidad, se preveía la aplicación de seis programas quinquenales (1998-2002), abiertos a la participación de los países asociados de Europa Central y Oriental y de Chipre:

1. *Programa ALTENER II*: programa plurianual de fomento de las energías renovables en la Comunidad Europea⁹⁴.
2. *Programa CARNOT*: programa plurianual de medidas tecnológicas para el fomento de la utilización limpia y eficiente de combustibles sólidos⁹⁵.

⁹³ Decisión núm. 1999/21/CE/CEEA del Consejo, de 14 de diciembre de 1998, por la que se establece un *Programa Marco para las actividades del sector de la energía (1998-2002) y las medidas relacionadas* [DOCE núm. L 7, de 13.1.1997, pp. 16-19].

⁹⁴ Decisión núm. 2000/646/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2000, por la que se aprueba un programa plurianual de fomento de las energías renovables en la Comunidad (ALTENER) (1998-2002) [DOCE núm. L 79, de 30.3.2000, pp. 1-5]. Sus objetivos eran la creación de las condiciones jurídicas, socioeconómicas y administrativas necesarias para la aplicación de un *plan de acción* comunitaria sobre fuentes de energía renovables y el fomento de las inversiones públicas y privadas en la producción y el empleo de energía procedente de fuentes renovables, para lo cual se preveía un conjunto de acciones como la elaboración de estudios y proyectos, las actuaciones dirigidas a facilitar la penetración en el mercado de las fuentes de energía renovables, el desarrollo de estructuras de información, educación y formación, los intercambios de experiencias y el control y evaluación de la aplicación del propio plan.

⁹⁵ Decisión núm. 1999/24/CE del Consejo, de 14 de diciembre de 1998, por el que se aprueba un programa plurianual de medidas tecnológicas para el fomento de la utilización limpia y eficiente de los combustibles sólidos (1998-2002) [DOCE núm. L 7, de 13.1.1999, pp. 28-30]. Sus objetivos eran

3. *Programa ETAP*: programa plurianual de estudios, análisis, previsiones y otros trabajos conexos en el sector de la energía⁹⁶.
4. *Programa SYNERGY II*: programa plurianual destinado a fomentar la cooperación internacional en el sector de la energía⁹⁷.
5. *Programa SURE*: programa plurianual de actividades en el sector de la energía nuclear⁹⁸ relativas a la seguridad del transporte de material radioactivo, así como al control de seguridad y a la cooperación industrial para el fomento de determinados aspectos de la seguridad de las instalaciones nucleares en los países entonces participantes en el programa TACIS⁹⁹.

fomentar el uso de las tecnologías limpias y eficientes en las instalaciones que utilizaran combustibles sólidos con el propósito de limitar las emisiones ocasionadas por dicho uso, incluidas las de CO₂, impulsar el desarrollo de tecnologías avanzadas y limpias en este campo y mejorar las *best available technologies* (BAT) con costes razonables.

⁹⁶ Decisión núm. 1999/22/CE del Consejo, de 14 de diciembre de 1998, por el que se aprueba un programa plurianual de estudios, análisis, previsiones y otras tareas en el sector de la energía (1998-2002) [DOCE núm. L 7, de 13.1.1999, pp. 20-22]. Sus objetivos eran: adoptar un enfoque comunitario compartido sobre estudios, análisis y previsiones en el sector de la energía, promover el análisis de los mercados y las políticas energéticas comunitarias, analizar el impacto medioambiental de la producción y el consumo de energía y la evolución de los mercados energéticos europeos y mundiales, facilitar la creación de redes de información sobre cuestiones energéticas, difundir los resultados y facilitar la aplicación del *Programa Marco*.

⁹⁷ Decisión núm. 1999/23/CE del Consejo, de 14 de diciembre de 1998, por el que se aprueba un programa plurianual destinado a fomentar la cooperación internacional en el sector de la energía (1998-2002) [DOCE núm. L 7, de 13.1.1999, pp. 23-27]. Sus objetivos eran: fomentar la cooperación industrial entre la Comunidad Europea y terceros países y ayudar a éstos a elaborar y aplicar una política energética. Para ello definía cinco grupos de acciones: asesoramiento y formación, análisis y previsión, fomento de la cooperación industrial, apoyo a la cooperación transfronteriza y refuerzo del diálogo e intercambio de información. El excesivo número de propuestas y la escasa dotación de recursos disponible movió a la Comisión a proponer una serie de medidas dirigidas a reorientar el programa SYNERGY hacia el objetivo prioritario de la seguridad del abastecimiento energético y la aplicación de los mecanismos de flexibilidad previstos en el *Protocolo de Kyoto*, así como a adaptar su gestión a los recursos humanos y financieros disponibles. *Vid.* en este sentido la propuesta de Decisión del Consejo por la que se establecen *nuevas orientaciones para el programa plurianual destinado a fomentar la cooperación internacional en el sector de la energía*. COM (2001) 58 final. Bruselas, 2 de febrero de 2001.

⁹⁸ Decisión núm. 1999/25/CEEA del Consejo, de 14 de diciembre de 1998, por el que se aprueba un programa plurianual (1998-2002) de actividades en el sector nuclear relativas a la seguridad del transporte de material radiactivo así como al control de seguridad y a la cooperación industrial para el fomento de determinados aspectos de la seguridad de las instalaciones nucleares en los países participantes actualmente en el programa TACIS [DOCE núm. L 7, de 13.1.1999, pp. 31-33].

⁹⁹ Programa de asistencia técnica a la Comunidad de Estados Independientes (CEI) y a Mongolia.

6. *Programa SAVE II*: programa plurianual de fomento del ahorro y la eficiencia energética¹⁰⁰.

2.4. Una política energética europea para el siglo XXI.

2.4.1. El Libro Verde de 2000: La seguridad del abastecimiento energético.

Actuaciones en materia de eficiencia energética e investigación y desarrollo tecnológico.

A finales del año 2000 la Comisión presenta un Libro Verde sobre *la seguridad del abastecimiento energético*¹⁰¹. Ante la constatación de la creciente dependencia energética externa de la Unión Europea, se propone la formulación de una estrategia de seguridad del abastecimiento energético orientada a minimizar los riesgos derivados de esa situación.

Al abordar este problema, la Unión Europea debía también afrontar otros desafíos estrechamente vinculados a él y en relación con los cuales era preciso encontrar un prudente equilibrio, como la lucha contra el cambio climático o la realización del mercado interior. La Comisión llegaba a afirmar que, como consecuencia de la interdependencia de los Estados miembros en relación con

¹⁰⁰ Decisión núm. 96/737/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, relativa al programa plurianual de fomento de la eficacia energética en la Comunidad SAVE II (DOCE núm. L 335, de 24.12.1996, pp. 50-53). Este programa se incluyó dentro del *Programa Marco* de 1999 bajo la consideración de que el fomento del uso racional y eficiente de la energía constituía la base de actuación de la Comunidad Europea para el logro de los compromisos internacionales asumidos en esta materia y para el cumplimiento de los objetivos del *Protocolo de Kyoto*.

¹⁰¹ Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde *Hacia una estrategia europea de seguridad del abastecimiento energético*. COM (2000) 769 final. Bruselas, 29 de noviembre de 2000.

estas cuestiones, la política energética había adquirido una dimensión comunitaria. Sin embargo, esta realidad no se había traducido hasta ese momento en la atribución de nuevas competencias a la Comunidad, al menos de forma explícita. La Comunidad podía intervenir ejerciendo sus competencias en otros ámbitos como el mercado interior, la armonización de las legislaciones, la protección del medio ambiente y la fiscalidad. No obstante, la falta de consenso político a favor de una política energética común estaba de hecho limitando severamente la eficacia de las actuaciones comunitarias en este ámbito, lo que impulsaba a la Comisión a plantear un debate sobre la conveniencia de ampliar y reforzar las competencias de la Unión Europea en materia energética¹⁰².

La Comisión consideraba en este sentido que el objetivo principal de una estrategia energética europea debía ser garantizar, para el bienestar de los ciudadanos y el buen funcionamiento de la economía, la disponibilidad física y constante de los productos energéticos en el mercado a un precio asequible para todos los consumidores, teniendo siempre en cuenta la necesidad de proteger y conservar el medio ambiente con el fin de lograr un desarrollo sostenible.

El debate en torno a la reducción de los riesgos derivados de la creciente dependencia energética quedaba planteado a partir del análisis de la composición del *mix* energético comunitario: los combustibles fósiles constituían simultáneamente la fuente principal de abastecimiento energético y

¹⁰² Sin duda, el principio de *seguridad del abastecimiento energético* ha sido el vector de desarrollo decisivo para la elaboración de una política energética común y para la construcción del mercado interior de la energía. Sobre este principio *vid. infra* epígrafe 3.3 del Capítulo III de esta *Memoria*.

la causa fundamental de dependencia externa, y esta situación demandaba una actuación inmediata por parte de la Unión Europea.

En el Libro Verde se presentaba el esbozo de una estrategia energética comunitaria a largo plazo, con base en tres puntos fundamentales:

- *Reequilibrar la política energética*, hasta entonces basada casi exclusivamente en actuaciones *por el lado de la oferta* – con un escaso margen de maniobra, habida cuenta de la situación de fuerte dependencia energética externa -, mediante la definición e implementación de actuaciones *por el lado de la demanda*¹⁰³.
- Analizar la *contribución a medio plazo de la energía nuclear*, con referencia a los objetivos de seguridad del abastecimiento, lucha contra el cambio climático y desarrollo sostenible. La Comisión continuaba apostando por una activa investigación en el campo de la mejora en la gestión de los residuos radiactivos.
- Establecer un *mecanismo reforzado de reservas estratégicas*, así como *nuevas rutas para la importación de hidrocarburos*, en la línea ya reiteradamente apuntada de diversificar las fuentes, orígenes y rutas de tránsito de los suministros energéticos.

También con el inicio del nuevo milenio, el Consejo aprueba, a propuesta de la Comisión, un *Plan de acción comunitario para mejorar la*

¹⁰³ Así, por el lado de la oferta, la prioridad venía dada por la lucha contra el cambio climático concretada en el impulso de las energías renovables, cuyo desarrollo se financiaría, en tanto no se alcanzara el umbral de rentabilidad, con cargo a las fuentes convencionales de producción. Por el lado de la demanda, en cambio, se trataba de impulsar actuaciones orientadas al fomento del ahorro y la eficiencia energética, y en general a la promoción de hábitos de consumo consistentes con la estrategia de desarrollo sostenible.

*eficiencia energética*¹⁰⁴. En él se definieron una serie de medidas destinadas a integrar mejor la eficiencia energética en acciones y programas comunitarios que no estuvieran relacionados con la energía, así como a reorientar y reforzar las medidas comunitarias que hubieran obtenido buenos resultados, al tiempo que se proponían nuevas medidas comunes y coordinadas.

Por otra parte, en el contenido del *VI Programa Marco comunitario para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración*, destinado a contribuir a la *creación del Espacio Europeo de Investigación y a la innovación (2002-2006)*¹⁰⁵, la energía ocupaba un lugar destacado ya que junto a los transportes revestía una importancia estratégica en relación con el objetivo de desarrollo sostenible. Se preveía expresamente que los esfuerzos comunitarios en materia de investigación y desarrollo tecnológico se centraran en actividades vinculadas a sistemas energéticos sostenibles, apoyando decididamente las políticas dirigidas a atender las necesidades científicas y tecnológicas en los sectores de la energía y del transporte, así como las actuaciones de coordinación y fomento de nuevas instalaciones de generación (con emisiones de carbono próximas a cero), transporte y distribución de energía.

¹⁰⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Plan de acción para mejorar la eficiencia energética en la Comunidad Europea*. COM (2000) 247 final. Bruselas, 26 de abril de 2000.

¹⁰⁵ Decisión núm. 1513/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2002, relativa al *VI Programa Marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración*, destinado a contribuir a la creación del *Espacio Europeo de Investigación y a la innovación (2002-2006)* [DOUE núm. L 232, de 29.8.2002, pp. 1-33].

Con la expiración el 31 de diciembre de 2002 del *Programa Marco* anterior y la evaluación positiva de los resultados alcanzados con la implementación de ambos, las autoridades comunitarias consideraron conveniente dar continuidad a las acciones europeas en este ámbito, para lo cual se decidió emprender un programa aún más completo: el *Programa plurianual de acciones en el ámbito de la energía - Energía inteligente para Europa (2003-2006)*¹⁰⁶. Este nuevo programa postulaba como objetivos inmediatos el fomento de la eficiencia energética, una mayor utilización de las energías renovables y la diversificación energética, todo ello con el fin último de reducir el consumo de energía y las emisiones de CO₂. Se disponía el seguimiento y la evaluación del impacto de las medidas adoptadas en este sentido por los Estados miembros, en particular por lo que se refiere al impulso de modelos eficientes e inteligentes de producción y de consumo de energía, la sensibilización ambiental a través del sistema educativo y el intercambio de experiencias – buenas prácticas (*benchmarking*) -.

2.4.2. El Libro Verde de 2006: Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura.

En marzo de 2006, la Comisión elaboró el Libro Verde *Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura*¹⁰⁷. Este Libro Verde sobre la energía constituye una etapa importante en el desarrollo de una

¹⁰⁶ Este programa comunitario se pone en marcha en virtud de la Decisión 1230/2003/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, por la que se adopta un programa plurianual de acciones en el ámbito de la energía *Energía inteligente-Europa (2003-2006)* [DOUE núm. L 176, de 15.7.2003, pp. 29-36]. *Vid.* epígrafe 3.9 del Capítulo III de esta *Memoria*.

¹⁰⁷ Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde *Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura*. COM (2006) 105 final. Bruselas, 8 de marzo de 2006.

política energética de la Unión Europea. Para alcanzar sus objetivos económicos, sociales y medioambientales, Europa debe hacer frente a importantes retos en materia de energía: la creciente dependencia respecto de las importaciones, la volatilidad del precio de los hidrocarburos, el cambio climático, el aumento de la demanda y los obstáculos al mercado interior de la energía. La Unión Europea constituye el segundo mercado mundial de la energía y puede legítimamente beneficiarse de esta posición de líder mundial en la gestión de la demanda y el fomento de las fuentes de energía renovables.

La Comisión exhorta nuevamente a los Estados miembros a adoptar las medidas oportunas para desarrollar una política energética europea que se articule en torno a tres objetivos principales:

- La *sostenibilidad*, para luchar de forma activa contra el cambio climático, fomentando las fuentes de energía renovables y la eficiencia energética.
- La *competitividad*, para mejorar la eficacia de la red europea a través del desarrollo del mercado interior de la energía.
- La *seguridad del abastecimiento*, para coordinar mejor la oferta y la demanda energéticas interiores de la Unión Europea en un contexto internacional.

El Libro Verde de 2006 contempla seis sectores prioritarios de intervención para los cuales la Comisión propone medidas concretas a fin de aplicar una política energética europea. Estos seis ámbitos, que abarcan desde el desarrollo de un mercado energético interior hasta una política energética

exterior común, deben permitir a Europa dotarse de una energía sostenible, competitiva y segura para las próximas décadas.

1. La energía para el crecimiento y el empleo: desarrollar el mercado interior de la energía

El primer paso para construir una política energética común es desarrollar los mercados interiores del gas y de la electricidad. Muchos mercados nacionales siguen sometidos al proteccionismo y a la posición de dominio de los monopolios tradicionales. La pervivencia de estas estructuras industriales obsoletas penaliza a los consumidores manteniendo unos precios elevados y unas condiciones poco competitivas de acceso y uso de las infraestructuras que sirven de soporte para la prestación de los servicios de suministro energético.

La apertura de los mercados significa garantizar condiciones equitativas de competencia entre las empresas en el ámbito comunitario para dotar a Europa de una energía más segura y competitiva. A partir de julio de 2007, los consumidores tendrían derecho, asimismo, a escoger entre los distintos proveedores de gas y electricidad existentes en Europa. Para desarrollar este mercado interior de la energía, es preciso intervenir en los siguientes aspectos:

- Desarrollar una *red europea*, con normas comunes sobre las cuestiones que afectan al comercio transfronterizo para permitir a los proveedores un acceso armonizado a las redes nacionales.

- Elaborar un *plan de interconexión prioritario* para incrementar las inversiones en las infraestructuras que conectan las diferentes redes nacionales, la mayoría todavía demasiado aisladas.
- Invertir en la *capacidad productiva* para hacer frente a los picos de consumo, utilizando la apertura de los mercados y la competitividad para promover la inversión.
- Establecer una *separación – unbundling - más clara de las actividades* para distinguir claramente a los productores de gas y electricidad de los distribuidores.
- Reforzar la *competitividad de la industria europea*, ofreciendo el acceso a la energía a precios asequibles y razonables.

2. Seguridad del abastecimiento: la solidaridad entre Estados miembros

Fenómenos como la dependencia respecto de las importaciones o las fluctuaciones de la demanda, hacen necesaria la adopción de medidas para garantizar la continuidad, regularidad y calidad del suministro de energía. La Unión Europea debe desarrollar mecanismos de reserva y de solidaridad eficaces para evitar o al menos estar en condiciones de afrontar las eventuales crisis de abastecimiento energético.

La apertura de los mercados es una manera de garantizar la seguridad del abastecimiento impulsando a las empresas a invertir en un entorno estable y competitivo. La Comisión propone asimismo crear un *observatorio europeo del abastecimiento energético* encargado de vigilar el mercado de la energía y de detectar los riesgos de escasez de energía. En caso de *crisis de*

abastecimiento, podría desarrollarse un *mecanismo* para ofrecer una rápida respuesta de *solidaridad* a los países que se hallen en dificultades a raíz de los daños sufridos en sus infraestructuras.

Por otra parte, la Unión Europea debe dotarse de *reservas energéticas* suficientes para hacer frente a eventuales interrupciones del suministro. Así pues, la Comisión propone revisar la legislación existente relativa a la seguridad del abastecimiento, especialmente en lo que se refiere a las reservas de petróleo y de gas de la Unión Europea¹⁰⁸.

El papel de los mercados es esencial para asegurar la mayor variedad de productos y los mejores precios para los consumidores, pero su capacidad se ve obstaculizada cuando se trata de mercados intervenidos y reglamentados. Además, es evidente que los mercados se inclinarán siempre por los productos más competitivos y, en muchos casos, eso implicaría aumentar la dependencia de las fuentes de energía más baratas producidas por exportadores ajenos a la Unión Europea. Por eso, los gobiernos deben estar implicados en garantizar la seguridad energética¹⁰⁹.

¹⁰⁸ En relación con el objetivo de seguridad del abastecimiento energético, *vid.* el Libro Verde de la Comisión Europea *Hacia una estrategia europea de seguridad del abastecimiento energético*. COM (2000) 769 final. Bruselas, 29 de noviembre de 2000; así como la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Informe final sobre el Libro Verde «Hacia una estrategia europea de seguridad del abastecimiento energético»*. COM (2002) 321 final. Bruselas, 26 de junio de 2002.

¹⁰⁹ En muchos Estados miembros, la producción de petróleo y gas, así como las infraestructuras de transporte, son gestionadas por empresas públicas; por ejemplo, la mayoría de las reservas de petróleo mundiales – en torno al 90 % - son propiedad de empresas públicas. Por tanto, los gobiernos pueden influir en el resultado de las negociaciones con más facilidad que los agentes privados, en su caso a través de acuerdos de inversión a largo plazo en países productores a menudo inestables. *Vid.* J. GARCÍA-VERDUGO SALES, *Política energética*, en la obra colectiva L. GÁMIR (dir.), J. CASARES y C. VELASCO (coords.), *Política económica de España*, Alianza Editorial, 8ª ed., Madrid (2008), p. 272.

3. En busca de una combinación energética global más sostenible, eficiente y diversificada

Cada Estado miembro es libre de escoger su combinación o *mix* energético global entre las distintas fuentes de energía disponibles. Las decisiones tomadas en este sentido por los diferentes Estados miembros revestirán gran importancia para la seguridad energética de Europa, y podrían coordinarse además a escala comunitaria mediante una *revisión estratégica de la política energética de la Unión Europea*.

Esta revisión permitiría a los Estados miembros escoger su *mix* energético dentro de un marco europeo claro, que tendría en cuenta las diferentes posibilidades de abastecimiento y su impacto sobre la seguridad, la competitividad y la sostenibilidad de la energía en el ámbito comunitario. La revisión serviría asimismo de base para facilitar un debate transparente y objetivo sobre el papel futuro de la energía nuclear en Europa, así como para definir objetivos estratégicos para la combinación energética global de la Unión Europea.

4. La Unión Europea, protagonista en la lucha contra el cambio climático

El incremento del consumo mundial de energía y de las emisiones de gases de efecto invernadero está directamente relacionado con el calentamiento global del planeta y sus alarmantes consecuencias. El Libro Verde propone que la Unión Europea se sitúe en la vanguardia de la lucha

contra el cambio climático y de las tecnologías que garantizarán la *energía más limpia y sostenible del futuro*.

El primer ámbito de actuación que permitirá a la Unión Europea desempeñar esta posición de liderazgo a escala mundial en la lucha contra el cambio climático es la *eficiencia energética*. El objetivo es disociar el crecimiento económico del consumo energético, a fin de consumir menos siendo más competitivo. El Libro Verde de 2005 sobre la eficiencia energética pronosticó que, de aquí al año 2020, sería posible ahorrar un 20 % de energía¹¹⁰.

La Comisión remarca nuevamente el papel decisivo que debe atribuirse a las *fuentes de energía renovables*, sector en el que la Unión Europea ya representa la mitad del mercado mundial. A fin de crear un entorno estable para el desarrollo de las energías renovables, la Comisión se compromete a presentar una *hoja de ruta* para este tipo de fuentes de energía. Esta hoja de ruta debe revisar los objetivos generales y particulares de la Unión Europea para el año 2020 y elaborar una lista de medidas para favorecer el desarrollo de las fuentes de energía limpia y renovable, con una atención especial a la biomasa y a la generación de electricidad a partir de fuentes renovables¹¹¹.

¹¹⁰ Libro Verde de la Comisión Europea sobre *La eficiencia energética o cómo hacer más con menos*. COM (2005) 265 final. Bruselas, 22 de junio de 2005. Este objetivo constituía la base del *Plan de acción para la eficiencia energética* que la Comisión quería proponer y que estaba dirigido, en gran parte, a los Estados miembros, con el fin de movilizar a todas las fuerzas políticas en la lucha contra los excesos de consumo de energía.

¹¹¹ Vid. en este sentido la Comunicación de la Comisión Europea, *Energía para el futuro: fuentes de energía renovables. Libro Verde para una estrategia comunitaria*. COM (96) 576 final. Bruselas, 20 de noviembre de 1996; la Comunicación de la Comisión Europea *Energía para el futuro: fuentes de energía renovables. Libro Blanco para una estrategia y un Plan de Acción comunitarios*. COM (97) 599 final. Bruselas, 26 de noviembre de 1997; y, más recientemente, la Comunicación de la Comisión *Programa de trabajo de la energía renovable- Las energías renovables en el siglo XXI: construcción de un futuro más*

5. La investigación y la innovación al servicio de la política energética

Alcanzar el objetivo de una energía sostenible, competitiva y segura para Europa depende en gran parte del desarrollo y posterior difusión de nuevas tecnologías energéticas. La investigación, que abarca desde la eficiencia energética hasta las energías renovables, ayudará de forma considerable a la Unión Europea a hacer frente a los retos energéticos de los próximos años.

El *VII Programa Marco comunitario de Investigación y Desarrollo Tecnológico (2007-2013)* ofrecía un marco adaptado al desarrollo de las nuevas tecnologías energéticas que deben mejorar la producción y el consumo de energía en Europa. Por otra parte, la Comisión se comprometía a establecer un *Plan Estratégico de Tecnología Energética* que debía reforzar las actividades de investigación en el sector de la energía y facilitar la correcta aplicación comercial de las nuevas tecnologías.

6. Hacia una política energética exterior coherente

El diálogo internacional con los socios energéticos de la Unión Europea es fundamental para garantizar la seguridad, la competitividad y la sostenibilidad de la energía en Europa. En este sentido, la política energética exterior debe permitir a la Unión Europea expresarse de forma unánime para responder mejor a los retos energéticos de los próximos años.

sostenible. COM (2006) 848. Bruselas, 10 de enero de 2007. Por otra parte, deben fomentarse la captura y el almacenamiento de carbono y las tecnologías basadas en combustibles fósiles como el carbón, para permitir que los países que lo deseen puedan seguir incluyéndolo en su *mix* energético.

Antes de abrirse al exterior, la Unión Europea debe definir una posición común en lo que se refiere al *mix* energético, las nuevas infraestructuras y la cooperación energética con terceros países. Mediante una *revisión estratégica de la política energética*¹¹², la Unión Europea podrá reforzar el diálogo con los países productores y reaccionar de forma más eficaz en caso de crisis de abastecimiento. Asimismo, la energía ha de ser un elemento importante del diálogo internacional en otros ámbitos como el cambio climático y el desarrollo sostenible.

La energía representa, pues, un reto importante para la *política exterior* comunitaria y, en particular, para la conocida como *Política Europea de Vecindad* (PEV), tanto por lo que respecta a la producción como al transporte hacia la Unión Europea. En este sentido, la Comisión apunta la necesidad de determinar las prioridades europeas de construcción de nuevas infraestructuras en orden a garantizar la seguridad del abastecimiento energético. Se habla también de profundizar en la integración de los mercados energéticos, mediante el establecimiento de una *Comunidad Paneuropea de la Energía*, y la creación de una nueva asociación con Rusia en el ámbito energético. Al mismo tiempo se reafirma la necesidad de profundizar en las relaciones con los principales productores y consumidores de recursos energéticos, así como la conveniencia de promover un acuerdo internacional sobre eficiencia energética¹¹³.

¹¹² Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Energía 2020: Estrategia para una energía competitiva, sostenible y segura*. COM (2010) 639 final. Bruselas, 10 de noviembre de 2010. Esta Comunicación se inscribe en el marco definido por la Comunicación de la Comisión *Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*. COM (2010) 2020 final. Bruselas, 3 de marzo de 2010.

¹¹³ J. GARCÍA-VERDUGO SALES, *Política energética, op.cit.*, p. 273.

Este Libro Verde de 2006, que reúne los distintos componentes de la política energética en una estrategia común, constituye una etapa importante en el desarrollo de una política energética europea. Abre un periodo de consulta pública, cuyo objetivo es emprender una serie de acciones concretas en el sector de la energía. El Consejo Europeo de Bruselas (marzo de 2006) empleó las recomendaciones del Libro Verde como base para la formulación de una nueva política energética europea.

2.4.3. La Comunicación de la Comisión de 10 de enero de 2007: Una Política Energética para Europa.

Esta Comunicación constituye un análisis estratégico de la situación energética europea, a partir del cual se presenta el último paquete integrado de medidas de política europea de la energía (*Tercer Paquete Energético*)¹¹⁴. La Unión Europea debe responder en los próximos años a una serie de retos en materia energética: el *desarrollo sostenible* y, en particular, el control de las emisiones de gases de efecto invernadero¹¹⁵; la *seguridad del suministro* y la

¹¹⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo, *Una Política Energética para Europa*. COM (2007) 1 final. Bruselas, 10 de enero de 2007. “(...) esta Comunicación resulta de notable importancia, al reseñar cuál debe ser la filosofía energética en la Unión, que se debe caracterizar por la cooperación y la sostenibilidad, conforme a reglas de competencia efectiva, lo que obliga al diseño de una política energética única en la Unión, con reglas, aun flexibles, de obligado cumplimiento por los Estados miembros, y donde la dirección estratégica se debe focalizar en una autoridad independiente, de ámbito supranacional, que adopte las decisiones con criterios de ámbito geopolítico comunitario”. Vid. J. M^º. GIMENO FELIÚ, *¿Hacia una Directiva del Mercado Interior de la Energía?*, conferencia pronunciada el 4 de mayo de 2011 dentro del Ciclo “Energía y Sociedad”, organizado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y la Comisión Nacional de la Energía; publicada en “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 153 (enero-marzo 2012), p. 23.

¹¹⁵ La energía es responsable de un 80 % de las emisiones de gases de efecto invernadero - *greenhouse gases*- (GEI) de la Unión Europea y constituye la causa fundamental del cambio climático y de la contaminación de la atmósfera. La Unión Europea se ha comprometido a luchar contra todo ello mediante una reducción de las emisiones de gases de invernadero en la Unión Europea y en el mundo, a un nivel que limitaría a 2º C, en comparación con los niveles preindustriales, el incremento de la temperatura. Sin embargo, si se mantienen las políticas de energía y de transportes vigentes en la

reducción de la dependencia energética de las importaciones¹¹⁶; la *competitividad global* de la economía europea y la plena realización del mercado interior de la energía¹¹⁷.

Se establecen tres *objetivos estratégicos* de referencia para la política energética europea: luchar contra el *cambio climático*, limitar la *vulnerabilidad*

actualidad, las emisiones de CO₂ de la Unión Europea aumentarán en un 5 % para 2030, y las emisiones a nivel mundial en un 55 %. Las políticas energéticas actualmente vigentes en la Unión Europea no son sostenibles.

¹¹⁶ Europa depende cada vez más de los hidrocarburos importados. Si no cambian las condiciones imperantes, la dependencia de la Unión Europea de las importaciones pasará del actual 50 % del total del consumo de energía a un 65 % en 2030. Para dicho año, la dependencia del gas importado se prevé que aumente de un 57 % a un 84 % y la del petróleo del 82 % al 93 %. Esto plantea graves riesgos políticos y económicos. La presión sobre los recursos energéticos mundiales es muy intensa. La Agencia Internacional de la Energía (AIE) señala que “*existen grandes incógnitas acerca de la voluntad y capacidad de los principales productores de petróleo y gas de aumentar sus inversiones para adaptarse a una demanda global creciente*” (*World Energy Outlook*, 2006). El riesgo de interrupción del abastecimiento aumenta. Por otro lado, los mecanismos para lograr una solidaridad entre los Estados miembros en caso de crisis energética todavía no han sido instaurados, y algunos de dichos Estados dependen en gran parte o totalmente de un único proveedor de gas. Al mismo tiempo, de no cambiar las circunstancias imperantes, la demanda de electricidad de la Unión Europea seguirá aumentando a un ritmo de 1,5 % anual. Incluso contando con una política eficaz de eficiencia energética, las inversiones necesarias para los próximos 25 años, únicamente en generación, ascenderían a 900.000 millones de euros. Para que a largo plazo se produzcan las inversiones necesarias y para que los precios abonados por el usuario final sean competitivos es fundamental la previsibilidad y unos mercados interiores de gas y electricidad efectivos. Pero estos mercados interiores todavía no se han establecido plenamente.

¹¹⁷ La Unión Europea se ve cada día más expuesta a la volatilidad de los precios, al aumento de estos últimos en los mercados internacionales de la energía y a las consecuencias de la progresiva concentración de las reservas de hidrocarburos en unas pocas manos. Los efectos potenciales son significativos. Una parte muy escasa de esta riqueza daría lugar a creación de empleo. Con una política adecuada y con un marco legislativo apropiado, el mercado interior de la energía podría promover unos precios justos y competitivos e impulsar el ahorro de energía y la realización de inversiones. Sin embargo, por el momento no se dan todas las condiciones para ello, lo que impide que los ciudadanos de la Unión Europea de los 27 y su economía se beneficien enteramente de la liberalización de la energía. Teniendo en cuenta las inversiones que es necesario realizar en el sector de la electricidad, las limitaciones impuestas al carbono deberán escalonarse en un horizonte temporal más dilatado. La promoción de las inversiones, en particular en eficiencia energética y energías renovables crearía empleo, a la vez que promovería la innovación y estimularía la economía basada en el conocimiento. La Unión Europea es ya líder mundial en tecnologías renovables. En el futuro, podría situarse a la vanguardia del mercado de las tecnologías con bajo consumo de carbono, que se encuentra en plena expansión. La determinación de Europa por liderar la lucha contra el cambio climático a nivel mundial crea además una nueva oportunidad para impulsar las tareas de investigación de ámbito planetario. Es conveniente dejar abiertas todas las opciones posibles para garantizar el desarrollo de las tecnologías emergentes. Al mismo tiempo, en todas las fases de concepción y puesta en práctica de medidas es necesario tener en cuenta la dimensión social de la política europea de la energía. Esta política contribuiría grandemente a impulsar a largo plazo el crecimiento y el empleo en Europa, pero podría tener un impacto significativo en determinados productos y procesos que son objeto de comercio internacional, especialmente en el ámbito de las industrias de alto consumo energético.

exterior de la Unión Europea frente a la *importación de hidrocarburos* y promover el *crecimiento y el empleo*, garantizando así una energía a buen precio y de abastecimiento seguro en beneficio del consumidor.

A la luz de las múltiples aportaciones recibidas con ocasión del debate abierto con la publicación del Libro Verde de 2006¹¹⁸, la Comisión propone una *Revisión Estratégica del Sector de la Energía* que conduzca a una nueva política energética formulada en estos términos:

- Un objetivo que la Unión Europea propondría en las negociaciones internacionales y que consistiría en una reducción del 30 % de las emisiones de gases de efecto invernadero en los países desarrollados para 2020, en comparación con los niveles de 1990; por otro lado, para 2050 la reducción debería alcanzar hasta un 50 % en comparación con los niveles de 1990, lo que supondría una disminución en los países industrializados del 60-80 % para esa fecha.
- Un compromiso de la Unión Europea en este momento para, en cualquier caso, lograr una disminución de las emisiones de gases de efecto invernadero de al menos el 20 % para 2020, en comparación con los niveles de 1990.

Cumplir el compromiso comunitario de lucha contra los gases de efecto invernadero debe constituir, por tres razones, la pieza clave de la política energética de la Unión Europea: i) las emisiones de CO₂ imputables a la energía suponen un 80 % de las emisiones de gases de efecto invernadero de

¹¹⁸ Vid. el epígrafe anterior - 2.4.2. - de este Capítulo I.

la Unión Europea, por lo que su reducción equivale a consumir menos energía (*eficiencia*) y recurrir en mayor medida a energías limpias generadas a nivel local (*sostenibilidad*); ii) se limitaría la vulnerabilidad de la Unión Europea frente a la volatilidad de los precios del petróleo y del gas; y iii) de todo ello surgiría un mercado energético más competitivo en la Unión Europea que estimularía las tecnologías innovadoras y la creación de empleo¹¹⁹.

Para alcanzar este objetivo energético estratégico, se pone en marcha un *Plan de Acción* con el horizonte de que Europa deberá convertirse en una economía de alta eficiencia energética y baja emisión de CO₂ en la que se daría paso a una nueva revolución industrial. El reto consiste en lograr este objetivo potenciando además las ventajas competitivas que se derivan de la reducción de costes de producción para la industria europea.

El primer paso de los Estados miembros sería respaldar el enfoque estratégico y un *Plan de Acción* para los próximos tres años (hasta 2010), con el objetivo explícito de avanzar hacia una alianza internacional de países desarrollados destinada a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en al menos un 30 % para 2020 y a facilitar el objetivo de reducir en la Unión Europea tales emisiones en un 20 % para el mismo año. Esto será respaldado por un cuidadoso seguimiento y por la elaboración de informes, así como por el intercambio de códigos de buenas prácticas y el fomento de la transparencia

¹¹⁹ Las medidas existentes en campos tales como la electricidad renovable, los combustibles biológicos, la eficiencia energética y el mercado interior de la energía han logrado importantes resultados, pero no son suficientemente coherentes como para lograr la sostenibilidad, la seguridad del abastecimiento y la competitividad. Ningún elemento aislado de la política es capaz de responder por sí solo a todos los retos, deben ser considerados todos conjuntamente y, a su vez, la política energética debe ser tenida en cuenta en la formulación de otras políticas comunitarias.

mediante la presentación regular por la Comisión de una *Revisión Estratégica del Sector de la Energía* actualizada.

Las líneas de trabajo fundamentales de este *Plan de Acción* pueden sintetizarse en las siguientes:

1. El mercado interior de la energía

Un auténtico mercado interior de la energía es esencial para hacer frente a los tres retos que tiene planteados Europa en este terreno: *competitividad*¹²⁰, *sostenibilidad*¹²¹ y *seguridad de abastecimiento*¹²². La Unión Europea ha adoptado ya una serie de medidas¹²³ destinadas a crear un mercado interior de la energía con el que se pretende dar una posibilidad real de elección a todos los consumidores de la Unión Europea, sean ciudadanos o empresas, así como crear nuevas oportunidades empresariales y fomentar el comercio transfronterizo.

¹²⁰ Un mercado competitivo disminuiría los costes del suministro para los ciudadanos y las empresas, a la vez que estimularía la eficiencia energética y la inversión.

¹²¹ Un mercado competitivo es vital para permitir la aplicación eficaz de los instrumentos económicos, entre ellos el sistema de comercio de derechos de emisión. Por otro lado, los gestores de las redes de transporte deben tener un interés en el fomento de la conexión de las energías renovables, la producción combinada de calor y electricidad y la microgeneración, estimulando la innovación y alentando a las pequeñas empresas y los particulares a considerar la aceptación de un suministro no convencional.

¹²² Un mercado interior de la energía que funcione como tal de forma efectiva y competitiva puede conllevar grandes ventajas en términos de seguridad de abastecimiento y nivel de servicio público. La separación efectiva de las redes respecto de los segmentos competitivos de los sectores de la electricidad y el gas incentivaría realmente a las empresas para invertir en nuevas infraestructuras, en capacidad de interconexión y en capacidad de generación, evitando así apagones y subidas bruscas e innecesarias de los precios. Un auténtico mercado único fomenta la diversidad.

¹²³ Se aludía, en aquel momento, a las Directivas sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y gas de los dos primeros *Paquetes Energéticos*, los Reglamentos de armonización de medidas técnicas necesarias para llevar a la práctica el comercio transfronterizo y las Directivas sobre seguridad de abastecimiento.

Sin embargo, -y así lo ponen de manifiesto tanto la Comunicación sobre las perspectivas del mercado interior de la energía de 2006¹²⁴ como el Informe final de la Comisión del estudio sectorial en materia de competitividad¹²⁵-, algunos obstáculos siguen impidiendo a la economía y a los consumidores europeos sacar pleno provecho de las ventajas que generó la apertura de los mercados del gas y la electricidad¹²⁶.

A la vista de las aportaciones realizadas en el debate abierto con la publicación del Libro Verde de 2006, la Comisión considera que es necesario adoptar una serie de medidas coherentes destinadas a crear una *Red Europea del Gas y la Electricidad* en el plazo de tres años (2010) y un mercado de ámbito europeo auténticamente competitivo. Estas medidas pueden agruparse en torno a una serie de elementos:

a) Separación (unbundling)

Cuando una empresa controla tanto la gestión de la red como las actividades de producción y de distribución, se corre un grave riesgo de discriminación y abuso de la posición de dominio en el mercado. En efecto, a

¹²⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Perspectivas de los mercados interiores del gas y la electricidad*. COM (2006) 841 final. Bruselas, 10 de enero de 2007.

¹²⁵ Comunicación de la Comisión, *Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 en los sectores europeos del gas y de la electricidad (Informe final)*. COM (2006) 851 final. Bruselas, 10 de enero de 2007.

¹²⁶ La Comisión pone de manifiesto la existencia de indicios de que este estancamiento está llevando a los Estados miembros a imponer precios máximos para la electricidad y el gas. Dependiendo del nivel a que se sitúen dichos precios máximos, y de si están generalizados o no, esta situación podría obstaculizar el buen funcionamiento del mercado interior de la energía, al ocultar las señales indicadoras de la conveniencia de crear capacidad adicional, lo que a su vez desalentaría la inversión y el acceso al mercado de nuevos competidores – en su caso, productores de energía más limpia - dando lugar a posibles deficiencias en el suministro.

una empresa integrada verticalmente no le interesa mucho aumentar la capacidad de la red y exponerse así a una mayor competencia en el mercado y, por ende, a una reducción de los precios.

Por esta razón, la Comisión considera que es necesario establecer una separación – *unbundling* - más clara entre la gestión de las redes de gas y de electricidad y las actividades de producción o de suministro de energía. La separación puede obtenerse mediante la designación de un gestor de red independiente encargado del mantenimiento, desarrollo y explotación de las redes, que seguirán siendo propiedad de las empresas integradas verticalmente, o mediante la segregación íntegra de la propiedad¹²⁷.

b) Una reglamentación efectiva

En primer lugar es necesario armonizar las normas relativas a los poderes y a la independencia funcional de las autoridades reguladoras de la energía¹²⁸, y ello partiendo del máximo común denominador de la Unión Europea, no del mínimo. En segundo lugar, es necesario que los reguladores promuevan, no sólo el desarrollo efectivo de su mercado nacional, sino también el del mercado interior de la energía.

¹²⁷ Sobre la separación de actividades *vid. infra* epígrafe 2.4 del Capítulo III de esta *Memoria*. La experiencia económica demuestra que la separación de la propiedad es la forma más efectiva de garantizar la posibilidad de elección en beneficio de los consumidores, así como de fomentar la inversión. De este modo, las empresas titulares de las redes no están influenciadas por intereses ligados al abastecimiento o la generación, especialmente a la hora de efectuar inversiones. Al mismo tiempo, se evita una reglamentación detallada y compleja y unas cargas administrativas desproporcionadas. Por otro lado, las disposiciones relativas a la separación en el ámbito de la distribución (que en ese momento dispensaban a los distribuidores con menos de 100.000 usuarios de la mayoría de los requisitos de separación) debían ser revisadas una vez concluida la apertura del mercado minorista (1 de julio de 2007).

¹²⁸ Sobre la institución de autoridades reguladoras nacionales independientes *vid. infra* epígrafe 2.5 del Capítulo III de esta *Memoria*.

Por otra parte, es preciso también armonizar las normas técnicas necesarias para el buen funcionamiento del comercio transfronterizo de energía. La mayoría de las normas técnicas siguen siendo diferentes entre los Estados miembros, lo que dificulta y a veces imposibilita el comercio transfronterizo. Partiendo de esta situación, la Comisión analiza tres posibles opciones de actuación:

- *Evolución gradual del enfoque actual*: refuerzo de la colaboración entre los reguladores nacionales, exigiendo que los Estados miembros impongan a su regulador un objetivo comunitario y que introduzcan un mecanismo por el que la Comisión pueda revisar las decisiones de dichas entidades que afecten al mercado interior de la energía.
- *Red europea de reguladores independientes (EREGG +)*: con este mecanismo se formalizaría el papel del *European Regulators Group for Electricity and Gas* (EREGG) y se le conferiría la tarea de estructurar decisiones vinculantes destinadas a los reguladores y los operadores del mercado, como gestores de redes o responsables del intercambio o la generación, en torno a aspectos técnicos claramente determinados y a los mecanismos que regulen las relaciones transfronterizas.
- *Constitución de un organismo nuevo y único a nivel comunitario*. A éste se encomendaría la responsabilidad de adoptar decisiones en relación con aspectos técnicos y reglamentarios del mercado comunitario del gas

y la electricidad de importancia para que el comercio transfronterizo funcione en la práctica¹²⁹.

Existe una relación entre separación de funciones y regulación. En aquellos mercados en los que la separación no es de la propiedad se hace necesaria una reglamentación más detallada, compleja y prescriptiva. En tal situación las autoridades reguladores nacionales necesitarán de unas facultades más enérgicas e inquisitivas para evitar la discriminación. Donde no hay separación de la propiedad, las autoridades reguladoras no pueden plantear una solución válida a los problemas de incentivos de las inversiones, lo que dificulta enormemente el adecuado despliegue y desarrollo de la red y, por tanto, la capacidad de respuesta del sistema a los cambios en la demanda de suministro.

c) Transparencia

La *transparencia* es un principio fundamental para el buen funcionamiento del mercado interior de la energía¹³⁰. Los gestores de las redes de transporte facilitan niveles de información muy distintos, lo que hace que en algunos lugares el acceso de nuevos competidores (*new comers*) al mercado sea más fácil que en otros. Por otra parte, algunos reguladores exigen de los

¹²⁹ En el proceso histórico de construcción del mercado interior se han seguido sucesivamente los tres enfoques. *Vid.* en este sentido el ya citado epígrafe 2.5 del Capítulo III de esta *Memoria*. La Comisión consideraba, por aquel entonces, que la primera opción no resultaría a medio plazo suficiente, especialmente porque los avances dependerían de acuerdos voluntarios entre 27 autoridades reguladoras nacionales con intereses a menudo diferenciados. Por ello, si se pretendía avanzar rápida y eficazmente en la armonización de las normas técnicas necesarias para el adecuado desarrollo de los intercambios transfronterizos era conveniente al menos adoptar la segunda alternativa (ERGEG +). Entretanto, las autoridades reguladoras nacionales debían reforzar su colaboración y utilizar las facultades de que disponían de una forma más eficaz de manera voluntaria.

¹³⁰ *Vid. infra* epígrafe 3.5 del Capítulo III de esta *Memoria*.

generadores un mayor nivel de transparencia en relación con la producción disponible, lo que contribuye a evitar la manipulación de los precios. En este sentido, es conveniente establecer unos requisitos mínimos a los que deban sujetarse todas las empresas europeas.

d) Infraestructuras

El *Plan Prioritario de Interconexión*¹³¹ establece cinco prioridades:

1. Determinar las carencias infraestructurales más significativas hasta 2013 y buscar un respaldo político paneuropeo para solventarlas.
2. Designar cuatro coordinadores europeos de cuatro de los proyectos prioritarios más importantes¹³².
3. Fijar un plazo de cinco años como máximo para llevar a cabo la planificación y aprobación de *proyectos calificados de interés europeo* con arreglo a las orientaciones sobre redes transeuropeas de energía.
4. Estudiar la necesidad de aumentar la dotación de fondos destinados a las redes transeuropeas de energía para facilitar, en particular, la incorporación de energía renovable a la red.
5. Establecer un nuevo mecanismo y una nueva estructura comunitaria para los gestores de redes de transporte (GRT), a los que se encomendaría la planificación y coordinación de la red.

¹³¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Plan Prioritario de Interconexión*. COM (2006) 846. Bruselas, 10 de enero de 2007.

¹³² Estos proyectos eran: conexión de las redes eléctricas de Alemania, Polonia y Lituania; conexión con las centrales eólicas europeas del norte de Europa; interconexión de las redes eléctricas de Francia y España; y gasoducto *Nabucco*, que transporta el gas desde el Mar Caspio hasta Europa Central.

e) Seguridad de la red

Para aumentar la fiabilidad del sistema eléctrico de la Unión Europea y prevenir interrupciones de suministro son necesarias unas normas mínimas y obligatorias comunes de seguridad de la red. El nuevo mecanismo y la nueva estructura para los gestores de las redes de transporte deberían hacerse cargo de proponer tales normas mínimas comunes de seguridad. Éstas se harían vinculantes al ser aprobadas por las autoridades reguladoras nacionales.

f) Adecuación de la capacidad de generación de electricidad y de suministro de gas

En los próximos 25 años Europa deberá invertir 900.000 millones de euros en crear nueva capacidad de generación de energía eléctrica. El gas sigue siendo un combustible prioritario dado su alto nivel de rendimiento, pero en este caso también serán necesarias inversiones por valor de 150.000 millones de euros en centrales alimentadas por gas y 220.000 millones adicionales en infraestructuras. El elemento determinante a la hora de garantizar nuevas inversiones es contar con un mercado interior de la energía que funcione correctamente y emita las señales adecuadas. Por otra parte, se precisa también un seguimiento atento del equilibrio entre la oferta y la demanda, con el fin de identificar y atender de modo inmediato cualquier insuficiencia, papel que se atribuye a la nueva *Oficina del Observatorio de la Energía*.

g) La energía como servicio público

La energía es un servicio esencial para todos los ciudadanos europeos. Las normas comunitarias en materia de energía ya reconocen y regulan determinadas obligaciones de servicio público en materia energética. La Unión Europea asume con esta revisión estratégica de su política el compromiso de luchar contra los fenómenos de *pobreza energética*¹³³. Para ello propone la elaboración y aprobación de una *Carta del Consumidor de Energía* en la que se incluirán medidas destinadas a la implementación de programas de ayuda a los grupos de consumidores más vulnerables para los casos de aumento de los precios de la energía, la elevación del nivel mínimo de información disponible para los consumidores en relación con los diferentes proveedores y opciones de suministro, la reducción de trámites burocráticos para el cambio de proveedor, y la protección de los consumidores contra las prácticas abusivas.

2. Solidaridad entre Estados miembros y seguridad de abastecimiento de petróleo, gas y electricidad

El mercado interior de la energía aumenta la interdependencia de los Estados miembros en relación con el suministro de gas y electricidad. A pesar de las medidas adoptadas en materia de eficiencia energética y fomento de las energías renovables, el petróleo y el gas seguirán satisfaciendo más de la mitad de las necesidades energéticas de la Unión Europea, con una fuerte dependencia de las importaciones en ambos sectores.

¹³³ Sobre el concepto de pobreza energética *vid. infra* epígrafes 2.6 y 3.3 del Capítulo III de esta *Memoria*.

La Unión Europea mantiene estrechas relaciones con proveedores de gas que son ya tradicionales, tanto del Espacio Económico Europeo (Noruega) como de fuera del mismo (Rusia y Argelia), relaciones que confía en mantener y consolidar en el futuro. Sin embargo, es preciso fomentar la diversidad tanto en lo que se refiere a la procedencia como al proveedor, la ruta y el método de transporte. Adicionalmente, es necesario establecer mecanismos eficaces que garanticen la solidaridad entre Estados miembros en la eventualidad de una crisis energética¹³⁴. Esto es especialmente importante en el caso de algunos Estados miembros que dependen mayoritaria o totalmente de un único proveedor de gas.

Para hacer frente a estas dificultades y promover la seguridad del abastecimiento energético¹³⁵ en la Unión Europea, la Comisión propone medidas como la diversificación de fuentes y proveedores de suministro, la mejora de los sistemas de *reservas estratégicas* y el reforzamiento de las interconexiones transfronterizas.

3. La reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y el régimen comunitario de comercio de los derechos de emisión

Desde la perspectiva de la Comisión, la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero se traduce en el impulso al desarrollo de tecnologías energéticas más limpias y eficientes. La Unión Europea ha dado

¹³⁴ Sobre el principio de solidaridad y su incidencia sobre el funcionamiento del mercado interior de la energía *vid. infra* epígrafe 3.2 del Capítulo III de esta *Memoria*.

¹³⁵ Sobre el principio de seguridad del abastecimiento energético y su incidencia en el funcionamiento del mercado interior de la energía *vid. infra* epígrafe 3.3 del Capítulo III de esta *Memoria*.

siempre preferencia a aquellos instrumentos económicos basados en la internalización de las externalidades ambientales negativas, ya que permiten que las fuerzas del mercado decidan cómo reaccionar más eficazmente y cómo limitar los costes. La Comisión considera que el mecanismo de comercio de derechos de emisión es fundamental para estimular la reducción de las emisiones de carbono, aunque no se está aprovechando todo su potencial, por lo que es preciso revisarlo para crear incentivos a los cambios en las tecnologías de producción y en los hábitos de consumo orientados en la línea del desarrollo sostenible.

4. Medidas de eficiencia energética a nivel comunitario, nacional, local e internacional

La Unión Europea en su *Plan de Acción para la Eficiencia Energética* se ha marcado el objetivo de reducir su consumo global de energía primaria en un 20 % para el año 2020. Para alcanzar este objetivo deberán desplegarse esfuerzos concretos, especialmente en materia de ahorro de energía en el sector del transporte, el establecimiento de requisitos mínimos de eficiencia para los equipos que consumen energía, la concienciación de los consumidores de energía para un comportamiento racional y eficiente, la mejora de la eficiencia en la producción, el transporte y la distribución de calor y de electricidad, así como el desarrollo de tecnologías energéticas y para la eficiencia energética de los edificios¹³⁶.

¹³⁶ Vid. Communication from the Commission, *Action Plan for Energy efficiency: Realising the potential*. COM (2006) 545 final. Brussels, 19 October 2006.

Por otra parte, la Unión Europea se propone concretar un enfoque común, a escala planetaria, para el ahorro de energía mediante la celebración de un acuerdo internacional sobre la eficiencia energética. Este acuerdo se dirige de modo particular a los países de la OCDE y a algunos países clave en vías de desarrollo – como China, India o Brasil -, con el doble propósito de restringir el uso de productos que no cumplan unas normas mínimas de eficiencia energética y adoptar conjuntamente medidas de ahorro de energía.

5. Un objetivo a más largo plazo para la energía renovable

En 1997, la Unión Europea empezó a trabajar con el fin de lograr para 2010 un porcentaje del 12 % de energía renovable en su combinación energética global, es decir, el doble de los niveles de 1997. Desde entonces, su producción de energía renovable se ha incrementado en un 55 %. En estos momentos, sin embargo, la Unión Europea no está en condiciones de cumplir sus objetivos en cuanto a participación de las renovables en el *mix* energético. La razón principal, además de los costes comparativamente más elevados de las fuentes de energía renovables con respecto a las convencionales – al menos, con la tecnología actualmente disponible -, es la falta de un marco político coherente y eficaz y de una visión estable a largo plazo. Como consecuencia de ello, sólo un número limitado de Estados miembros ha realizado progresos serios en este ámbito, y no se ha generado la masa crítica necesaria para hacer de las energías renovables un sector como los demás.

La Unión Europea necesita un cambio fundamental para proporcionar una visión creíble a largo plazo del futuro de la energía renovable,

aprovechando los instrumentos existentes, y en especial la Directiva sobre electricidad renovable¹³⁷. Será fundamental que lo haga para alcanzar sus objetivos actuales¹³⁸ y para activar más inversión, innovación y empleo.

A la vista de la información recibida durante la consulta pública promovida por el Libro Verde y de los resultados de la evaluación de impacto, la Comisión propone en su *Programa de trabajo de la energía renovable*¹³⁹ el objetivo vinculante de incrementar el nivel de energía renovable en el *mix* energético global de la Unión Europea de menos del 7 % en la actualidad al 20 % para 2020. Los objetivos para 2020 se evaluarían a la luz del progreso tecnológico. Este objetivo del 20 % es realmente ambicioso y exigirá esfuerzos importantes a todos los Estados miembros. La contribución de cada uno de ellos al objetivo de la Unión Europea deberá tener en cuenta los diferentes puntos de partida y circunstancias nacionales, y en concreto las características de su *mix* energético¹⁴⁰.

¹³⁷ Vid. Directivas 2001/77/CE, 2003/30/CE, y actualmente Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al uso de energía procedente de fuentes de energía renovables (DOUE núm. L 140, de 5.6.2009, pp. 16-62).

¹³⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Acción de seguimiento del Libro Verde: Informe sobre el progreso de la electricidad renovable*. COM (2006) 849 final. Bruselas, 10 de enero de 2007. El reto de las políticas de energías renovables consistirá en encontrar el equilibrio adecuado entre instalar ahora capacidad de energía renovable a gran escala y esperar a que en el futuro la investigación rebaje su coste.

¹³⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Programa de trabajo de la energía renovable. Las energías renovables en el siglo XXI: construcción de un futuro más sostenible*. COM (2006) 848 final. Bruselas, 10 de enero de 2007.

¹⁴⁰ Los Estados miembros deberían tener flexibilidad para promover las energías renovables que mejor se adapten a su potencial y sus prioridades nacionales específicas. El modo en que prevean cumplir sus objetivos debería exponerse en planes de acción nacionales que se notificarían a la Comisión. Estos planes deberían contener objetivos y medidas sectoriales coherentes con el logro de los objetivos nacionales generales acordados. En la práctica, para ejecutar sus planes los Estados miembros deberán establecer sus propios objetivos específicos en relación con la electricidad, los biocombustibles, la calefacción y la refrigeración. Por su parte, la Comisión verificaría estos objetivos para garantizar el cumplimiento del objetivo general.

Para alcanzar estos objetivos serán precisos avances en los tres sectores a los que más afectan las fuentes de energía renovables: la electricidad (aumentar la producción de electricidad a partir de energías renovables y autorizar la producción de electricidad sostenible a partir de combustibles fósiles, gracias en particular al establecimiento de sistemas de captura y almacenamiento de CO₂); los biocarburantes, que deberán representar, de aquí al año 2020, un 10 % de los combustibles destinados a los vehículos; y por último los nuevos sistemas de calefacción y de refrigeración.

6. Plan Estratégico Europeo de Tecnología Energética

- La Unión Europea tiene dos objetivos fundamentales en materia de tecnologías energéticas: reducir el coste de la energía no contaminante y situar a la industria europea en la vanguardia del sector de las tecnologías que permiten reducir las emisiones de carbono. Para cumplir estos objetivos, la Comisión se planteaba presentar en 2007 un *Plan Estratégico Europeo de Tecnología Energética*¹⁴¹. La Comisión propone un esbozo de este *Plan*, que abarcará todo el proceso de innovación, desde la investigación básica hasta la comercialización. Dicho *Plan Estratégico* respalda así tanto el *VII Programa Marco de Investigación y Desarrollo Tecnológico*, que prevé un aumento del 50 % de los gastos

¹⁴¹ Este *Plan* fue efectivamente presentado a finales de 2007. *Vid.* Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones, *Plan Estratégico Europeo de Tecnología Energética (Plan EETE). Hacia un futuro con baja emisión de carbono*. COM (2007) 723 final. Bruselas, 22 de noviembre de 2007.

anuales en investigación en el ámbito de la energía, como el programa comunitario *Energía inteligente - Europa*¹⁴².

7. Combustibles fósiles con baja emisión de CO₂

El carbón y el gas representan aproximadamente el 50 % de las fuentes de producción de energía eléctrica en la Unión Europea y no cabe duda de que seguirán siendo una parte importante de su *mix* energético. Las reservas a largo plazo son abundantes. Sin embargo, el carbón produce aproximadamente el doble de emisiones de CO₂ que el gas. En este sentido, es esencial que se desarrollen a nivel internacional tecnologías limpias de carbón y de captura y almacenamiento de carbono. Además del *Plan Estratégico Europeo de Tecnología Energética*, habrá que poner en marcha otra iniciativa para catalizar la investigación y la actuación internacionales en el ámbito de la captura y almacenamiento de CO₂.

¹⁴² Vid. *infra* epígrafe 3.9 del Capítulo III de esta *Memoria*. Las prioridades de esta iniciativa específica serán las siguientes:

- incrementar el número de edificios, aparatos, equipos, procesos industriales y sistemas de transporte eficientes desde el punto de vista energético;
- desarrollar los biocombustibles, en particular los de segunda generación, para que se conviertan en alternativas a los hidrocarburos plenamente competitivas;
- conseguir que las grandes instalaciones de energía eólica marina sean competitivas a corto plazo y sentar las bases para una súper red europea marina competitiva;
- conseguir que la electricidad fotovoltaica sea competitiva para aprovechar la energía solar;
- utilizar las tecnologías de células de combustible y de hidrógeno para explotar sus ventajas en la generación y transporte descentralizados;
- desarrollar tecnologías de carbón y gas sostenibles, especialmente captura y almacenamiento de carbono;
- mantener el liderazgo tecnológico en el sector de los reactores de fisión nuclear de cuarta generación y la futura tecnología de fusión (proyecto ITER).

El ITER (*International Thermonuclear Experimental Reactor*) es un proyecto de gran complejidad ideado, en 1986, para demostrar la factibilidad científica y tecnológica de la fusión nuclear. El ITER se está construyendo en Cadarache (Francia) y costará 10.300 millones de euros, convirtiéndose en el tercer proyecto más caro de la historia, después de la Estación Espacial Internacional y del Proyecto Manhattan. *Iter*, además, significa *el camino* en latín, y este doble sentido refleja el rol de ITER en el perfeccionamiento de la fusión nuclear como una fuente de energía para usos pacíficos.

En su Comunicación sobre generación de electricidad sostenible¹⁴³, la Comisión plantea un mecanismo destinado a fomentar la construcción y el funcionamiento para 2015 de hasta 12 demostraciones a gran escala de tecnologías de combustibles fósiles sostenibles para la generación comercial de electricidad en la Unión Europea; así como una perspectiva clara de cuándo las centrales que funcionen mediante combustión de carbón y de gas tendrán que instalar sistemas de captura y almacenamiento de CO₂, estableciéndose en principio este objetivo para el año 2020 en relación con todas las centrales nuevas y señalándose genéricamente la obligación de adaptación progresiva en el mismo sentido de las ya existentes.

8. El futuro de la energía nuclear

Frente a las preocupaciones crecientes en materia de seguridad del suministro energético y de control de las emisiones de CO₂, la energía nuclear presenta la ventaja de ser una de las fuentes de energía de baja emisión de carbono cuyos costes y suministro son más estables. No obstante, la energía nuclear sigue suscitando importantes problemas relacionados con la gestión de los residuos radiactivos, así como con la clausura de centrales y depósitos obsoletos o saturados de residuos. Para avanzar en este último punto, la Comisión propone la creación de un grupo de alto nivel de seguridad y protección nuclear de la Unión Europea con el mandato de llegar progresivamente a un consenso y, llegado el momento, fijar normas europeas

¹⁴³ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Producción sostenible de electricidad a partir de combustibles fósiles: conseguir centrales eléctricas de carbón con emisiones próximas a cero después de 2020*. COM (2006) 843 final. Bruselas, 10 de enero de 2007.

adicionales a las internacionales en materia de seguridad y protección nucleares¹⁴⁴.

9. Una política energética internacional al servicio activo de los intereses europeos

La Unión Europea no es capaz de alcanzar por sí sola sus objetivos energéticos y climáticos. Los retos que plantean la seguridad del suministro energético y el cambio climático no pueden ser resueltos de forma independiente por la Unión Europea o sus Estados miembros. Es preciso colaborar con los países desarrollados y en desarrollo, con los consumidores y con los productores de energía para asegurar la existencia y disponibilidad de una energía competitiva, sostenible y segura.

La Unión Europea y sus Estados miembros deben perseguir esas metas de forma unánime, forjando asociaciones eficaces que permitan plasmarlas en una política exterior significativa. La Unión Europea se expresa ya de forma unánime en las negociaciones de acuerdos internacionales, especialmente en el ámbito comercial. Los acuerdos internacionales pendientes y futuros, ya sean bilaterales o con diversos países, pueden utilizarse de una forma más eficaz a fin de sellar compromisos jurídicamente vinculantes que pueden

¹⁴⁴ La decisión de generar o no electricidad nuclear corresponde a cada Estado miembro. Sin embargo, en el supuesto de que el nivel de energía nuclear se reduzca en la Unión Europea, es esencial que esa reducción se lleve a cabo de forma paralela a la introducción gradual de otras fuentes de energía suplementarias de baja emisión de carbono para la producción de electricidad, a fin de no perjudicar la consecución de otros objetivos de la política energética como la lucha contra el cambio climático o la seguridad del abastecimiento energético.

abarcar desde la liberalización recíproca de las condiciones comerciales y las inversiones en todos los mercados energéticos hasta la concesión de acceso a los oleoductos y los gasoductos por parte de los países situados en las cadenas de tránsito y transporte. De igual forma, también pueden utilizarse para fomentar el comercio internacional de biocombustibles o productos de origen natural obtenidos con métodos sostenibles y para la tarificación internacional de las emisiones de carbono.

El primer paso hacia esta deseable unanimidad es la fijación de objetivos claros y la aportación de los medios necesarios para una coordinación efectiva. El Consejo Europeo ha respaldado el proyecto de creación conjunta por la Comisión y el Consejo de Ministros de un marco a largo plazo para la dimensión exterior de la política energética¹⁴⁵, y se ha mostrado de acuerdo con el establecimiento de una red de corresponsales de seguridad energética que desarrollarán un sistema de alerta rápida y aumentarán la capacidad de la Unión Europea para reaccionar en caso de presión exterior sobre la seguridad del abastecimiento.

Partiendo de estas premisas las prioridades de la política energética internacional se establecen con referencia a los siguientes puntos:

- impulsar los *acuerdos internacionales*, incluido el régimen climático *post-Kyoto*, la extensión del comercio de emisiones a los socios mundiales, el

¹⁴⁵ Documento de la Comisión y el Alto Representante de la Unión Europea, *Una política exterior al servicio de los intereses energéticos de Europa*, junio de 2006, S 160/06; seguido por *Relaciones exteriores en materia de energía- de los principios a la acción*. COM (2006) 590 final. Bruselas, 12 de octubre de 2006.

- futuro del Tratado de la *Carta de la Energía* y el desarrollo y la implantación de tecnologías limpias y basadas en energías renovables;
- reforzar las relaciones con los vecinos de la Unión Europea en el campo de la energía, de acuerdo con la propuesta de la Comisión para fortalecer la *Política Europea de Vecindad* (PEV)¹⁴⁶;
 - *reducir la amenaza de posibles alteraciones o de destrucción física de infraestructuras críticas* ubicadas más allá de las fronteras comunitarias, mediante un intercambio de mejores prácticas con todos los socios comerciales de la Unión Europea y las organizaciones comunitarias correspondientes;
 - *fortalecer las relaciones con Rusia* mediante la negociación de un nuevo acuerdo marco sólido y amplio, que incluya una asociación energética completa con beneficios para ambas partes y cree las condiciones necesarias para nuevas inversiones;
 - *profundizar el diálogo y las relaciones con los principales productores de energía*, tanto a través de la OPEP y el Consejo de Cooperación del Golfo como mediante la plena aplicación de los *memorandos* de acuerdo con Azerbaijón y Kazajstán, trabajando también para establecer nuevos lazos con otros importantes productores de Asia Central (Turkmenistán y Uzbekistán), así como para facilitar el transporte de recursos energéticos del Mar Caspio a la Unión Europea, y sin olvidar las nuevas fuentes de energía como los biocombustibles, en relación con los cuales se impulsará el diálogo con Brasil y se celebrará una conferencia internacional en 2007;

¹⁴⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Consolidación de la Política Europea de Vecindad*. COM (2006) 726 final. Bruselas, 4 de diciembre de 2006.

- *desarrollar una nueva asociación en materia de energía África-Europa, a través de un diálogo centrado en temas como la seguridad del suministro de energía, la transferencia de tecnología sobre energías renovables, la explotación sostenible de los recursos, la transparencia de los mercados de la energía y el respeto por el buen gobierno;*
- *reforzar las relaciones con otros importantes consumidores de energía, como Estados Unidos, China o India;*
- *promover la no proliferación, así como la seguridad y la protección nucleares, en particular mediante una cooperación reforzada con el Organismo Internacional de la Energía Atómica y mediante el nuevo Instrumento de cooperación en materia de seguridad nuclear¹⁴⁷.*

Indudablemente, a estas alturas la política energética de la Unión había alcanzado un grado de madurez que no sólo hacía posible sino necesario plantearse su configuración formal como política común. Sin embargo, este paso no fue fácil de dar ni para los Estados miembros ni para las instituciones comunitarias. En la práctica, como ya se ha apuntado de forma reiterada, fue el cambio del entorno económico, fundamentalmente la globalización de la economía y su incidencia en la seguridad del aprovisionamiento energético, lo que persuadió a los diferentes Estados de que en este nuevo contexto sólo unidos podrían cumplir su misión y alcanzar sus objetivos nacionales. Y fue también, en definitiva, este nuevo marco global de la economía lo que confirió su legitimidad última a la Unión Europea para diseñar y aplicar una política energética de alcance comunitario.

¹⁴⁷ *Vid.* Reglamento (EURATOM) núm. 300/2007 del Consejo, de 19 de febrero de 2007, por el que se establece un Instrumento de cooperación en materia de seguridad nuclear (DOUE núm. L 81, de 22.3.2007, pp. 1-10).

3. La política energética como política común de la Unión Europea.

3.1. Prolegómenos.

Como ya hemos visto al principio de este Capítulo, las crisis petrolíferas de los años 70 llevaron a plantear en varias ocasiones la introducción de lo que podemos definir como una *competencia sectorial, específica y expresa* a favor de la Comunidad: *sectorial*, porque todas las propuestas avanzadas trataban de definir un ámbito disciplinar tendencialmente independiente de los otros sectores; *específica*, porque la idea básica de las diversas propuestas no se fundamenta en la determinación de una competencia genérica, sino en la especificación de los objetivos y de los principios operativos; *expresa*, porque las propuestas miran hacia el reconocimiento de una competencia por medio de una o más disposiciones de Derecho comunitario primario que, de forma inequívoca, se refieran al ejercicio de poderes por parte de la Comunidad en el sector energético, determinando en consecuencia con claridad los límites de los ámbitos ordinamentales comunitario y estatal.

Vimos también como a partir de la aprobación del Acta Única y sobre todo del Tratado de la Unión Europea, a pesar de no contar con un título competencial explícito en el Derecho originario en este sentido, existían múltiples atribuciones que, en la perspectiva de la construcción de un mercado único, habilitaban a la Comunidad para la formulación de una política energética comunitaria¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Vid. *supra* epígrafe 2.3 de este Capítulo I.

El Tratado de Lisboa ha acabado por reconocer la política energética como política común de la Unión. Analizaremos en este epígrafe cuáles han sido los antecedentes más inmediatos de este reconocimiento de una *competencia sectorial, específica y expresa* a favor de la Comunidad para la formulación de una política energética común.

En el proyecto SPINELLI¹⁴⁹ se incluía un artículo que establecía una competencia material de la Comunidad Económica Europea en el sector de la energía:

“Art. 53 f).- Políticas sectoriales.

Para responder a las necesidades específicas de organización, promoción o coordinación propias de ciertos sectores de la actividad económica, la Unión dispondrá de competencias concurrentes con las de los Estados miembros para realizar políticas sectoriales adaptadas a nivel de la Unión. En los mencionados campos, estas políticas sectoriales perseguirán, en particular, el objetivo de facilitar, mediante la creación de condiciones estables, las decisiones que las empresas tengan que adoptar en un contexto competitivo en materia de inversiones e innovación.

En particular, los campos afectados son:

- ...
- ...
- ...
- la energía.

- a)
- b)

...

f) En el sector energético, la intervención de la Unión tendrá como objetivo garantizar la seguridad en el abastecimiento, la estabilidad en el mercado de la Unión y, en la medida en que estén reglamentados, una política armonizada de precios compatible con las prácticas de competencia leal. Del mismo modo, tiene por objetivo promover el desarrollo de energías alternativas y renovables, instaurar normas técnicas comunes en materia de eficacia, seguridad y protección de las poblaciones y del medio ambiente, y fomentar el aprovechamiento de fuentes energéticas europeas”.

El art. 53 f) manifestaba la intención de establecer una competencia material de la Comunidad Europea en el sector energético con los siguientes

¹⁴⁹ Proyecto de Tratado de la Unión Europea presentado por el eurodiputado A. SPINELLI y aprobado por el Parlamento Europeo en febrero de 1984.

fines: i) garantizar la seguridad en el abastecimiento energético; ii) liberalizar el mercado energético; iii) desarrollar fuentes energéticas renovables; y iv) integrar las preocupaciones ambientales en la regulación energética.

Con ocasión de las negociaciones acerca del Tratado de Maastricht, en el ámbito de la conferencia intergubernamental, los proyectos sostenidos por la presidencia luxemburguesa y holandesa contenían un título dedicado a la energía¹⁵⁰. Se trataba del título XII, que incluía tres artículos. El primero, art. A, habría debido definir los objetivos de la acción comunitaria y el criterio de reparto competencial entre la misma y los Estados miembros. Así se establecía a favor de la Comunidad una competencia inspirada en los principios de coexistencia y coordinación entre el ordenamiento comunitario y el estatal. ZAPATER DUQUE observa que de la lectura del texto se desprende una preocupación manifiesta *“para garantizar la coherencia de la acción comunitaria tanto con las iniciativas estatales como con las políticas desarrolladas en el marco de los dos Tratados sectoriales CECA y EURATOM, y para enfatizar la total compatibilidad y complementariedad entre acciones estatales y comunitarias [...]”*¹⁵¹. El art. B tenía la función de habilitar a la Comunidad para establecer relaciones con terceros países: el ejercicio de la competencia externa se circunscribía a los sectores para los cuales ya se había concedido una habilitación en el ámbito del ordenamiento interno. Finalmente, el art. C establecía como modalidad para la adopción de los actos comunitarios

¹⁵⁰ Vid. textos publicados en *Agencia Europea*: Documentos núms. 1746/1747, de 20 de noviembre de 1991, p. 11. Vid. también Documentos núms. 1709/1710, de 3 de mayo de 1991, p. 9; Documentos núms. 1722/1723, de 5 de julio de 1991, p. 13; y Documentos núms. 1733/1734, de 3 de octubre de 1991.

¹⁵¹ E. ZAPATER DUQUE, *La Unión Europea y la cooperación energética internacional*, op. cit., p. 54.

internos el procedimiento legislativo de *cooperación*¹⁵², previa consulta al Comité Económico y Social.

Lamentablemente, la propuesta no encontró el favor de los Estados miembros y ni el Tratado de Ámsterdam, ni tampoco el sucesivo Tratado de Niza contenían disposiciones que determinaran una competencia específica y expresa de la Comunidad Europea en el sector energético. Así, antes de Lisboa, en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) se encontraban sólo unas referencias incidentales que, por la pobreza del contenido y la incertidumbre de los términos utilizados, han dificultado notablemente el trabajo interpretativo del operador jurídico¹⁵³.

El último intento sin éxito de introducir una competencia sectorial, específica y expresa de la Unión Europea en materia energética se realiza con ocasión del *Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para*

¹⁵² El procedimiento de *cooperación* fue introducido por el Acta Única Europea para aumentar el papel del Parlamento Europeo en relación con el procedimiento de *consulta*. El Parlamento puede introducir modificaciones en la posición común del Consejo, pero, al contrario que en el procedimiento de *codecisión*, la decisión final la toma únicamente el Consejo.

¹⁵³ Ni el artículo 53 f) ni el título XII tuvieron éxito. Con la firma del Tratado de Maastricht la única referencia a la energía se encuentra en el art. 3 TCE. La lectura de los documentos que se emitieron durante el proceso de elaboración y aprobación del Tratado de Maastricht nos manifiesta un dato muy peculiar en contraste con la tendencia actual de las políticas nacionales: Francia, Alemania, Bélgica e Italia se mostraron favorables a la incorporación del título XII en el Tratado. Por su parte, Reino Unido, Países Bajos y España manifestaron una posición contraria. Con ocasión de la conferencia intergubernamental de 1996, fueron Irlanda y Bélgica los países que decidieron presentar propuestas para incorporar en el Derecho primario una sección dedicada a la energía. En particular, la delegación belga propuso la inclusión de una competencia expresa de la Comunidad con el objetivo de garantizar el abastecimiento energético. Se subrayaba la importancia de asignar a la Comunidad la función de planificación en la gestión de los recursos energéticos. Además, se pensaba que la introducción de una competencia en el sector energético podía favorecer la cohesión económica y social dentro de la Comunidad. La proposición se fundamentaba en la idea general de racionalizar las bases jurídicas de la acción comunitaria en el sector energético a través de disposiciones que tuvieran esencialmente tres funciones: i) identificar los objetivos de la política energética vinculando la acción comunitaria a su consecución; ii) establecer un procedimiento decisonal *ad hoc*; y iii) controlar el mecanismo de ayudas de Estado en el sector energético a través de la supervisión de la Comunidad. *Vid.* A. PARENTE, *Principios de Derecho Europeo de la Energía*, *op. cit.*, pp. 39-41.

Europa¹⁵⁴. En este documento se incluía una sección dedicada a la energía, cuyo tenor literal es, sin duda, el antecedente más inmediato de la regulación actualmente vigente:

“Sección 10

ENERGÍA

Artículo III-256

1. *En el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y habida cuenta de la exigencia de conservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo:*

- a) *garantizar el funcionamiento del mercado de la energía;*
- b) *garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión, y*
- c) *fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables.*

2. *Sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones de la Constitución, la ley o ley marco europea establecerá las medidas necesarias para alcanzar los objetivos mencionados en el apartado 1. Se adoptará previa consulta al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social.*

La ley o ley marco europea no afectará al derecho de un Estado miembro a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, sus posibilidades de elegir entre diversas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético, sin perjuicio de la letra c) del apartado 2 del artículo III-234.

3. *No obstante lo dispuesto en el apartado 2, una ley o ley marco europea del Consejo establecerá las medidas mencionadas en ese apartado cuando sean esencialmente de carácter fiscal. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo”.*

El fracaso final de este proyecto de Constitución Europea volvió a aplazar *sine die* el reconocimiento de la política energética como política común

¹⁵⁴ El llamado *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, más conocido como *Constitución Europea* o *Tratado Constitucional*, cuyo proyecto había sido aprobado el 18 de junio de 2003, en Roma los jefes de gobierno de los países que forman la Unión Europea el 29 de octubre de 2004. La Unión Europea se basa en los Tratados Constitutivos (Tratado de París, mientras existió la CECA, y Tratado de Roma) y los Tratados y Actas que los modifican (Bruselas, Acta Única Europea, Maastricht, Ámsterdam, Niza y los sucesivos Tratados de Adhesión) que fijan sus normas de funcionamiento y actuación. Este nuevo documento (conocido técnicamente como *Tratado Constitucional*) reemplazaría dichos tratados y sería similar a la constitución de un país. El 12 de enero de 2005, el Parlamento Europeo aprobó una resolución por 500 votos a favor, 137 en contra y 40 abstenciones, en la que recomendó a los Estados miembros que ratificaran la Constitución. En algunos países, el tratado fue sometido a referéndum que tuvo resultados distintos y mientras en España los electores lo aprobaron con una baja participación (44%) en Francia y Holanda con una alta participación (69 % y 63%, respectivamente) fue rechazado, lo que provocó una crisis institucional europea.

de la Unión Europea y su consiguiente regulación a nivel de Derecho primario comunitario.

3.2. El Tratado de Lisboa.

El texto consolidado del Tratado de Lisboa (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE) en su art. 4 determina que el ámbito de la energía, junto con el medio ambiente y el mercado interior, será una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros, lo que incorpora un planteamiento importante en la elaboración de la política energética. Más adelante, el art. 101 encabeza el título VII, que recoge las normas sobre la competencia, declarando incompatibles con el mercado interior los acuerdos y prácticas concertadas que puedan afectar al mercado, aspecto decisivo en relación con la energía. El art. 122 introduce una novedad al propiciar *“con espíritu de solidaridad entre los Estados miembros”* medidas adecuadas en situaciones de grave dificultad de suministro energético. El art. 170, en continuidad con lo dispuesto en este sentido por los Tratados anteriores, mantiene el objetivo de establecer, desarrollar y fortalecer las redes transeuropeas de energía. En el art. 171, se mantiene también la cooperación con terceros países para establecer proyectos en común y garantizar la interoperabilidad de las redes. En el art. 192 se incluye la necesidad de utilizar el procedimiento legislativo especial y la unanimidad para que el Consejo adopte medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro de sus fuentes y estructura de abastecimiento energético.

Reviste especial importancia, por su novedad, el nuevo título XXI, dedicado específicamente a la energía. En el art. 194 –único de este Título – se habla expresamente de una política energética de la Unión, definiendo sus objetivos:

“TÍTULO XXI

ENERGÍA

Artículo 194

1. En el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros:

- a) garantizar el funcionamiento del mercado de la energía;*
- b) garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión;*
- c) fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables; y*
- d) fomentar la interconexión de las redes energéticas.*

2. Sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones de los Tratados, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las medidas necesarias para alcanzar los objetivos mencionados en el apartado 1. Dichas medidas se adoptarán previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

No afectarán al derecho de un Estado miembro a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, sus posibilidades de elegir entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético, sin perjuicio de la letra c) del apartado 2 del artículo 192.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, establecerá las medidas mencionadas en ese apartado cuando sean esencialmente de carácter fiscal”.

Todos estos objetivos se conciben en el marco del establecimiento del mercado interior, atendiendo a la protección del medio ambiente y, lo que resulta más delicado y difícil de armonizar, reconociendo el derecho de cada Estado miembro a determinar las condiciones de explotación de sus recursos

energéticos y a fijar la estructura de su abastecimiento y el *mix* energético que prefiera.

En una primera aproximación, parece que articular una posible complementariedad entre todos estos objetivos no resulta una tarea sencilla. En este sentido, la formulación de una política energética común que garantice el abastecimiento de la Unión y, al mismo tiempo, no intervenga en la determinación de la estructura y orígenes de ese abastecimiento, reviste una indudable complejidad. Tampoco será fácil interconectar las redes de los distintos Estados miembros sin un mandato más específico y careciendo además de instrumentos capaces de vencer la resistencia de algunos de ellos. Otro desafío se plantea a la Unión Europea en relación con las actuaciones de fomento de la eficiencia energética de alcance comunitario, ante la escasa capacidad de intervención en la estructura de la oferta y de la demanda a ese nivel.

Con la aprobación del Tratado de Lisboa, en definitiva, tampoco queda expedito el camino para la política energética común, que seguirá construyéndose a través de disposiciones diversas, dispersas y elaboradas en continuas negociaciones pero, en todo caso, de menor rango normativo que las que podrían haberse derivado de un reconocimiento en términos más “*fuertes*” y concretos en el texto del Tratado (como sucede con otras políticas comunes como la política monetaria). En todo caso, en Lisboa no ha sido posible avanzar más y lo que se ha logrado no es poco. En efecto, la competencia compartida que se recoge en el art. 4 y la inclusión del nuevo título XXI, art. 194, con el establecimiento de los objetivos de la política energética, suponen

una regulación, a nivel normativo de Derecho primario comunitario, de la energía en términos de política común, si bien con un alcance limitado¹⁵⁵.

En el ámbito de la política energética común nada parece fácil y para avanzar más deprisa y con mayor consistencia se necesita un nivel de compromiso político alto, un notable volumen de inversiones, un marco normativo más claro y una actitud por parte de las autoridades reguladoras nacionales que esté coordinada y sea rigurosa, independiente y predecible. Fenómenos como la persistencia de las restricciones a la producción o al transporte resultan incompatibles con los objetivos establecidos en el Tratado de Lisboa e indican la patente imperfección del mercado interior y la necesidad de una política exterior común que apoye la puesta en marcha de una auténtica política europea de la energía.

En cierto modo, el proceso de liberalización ha sido más teórico que real. La fragmentación de los mercados energéticos persiste, las interconexiones entre sistemas energéticos nacionales tropiezan con graves obstáculos de índole política, y los precios pagados por los consumidores son muy heterogéneos en los distintos Estados miembros.

¹⁵⁵ Vid. J. M^a. MARÍN QUEMADA, *Política energética en la Unión Europea: el debate entre la timidez y el atrevimiento*, op. cit., p. 71-72. Como ha señalado J. M^a. GIMENO FELIÚ en *¿Hacia una Directiva del Mercado Interior de la Energía?*, op. cit., p. 27: “En suma, la afirmación de la energía entre las políticas comunes significa que la misma se considera como sector clave en el proceso de integración y consecución de un mercado único. Y ello es, decididamente, el fin último de la integración, por cuanto una acción europea conjunta es garantía de mayor eficacia (económica y social), ya que permite evitar la dispersión de esfuerzos y las duplicaciones, defectos que han caracterizado especialmente al sector energético comunitario. En resumen, el TFUE constituye, ya en su versión actual, marco jurídico adecuado para el desarrollo de esta política común (...), que está claramente afectada por la aplicación de los principios y libertades comunitarias. Y ello sobre la base de tres principios:

- a) Gradualidad en la aplicación de las medidas que se contemplen.
- b) Adecuada articulación del principio de subsidiariedad, de tal manera que cada Estado pueda adaptarse a las exigencias derivadas de su modelo organizativo.
- c) Reglamentación comunitaria suficiente, clara y precisa que evite dudas jurídicas con el fin de establecer un sistema jurídico de la energía estable que promueva la inversión productiva”.

La propiedad y la operación de las redes de transporte siguen vinculadas, en buena medida, a compañías productoras heredadas de monopolios o cuasimonopolios. La vigencia efectiva de una política energética común, y en particular la construcción del mercado interior de la energía, obliga a estas compañías a la venta de sus redes de alta tensión o a poner en manos de un tercero su operación en el caso de que conserven su propiedad. La resistencia de las compañías energéticas europeas a asumir estos planteamientos constituye uno de los principales obstáculos para la política energética común. No hay que olvidar que la separación entre las actividades de generación y suministro, por un lado, y la gestión de las redes, por el otro, trata de abrir paso a una mayor competencia y facilitar así la entrada de nuevos operadores¹⁵⁶.

Estos son algunos ejemplos de cómo, aún después de la definición a nivel de Derecho primario comunitario de una política energética común, los intereses de los países se orientan con frecuencia en direcciones y sentidos distintos a los de la Comisión y a los de la Europa unida, dando idea de lo mucho que queda por hacer.

¹⁵⁶ En relación con este punto, no es previsible que determinados operadores provenientes del exterior de la Unión Europea (Rusia, Argelia,...) y que quieren establecerse en Europa, se muestren dispuestos a separar sus actividades de transporte con respecto a las de generación, tanto en la Unión Europea como en sus países de origen, a pesar de que la Comisión Europea ya ha planteado este requerimiento en alguna ocasión.

3.3. El futuro de la política energética de la Unión Europea: una perspectiva estratégica.

A medio y largo plazo, el futuro de la política energética, a partir de su reconocimiento como política común de la Unión Europea, se construirá en torno al triple objetivo de la *competitividad*, la *sostenibilidad* y la *seguridad*. A finales de 2010, la Comisión formuló una propuesta estratégica en la que pueden entenderse cifradas las líneas maestras de la política energética comunitaria en el horizonte temporal de 2020: *Energía 2020. Una estrategia para una energía competitiva, sostenible y segura*¹⁵⁷.

La política energética de la Unión Europea se ha desarrollado en torno al objetivo común de asegurar la disponibilidad ininterrumpida de productos y servicios energéticos para todos los consumidores (domésticos e industriales), contribuyendo también a otros objetivos comunitarios, sociales y medioambientales, más amplios. Los objetivos centrales de la política energética (seguridad de suministro, competitividad y sostenibilidad) han sido trazados por el Tratado de Lisboa e incorporados así al Derecho originario de la Unión Europea (art. 194 TFUE). Esto anuncia claramente lo que se espera de Europa en el ámbito de la energía. Aunque se ha logrado algún progreso en relación con estos objetivos, los sistemas energéticos europeos se están adaptando a un ritmo demasiado lento, mientras que la dimensión de los nuevos retos crece día tras día. Las próximas ampliaciones de la Unión Europea agravarán estos problemas a medida que se incorporen países con

¹⁵⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, *Energía 2020. Una estrategia para una energía competitiva, sostenible y segura*. COM (2010) 639 final. Bruselas, 10 de noviembre de 2010.

infraestructuras obsoletas y economías menos competitivas desde el punto de vista energético.

El Consejo Europeo ha adoptado en 2007 objetivos muy ambiciosos en relación con la energía y la lucha contra el cambio climático para el año 2020: reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en un 20 % - o incluso en un 30 % si las condiciones son favorables -, incrementar la contribución de las energías renovables al *mix* energético al 20 %, y lograr un rendimiento adicional del 20 % en cuanto a eficiencia energética.

Sin embargo, la estrategia vigente probablemente no permitirá alcanzar los objetivos marcados para el año 2020 y es totalmente inadecuada para hacer frente a los retos planteados en materia energética a largo plazo. La tarea urgente para la Unión Europea consiste ahora en alcanzar un acuerdo sobre los instrumentos que hagan posible el cambio necesario y aseguren así que Europa pueda resurgir de la recesión de forma más competitiva, segura y sostenible.

El mercado interior de la energía se encuentra todavía fragmentado y no ha brindado todo su potencial en cuanto a transparencia, accesibilidad y elegibilidad. Las empresas se han expandido más allá de las fronteras nacionales, pero su desarrollo está aún entorpecido por una multitud de diferentes normas y prácticas nacionales. Subsisten muchas barreras de entrada al mercado, en forma de regulaciones anticompetitivas¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Vid. en este sentido la ya citada Comunicación de la Comisión *Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 en los sectores europeos del gas y de la electricidad (Informe final)*. COM (2006) 851 final.

La seguridad de los suministros interiores de energía está amenazada por un cierto estancamiento en las inversiones y en el progreso tecnológico¹⁵⁹. Esto significa que es necesario reemplazar y ampliar la capacidad de generación disponible, encontrando combustibles fósiles alternativos seguros, adaptando las redes a las fuentes de energía renovables y configurando un mercado interior de la energía efectivamente integrado. Al mismo tiempo, los Estados miembros todavía deben retirar ciertas ayudas públicas que fomentan actividades ambientalmente perjudiciales.

La calidad de los planes nacionales de eficiencia energética aprobados por los Estados miembros desde 2008 ha sido decepcionante, dejando un enorme potencial sin explotar. El impulso para una mayor utilización de las energías renovables y para el logro de una mayor eficiencia energética en el transporte se está produciendo demasiado lentamente. Mientras la Unión Europea, en términos generales, está en condiciones de alcanzar el objetivo del 20 % de renovables en el *mix* energético, se encuentra lejos de lograr el objetivo establecido en relación con la eficiencia energética.

La Unión Europea constituye el nivel al que la política energética debe desarrollarse. Las decisiones de política energética adoptadas por un Estado miembro inevitablemente producen un impacto en otros Estados miembros. El *mix* energético óptimo, que incluye el rápido desarrollo de las renovables, necesita como mínimo un mercado continental. La energía es el sector del

¹⁵⁹ Actualmente, en torno a un 45 % de la capacidad de generación de electricidad en la Unión Europea está basada en recursos energéticos de baja emisión de carbono, fundamentalmente energía nuclear e hidroeléctrica. Buena parte de los Estados miembros podrían perder más de la tercera parte de su capacidad de producción en torno a 2020 a causa de la limitada vida útil de estas instalaciones.

mercado donde pueden lograrse las mayores economías de escala a nivel paneuropeo. La fragmentación de los mercados no sólo pone en riesgo la seguridad del suministro, sino que también limita extraordinariamente los beneficios que una competencia efectiva podría ofrecer en relación con la energía.

La Unión Europea debe seguir siendo un mercado atractivo para las empresas en un momento de creciente competencia a nivel mundial por conseguir recursos energéticos escasos. La nueva estrategia energética europea debe apoyar el enfoque industrial integrado planteado por la Comisión Europea¹⁶⁰, especialmente porque la energía continúa siendo un importante factor de costes para la industria. La Unión Europea debe también consolidar su competitividad en los mercados de tecnología energética¹⁶¹.

Desde la perspectiva de las relaciones internacionales, la Unión Europea, a pesar de representar una quinta parte del consumo mundial de energía, sigue teniendo menos influencia en los mercados energéticos que la que le correspondería en función de su peso económico. Las condiciones de acceso a los mercados mundiales de la energía se van haciendo cada vez más difíciles, y los países en desarrollo de Asia y Oriente Medio representan la

¹⁶⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, *Una política industrial integrada para la era de la globalización. Poniendo la competitividad y la sostenibilidad en el centro del escenario*. COM (2010) 614. Bruselas, 28 de octubre de 2010.

¹⁶¹ La participación de las energías renovables en el *mix* energético de la Unión Europea ha aumentado de manera constante hasta el 10 % del consumo final bruto de energía en 2008. En 2009, el 62 % de la nueva capacidad de generación de electricidad instalada en la Unión Europea procedía de fuentes renovables, principalmente eólica y solar. De cualquier forma, el liderazgo europeo está amenazado por países como Estados Unidos o China, que parecen ofrecer mejores oportunidades de inversión en energías renovables.

mayor parte del crecimiento de la demanda. La Unión Europea es además el mayor importador mundial de energía, por lo que probablemente resulta más vulnerable a los riesgos de interrupción del suministro. La incorporación de la política energética al Tratado exige un nuevo enfoque en esta materia¹⁶².

En línea con este planteamiento, la Comisión propone una nueva estrategia energética para el 2020. Esto consolidará las medidas adoptadas hasta ahora e intensificará la actividad en aquellos ámbitos donde están surgiendo nuevos retos. Es la conclusión resultante de intensos debates desarrollados en el seno de las instituciones comunitarias así como de amplias consultas públicas.

La atención no se centra en este caso en un análisis comparativo de las diferentes fuentes de energía, sino más bien en los pasos que deben darse para alcanzar los objetivos a medio plazo de política energética de la Unión Europea. Diversos escenarios en términos de *mix* energético se plantearán en la futura hoja de ruta energética para 2050, que en todo caso señalará formas de alcanzar el objetivo a largo plazo de descarbonización y sus implicaciones para las decisiones de política energética. Esta estrategia establece las decisiones iniciales que será necesario adoptar para cumplir con los objetivos marcados para 2020 en sus actuales términos. Las hojas de ruta para una economía y una energía con baja emisión de carbono informarán y orientarán

¹⁶² A nivel internacional, se presta poca atención a las advertencias sobre posibles restricciones de suministro de crudo en el futuro. A pesar de las graves crisis de suministro de gas que han alertado sobre la gran vulnerabilidad de la Unión Europea, todavía no existe una posición común con respecto a países socios, proveedores o de tránsito. El potencial de un mayor desarrollo de fuentes autóctonas de combustibles fósiles, incluido el gas no convencional, existe y el papel que podría jugar debe valorarse con total objetividad.

este programa de actuación y su aplicación, ofreciendo una visión a largo plazo¹⁶³.

Es necesario adoptar medidas de largo alcance en relación con la producción, el uso y el suministro de energía. Ante todo, la estrategia subraya la necesidad de reequilibrar las actuaciones en materia energética a favor de las políticas de demanda, incrementando la capacidad de elección de los consumidores y disociando el crecimiento económico de un uso cada vez más intensivo de los recursos energéticos.

La política energética constituye una aportación clave para alcanzar el objetivo de la nueva estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador que permita conformar un tejido industrial fuerte, diversificado y competitivo. En este contexto, Europa tiene que reconocer que su tejido industrial necesita de todos los sectores a lo largo de la cadena de valor¹⁶⁴.

Por el lado de la oferta, la prioridad debe continuar siendo el desarrollo de fuentes de energía competitivas y seguras. En el ámbito de la producción de

¹⁶³ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, *Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050*. COM (2011) 112 final. Bruselas, 8 de marzo de 2011.

¹⁶⁴ En particular, las industrias del transporte y la construcción deben poner en práctica una política activa de ahorro energético y diversificación hacia fuentes no contaminantes de energía. Aun reconociendo la decisiva eficacia del sistema de comercio de emisiones, la estrategia debería ayudar a crear condiciones de mercado que estimulasen un mayor ahorro energético y mayores inversiones en tecnologías bajas en carbono, para explotar una amplia gama de fuentes de energía renovable, así como otras tecnologías con un papel clave en el almacenamiento de energía y en la electro-movilidad (en particular, vehículos eléctricos y transporte público). También las Administraciones Públicas tienen que dar ejemplo en este sentido. Las normas sobre contratación pública deberían dar especial importancia a los requisitos de eficiencia para aumentar el ahorro de energía y difundir soluciones innovadoras, especialmente por lo que se refiere a las edificaciones y el transporte. El potencial de los instrumentos basados en el mercado y de otros, como el sistema tributario, para mejorar la eficiencia energética debería ser plenamente explotado.

electricidad, las inversiones que se realicen deberían conducir a una situación en la que dos tercios aproximadamente de la producción provenga de fuentes bajas en emisiones de carbono, situándose el nivel actual en torno al 45 %. En este contexto, se debe dar prioridad a las energías renovables. La estrategia debe proporcionar un marco a nivel comunitario que, respetando las particularidades de cada Estado miembro, les permita no sólo alcanzar sus objetivos nacionales sino también asegurar que los recursos y tecnologías energéticas renovables resultan ya económicamente competitivas en 2020.

La contribución de la energía nuclear, que actualmente produce un tercio de la electricidad que se consume en la Unión Europea y dos tercios de la energía sin emisiones de carbono, debe evaluarse de forma objetiva y transparente. Todas las prescripciones del Tratado CEEA deben aplicarse con el debido rigor, de modo particular las normas de seguridad. Dado el renovado interés en esta forma de producción en Europa y en todo el mundo, debe impulsarse la investigación en tecnologías de gestión de los residuos radiactivos y su aplicación segura, así como a largo plazo preparar la próxima generación de sistemas de fisión para una mayor sostenibilidad medioambiental, y los sistemas de cogeneración de calor y electricidad, sin olvidar los proyectos en materia de fusión nuclear (singularmente, el ITER).

Para el petróleo y el gas, las crecientes necesidades de importación y la fuerte demanda de las economías emergentes y en desarrollo exigen un fortalecimiento de los mecanismos destinados a garantizar nuevas, diversificadas y seguras rutas de tránsito. Además del acceso al crudo, las refinerías constituyen un elemento fundamental de la cadena de suministro.

Desde un punto de vista geopolítico, la Unión Europea es un socio poderoso en los mercados energéticos y debería tener la capacidad de actuar en consecuencia.

La nueva estrategia energética se centra en cinco puntos prioritarios:

1. Lograr un uso eficiente de la energía que se traduzca en un ahorro del 20 % en 2020

La eficiencia energética es uno de los objetivos centrales marcados para 2020 así como un factor clave para alcanzar los objetivos energéticos y climáticos a largo plazo. La Unión Europea necesita desarrollar una nueva estrategia de eficiencia energética que permita a todos los Estados miembros disociar el crecimiento económico de un uso más intensivo de los recursos energéticos. Esta estrategia tendrá en cuenta la diversidad existente entre Estados miembros en términos de necesidades energéticas. La eficiencia energética es la forma más eficaz en términos de costes de reducir las emisiones contaminantes, mejorar la seguridad energética y la competitividad, hacer más accesible el suministro a los consumidores, así como crear empleo incluso en el sector de exportación.

Los criterios de eficiencia energética deben regir en todos los ámbitos de actuación de las Administraciones Públicas, entre los que se incluye desde luego la distribución de ayudas públicas. Los esfuerzos deberán concentrarse en todo el ciclo de explotación de la energía, desde la generación, pasando por el transporte y la distribución, hasta el consumo final, en aspectos como la

supervisión del correcto funcionamiento del mercado, el control del cumplimiento de las normas sobre eficiencia energética, la extensión del uso de servicios y auditorías energéticas, así como las medidas de eficiencia material y reciclaje.

A la Unión Europea le queda todavía un largo camino para alcanzar el objetivo del 20 % de ahorro energético para 2020. La nueva estrategia, por tanto, demanda un compromiso político reforzado que se materialice en una definición clara de los objetivos a alcanzar, así como en un estrecho control del cumplimiento. Los Estados miembros y las autoridades regionales y locales están llamados a intensificar sus esfuerzos para implementar políticas adecuadas que permitan obtener el máximo rendimiento de los instrumentos, objetivos e indicadores disponibles, a través de planes nacionales de actuación en materia de eficiencia energética.

Debería prestarse especial atención a las actividades con mayor potencial para obtener ganancias de eficiencia energética, principalmente el *stock* de viviendas existente y el sector de transporte. Los Estados miembros han acordado objetivos climáticos legalmente vinculantes para estos y otros sectores pero es necesario adoptar medidas de aplicación adecuadas¹⁶⁵. La

¹⁶⁵ La industria europea debe incorporar objetivos de eficiencia energética e innovación de la tecnología energética en su modelo de negocio. El sistema de comercio de derechos de emisión impulsa significativamente a las grandes empresas en esta dirección, pero se precisa una difusión más amplia de otros instrumentos, como las auditorías energéticas, los sistemas de gestión energética u otros mecanismos de apoyo, entre las pequeñas y medianas empresas.

revisión de la Directiva sobre tributación de la energía también podría tener un efecto significativo sobre las ganancias de eficiencia a largo plazo¹⁶⁶.

Las tecnologías de la información y las comunicaciones tienen un importante papel que jugar en la mejora de la eficiencia de los sectores productivos más contaminantes. Estas tecnologías podrían impulsar un cambio estructural hacia productos y servicios menos intensivos en el uso de recursos energéticos, para el ahorro en edificios y redes eléctricas, así como para sistemas de transporte más eficientes y con un menor consumo energético¹⁶⁷.

Las políticas de eficiencia en el empleo de recursos energéticos, y particularmente las inversiones en esta materia, presentan habitualmente importantes costes iniciales a corto plazo antes de que se puedan percibir los beneficios a medio y largo plazo. Por esta razón, se requieren instrumentos para estimular nuevas inversiones en tecnologías y métodos de producción y explotación eficientes desde el punto de vista energético¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Vid. Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de la imposición de los productos energéticos y de la electricidad (DOUE núm. L 283, de 31.10.2003, pp. 51-70); Directiva 2004/74/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se modifica la Directiva 2003/96/CE en lo que respecta a la posibilidad de que ciertos Estados miembros apliquen a los productos energéticos y la electricidad exenciones o reducciones temporales del nivel impositivo (DOUE núm. L 157, de 30.4.2004, pp. 87-99); y Directiva 2004/75/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se modifica la Directiva 2003/96/CE en lo que respecta a la posibilidad de que Chipre aplique a los productos energéticos y la electricidad exenciones o reducciones temporales del nivel impositivo (DOUE núm. L 157, de 30.4.2004, pp. 100-105).

¹⁶⁷ Algunas actuaciones específicas en este sentido se contemplan en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Agenda Digital para Europa*. COM (2010) 245 final/2. Bruselas, 26 de agosto de 2010.

¹⁶⁸ La financiación comunitaria puede tener un importante efecto multiplicador de la inversión para el desarrollo de soluciones innovadoras. La Comisión insta a los Estados miembros a explorar la virtualidad de los instrumentos tributarios o de regulación de precios de cara a estimular tanto los necesarios cambios en los hábitos de consumo energético como la financiación de inversiones en materia de eficiencia energética.

En línea con estos planteamientos, se preveía que la Comisión presentara un nuevo *Plan de Eficiencia Energética* en 2011, que a su vez debía materializarse en una serie de propuestas regulatorias:

1. Aprovechar el mayor potencial de ahorro energético en determinadas áreas de actuación: edificios y transporte.

2. Reforzar la competitividad configurando un tejido industrial más eficiente desde el punto de vista energético.

3. Mejorar la eficiencia en el suministro de energía.

4. Sacar el máximo partido a los planes nacionales de eficiencia energética¹⁶⁹.

2. Construir un mercado de la energía integrado a nivel europeo: garantizar la libre circulación de la energía

Los mercados europeos de la energía se han abierto a la competencia para permitir a los ciudadanos beneficiarse de precios más fiables y competitivos y de una energía más sostenible. Sin embargo, estos beneficios no se harán efectivos mientras no se realicen serios esfuerzos para crear un mercado de la energía más integrado, interconectado y competitivo.

¹⁶⁹ Esta previsión se hizo efectiva a través de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, *Plan de Eficiencia Energética 2011*. COM (2011) 109 final. Bruselas, 8 de marzo de 2011. *Vid. infra* epígrafe 3.4 *in fine* del Capítulo III de esta *Memoria*.

Los mercados del gas y de la electricidad no están funcionando todavía como un mercado único. El mercado de la energía está fragmentado en gran medida en mercados nacionales con numerosas barreras de entrada y regulaciones anticompetitivas¹⁷⁰. Teniendo en cuenta la persistencia de prácticas restrictivas de la competencia en el sector de la energía, se requiere una actuación decidida en materia de defensa de la competencia por parte no sólo de la Comisión sino también de los Estados miembros. La mejora de la competencia en los mercados energéticos contribuirá a establecer los incentivos adecuados para las inversiones necesarias y a reducir su coste a términos razonables.

Mediante la introducción de un marco regulatorio diseñado para promover la consecución del objetivo del 20 % de participación de las renovables en el *mix* energético en 2020, Europa ha dado el primer paso en este ámbito. Este marco regulatorio deberá reforzarse para ofrecer a los agentes económicos la confianza que necesitan para invertir en nueva capacidad de producción e infraestructuras de almacenamiento y transporte de energías renovables.

El desarrollo inmediato de las energías renovables continuará dependiendo por algún tiempo de mecanismos de apoyo. La Comisión debe garantizar que estos mecanismos son sostenibles, compatibles con los

¹⁷⁰ Vid. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, *Report on progress in creating the internal gas and electricity market*. COM (2010) 84 final. Brussels, 11 March 2010. Gran parte de los mercados energéticos continúa teniendo un ámbito exclusivamente nacional y un elevado grado de concentración, disfrutando las compañías ya establecidas de una posición de monopolio *de facto*. La regulación de los precios de la energía reduce aún más la competencia en muchos Estados miembros.

avances tecnológicos y que no obstaculizan la innovación o la libre competencia. También deberá asegurar el necesario grado de convergencia o armonización entre los diversos mecanismos instrumentados por los Estados miembros, ya que el mercado de las renovables se está desplazando desde el suministro local al transfronterizo¹⁷¹.

Europa todavía carece de la infraestructura de red que permitiría a las energías renovables desarrollarse y competir en igualdad de condiciones con las energías convencionales. Los actuales proyectos a gran escala de parques eólicos en el norte e instalaciones solares fotovoltaicas en el sur, necesitan de las correspondientes líneas para el transporte de toda esta energía verde a las zonas de gran consumo. La red actualmente existente tendrá que hacer serios esfuerzos a fin de absorber el volumen de energía renovable establecido en los objetivos para 2020 (33 % de la producción bruta de electricidad).

Los contadores y las redes inteligentes de energía son las claves para el pleno aprovechamiento del potencial de las energías renovables, así como para la eficacia de las medidas de ahorro de energía y la introducción de mejoras en los servicios energéticos. La adopción de una política clara traducida en normas comunes en materia de contadores y redes inteligentes resulta imprescindible para garantizar la interoperabilidad en toda la red¹⁷².

¹⁷¹ En este contexto, los requerimientos para la organización de un mercado europeo de energía renovable deben formularse sobre la base de las mejores prácticas. Un uso más equilibrado, eficiente y fiable de los sistemas de primas y un mayor énfasis en los instrumentos de apoyo financiero y tecnológico específico, de acuerdo en su caso con las normas reguladoras de las ayudas de Estado, deberían presidir las actuaciones comunitarias para el impulso de las energías renovables. En particular, los cambios repentinos y retroactivos de los mecanismos de apoyo deben evitarse en atención a su efecto negativo en la confianza de los inversores.

¹⁷² Sobre contadores y redes inteligentes *vid. infra* epígrafe 2.3 del Capítulo IV de esta *Memoria*.

Por último, el deber de solidaridad entre los Estados miembros quedará frustrado sin una infraestructura interna suficiente y sin las necesarias interconexiones a través de las fronteras exteriores y las zonas marítimas. Por su condición de gran importador de energía, la Unión Europea se ve directamente afectada por el despliegue de redes energéticas en los países vecinos. La construcción de nuevas interconexiones en las fronteras comunitarias debe recibir la misma atención que los proyectos intracomunitarios¹⁷³.

Las actuaciones previstas en relación con este objetivo prioritario son cuatro:

1. La aplicación oportuna y precisa de las normas comunes sobre el mercado interior de la energía.
2. La formulación de un anteproyecto de la red europea de infraestructuras para el período 2020-2030.
3. La racionalización de los procedimientos de autorización y de las reglas de mercado para el despliegue de infraestructuras.
4. El establecimiento de un adecuado marco de financiación para estas actuaciones.

¹⁷³ Estas conexiones son beneficiosas no sólo para los países limítrofes, sino muy especialmente para la propia Unión Europea, ya que permiten garantizar la estabilidad y la seguridad del suministro energético. También se presta una atención especial a los corredores de gas natural abiertos en el Sur de Europa: los proyectos TAGP (Turkey-Austria Gas Pipeline) *Nabucco* e ITGI (Interconnection Turkey-Greece-Italy) *Poseidon*.

3. Energía accesible y segura para los ciudadanos y las empresas

Un mercado interno integrado y que funciona correctamente beneficia a los consumidores con mayor capacidad de elección y precios más bajos. Sin embargo, muchos consumidores no perciben que su situación sea mejor como consecuencia de la liberalización del mercado y la competencia entre diferentes suministradores. Los consumidores domésticos deben ser conscientes de los derechos que les asisten de acuerdo con la legislación comunitaria y, en consecuencia, ejercerlos. Deberían aprovechar las oportunidades creadas por la liberalización del mercado y sentirse seguros de contar con acceso a los servicios energéticos que necesitan con la calidad y demás características que se ajusten a su perfil de consumo.

Sin embargo, los ciudadanos europeos parecen no ser conscientes de los derechos que les reconocen las normas comunitarias o bien se muestran reacios a ejercerlos. Se precisan mayores esfuerzos para informar a los consumidores de sus derechos e involucrarlos en la construcción del mercado interior. De igual forma, los mecanismos de reducción de la factura energética como consecuencia de un consumo más eficiente requieren una mejor articulación¹⁷⁴.

¹⁷⁴ El mercado internacional de suministro de crudo puede verse afectado por una situación de gran escasez en torno a 2020, lo que significa que es importante que los consumidores europeos intensifiquen sus esfuerzos para reducir su demanda. Los consumidores deben ser conscientes de la necesidad de reducir su consumo de combustibles fósiles, recibiendo información sobre cómo reducir su factura energética en una situación de aumento de precios. Las redes, contadores y sistemas de facturación inteligentes pueden servir de gran ayuda a este respecto. Pero los consumidores deben asumir al mismo tiempo una actitud más proactiva en relación con el mercado interior de la energía. En este sentido, con el fin de estimular la participación de los consumidores deberían ponerse en marcha medidas para aumentar el conocimiento de las oportunidades que les ofrece el mercado interior de la energía, de modo particular la comparación de precios de diferentes suministradores, así como para facilitar el cambio de suministrador y mejorar los procedimientos de tramitación de reclamaciones.

Por otra parte, la posición competitiva de importantes sectores de la economía europea también depende de la disponibilidad de un suministro seguro de energía a precios asequibles. La energía, en particular la electricidad, constituye una parte sustancial de los costes totales de producción de las principales industrias europeas, tanto para las grandes como para las pequeñas y medianas empresas.

La misión del mercado interior consiste básicamente en proporcionar un acceso al suministro fiable y que refleje los costes reales para todos los consumidores. Un mercado interior que funcione sobre la base de una infraestructura suficiente de almacenamiento y transporte es la mejor garantía de seguridad del suministro, ya que la energía en condiciones de mercado fluye hacia donde se necesita. Sin embargo, las redes de seguridad son necesarias, por ejemplo para atender a consumidores especialmente vulnerables o en una situación de crisis de suministro que los mecanismos del mercado no sean capaces de afrontar. El mercado interior se ve obstaculizado también cuando los Estados miembros no están perfectamente interconectados, como sucede con los países bálticos. Las normas de seguridad del suministro de gas son decisivas en este sentido, ya que aseguran que los mercados están preparados para hacer frente a una eventual crisis de suministro y que los consumidores están suficientemente protegidos. El fomento de la interconexión entre Estados miembros puede contribuir a una mayor diversificación de las fuentes de suministro particularmente en aquellos Estados que actualmente dependen de un único o de un reducido número de proveedores.

La política energética tiene también la responsabilidad de proteger a los ciudadanos europeos de los riesgos en la producción y el transporte de energía. La Unión Europea debe mantener y consolidar su liderazgo mundial en el desarrollo de sistemas de seguridad en relación con la producción de energía nuclear, el transporte de sustancias radiactivas, así como la gestión de los residuos nucleares. En cuanto a las actividades de explotación y transformación de petróleo y de gas, el marco regulatorio definido por la legislación comunitaria debería garantizar el máximo nivel de seguridad y un régimen de responsabilidad inequívoca respecto de las infraestructuras e instalaciones correspondientes.

Las actuaciones previstas en relación con este objetivo prioritario son dos:

1. Una política energética que preste más atención al consumidor, y en particular al cambio de proveedor de suministro, el control de la facturación, la tramitación de reclamaciones y los procedimientos alternativos para la resolución de conflictos.

2. La mejora continua de la seguridad del abastecimiento energético, tanto con respecto a la extracción y transporte de crudo y gas natural, como en el ámbito de la energía nuclear, sin olvidar la necesidad de impulsar el desarrollo y el despliegue de nuevas tecnologías energéticas.

4. Apostar por el cambio tecnológico: fortalecer el liderazgo europeo en tecnología e innovación energética

Sin un cambio tecnológico, la Unión Europea fracasará en sus aspiraciones de “descarbonizar” los sectores de la electricidad y el transporte en 2050. Atendiendo al tiempo que requiere el desarrollo y la difusión de la tecnología energética, la urgencia de llevar las nuevas tecnologías con baja emisión de carbono de alto rendimiento a los mercados europeos es ahora mayor que nunca. El mecanismo de comercio de emisiones es un importante factor de impulso, por el lado de la demanda, para el despliegue de tecnologías innovadoras de baja emisión de carbono. No obstante, las nuevas tecnologías llegarán al mercado de forma más rápida y económica si se desarrollan a través de la cooperación a nivel comunitario.

El *Plan Estratégico Europeo de Tecnología Energética*¹⁷⁵ establece una estrategia a medio plazo válida para todos los sectores. Se necesitarán muchos recursos en las próximas dos décadas para el desarrollo de estas tecnologías, habida cuenta de la situación económica actual¹⁷⁶. Los principales proyectos, como los de energía eólica marina de más de 140 GW en el Mar del Norte o las iniciativas *DESERTEC* y *MEDGRID*¹⁷⁷ en países del norte de África y de la

¹⁷⁵ Vid. la ya citada Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Plan Estratégico Europeo de Tecnología Energética (Plan EETE) - Hacia un futuro con baja emisión de carbono*. COM (2007) 723 final.

¹⁷⁶ En cualquier caso, los proyectos de desarrollo y demostración para las principales tecnologías (biocombustibles de segunda generación, redes y ciudades inteligentes, captura y almacenamiento de carbono, almacenamiento de energía eléctrica y electro-movilidad, reactores nucleares de cuarta generación, calefacción y refrigeración renovables) deben acelerarse, según el parecer de la Comisión.

¹⁷⁷ El proyecto *DESERTEC* aspira a convertir el norte de África en una fuente de abastecimiento de energía para Europa a partir de instalaciones de energía solar termoeléctrica o termosolar en zonas desérticas. Por su parte, el proyecto *MEDGRID* tiene como objetivo el desarrollo de una red eléctrica

cuenca mediterránea, se están diseñando a través de la cooperación a tres bandas entre compañías de suministro, técnicos e investigadores, y gobiernos de los Estados miembros. La coordinación y cooperación a nivel comunitario debería incluir la puesta en común de los instrumentos de financiación disponibles para estas actuaciones. Se espera contar con la aportación de todas las partes interesadas. La Comisión, por su parte, procurará sacar el máximo partido a los recursos del presupuesto comunitario para incrementar el volumen total de financiación de estas actuaciones.

La Unión Europea se enfrenta a una feroz competencia en los mercados tecnológicos internacionales. Países como China, Japón, Corea del Sur, y Estados Unidos están poniendo en práctica una ambiciosa estrategia industrial en los mercados de la energía solar, eólica y nuclear. Los investigadores y las empresas de la Unión Europea deben incrementar sus esfuerzos por mantenerse a la vanguardia del mercado internacional de las tecnologías energéticas, que se encuentra en pleno auge. En la misma línea, debe intensificarse la cooperación con terceros países en tecnologías específicas, sobre la base del mutuo beneficio.

Las actuaciones previstas en relación con este objetivo prioritario son tres:

1. Ejecutar sin demora el *Plan Estratégico Europeo de Tecnología Energética*.

euromediterránea que permita el transporte a Europa de energía producida en los países de la orilla sur del Mediterráneo.

2. Lanzar cuatro nuevos proyectos a gran escala: una iniciativa sobre redes inteligentes – *smart grids* - dirigida a conectar todo el sistema eléctrico europeo, otra en el campo del almacenamiento de energía eléctrica, una tercera relativa a la producción a gran escala de biocombustibles sostenibles, y finalmente la iniciativa *Smart Cities*¹⁷⁸, que engloba una serie de actuaciones destinadas a fomentar el ahorro y la eficiencia energética tanto en áreas urbanas como rurales.

3. Garantizar la competitividad tecnológica de la Unión Europea a largo plazo, con especial atención a los avances en energías con baja emisión de carbono, la participación en el proyecto ITER y un futuro programa comunitario para la investigación en materiales energéticos.

5. Fortalecer la dimensión exterior del mercado interior de la energía: una estrecha cooperación internacional, especialmente con los vecinos de la Unión Europea

El mercado europeo de la energía es el mayor mercado regional del mundo (más de 500 millones de consumidores) y el de mayor volumen de importaciones. Sin embargo, no se percibe en relación con la política

¹⁷⁸ La iniciativa europea de *Smart Cities* se centra en la problemática de sostenibilidad de las ciudades actuales y, más específicamente, de los sistemas energéticos. Una *smart city* se define como una ciudad que mejora la calidad de vida y la economía local, avanzando hacia un futuro bajo en emisiones de CO₂. Las inversiones en eficiencia energética y en energías renovables locales, junto a la reducción en el consumo de energía fósil y de emisiones, son herramientas que ayudan a alcanzar la sostenibilidad y mejorar la calidad de vida en una ciudad. En el mismo contexto hemos de inscribir el lanzamiento en diciembre de 2009 por la Comisión Europea, en colaboración con el Banco Europeo de Inversiones, de la herramienta ELENA (*European Local Energy Assistance*), cuyo objetivo consiste en apoyar los proyectos en materia de eficiencia energética y energías renovables de más de 1.000 millones de euros en 2010. Con este objetivo, ELENA está facilitando financiación por valor de 30 millones de euros procedentes del programa *Energía inteligente-Europa* para ayudar a ciudades y regiones a poner en marcha proyectos de inversión viables en los ámbitos de la eficiencia energética, energías renovables, transporte urbano sostenible, construcción sostenible, redes de refrigeración y calefacción urbanas de elevada eficiencia energética y transporte respetuoso con el medio ambiente.

energética exterior el mismo espíritu de cooperación suscitado por la existencia de objetivos comunes que ha dado lugar a la adopción de las principales directrices de la Unión Europea en materia energética y climática. Varios de los retos a los que se enfrenta la Unión Europea en materia de energía – el cambio climático, el acceso al suministro de petróleo y gas natural, el desarrollo tecnológico, la eficiencia energética – son comunes a la mayor parte de los países y su solución depende de la cooperación internacional. Los Estados miembros han reclamado en repetidas ocasiones que la Unión Europea hable con una voz común ante terceros países. En la práctica, las iniciativas nacionales no se apoyan en la ventaja que les confiere la propia dimensión del mercado comunitario y al no representar los intereses de la Unión Europea pierden peso en la negociación ante terceros países u organizaciones internacionales.

La política energética internacional de la Unión debe perseguir los objetivos comunes de seguridad del suministro, competitividad y sostenibilidad. Mientras las relaciones con países productores y de tránsito eran ya tradicionalmente muy importantes, las relaciones con los grandes países consumidores y en particular con las economías emergentes y en vías de desarrollo están adquiriendo paulatinamente mayor intensidad. El objetivo de erradicar la pobreza extrema para el año 2015 no podrá lograrse si no se logran progresos relevantes en la mejora del acceso al suministro de energía. A fin de no perjudicar a otros objetivos políticos, el desarrollo sostenible debe situarse en el núcleo tanto de la política energética como de la política de

cooperación al desarrollo, tal y como se propone en el reciente Libro Verde de la política de desarrollo de la Unión Europea¹⁷⁹.

Los nuevos patrones de oferta y demanda en los mercados globales de la energía y la creciente competencia por los recursos energéticos convierten en un elemento decisivo la capacidad de la Unión Europea para hacer valer su peso económico conjunto en las relaciones con terceros países que tengan la condición de socios principales en el comercio energético. Europa debería poder apoyarse en la disponibilidad de nuevos proveedores y rutas de suministro energético para el año 2020.

La necesidad de arbitrar soluciones a escala internacional obliga a la Unión Europea a impulsar su agenda para la descarbonización y la eficiencia energética con sus principales socios, así como en los marcos y negociaciones multilaterales. El sistema de comercio de emisiones actúa como auténtico catalizador de los mercados internacionales de carbono, por lo que con base en las actuaciones en curso deben ponerse en marcha otras nuevas para desarrollar aún más estos mercados. Como pionera en el desarrollo de estas políticas, la Unión Europea tiene grandes posibilidades todavía no suficientemente explotadas de influir en la regulación internacional de los temas ambientales y en la promoción de la transparencia y la competitividad en los mercados.

¹⁷⁹ Libro Verde *Política de desarrollo de la Unión Europea en apoyo del crecimiento integrador y el desarrollo sostenible. Mejorar el impacto de la política de desarrollo de la Unión Europea*. COM (2010) 629 final. Bruselas, 10 de noviembre de 2010.

La Unión Europea dispone de una serie de marcos de cooperación complementarios en materia de energía, que van desde disposiciones específicas en los acuerdos bilaterales con terceros países (Tratados de Libre Comercio, de Asociación y Cooperación, etc), *memorandos de entendimiento* sobre cooperación en materia de energía, hasta llegar a los tratados multilaterales, como el Tratado de la *Comunidad de la Energía*¹⁸⁰ y la participación en el Tratado de la *Carta de la Energía*. Se están negociando con varios países nuevos acuerdos que incluyen importantes disposiciones en materia de energía.

La Unión Europea debe ahora formalizar el principio según el cual los Estados miembros actúan en beneficio de toda la Unión Europea en las relaciones comerciales bilaterales que mantengan con los principales socios y en los foros multilaterales en materia de energía. Partiendo de la nueva base jurídica proporcionada por el Tratado de Lisboa, la política energética exterior de la Unión Europea debe garantizar la solidaridad efectiva, la responsabilidad y la transparencia entre todos los Estados miembros, atendiendo a los intereses de la Unión y a la seguridad en el funcionamiento del mercado interior de la energía. Para alcanzar estos objetivos se precisa una mayor coordinación de las actividades comerciales energéticas, tanto entre los Estados miembros como a nivel comunitario.

¹⁸⁰ El Tratado de la *Comunidad de la Energía* está promoviendo la integración de los mercados energéticos pero también la transposición del acervo comunitario y su aplicación en los países balcánicos occidentales y está extendiendo el mercado interior europeo de la energía a los países de Europa suroriental. Se trata no sólo de un marco de cooperación sino de un instrumento legalmente vinculante que prepara la adhesión a la Unión Europea. *Vid.* la traducción española del texto del Tratado de la *Comunidad de la Energía* en DOUE núm. L 198, de 20.7.2006, pp. 18-37.

En el ámbito de la energía nuclear, la cooperación internacional ha producido buenos resultados, lo que es especialmente relevante considerando que varios países vecinos explotan o se proponen poner en marcha próximamente centrales nucleares. Ahora, la Unión Europea debe instar a sus socios comerciales para que incorporen las normas y procedimientos de seguridad nuclear jurídicamente vinculantes a nivel internacional para lograr su efectiva aplicación. En este sentido, la Unión Europea goza de especial autoridad al haber sido la primera en adoptar estas medidas en su propio ámbito, al tiempo que hay que señalar que dispone de instrumentos de cooperación específicos para este fin.

La dimensión exterior de la política energética debe además ser consistente y contribuir al reforzamiento recíproco de otras actuaciones con incidencia externa de la Unión Europea (cooperación al desarrollo, lucha contra el cambio climático y protección de la biodiversidad, ampliación de la Unión, política exterior y de seguridad común). Deben establecerse sinergias entre los objetivos de política energética y otras políticas e instrumentos como el comercio, los acuerdos bilaterales, los instrumentos de cooperación al desarrollo, y viceversa¹⁸¹.

Las actuaciones previstas en relación con este objetivo prioritario son cuatro:

¹⁸¹ La seguridad energética está estrechamente entrelazada con las prioridades de la política exterior y de seguridad común (PESC) de la Unión Europea. La diversificación de combustibles, fuentes de suministro y rutas de tránsito es esencial para la seguridad de la Unión Europea como lo son las prácticas de buen gobierno, la vigencia del Estado de Derecho y la protección de las inversiones europeas y exteriores en la producción de energía y en los países de tránsito. Además, la política de la Unión Europea prestará especial atención a la seguridad de los oleoductos, los gasoductos y las infraestructuras relacionadas con la producción y el transporte de energía, combinando los instrumentos propios de la política energética con los de la política exterior y de seguridad común.

1. Integrar los mercados energéticos y armonizar sus marcos regulatorios con los países vecinos de la Unión Europea.

2. Establecer una alianza privilegiada con los principales socios en el comercio energético, en su caso mediante la aplicación de los principios del Tratado de la *Carta de la Energía*.

3. Impulsar el protagonismo global de la Unión Europea en el camino hacia la energía con baja emisión de carbono.

4. Promover la adopción de normas legalmente vinculantes a nivel internacional sobre seguridad y no proliferación nuclear.

En definitiva, la política energética de la Unión Europea en el horizonte inmediato (2020) se va a articular en torno al triple objetivo de *competitividad, seguridad y sostenibilidad*. Estos objetivos nos proporcionan los rasgos del nuevo marco regulatorio de las actividades del sector de la energía: *competitividad*, es decir, vigencia general del régimen de libre iniciativa empresarial; *seguridad*, esto es, garantía universal de los servicios básicos o esenciales (servicio público); y finalmente *sostenibilidad*, es decir, eficiencia económica, energética y ambiental en la prestación de estos servicios.

El recorrido que hemos realizado por el proceso histórico de conformación de una política energética europea nos permite obtener una primera conclusión: *el eje central de la política energética de la Unión Europea es la construcción de un mercado interior de la energía*. Un mercado integrado, en primer término, es un factor determinante para la *seguridad del suministro*

en todos los Estados miembros: la interconexión de redes contribuye decisivamente al incremento de los intercambios transfronterizos, lo que redundará en una mayor flexibilidad del sistema eléctrico y una menor dependencia de las importaciones, al tiempo que permite contar con más recursos para hacer frente a eventuales crisis de suministro. Por otra parte, la puesta en marcha del mercado interior facilita la racionalización de las estructuras de la industria europea de la energía, al reducir sus costes de explotación y dar lugar como consecuencia a tarifas o precios *reales* - entendiendo por tales los establecidos en condiciones objetivas y transparentes de mercado -, logrando de este modo una posición *competitiva* en el nuevo contexto global. Finalmente, desde la perspectiva de la *sostenibilidad ambiental*, el compromiso de la Unión Europea en la lucha contra el cambio climático, materializado en una decidida apuesta por las energías renovables y las nuevas tecnologías eficientes con baja emisión de carbono, tiene como marco de referencia irrenunciable el mercado único europeo de la energía, puesto que sólo en este contexto todos los agentes económicos estarán en condiciones de internalizar los costes y las inversiones necesarios.

Se trata, pues, de comprender de qué modo la libre competencia sirve a una mejor prestación del servicio público a través de la regulación de las actividades económicas del sector energético. Para ello debemos abordar ya el análisis económico de la estructura industrial del sector de la energía y de las principales herramientas de regulación instrumentadas en función de diversos planteamientos de política económica. En ese contexto, podremos valorar adecuadamente las opciones de política económica que subyacen a la regulación comunitaria del sector de la energía.

CAPÍTULO II: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA DE LAS ACTIVIDADES VINCULADAS AL SUMINISTRO ELÉCTRICO. LA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO.

1. Nota introductoria: la metodología del *Análisis Económico del Derecho*.

En este Capítulo nos proponemos exponer los fundamentos económicos de la regulación de las actividades vinculadas al suministro de energía eléctrica. Para ello, como ya indicamos en la introducción general, adoptaremos una perspectiva metodológica determinada: el *Análisis Económico del Derecho* (*Economic Analysis of Law*).

Tomando como base la distinción establecida por J. N. KEYNES¹⁸² entre *economía positiva* y *economía normativa*, se puede afirmar que los estudios realizados en el ámbito del *Análisis Económico del Derecho* han adoptado tanto un perfil *positivo* o *descriptivo* (teórico), como *normativo* o *prescriptivo* (práctico).

Desde la perspectiva teórica, la Teoría Económica del Derecho, entendida como ciencia *positiva* o *descriptiva* (M. FRIEDMAN)¹⁸³, tiene por objeto el estudio y la explicación, desde el punto de vista de la racionalidad económica, del funcionamiento real y efectivo del Derecho en la sociedad, estudiando especialmente los efectos económicos de las normas jurídicas en la realidad social, con el fin de posibilitar pronósticos válidos acerca de

¹⁸² J. N. KEYNES, *El ámbito y el método de la Economía Política* (1891).

¹⁸³ Vid. M. FRIEDMAN, *La Metodología de la Economía Positiva*, en la obra colectiva F. HAHN y M. HOLLIS, *Filosofía y Teoría Económica*, traducción española de L. SUÁREZ, Ed. Fondo de Cultura Económica, México (1986), pp. 41 y ss.

determinados fenómenos¹⁸⁴. En particular, se consideran como tareas propias del *Análisis Económico del Derecho*, en su vertiente *teórica* o *positiva*: i) explicar los conceptos y categorías de significación económica contenidos en el Derecho; ii) verificar el grado de *eficiencia económica* (análisis coste-beneficio) del funcionamiento efectivo del sistema jurídico; y iii) evaluar cuantitativamente (econometría, estadística y *jurimetría*) y en su caso predecir los costes y efectos económicos del funcionamiento del Derecho (*teoría del impacto normativo*)¹⁸⁵. En este contexto, R. POSNER ha tratado de explicar y defender la eficiencia y la racionalidad económica del *Common Law*¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Vid. P. MERCADO PACHECO, *El Análisis Económico del Derecho*, op. cit., pp. 45 y ss.

¹⁸⁵ Vid. C. PAZ-ARES, *La Economía Política como jurisprudencia racional (Aproximación a la Teoría Económica del Derecho)*, op. cit., pp. 610, 624 y ss.; y también S. PASTOR PRIETO, *Sistema jurídico y Ciencias Sociales: Análisis Económico del Derecho y jurimetría*, en la obra colectiva *Derecho y Sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia (1998), pp. 275 y ss. En este sentido, J. PONCE SOLÉ, en *¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial*, “Revista de Administración Pública”, núm. 180 (septiembre-diciembre 2009), pp. 211-212, ha apuntado: “La EIN – evaluación de impacto normativo - es un marco estructurado, un instrumento, para informar sobre el análisis de la serie de opciones disponibles para tratar cuestiones políticas y las ventajas y desventajas asociadas con cada una. Una EIN positiva debería considerar todas las clases de impacto. La EIN se concibe como una herramienta para evaluar sistemáticamente los impactos negativos y positivos de las regulaciones propuestas y existentes. La EIN puede ser definida como: «Un marco estructurado para informar sobre el análisis de la serie de opciones disponibles para tratar cuestiones de políticas y las ventajas y desventajas asociadas con cada una. Una EIN positiva debería considerar todas las clases de impacto» (Informe MANDELKERN, 2001). (...). El instrumento más riguroso para evaluar los impactos, tanto positivos como negativos, de las diferentes opciones políticas es el Análisis de Coste-Beneficio (...), ACB) o métodos similares. Su metodología permite la comparación objetiva de las ventajas y desventajas cuantificables de cualquier número de alternativas para alcanzar los objetivos públicos perseguidos. Otras variantes incluyen:

- Análisis Coste-Eficacia, que no considera de forma explícita los beneficios, sino que intenta medir la eficacia con la que se alcanza el objetivo previsto.
- Análisis de Coste de Cumplimiento, que se concentra en la valoración de los costes probables del cumplimiento en relación con las normas propuestas.

Debe ponerse de relieve la utilidad de estas técnicas pero destacando también sus límites (por ejemplo, no pueden generar alternativas, sólo consideran las dadas, o no pueden, ni deben, sustituir la decisión política última en que consiste la norma jurídica) y sus problemas, como, por ejemplo, los referidos a la difícil cuantificación de determinados impactos, sobre todo positivos, esto es, los beneficios, en las personas o en el medio ambiente”.

¹⁸⁶ Vid. P. MERCADO PACHECO, *El Análisis Económico del Derecho*, op. cit., pp. 49 y ss.

Desde el punto de vista práctico, la Teoría Económica del Derecho se configura como *ciencia normativa o preceptiva* que se ocupa no tanto de analizar y explicar cómo es y cómo funciona el Derecho, sino más bien de diseñar cómo debería ser y funcionar. En este contexto se enmarcan los estudios de G. CALABRESI¹⁸⁷, que trata de analizar “*cómo debe ser el Derecho*”, en función del principio de *eficiencia económica*. Se trata pues, en definitiva, de aconsejar los medios más adecuados y eficientes para alcanzar los fines propuestos por el Derecho. Para ello se procede al estudio y posterior diseño de las reformas a introducir en el sistema jurídico (*de lege ferenda*) para aumentar la eficacia y eficiencia de las instituciones, procediendo a una *elaboración racional del Derecho* de acuerdo con tales principios¹⁸⁸, si bien como apunta G. CALABRESI la eficiencia económica no es un valor social único y absoluto, y en ocasiones deberá ceder ante las exigencias de otros valores¹⁸⁹.

En la tarea de promover una distribución de recursos que maximice el valor total de la riqueza corresponden al Derecho una serie de funciones que,

¹⁸⁷ Entre estos trabajos cabe destacar G. CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ariel, Barcelona (1981). Cit. por P. MERCADO PACHECO, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

¹⁸⁸ Vid. C. PAZ-ARES, *La Economía Política como jurisprudencia racional (Aproximación a la Teoría Económica del Derecho)*, *op. cit.*, pp. 611 y ss., 694 y ss.; P. DURÁN Y LA LAGUNA, *Una aproximación al Análisis Económico del Derecho*, Comares, Granada (1992), p. 137 y ss.; y en el mismo sentido S. PASTOR PRIETO, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al Análisis Económico del Derecho*, *op. cit.*, p. 30; así como S. PASTOR PRIETO, *Sistema jurídico y Ciencias Sociales: Análisis Económico del Derecho y jurimetría*, *op. cit.*, pp. 276 y ss.

¹⁸⁹ Vid. P. MERCADO PACHECO, *El Análisis Económico del Derecho*, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

en cada caso, aparecen condicionadas, según el *teorema de COASE*¹⁹⁰, por la situación del mercado. A este respecto cabe distinguir los siguientes supuestos:

1º) Si el mercado se encuentra en equilibrio perfecto (*óptimo de PARETO*¹⁹¹), el Derecho deberá limitarse a asegurar las condiciones de libertad y seguridad del mismo.

2º) Cuando el equilibrio del mercado no surge de modo espontáneo, corresponderá al Derecho llevar a cabo una función correctiva de ajuste entre la divergencia del coste y el beneficio social (corrección de *externalidades*¹⁹²).

3º) Por último, cuando la recuperación del equilibrio del mercado sea imposible, será tarea del Derecho (que operará aquí como un mercado artificial), asignar costes y beneficios a las partes, tal como lo hubiera hecho el mercado, si no hubiesen mediado *costes de transacción* prohibitivos¹⁹³.

¹⁹⁰ El *teorema de COASE* afirma que si los derechos de propiedad están adecuadamente definidos y protegidos por un sistema legal, hay información completa y no hay *costes de transacción*, es posible hacer que el individuo se responsabilice de las externalidades negativas que impone sobre otras personas y, como consecuencia de las transacciones de mercado, produce resultados eficientes, es decir, no se producen fallos de mercado. Vid. J. M^a. MARÍN QUEMADA y J. GARCÍA-VERDUGO SALES, *Bienes públicos globales, política económica y globalización*, Ariel, Barcelona (2003), p. 194.

¹⁹¹ Una asignación de recursos es un *óptimo de PARETO* cuando no es posible mejorar el bienestar de ningún individuo sin perjudicar al menos a otro. Vid. J. M^a. MARÍN QUEMADA y J. GARCÍA-VERDUGO SALES, *Bienes públicos globales, política económica y globalización, op. cit.*, p. 191.

¹⁹² Las *externalidades* aparecen cuando un individuo o una empresa lleva a cabo una actividad, pero no soporta todos los costes asociados (lo que implica la presencia de una externalidad *negativa*) o no obtiene todos los beneficios (que implica la presencia de una externalidad *positiva*). La diferencia entre el coste o beneficio privado y el social recibe el nombre de *externalidad*. Vid. J. M^a. MARÍN QUEMADA y J. GARCÍA-VERDUGO SALES, *Bienes públicos globales, política económica y globalización, op. cit.*, p. 189.

¹⁹³ P. DURÁN Y LA LAGUNA, *Una aproximación al Análisis Económico del Derecho, op. cit.*, p. 84, 85 y 198. Cit. por A. MONTORO BALLESTEROS, en *Incidencia del Análisis Económico del Derecho en la Teoría Jurídica: la reducción del Derecho a regla técnica, op. cit.*, p. 436. Los *costes de transacción* son los costes adicionales – por encima del precio de adquisición – en los que se incurre como consecuencia de realizar una determinada transacción. Pueden traducirse en forma de dinero, tiempo o comodidad.

En relación con el ámbito específico de la política y la administración pública, el *Análisis Económico del Derecho* puede contribuir decididamente al saneamiento, reajuste, simplificación y potenciación de la funcionalidad y eficiencia del aparato institucional de la estructura del Estado. En este contexto destacan los trabajos de la *Escuela de la Elección Colectiva (Public Choice)*, que profundiza en el análisis del comportamiento de las autoridades, las distorsiones que éste produce en el funcionamiento del mercado, y las contradicciones entre lo que dicen perseguir y lo que realmente tratan de lograr¹⁹⁴.

Finalmente, conviene matizar que esta metodología se adopta en el contexto del análisis de la regulación de una actividad económica – el suministro eléctrico - caracterizada como servicio esencial y, por tanto, como servicio público en sentido amplio. Es decir, el *Análisis Económico del Derecho* tiene aquí una función instrumental, en cuanto proporciona herramientas útiles para valorar los marcos regulatorios establecidos por el Derecho Público Económico. En ningún caso se pretende limitar la función del Derecho, ni siquiera del Derecho Público Económico, exclusivamente al logro de los principios de eficiencia y economía en la actuación administrativa. Es evidente que este planteamiento resulta inaceptable en relación con un Estado que se

¹⁹⁴ A título ejemplificativo, podemos citar las aportaciones de J. M. BUCHANAN en relación con la política fiscal, que ponen en cuestión el *teorema de la equivalencia BARRO-RICARDO*. Este teorema podría enunciarse en los siguientes términos: el efecto de la política fiscal depende exclusivamente del volumen y composición del gasto público en términos reales, siendo dicho efecto completamente independiente de la forma elegida para financiar el gasto público (impuestos o deuda pública). La conclusión de R. BARRO de que la racionalidad de los individuos les lleva a descontar totalmente los impuestos futuros tropieza con una evidencia empírica: según J. M. BUCHANAN, los políticos prefieren siempre recurrir a una emisión de deuda antes que a un incremento de impuestos actuales. *Vid.* J. M. BUCHANAN, *BARRO on the Ricardian Equivalence Theorem*, “Journal of Political Economy”, vol. 84 (April 1976) – artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org> -.

define como *social* (cfr. art. 1.1 CE) y en el contexto de un modelo de *economía social de mercado*¹⁹⁵.

2. La regulación del monopolio natural en los servicios en red.

2.1. Concepto de monopolio natural.

La primera cuestión que debemos abordar, desde esta perspectiva, es la del *monopolio natural* como estructura industrial típica de los servicios esenciales en red, y en particular de las actividades vinculadas al suministro eléctrico.

El sistema basado en la libre competencia se caracteriza por su dinamismo y por el hecho de que los operadores económicos tienen que

¹⁹⁵ “Los principios constitucionales de eficiencia y economía generan deberes jurídicos conectados con el derecho a una buena administración, imponiendo límites y guías a la gestión pública. (...), este análisis muestra un enfoque económico que, como decimos, puede coadyuvar a mejorar el comportamiento administrativo desde la perspectiva de los principios de eficiencia o economía, pero no debe olvidarse que junto a estas consideraciones económicas existen otras impuestas por nuestra Constitución. Esta configura un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1 CE), donde la dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y social (art. 10.1 CE), debiendo los poderes públicos adoptar una política activa de promoción de la libertad e igualdad de los ciudadanos (art. 9.2 CE), y en el que el reconocimiento, respeto y protección de los principios contenidos en los arts. 39 a 52 deberá informar la práctica de la Administración (art. 53.3 CE). Todo ello conduce a negar la posibilidad de adopción de decisiones discrecionales con un fundamento único en los criterios de eficiencia y economía, con descuido y abandono de todos los que se acaban de citar. El comportamiento administrativo eficaz debe ser eficiente y económico en la medida de lo posible en cada caso concreto. Esta última matización conecta directamente con los límites de los criterios de eficiencia y economía, como deberes jurídicos de comportamiento administrativo, por cuanto estos no son reglas, sino principios que deben ser ponderados junto a otros valores, también constitucionales, que pueden demandar su sacrificio total o parcial. En este sentido, la eficiencia y la economía, y el Análisis Económico del Derecho, son enfoques que constituyen un punto de vista que ayudaría a explicar el Derecho y a guiar y limitar el comportamiento administrativo, pero no el punto de vista único ni predominante”. J. PONCE SOLÉ, *Crisis económica, deberes jurídicos de economía y eficiencia y Derecho Administrativo*, en *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo; Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011; pp. 472-473 – artículo accesible en la dirección: <http://www.aepda.es> -.

realizar un continuo esfuerzo para mantener su competitividad, ofreciendo mejores precios y calidades como consecuencia de la incorporación de avances tecnológicos, la atención a las nuevas demandas de los consumidores, la reducción de los costes de producción y distribución, etc.

En este contexto, no puede extrañar que los agentes que operan en el mercado traten de soslayar estos riesgos y dificultades, promoviendo acuerdos para reducir o eliminar la competencia entre ellos, o que abusen de su poder de mercado para forzar los términos y condiciones de las transacciones comerciales en las que intervienen. De ahí que una de las mayores amenazas para el buen funcionamiento del sistema competitivo sea la actuación de los propios operadores económicos cuando emprenden las denominadas prácticas anticompetitivas.

El *monopolio* se concibe así, no ya como un obstáculo a la situación de equilibrio, sino como una práctica abiertamente contraria a la competencia que es necesario proscribir. La tutela de la libre competencia exige la promulgación de leyes antimonopolio – *antitrust* -, que confieren a los tribunales poder para disolver cualquier monopolio existente, dando lugar, si fuera posible y necesario, a diversas sociedades independientes¹⁹⁶.

¹⁹⁶ La *Sherman Act* norteamericana (1891) permite que en el caso de que una empresa abuse de su posición de dominio en un mercado, la sanción que le sea impuesta por vía judicial consista en su desmembramiento y división en varias entidades, de forma que se reconstruya un mercado verdaderamente competitivo. Cuando se redactó el Tratado de Roma, los fundadores del Mercado Común quisieron reservar las facultades de defensa de la competencia de un órgano administrativo a la Comisión Europea y no quisieron otorgarle facultades tan amplias como las que tienen los jueces americanos: en Europa el abuso de posición dominante se sanciona únicamente con multas económicas. *Vid.* en este sentido F. DÍEZ ESTELLA, *Política de competencia*, en la obra colectiva L. GÁMIR (dir.), J. CASARES y C. VELASCO (coords.), *Política económica de España*, Alianza Editorial, 8ª ed., Madrid (2008), pp. 111-129.

El origen de esta normativa antimonopolio es la *Sherman Act* de 1891, promulgada en los Estados Unidos con el fin de controlar el poder económico de los grandes *trusts* del petróleo y de los transportes. En Europa la aparición de la legislación antimonopolio tiene lugar en la República Federal de Alemania, que en 1957 promulgó su primera ley contra las restricciones de la competencia, cuyo influjo se dejaría notar sensiblemente, ese mismo año, en la redacción de los arts. 81-86 del Tratado de Roma, los preceptos que velan por la protección de la libre competencia en el ámbito de lo que actualmente constituye la Unión Europea.

En este contexto, se dice que en una determinada industria existe una estructura de *monopolio natural* cuando una sola empresa puede alcanzar el volumen óptimo de producción a un coste total menor que el de cualquier producción combinada de más de una empresa. Tradicionalmente, se ha entendido que esta es la situación característica de las industrias de servicios que requieren para su prestación del uso de infraestructuras o redes cuya construcción exige grandes inversiones, como es el caso de las actividades vinculadas al suministro eléctrico¹⁹⁷.

Originariamente, el concepto nace en el contexto de la teorización de la economía clásica. Autores como Adam SMITH, David RICARDO o John Stuart MILL, se oponían a los monopolios *legales*, es decir, los impuestos por el gobierno o la ley, y promovían su abolición como condición esencial para la creación de riqueza; los monopolios *naturales*, en cambio, eran aceptados

¹⁹⁷ J. DE LA CRUZ FERRER, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid (2002), p. 153.

porque procedían de condiciones técnicas o económicas de producción que conducían a una determinada configuración de la estructura industrial¹⁹⁸.

La cuestión que se suscita en este supuesto es diferente de la que en general plantea el monopolio como práctica anticompetitiva, porque se entiende que en determinados sectores de actividad la competencia concebida en el sentido habitual resulta impracticable. Como expondremos en los siguientes epígrafes, la existencia de economías de escala no explotadas en un sector es incompatible con la vigencia efectiva del modelo de competencia perfecta.

Para que la estructura de mercado de una determinada industria se aproxime a los parámetros característicos de una situación de competencia perfecta, es necesario que el *output* – volumen total de producción – en el que la curva de costes totales medios alcanza su mínimo sea pequeño en relación con la demanda total del mercado. En este caso, el *output* necesario puede ser producido por varias empresas en competencia, operando todas ellas a costes medios mínimos. Si, en cambio, el *output* al que la curva de costes totales medios alcanza su mínimo es grande en relación con la demanda del mercado, la competencia perfecta se hace imposible y las empresas se expandirán bajo el incentivo de costes medios decrecientes a largo plazo, hasta que el mercado quede bajo el dominio de un reducido número de productores o incluso de uno solo. Tales industrias se consideran *monopolios naturales*, ya que la competencia entre muchas empresas sería

¹⁹⁸ F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Técnicas específicas de los servicios en red*, en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, Vol. I (*Fundamentos e instituciones de la regulación*), Iustel (2009), nota 27, p. 769.

inestable, y el equilibrio tendería irresistiblemente hacia el oligopolio o el monopolio.

La ventaja de la producción de una o pocas empresas grandes a un coste inferior al que obtendrían una multitud de empresas pequeñas es evidente pero, con el fin de prevenir la explotación monopolística, se considera conveniente que las autoridades públicas regulen los precios de forma que la industria perciba únicamente la tasa *normal* de rendimientos sobre su capital. En la práctica resulta complejo decidir qué debe entenderse por tasa “*normal*” o “*razonable*” de rendimientos de un monopolio natural sobre su capital. Sin embargo, la realidad es que muchos Estados han utilizado esta política de regulación de las industrias de monopolio natural, en particular para el supuesto de los servicios públicos (transporte regular de viajeros, comunicaciones, correos, suministro de energía,...). En este contexto se habla de *política de regulación de servicios públicos*¹⁹⁹.

Partiendo de estas premisas, emprendemos el análisis económico del monopolio natural, así como de su regulación desde la perspectiva de la política económica, y finalmente recogemos algunas aproximaciones críticas que cuestionan la existencia de sectores de actividad que demanden, por la propia naturaleza de su proceso productivo, que su ejercicio se articule necesariamente en régimen de monopolio.

¹⁹⁹ Vid. R. G. LIPSEY, *Introducción a la Economía positiva*, 10ª ed., traducción de J. HORTALA ARAU, Vicens Vives, Barcelona (1981), p. 352.

2.2. El monopolio natural en los servicios en red: estructuras industriales y esquemas regulatorios.

A) Análisis económico del monopolio natural.

Las estructuras industriales de monopolio natural se relacionan frecuentemente con las ineficiencias que hipotéticamente podría producir la existencia de competencia, en la medida en que la efectividad de la misma descansaría sobre una necesaria *duplicación de las infraestructuras en red*. Sin embargo, no es esta circunstancia la que determina, por sí misma, la existencia de una estructura de monopolio natural. Es preciso tener en cuenta tres factores decisivos: *economías de escala, fluctuaciones de la demanda y elevados costes fijos*.

El nivel de producción de una industria eficiente es aquél en el que el precio es igual al coste marginal. El monopolista alcanzará su volumen óptimo de producción en el punto en el que el ingreso marginal es igual al coste marginal y, por lo tanto, produce demasiado poco. Podría pensarse que regular los monopolios para eliminar esta ineficiencia resulta sencillo: lo único que tendríamos que hacer es fijar un precio igual al coste marginal, y la maximización del beneficio haría el resto. En realidad, este planteamiento del problema no tiene en cuenta la posibilidad de que a ese precio el monopolista obtenga unos beneficios negativos.

La figura 1 permite un análisis gráfico de esta situación. El punto mínimo de la curva de coste medio (CMe) se encuentra a la derecha de la curva de

demanda, y la intersección de la demanda y el coste marginal (CM) se halla por debajo de la curva de coste medio. El nivel de producción Y_{CM} es eficiente, pero no es rentable. Por tanto, si el regulador fija este nivel de producción, el monopolista preferirá reducir su volumen de producción a cero, cerrar su empresa y salir del mercado.

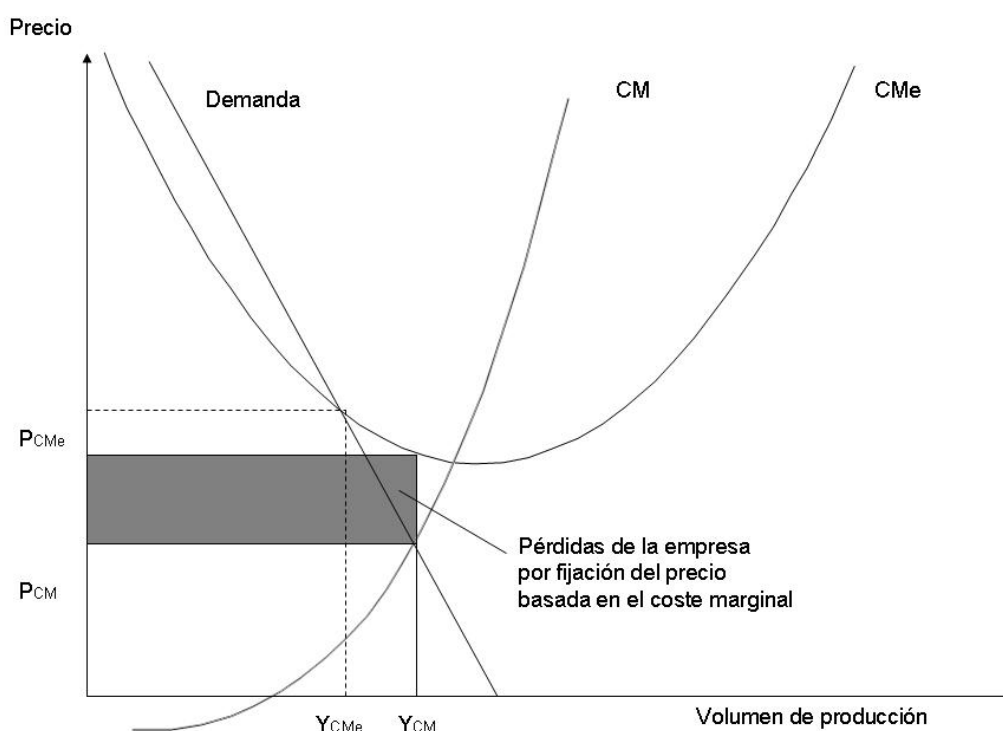


Figura 1. El monopolio natural. Si un monopolio natural produce en el nivel en el que el precio es igual al coste marginal, produce una cantidad eficiente Y_{CM} , pero no puede cubrir sus costes. Si debe producir en el nivel en el que el precio es igual al coste medio, Y_{CMe} , cubre sus costes, pero produce demasiado poco en relación con lo que sería eficiente. Fuente: H. VARIAN, *Microeconomía intermedia*, Bosch, 5ª ed., Barcelona (2001); figura 24.6, p. 436.

Este supuesto de hecho se presenta frecuentemente en los servicios en red. Se puede pensar en el caso de una compañía eléctrica²⁰⁰. Su tecnología comporta unos costes fijos muy elevados (la construcción y el mantenimiento

²⁰⁰ E. ÁLVAREZ PELEGRY, *Economía industrial del Sector Eléctrico: estructura y regulación*, Civitas, Madrid (1997), pp. 48, 67-68.

de las redes de transporte y/o distribución)²⁰¹, y el suministro de unidades adicionales de electricidad, un coste marginal muy pequeño (una vez que se construyen las redes, cuesta muy poco transportar más electricidad por ellas). Los costes unitarios totales (los costes fijos más los costes totales) disminuyen con cada unidad producida. Cuando una empresa tiene unos costes fijos grandes y unos costes marginales pequeños, puede constituir un *monopolio natural*, como el descrito en la figura 1.

Por un lado, no es conveniente permitir que un monopolio natural fije un precio monopolístico – superior al coste marginal -, porque resulta ineficiente, es decir, produce poco en relación a los recursos de que dispone. Por otra parte, resulta inviable obligarle a producir a un precio competitivo, ya que en tal caso incurriría en pérdidas. Por estas razones, la mayoría de los monopolios naturales son gestionados o regulados por los poderes públicos.

En determinadas condiciones, los datos sobre los costes y la demanda nos permiten saber cuándo una industria será competitiva y cuándo un monopolio. Hemos de atender a la relación que exista entre la curva de coste medio y la curva de demanda. El factor crucial es la magnitud de la *escala mínima eficiente* (EME), que es el volumen de producción que minimiza el coste medio, en relación con el nivel de demanda.

Consideremos la figura 2, que muestra la curva de coste medio y las curvas de demanda de mercado de dos bienes. En el primer mercado puede

²⁰¹ El servicio esencial de suministro eléctrico “tiene encomendada la realización de un volumen de inversiones extraordinariamente elevado en activos fijos, que se caracterizan por el largo período de construcción y una vida útil muy dilatada en el tiempo”. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *La problemática jurídica del Sector Eléctrico*, op. cit., p. 289.

haber muchas empresas: cada una cobra un precio cercano a P^* y actúa en una escala relativamente pequeña. En el segundo, sólo puede obtener beneficios una empresa. En consecuencia, es de esperar que el primer mercado tenga un funcionamiento más próximo al descrito por el modelo de competencia perfecta, mientras que el segundo parte de una EME muy elevada, lo que constituye una *barrera de entrada*²⁰² al mercado de tal dimensión que tiende a configurarlo como monopolio.

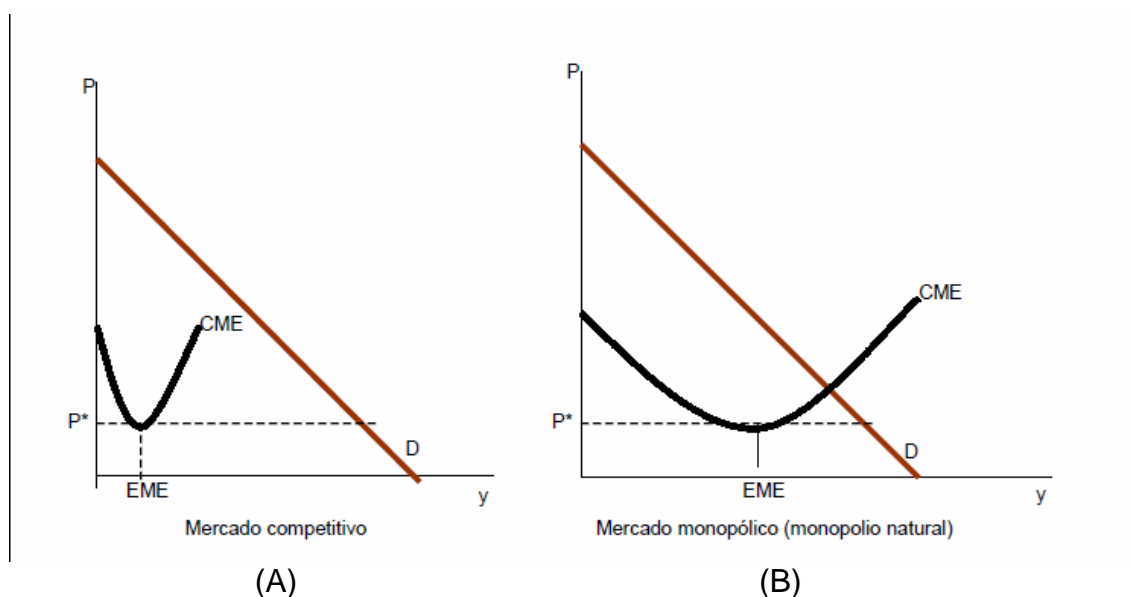


Figura 2. La demanda en relación con la escala mínima eficiente. (A) Si la demanda es grande en relación con la escala mínima eficiente, es probable que el mercado sea competitivo. (B) Si es pequeña, es probable que sea monopolístico. Fuente: H. VARIAN, *Microeconomía intermedia*, Bosch, 5ª ed., Barcelona (2001); figura 24.7, p. 439.

Esta afirmación es relativa, ya que hay que ponderar la escala productiva en relación con las dimensiones del mercado. No es posible alterar la EME, ya que ésta depende de la tecnología; pero sí es posible alterar las dimensiones del mercado mediante la política económica. Si un país apuesta por una política de comercio exterior de signo liberalizador, las empresas

²⁰² Sobre el concepto de *barreras de entrada* vid. L. CABRAL, *Economía industrial*, McGraw-Hill, Madrid (2010), pp. 71-102.

nacionales tendrán que hacer frente a la competencia extranjera y dispondrán de una menor capacidad para influir en los precios. En cambio, si un país orienta su economía hacia el proteccionismo existe ineludiblemente una mayor facilidad para el desarrollo de prácticas monopolísticas²⁰³.

En términos de análisis empírico las economías de escala pueden caracterizarse a partir del concepto de escala mínima eficiente (EME). Se alcanza la EME cuando el coste medio se aproxima a su mínimo. Como se puede ver, se trata de un concepto poco preciso desde el punto de vista teórico. La popularidad del concepto para los efectos de análisis empírico se deriva, entre otras cosas, del hecho de que las curvas de coste medio suelen tener una forma de U achatada: esto es, decrecientes, hasta un cierto valor (la EME), aproximadamente constantes hasta un segundo valor, y crecientes a partir de ahí.

Las ventajas de una mayor escala de producción tienen un límite: alcanzado un determinado nivel de producción, se agotan las posibilidades de lograr reducciones de costes a base de incrementar la capacidad y el volumen de producción. Los costes de la gestión a gran escala superan las economías, y los costes unitarios empiezan a crecer con la producción, dando a la curva de costes totales a medio y largo plazo una característica forma de U achatada. En el tramo decreciente de la U predominan las economías de escala, mientras

²⁰³ Conviene recordar a este respecto que el art. 37 del Tratado de Roma ya imponía a los Estados miembros *la obligación de adecuar los monopolios nacionales de carácter comercial*, de tal modo que, al final del período transitorio, quedase *“asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros”*.

que en el tramo ascendente se disparan los costes de organización y transacción²⁰⁴.

Si surgen monopolios debido a que la EME es grande en relación con las dimensiones del mercado y éste no puede expandirse, es preciso recurrir a la regulación o a otros tipos de intervención del Estado. Ahora bien, la regulación y la intervención también son costosas. Las comisiones reguladoras consumen recursos y los esfuerzos adicionales de la empresa gestora del servicio por satisfacerlas pueden elevar peligrosamente los costes de explotación. Desde el punto de vista del bienestar social, la cuestión estriba en determinar si los costes irrecuperables de eficiencia del monopolio son superiores a los costes de la regulación²⁰⁵.

La presencia de economías de escala puede hacer recomendable promover la reducción del número de empresas que operen en el mercado. Si las economías de escala son muy grandes únicamente podrá alcanzarse un equilibrio en términos de eficiencia con una única empresa que abastezca a todo el mercado, y estaremos en presencia de un monopolio natural. En todo

²⁰⁴ Hay diversas formas de determinar el valor de la EME. G. STIGLER sugirió el denominado *test de supervivencia*: en un mercado relativamente competitivo, el precio será fijado en un nivel próximo al coste medio mínimo; las empresas con coste medio superior al precio no podrán permanecer en el mercado. La EME es entonces un límite inferior de la dimensión de las empresas que subsisten en el mercado. Vid. G. STIGLER, *Economies of Scale*, "Journal of Law and Economics" n. 1 (1958), pp. 54-71– artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org> -.

²⁰⁵ Con frecuencia, la comparación, a efectos de bienestar social, entre los pros y los contras de la monopolización de mercados donde la tecnología se encuentra sometida a economías de escala es objeto de análisis en términos de la formulación del conocido como *equilibrio de WILLIAMSON* (*WILLIAMSON's trade-off*). El *equilibrio de WILLIAMSON* permite apreciar que, en sectores con economías de escala suficientemente grandes, incluso aunque el incremento de la competencia producido por la entrada de una nueva empresa llegase a igualar el precio al coste marginal, la situación final, en términos de bienestar social, resulta peor que la inicial. El incremento de bienestar que se deriva de la eliminación del monopolio queda ampliamente superado por la duplicación de los costes fijos. Vid. O. E. WILLIAMSON, *Economies as an Antitrust Defense*, "American Economic Review" n. 58 (1968), pp. 18-31 – artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org> -.

caso, si una empresa al alcanzar un determinado nivel de producción necesita para duplicarlo incrementar sus costes de explotación más del doble, entonces ha sobrepasado el nivel eficiente de producción (se ha situado en el tramo ascendente de la curva de costes medios), y por consiguiente se encuentra en situación de sobreproducción. La permanencia en el mercado le impone la necesidad de reducir su capacidad productiva.

La peculiaridad de los servicios en red estriba en el más tardío agotamiento de las economías de escala, ya que hasta el límite de capacidad de la red única los costes unitarios totales del uso de esa infraestructura serán siempre inferiores a los costes que pudieran derivarse de su duplicación.

La presencia de economías de escala causa una *tendencia a la integración vertical* en las industrias de red. La necesidad de realizar grandes inversiones para prestar el servicio hace posible reducir los costes unitarios, aprovechando las economías de escala, por medio de la integración en una sola empresa de las distintas actividades que conforman las fases del ciclo productivo del servicio en cuestión. Esta tendencia es más acusada en aquellos servicios cuya prestación consiste en el suministro de un producto (electricidad o gas, por ejemplo): las economías de escala resultantes serán *internas* a cada empresa, porque sólo si la mayor producción proviene de un mismo suministrador los costes unitarios serán decrecientes²⁰⁶.

²⁰⁶ Vid. J. FABRA UTRAY, *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad*, Marcial Pons, Madrid (2004), p. 394. Las economías de escala pueden ser *internas* o *externas*. Las economías de escala son *internas* cuando el coste unitario de producción depende de la dimensión y capacidad de la empresa individual. En cambio, las economías de escala son *externas* cuando el coste unitario de producción depende de la dimensión y capacidad de toda la industria; es decir, son economías de escala externas a la empresa, aunque internas a la industria o sector de actividad de que se trate. Vid. P. R. KRUGMAN y M. OBSTFELD, *Economía Internacional. Teoría y Política*, Pearson-Addison Wesley, 7ª

Con frecuencia, se estudia si hay economías de escala utilizando la *función de costes* en lugar de la función de producción. Cuando hay economías de escala, el coste total de duplicar la producción es menor que el doble de los costes o lo que es lo mismo, la elasticidad de la función de costes en relación al volumen de producción es inferior a la unidad. La función de coste medio es decreciente y el coste marginal es siempre inferior al coste medio²⁰⁷.

La existencia de costes hundidos o enterrados – *sunk costs* – es un fallo de mercado por el lado de la oferta que caracteriza la estructura industrial de monopolio natural. Las inversiones requeridas para crear el soporte físico de las redes alcanzan importes muy elevados, y al no depender estos importes del nivel de utilización de las infraestructuras que finalmente se produzca estos costes son fijos, por lo que las redes experimentan fuertes economías de escala. Se habla de costes *hundidos* o *enterrados* para subrayar que, siendo necesarios para entrar a operar en un determinado mercado, resultan

ed., Madrid (2006), pp. 121-122. En el primer caso, las grandes empresas cuentan con una significativa ventaja de costes sobre las pequeñas, lo que conduce a estructuras de mercado de competencia imperfecta: así sucede, desde luego, con las industrias de servicios en red y en particular con las actividades del sector eléctrico. Las economías externas, en cambio, permiten alcanzar equilibrios competitivos en presencia de un entorno de rendimientos crecientes de escala, y frecuentemente se asocian con fenómenos de *economías de aglomeración* como los *cluster* o los distritos industriales. Vid. en este sentido P. DURÁ, *Política industrial*, en la obra colectiva L. GÁMIR (dir.), J. CASARES y C. VELASCO (coords.), *Política económica de España*, Alianza Editorial, 8ª ed., Madrid (2008), p. 260. La distinción entre economías de escala *internas* y *externas* se debe a A. MARSHALL, *Principles of Economics*, Londres (1890). Las economías de escala internas reflejan un aumento de la eficiencia organizativa, mientras que las externas se crean fuera de la empresa, en la industria: cuando una empresa se expande produce mejoras de costes en todas las empresas del sector. Cit. por G. BEL, J. CALZADA y A. ESTRUCH MANJÓN, *Economía y regulación de los servicios en red*, en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. I (*Fundamentos e instituciones de la regulación*), Iustel (2009), nota 22, p. 719.

²⁰⁷ En ocasiones, la función de costes es además *subaditiva*, propiedad que significa que el coste de producir la cantidad q con una sola empresa es inferior al coste de producir la misma cantidad con dos o más empresas. La subaditividad de la función de costes es condición necesaria y suficiente para que un sector de actividad económica sea considerado como monopolio natural. Vid. W. J. BAUMOL, *On the proper tests for natural monopoly in a multiproduct industry*, “American Economic Review”, n. 67 (1977), pp. 43-57 – artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org> -.

irrecuperables: una vez que se ha realizado la inversión, las infraestructuras o instalaciones no tienen valor económico significativo en relación con usos alternativos o en su caso dicho valor es residual.

La distinción entre *costes fijos* y *costes hundidos* es relevante a efectos de comprender la estructura industrial del monopolio natural y las opciones regulatorias. Existe una diferencia de grado entre ambos conceptos: los costes hundidos se refieren a inversiones cuyo importe no puede recuperarse en caso de cese de la actividad, mientras que los costes fijos son irrecuperables sólo a corto plazo, en la medida en que están comprometidos. A estos efectos, consideramos como período de compromiso de una inversión el plazo en el que el coste de la desinversión es demasiado alto para ser rentable.

En este sentido, los costes hundidos constituyen una *barrera de entrada* al mercado, ya que su existencia puede hacer que las empresas establecidas obtengan beneficios de monopolio²⁰⁸; los costes fijos, en cambio, no crean barreras de entrada y en consecuencia no dan lugar a ineficiencias en la asignación de los recursos productivos.

En el ámbito de los servicios en red, si se demuestra la existencia de economías de escala la actividad de que se trate puede ser calificada como monopolio natural en la medida en que la competencia pudiera perjudicar a la

²⁰⁸ Vid. W. J. BAUMOL & R. D. WILLING, *Fixed Costs, Sunk Costs, Entry Barriers, and Sustainability of Monopoly*, en "The Quarterly Journal of Economics", vol. 96 (1981), pp. 405-431 – artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org> -.

eficiencia productiva y sea necesario, por tanto, prohibir la entrada a nuevos operadores (barreras de entrada *legales*)²⁰⁹.

La diferencia entre costes fijos y costes hundidos sirve para ilustrar el concepto de *mercados atacables* o *disputables* – *contestable markets*²¹⁰ -. Según BAUMOL, un mercado es atacable o disputable cuando la entrada es libre y la salida no obliga a incurrir en costes adicionales. BAUMOL recurre al concepto de barreras de entrada postulado por STIGLER según el cual éstas se identifican con los costes de los que están libres las empresas que ya están en el mercado, pero en los que tienen que incurrir las empresas que desean entrar²¹¹.

La teoría de los *mercados atacables* concluye señalando que no existirán falseamientos o distorsiones de la competencia si los costes hundidos son tan bajos que el riesgo de entrada de competidores disciplina la conducta

²⁰⁹ Sobre barreras *legales* de entrada *vid.* L. CABRAL, *Economía industrial, op. cit.*, pp. 71 y 179.

²¹⁰ *Vid.* W. J. BAUMOL, *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industrial Structure*, en “American Economic Review”, vol. 72 (1982), pp. 1-15 – artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org> -. La expresión *market contestability* la utilizan habitualmente las autoridades de defensa de la competencia -también la Comisión cuando ejerce ese cometido- al examinar las condiciones de la competencia en un mercado determinado. El término se emplea, en general, en situaciones en las que una o varias empresas disponen de un poder de mercado significativo. En tales situaciones, la investigación de las autoridades de defensa de la competencia va encaminada, entre otras cosas, a comprobar si las barreras de acceso al mercado pueden ser franqueadas por los competidores potenciales, ya que la mera posibilidad de que entren nuevos operadores ejerce una presión competitiva sobre las empresas que dominan el mercado al obligarlas a adoptar un comportamiento competitivo para defender su posición. Cuando se da esta circunstancia, se considera que el mercado presenta un grado suficiente de *contestability*. Desde la óptica de la teoría económica de los *contestable markets*, se argumenta que la amenaza de entrada de otros competidores en el mercado surte un efecto suficientemente disuasorio o disciplinante sobre las empresas establecidas como para compensar su poder de mercado.

²¹¹ G. STIGLER, *The Organization of Industry*, University of Chicago Press, Chicago (1983). Cit. por L. CABRAL, *Economía industrial, op. cit.*, nota 3, p. 72. La libertad de entrada, pues, no significa, sin más, que la entrada no tenga costes o que resulte fácil, sino que el potencial entrante no se encuentra en situación de desventaja con respecto al operador inicialmente establecido en el mercado en relación con la calidad del producto o las tecnologías de producción. La libertad de salida garantiza también la libertad de entrada, ya que pone de manifiesto que el potencial entrante no está sujeto a costes hundidos y en consecuencia puede retirarse del mercado en cualquier momento.

de la empresa ya establecida en el mercado. De acuerdo con este planteamiento, un *mercado atacable* es una generalización del concepto de mercado competitivo. Se caracteriza por el comportamiento óptimo y puede aplicarse a todos los tipos de estructuras industriales, incluso al oligopolio y al monopolio. Una de las ventajas de este concepto es que es mucho más flexible y tiene más utilidad que el de mercado perfectamente competitivo.

Los mercados atacables se caracterizan, adicionalmente, porque son muy vulnerables a la competencia *hit-and-run*. Cualquier oportunidad de beneficio será tomada en consideración por un entrante potencial (*new comer*), ya que puede entrar en el mercado y conseguir beneficios antes de que los precios cambien y, finalmente, salir sin ningún coste antes que la competencia en el mercado sea más dura.

Las industrias de servicios en red, y entre ellas la industria eléctrica, en ausencia de una regulación específicamente dirigida a remover las barreras de entrada, no son mercados atacables o disputables en este sentido, porque en ellas los costes hundidos son tan elevados que impiden la entrada de nuevos operadores, y los costes hundidos delatan la presencia de barreras de entrada. Además, si la empresa establecida tiene capacidad excedente en la red, el despliegue de otra infraestructura de red supondría una duplicación de costes técnica y económicamente ineficiente.

Un rasgo decisivo de las industrias de red es precisamente un fallo de mercado desde la perspectiva de la demanda: las *externalidades de red*. Éstas

se definen como la variación de utilidad que experimentan los usuarios de una red como consecuencia de la entrada en la misma de nuevos usuarios²¹².

Las externalidades de red *positivas* – rendimientos crecientes en el consumo- se producen cuando la utilidad que obtiene el usuario de un servicio aumenta en la medida en que otros usuarios utilicen simultáneamente ese mismo servicio²¹³. Las externalidades de red *positivas* hacen que el tamaño de las redes, en ausencia de intervención pública, resulte inferior al socialmente óptimo, porque el operador no puede hacerse con todos los beneficios que genera su red. Las empresas con mayor cuota de mercado – con una red más extensa y capilar – tienen una ventaja decisiva sobre sus competidoras más pequeñas, que tienen dificultades para adquirir una cartera suficiente de clientes. En este caso extremo, las externalidades de red positivas producen una estructura de monopolio natural.

Las externalidades de red *negativas* - rendimientos decrecientes en el consumo- se dan cuando el uso masivo de una infraestructura provoca que el consumo se acerque al límite de capacidad: un ejemplo ilustrativo de este fenómeno lo tenemos en las caídas de tensión eléctrica por la existencia de picos de demanda. La presencia de externalidades de red *negativas* lleva a las

²¹² Sobre las características de las industrias de servicios en red, Vid. J. CALZADA, *Los precios de interconexión en las industrias de red*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona (2003). Cit. por G. BEL, J. CALZADA y A. ESTRUCH MANJÓN, *Economía y regulación de los servicios en red*, op. cit., nota 5, p. 710.

²¹³ Una expresión formal de las externalidades positivas de red viene dada por la *Ley de METCALFE*, que postula que el valor de una red depende del número de sus usuarios, para cada uno de ellos, y aumenta proporcionalmente con él. Los usuarios obtienen mayor utilidad conectándose a una red grande que a una pequeña. Cfr. G. BEL, J. CALZADA y A. ESTRUCH MANJÓN, *Economía y regulación de los servicios en red*, op. cit., p. 712. En este sentido se habla también de *externalidades de adopción*, que son las producidas por aquellos bienes que proporcionan una satisfacción mayor a cada individuo cuanta más gente disfrute de ellos. Cfr. J. M^a. MARÍN QUEMADA y J. GARCÍA-VERDUGO SALES, *Bienes públicos globales, política económica y globalización*, op. cit., p. 190.

empresas que operan en el mercado a desplegar redes de una dimensión mayor a la socialmente óptima, ya que tienen la posibilidad de eludir una parte de los costes²¹⁴.

Otro elemento determinante, ya apuntado, para la configuración de una estructura industrial de monopolio natural viene dado por las *fluctuaciones de la demanda*. La demanda de los servicios en red no es uniforme a lo largo del tiempo, sino que oscila de manera significativa en función de las circunstancias²¹⁵.

La necesidad de cubrir *picos de demanda* hace que sea más eficiente suministrar a muchos clientes en diferentes áreas que a pocos. Cuanto mayor sea el número de clientes, mayor es la probabilidad de que las variaciones en sus demandas individuales se compensen. En consecuencia, parece que cubrir una demanda de cierta entidad, fluctuante, dispersa geográficamente, creciente y que impone costes fijos elevados en relación con los costes variables, podría realizarse de forma más eficiente y a menor coste por medio de una única organización empresarial integrada verticalmente en todas las fases del ciclo de explotación.

²¹⁴ G. BEL, J. CALZADA y A. ESTRUCH MANJÓN, *Economía y regulación de los servicios en red*, *op. cit.*, p. 712. La regulación de este tipo de situaciones trata de eludir los efectos de las externalidades obligando a las empresas a interconectar sus redes y a establecer estándares técnicos comunes.

²¹⁵ Estas circunstancias pueden estar relacionadas con aspectos climáticos (como los picos de demanda de suministro eléctrico en las estaciones del año más cálidas y en las más frías), patrones de movilidad cotidiana de los ciudadanos (las *rush hours* u horas punta, en las que se congestionan las vías de comunicación en las jornadas laborales ordinarias) o alteraciones de consumo episódicas (por ejemplo, como consecuencia de eventos multitudinarios).

En definitiva, *la dinámica característica de las industrias de red pone de manifiesto la existencia de una serie de factores que determinan la estructura de monopolio natural del mercado*. El monopolio natural viene dado, en consecuencia, por la existencia de una *estructura productiva muy intensiva en capital* – que exige grandes inversiones en despliegue y mantenimiento de la infraestructura -, *la absoluta necesidad de la red para el desempeño de la actividad* – lo que la configura como auténtica *barrera de entrada* al mercado -, la presencia de *rendimientos crecientes de escala* y de *externalidades de red*, y finalmente la exigencia de *atender la demanda fluctuante de un suministro que reviste los caracteres de servicio esencial* o básico para todos los ciudadanos.

Sobre la base de esta constatación, se concluye en la necesidad de instrumentar un marco regulatorio que permita soslayar los efectos perniciosos de ciertos fallos de mercado en relación con la provisión del servicio esencial de suministro eléctrico y todas las actividades de su ciclo productivo.

B) La regulación del monopolio natural desde la perspectiva de la política económica.

Cada país ha adoptado históricamente técnicas diferentes para afrontar la realidad del monopolio natural en la prestación de servicios en red. En Europa, hasta hace poco tiempo, la gestión de estos monopolios era asumida directamente por los poderes públicos, y la fórmula en que se articulaba dicha gestión era la clásica del servicio público²¹⁶. En los Estados Unidos, desde el

²¹⁶ *Vid. infra* epígrafe 3 de este Capítulo II.

final de la Segunda Guerra Mundial, el gobierno norteamericano atribuía habitualmente la gestión del monopolio a empresas privadas. Esta ha sido la situación de partida para las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica a lo largo de la segunda mitad del siglo XX.

Esta divergencia de planteamientos entre Estados Unidos y Europa explica, en parte, los diferentes intereses que tienen los investigadores en cada continente. En Europa, la preocupación principal ha sido, tradicionalmente, la determinación de los precios óptimos en un monopolio multiproducto, sin atender a los problemas de incentivos²¹⁷. En los Estados Unidos, en cambio, el tema central ha sido la regulación de los monopolios naturales gestionados por empresas privadas, esto es, la solución del problema de divergencia de incentivos entre el regulador (el Estado) y el regulado (la empresa privada gestora del monopolio). Sin embargo, el nuevo marco definido por la construcción del mercado interior europeo, con su séquito de procesos de liberalización y apertura a la competencia, ha facilitado una confluencia de planteamientos a ambos lados del Atlántico y en consecuencia podemos afirmar que el problema de la regulación del monopolio natural gestionado por empresas privadas es hoy una cuestión de interés común.

Planteemos analíticamente una posible regulación por los poderes públicos de un monopolio natural. La primera opción consiste en obligar al monopolista a alcanzar el volumen de producción que maximiza el bienestar social. Esta solución se conoce como *óptimo de primer orden*, *primer óptimo* o

²¹⁷ M. BOITEAUX, *On the management of public monopolies subject to budgetary constraints*, “Journal of Economic Theory”, n.3 (1971), pp. 219-240 – artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org> -.

simplemente *óptimo*, desde el punto de vista de la función de bienestar social. Para ello es preciso igualar el precio al coste marginal, que es la condición de equilibrio competitivo. En consecuencia, la posición natural de una empresa regulada de esta forma es el punto (P_{CM} , Y_{CM}) de la figura 1²¹⁸.

El coste marginal es inferior al coste medio, por lo que un precio igual al coste marginal no es suficiente para cubrir los costes unitarios totales. Este óptimo de primer orden implica que el monopolista incurre en unas pérdidas por unidad iguales a la diferencia entre el precio y el coste medio, por lo que la única forma de alcanzar el volumen óptimo de producción es compensar esas pérdidas mediante una transferencia del sector público, que deberá financiarse mediante impuestos e introducirá, por tanto, distorsiones adicionales en el mecanismo de los precios²¹⁹.

Para que la empresa monopolista regulada no necesite recibir una subvención de explotación debe poder obtener unos beneficios no negativos, lo que significa que ha de producir sobre la curva de coste medio o por encima de ella. Además, debe atender toda la demanda, suministrando servicios a todo el que esté dispuesto a pagarlos, por lo que su producción debe situarse también sobre la curva de demanda. En consecuencia, la posición natural de una

²¹⁸ Vid. el anterior epígrafe 2.2. A).

²¹⁹ Esto es lo que suele hacerse en el caso de los sistemas locales de transporte, como los autobuses y el metro. Las subvenciones pueden no deberse *per se* a un funcionamiento ineficiente, sino simplemente a los grandes costes fijos de los servicios públicos. En ese caso, las subvenciones pueden ser, una vez más, ineficientes. El problema de la gestión pública de los monopolios radica en que es casi tan difícil medir sus costes como medir los de los servicios públicos regulados. Las comisiones reguladoras suelen obligar a las empresas gestoras de servicios públicos a justificar detalladamente los datos sobre los costes, mientras que los servicios públicos monopolizados *stricto sensu* están únicamente sometidos a la fiscalización de órganos administrativos de control interno.

empresa regulada es un punto como el (P_{CMe}, Y_{CMe}) de la figura 1²²⁰. En este punto, la empresa vende su producto al coste medio de producción, por lo que cubre sus costes, pero produce demasiado poco en comparación con lo que sería eficiente. Los usuarios del servicio disponen de una cantidad menor para consumir y tienen que pagar un precio algo superior²²¹.

Esta solución suele adoptarse como *óptimo de segundo orden* – subóptimo o *second best*²²² - de fijación de los precios. Las autoridades reguladoras fijan los precios que puede cobrar la empresa que presta el servicio público. Se supone que teóricamente éstos son los precios con los que la empresa ni gana ni pierde, es decir, se produce en un punto en el que el precio es igual a los costes medios²²³.

En ambos supuestos regulatorios, existen incentivos muy poderosos para dejar que aumenten los costes de explotación, ya que este aumento se trasladará inmediatamente a los precios regulados. En definitiva, es ésta y no otra la fuente principal de ineficiencia en la regulación de los monopolios naturales.

²²⁰ Vid. el anterior epígrafe 2.2. A).

²²¹ Vid. H. VARIAN, *Microeconomía intermedia*, Bosch, 5ª ed., Barcelona (2001), pp. 436-438; y L. CABRAL, *Economía industrial*, op. cit., pp. 181-184.

²²² En relación con los valores de precios y producción en los equilibrios subóptimos, en un contexto de fallos de mercado, vid. J. SEGURA SÁNCHEZ, *Análisis microeconómico*, Alianza Universidad Textos, 3ª ed., Madrid (2006), pp. 324-327.

²²³ De nuevo, el problema de los reguladores es averiguar los verdaderos costes de producción. Normalmente, existe una comisión encargada de investigar los costes del monopolio con el fin de averiguar el verdadero coste medio y fijar un precio que lo cubra. En Estados Unidos, estas comisiones reguladoras son de ámbito estatal (electricidad, gas natural y telefonía) o local (televisión por cable).

En la base de este problema se encuentra una situación de *asimetría informativa*²²⁴ entre el Estado y la empresa en relación con los costes de producción. El Estado tiene fácil acceso a los datos contables de la empresa, aunque no sean de dominio público. Sin embargo, se acepta generalmente que incluso este tipo de información no proporciona una imagen fiel de los costes de explotación, de los que sólo el gestor puede tener un conocimiento preciso como fruto de su experiencia.

La solución técnica habitual consiste en implementar mecanismos de regulación ofreciendo un abanico de alternativas entre las que la empresa pueda escoger. Cada alternativa consiste en un sistema de tarifas y una transferencia monetaria del Estado a la empresa. El regulador elabora la lista de posibilidades con la intención de que cada empresa escoja el nivel y la estructura de precios que más se aproximan al óptimo social supuestos sus costes de producción. Ahora bien, como los costes de producción son información privada que la empresa no está obligada a revelar, el abanico de posibilidades debe ser tal que la elección pretendida por el regulador sea óptima para la empresa, para todos los posibles valores de aquellos; es decir, el mecanismo debe ser compatible con los incentivos de la empresa. Esta

²²⁴ En relación con esta cuestión *vid.* D. BARON, *Design of regulatory mechanisms and institutions*, en R. SCHAMLENSEE & R. D. WILLING (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, North-Holland, Amsterdam (1989). Un trabajo pionero en este área se debe a D. BARON y a R. MYERSON, *Regulating a monopolist with unknown costs*, "Econometrica" n. 50 (1982), pp. 911-930 – artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org> -. Es también especialmente relevante el trabajo desarrollado a lo largo de toda la década de los 80 por J. J. LAFFONT y J. TIROLE, y recopilado en *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, Massachusetts (1993). Cit. por L. CABRAL, *Economía industrial*, *op. cit.*, nota 11, p. 182.

condición implica que el mecanismo óptimo establece un equilibrio entre los objetivos del regulador y los objetivos de la empresa²²⁵.

En la regulación de los monopolios naturales, el mecanismo de regulación basada en el coste (*cost-based regulation* o *rate-of-return regulation*) ha tenido históricamente un papel central. La idea de este tipo de regulación es muy simple. En cada período, el gobierno hace una auditoría de los costes de la empresa: para ello debe estimar los costes operativos (costes de explotación u operación del servicio) y de capital (suma de la depreciación y un retorno “justo” que se estima como producto del coste nominal del capital por el coste original depreciado de los activos de la empresa). A continuación se determinan los precios, que cubren los costes más una tasa de rentabilidad “normal” que debería obtener la empresa gestora del servicio para que la inversión que realice sea adecuadamente remunerada.

La regulación de la tasa de retorno tiene como principales ventajas la *limitación de los precios*, la *mejora del bienestar social* de los usuarios y la *sencillez* de su aplicación. Su empleo durante largos períodos de tiempo

²²⁵ Si el coste marginal fuese constante y no hubiese asimetrías de información, entonces el mecanismo óptimo consiste en fijar el precio igual al coste marginal y compensar a la empresa por el valor del coste fijo (*óptimo de primer orden*). Con esta regulación el excedente total (excedente del consumidor + excedente del productor) será máximo. En cambio, si hay asimetría de información entre el Estado y la empresa, se puede demostrar que el mecanismo óptimo lleva a beneficios positivos. Estos beneficios serían unas *rentas de información* que la empresa consigue debido al conocimiento privado de los costes de producción. El mayor problema de estos mecanismos es justamente cómo tratar las *rentas de información* que aparecen al implantarlos. Supongamos que se implanta hoy uno de esos mecanismos para regular la actividad de una empresa y que a esa empresa se le dan los incentivos para que revele la verdadera información sobre sus costes. Si la empresa se guía por esos incentivos y revela sus verdaderos costes, el gobierno puede utilizar la información verdadera que ha obtenido hoy para fijar mañana unilateralmente las tarifas que dejan a la empresa sin rentas de información, es decir, con beneficios nulos. Pero la empresa, previendo ese comportamiento futuro del gobierno, prefiere no revelar la información verdadera. A esta situación se le suele llamar efecto *trinquete* (o piñón fijo, traducción del inglés *ratchet effect*). Vid. L. CABRAL, *Economía industrial*, op. cit., p. 183.

configura un marco estable en el que pueden confiar los inversores, al tiempo que permite recoger la opinión de los usuarios del servicio, dando al regulador una función arbitral y de mediación entre la oferta y la demanda²²⁶.

Entre los inconvenientes de este mecanismo de regulación basado en los costes se encuentra, en primer lugar, el hecho de que ofrece incentivos muy pequeños para que la empresa se esfuerce en minimizar los costes: una unidad monetaria que se ahorra en los costes implica que los precios también serán menores, manteniéndose la misma tasa de rentabilidad²²⁷. Por otra parte, el regulador utiliza información sobre los costes facilitada por la empresa y no siempre es posible saber si esa información está manipulada (*asimetría informativa*). Finalmente, suscita especiales problemas la atribución de los costes comunes de la empresa a las diferentes actividades o servicios. Existe un riesgo evidente de que la empresa cargue a sus actividades reguladas parte de los costes de los servicios que presta en mercados competitivos (*subvenciones cruzadas*): se trata de una práctica anticompetitiva, pues le permite reducir sus precios de mercado sin afectar a la viabilidad de las actividades reguladas²²⁸.

²²⁶ G. BEL, J. CALZADA y A. ESTRUCH MANJÓN, *Economía y regulación de los servicios en red*, op. cit., p. 734.

²²⁷ Adicionalmente, algunos estudios apuntan a que la regulación de la tasa de retorno provoca una sobreinversión en bienes de capital – externalidad negativa -: es lo que se conoce como *efecto AVERCH-JOHNSON*. Vid. H. AVERCH & L. L. JOHNSON, *Behaviour of the firm under regulatory constraint*, “American Economic Review”, vol. 2 (1962), p. 1059-1069 – artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org>-. La regulación de la tasa de retorno garantiza a la empresa una cierta rentabilidad del capital invertido y, por ello, cuanto mayor sea la inversión realizada mayor será el beneficio en el futuro. La empresa tendrá, en consecuencia, incentivos para invertir más de lo necesario, lo que implica un uso ineficiente de los factores de producción capital y trabajo.

²²⁸ Vid. G. BEL, J. CALZADA y A. ESTRUCH MANJÓN, *Economía y regulación de los servicios en red*, op. cit., p. 735. En relación con este tipo de regulación económica, “HOGAN ha escrito que en Estados Unidos el modelo de «rate of return» y economías de escala de configuración monopolística comenzó a declinar a finales de los setenta, en aquellos momentos se celebraban interesantes debates en

La regulación tradicional del sector eléctrico era el resultado de la concertación entre las compañías eléctricas y la Administración. Las compañías eléctricas veían garantizado su monopolio al obtener derechos especiales o exclusivos sobre un territorio determinado, además de la garantía de recuperación de sus inversiones mediante el cobro de las tarifas, calculadas en función de una serie de costes de explotación reconocidos y de un beneficio razonable. La Administración, por su parte, se aseguraba la garantía del interés público al conseguir que una serie de empresas solventes y estables prestasen un servicio constante y fiable, con unos costes adecuados.

El carácter estratégico del sector energético en relación con el desarrollo económico – el coste de la energía es un *input* básico del coste de producción de la mayor parte de los bienes y servicios - y la consiguiente necesidad de lograr una cierta autosuficiencia como condición irrenunciable de independencia política y económica se traducían en un fuerte intervencionismo administrativo, que podía revestir distintas modalidades en función de las circunstancias concurrentes en cada Estado en un momento dado (nacionalización del sector, creación de empresas públicas, regulación y planificación vinculante de las actividades vinculadas al suministro, etc.). Este sistema se conocía en España como *Marco Legal Estable*²²⁹.

el Senado norteamericano, postulando general «deregulation process» en transporte aéreo de carga en 1970, y de pasajeros en 1978, que dió lugar a valiosas aportaciones sobre teoría de la regulación, luego extrapoladas a otros sectores, como la energía, donde sobresalían el economista Alfred KAHN y el juez Stephen BEYER, en sesiones presididas por el senador Edward KENNEDY”. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *¿Hacia una Directiva sobre el Mercado Interior de la Energía?*, *op. cit.*, p. 7.

²²⁹ Vid. J. DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid (1999), pp. 20-24; J. M^a. NEBREDA PÉREZ, *Distribución eléctrica: concurrencia de disciplinas jurídicas*, Civitas, Madrid (1999), p. 58; y M. ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, *Energía y Derecho: El sometimiento de los poderes públicos al imperio de la Ley*, en la obra colectiva *Regulación sectorial y competencia*, Civitas, Madrid (1999), p. 251-291. En el caso español, el modelo tradicional de regulación del sector eléctrico, que arranca de la

publicatio formulada por el Real Decreto de 12 de abril de 1924, quedó legislativamente consagrado con la promulgación de la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, de Explotación Unificada del Sector Eléctrico Nacional (LEUSEN) y la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sector Eléctrico Nacional (LOSEN), en torno los siguientes principios:

- a) *Planificación vinculante de inversiones.* La garantía del suministro eléctrico exigía mantener “*la diversidad de fuentes primarias energéticas y de procesos tecnológicos para su transformación*”, lo que, a su vez, permitía “*la optimización de la capacidad en las mejores condiciones de seguridad, precio y calidad*”. Estos fines se pretendían alcanzar mediante una planificación pública, centralizada y vinculante.
- b) *Explotación unificada del sistema eléctrico.* La explotación unificada del sistema eléctrico a través de las redes de alta tensión quedaba declarada servicio público de titularidad estatal, encomendándose su gestión a una empresa pública (Red Eléctrica de España, S.A.), también propietaria de las infraestructuras necesarias para el desarrollo de sus funciones. La explotación unificada se traducía, en la práctica, en la determinación y control de un nivel de producción que garantizara el abastecimiento mediante la gestión conjunta de todas las centrales de generación y de las redes de transporte. La energía producida quedaba sometida a *integración económica*, de forma que se retribuía a los operadores del mercado en función de una serie de costes reconocidos y con independencia de la producción que incorporasen al mercado, dando lugar a una serie de compensaciones entre subsistemas y empresas del sector eléctrico.
- c) *Retribución mediante costes estandarizados.* Se implantó una *tarifa única* en todo el territorio nacional, que retribuía las actividades ligadas al suministro eléctrico en función de una serie de costes reconocidos, básicamente relacionados con el esfuerzo inversor asumido por cada operador en relación con su infraestructura de instalaciones y la diversificación de procesos tecnológicos y fuentes energéticas primarias. Este sistema retributivo se encontraba regulado en una serie de disposiciones, el Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, y sus normas de desarrollo, que constituían el denominado *Marco Legal Estable*.
- d) *Obligación de suministro.* La Ley trataba de garantizar la prestación del suministro de energía eléctrica, al menor coste posible y con una calidad adecuada, mediante su configuración como servicio público. Esta configuración del suministro eléctrico como servicio público se traducía, en la práctica, en la imposición a las compañías de distribución de la obligación de “*atender en condiciones de igualdad las demandas de nuevos suministros eléctricos en las zonas en que operen*”.

El *Marco Legal Estable* pretendía garantizar la estabilidad financiera y la sostenibilidad del sector y sus agentes, así como proporcionar certeza regulatoria, todo ello mediante el desarrollo de un sistema de tarifas sostenibles en el tiempo que permitiesen la realización de *inversiones planificadas*, así como la *explotación unificada* de las instalaciones de producción y transporte de energía eléctrica. En línea con este planteamiento general, este mecanismo trataba de articular una serie de incentivos a la reducción de costes, de modo que toda medida que situase los costes reales de un operador por debajo de unos costes estándares reconocidos en ese momento por el sistema suponía un aumento de beneficios para dicho operador. En cualquier caso, como este marco regulatorio no contemplaba la posibilidad de una competencia efectiva las reducciones de costes no se trasladaron, ni siquiera en parte, a los consumidores finales. En el mercado de producción se retribuía a las diferentes plantas en función de costes estándares reconocidos. La medida de los costes se utilizaba para determinar la tarifa eléctrica, que de este modo revestía los rasgos de una *tarifa única* o *tarifa tope unificada* de aplicación general a todo el sistema. Los ingresos que se obtenían a partir de esta tarifa se redistribuían entre las diversas compañías operadoras del sector tratando de asegurar que cada una de ellas recuperase sus costes estándares de generación. Indudablemente, este mecanismo supuso un avance en cuanto a transparencia y automatismo en la fijación de la tarifa, pero esta continuaba sin reflejar los costes reales en que efectivamente incurrían las compañías de generación en el desempeño de su actividad. *Vid. L. FERNÁNDEZ-VILLADANGOS, Una panorámica sobre la estructura del mercado eléctrico en España, op. cit., p. 310.*

La eficiencia resultante del modelo tradicional de regulación de las infraestructuras, basado en una fuerte intervención administrativa, fue cuestionada al constatar que una vez garantizada la universalidad de los servicios básicos la interdicción de la competencia en dichos sectores desencadenaba un proceso inflacionista general, puesto que las continuas alzas en los costes de explotación de dichos servicios básicos se repercutían inmediatamente en el precio de otros bienes y servicios que los integraban en sus respectivos procesos productivos. No hay que olvidar que los costes reconocidos están referidos al pasado y, por tanto, son insuficientemente elásticos a la evolución de la demanda²³⁰.

En un sistema de planificación centralizada y vinculante los riesgos inherentes a toda actividad económica se imputan a la Administración, pero ésta puede repercutirlos a todos los consumidores a través de la tarifa. Con ello se desincentiva el cálculo económico, la innovación y el desarrollo tecnológico y, en definitiva, la asignación eficiente de los recursos por parte de las empresas del sector²³¹. El mecanismo de la tarifa única ha permitido, en fin, la articulación de *subsidios cruzados* dirigidos al reflotamiento financiero de determinados sectores, así como la *contaminación de costes* entre las distintas actividades de las empresas verticalmente integradas.

Por estas razones, cuando, al inicio de la década de los 80, el gobierno británico decidió privatizar *British Telecom*, optó por una nueva técnica de

²³⁰ L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *La nueva configuración jurídica del sector eléctrico tras la Ley 54/1997*, en “Documentación Administrativa”, núm. 256 (enero-abril 2000) – monográfico dedicado a *El Derecho de la Energía en España* -, p. 16.

²³¹ Vid. J. DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, op. cit., p. 347.

regulación por precios máximos (*price-cap regulation*). Con este mecanismo, el gobierno no hace ningún tipo de auditoría a la empresa. Por el contrario, los precios (o mejor, los índices de precios) se fijan *a priori* e independientemente del valor que tengan los costes. De esta forma, los incentivos para la minimización de los costes son muy superiores: una unidad monetaria ahorrada implica una unidad monetaria más de beneficio.

El *price-cap* es un mecanismo de regulación que consiste en establecer al principio del período regulatorio un límite máximo a la variación del precio medio de los servicios sujetos a regulación. El tope establecido inicialmente permanecerá vigente hasta el final del período, momento en el que el regulador fijará un nuevo tope de precios para el siguiente período regulatorio. Este mecanismo no tiene en cuenta directamente los beneficios esperados de la empresa gestora del servicio, circunstancia que favorece a las empresas más eficientes: como el precio de los servicios se mantiene fijo durante todo el período regulatorio, las empresas reguladas pueden incrementar sus beneficios si son capaces de minimizar sus costes. Por esta razón, se dice que el *price-cap* es un mecanismo de *regulación por incentivos*²³².

La regulación por incentivos se fundamenta en la observancia de una serie de principios operativos: la necesidad de *separar las compensaciones* que recibe el monopolista en cada una de las fases del ciclo de explotación del servicio; la determinación de las *compensaciones* en función de la garantía de un *nivel de calidad* en la prestación del servicio, para evitar que la empresa

²³² Vid. S. COWAN, *Price-cap regulation*, “Swedish Economic Policy Review”, vol. 9 (2002), pp. 167-188 – artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org> -.

gestora deteriore dicho nivel con el fin de reducir los costes; la *flexibilidad* del mecanismo de regulación, que se materializa en la revisión periódica de los precios a fin de facilitar una rápida adaptación a las variaciones de la demanda y los costes; la *alta eficiencia administrativa*, ya que las compensaciones son independientes de cualquier elemento ajeno a la gestión de la empresa; la *garantía de recuperación de costes*, siempre que la empresa desarrolle una gestión correcta del servicio; y, por último, la necesidad para el regulador de disponer de un adecuado *sistema contable* que permita obtener datos precisos sobre los costes de explotación y capital²³³.

Las ventajas de la *price-cap regulation* se resumen en una *mayor eficiencia*, que se traduce en la minimización de costes, la mejora de la calidad de la prestación y los incentivos a la producción de nuevos servicios y, en general, a la inversión eficiente; la *maximización del bienestar*, ya que los aumentos de eficiencia promueven el ajuste de los precios y, por esta vía, incrementan el excedente del usuario del servicio; la mejora de la *eficiencia administrativa*, al tratarse de un mecanismo de regulación con bajos costes de gestión; finalmente, la *transparencia*, siempre que los concretos mecanismos de regulación sean conocidos y de fácil control²³⁴.

²³³ P. L. JOSKOW & R. SCHMALENSEE, *Incentive Regulation for Electric Utilities*, “Yale Journal on Regulation”, vol. 4 (1) [1986], pp. 1-49 – artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org> -.

²³⁴ P. L. JOSKOW, *Incentive Regulation in Theory and Practice: Electricity distribution and transmission networks*, “AEI-Brookings Joint Center Working Paper”, ns. 5-18 (2006) – artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org> -. Entre los inconvenientes del *price-cap* aparece nuevamente el problema del *efecto trinquete*. El gobierno fija el índice de precios para el próximo período regulatorio. En principio, el índice de precios fijado es independiente de los costes. Pero no hay garantías de que el gobierno no fije los nuevos precios a la vista de los resultados de la empresa. La empresa podría razonar así: una unidad monetaria ahorrada durante los próximos años es una unidad monetaria más de beneficios, pero el gobierno tendrá mejor información sobre nuestros costes, por lo que fijará el índice de precios a un nivel más bajo del que establecería si no hubiésemos ahorrado en costes. Por esta razón, algunos autores piensan que el mecanismo de *price-cap regulation* es en realidad una forma “disfrazada” (o atenuada) de regulación basada en los costes. Otros inconvenientes pueden surgir en caso de que se

La experiencia de regulación por precios máximos durante los primeros años post-privatización de *British Telecom* muestra que en general el mecanismo ofrece bastantes ventajas²³⁵.

Las ventajas teóricas de la introducción de competencia en la regulación de los servicios en red se han ponderado con argumentos tanto de carácter político como económico. Desde un punto de vista político, la apertura a la competencia se justifica por la descentralización del poder – en cierto sentido, la *subsidiariedad* –, la disminución de los controles burocráticos y las oportunidades que ofrece el libre acceso al mercado. En cuanto a los argumentos económicos, todos ellos son en última instancia reconducibles a la mayor eficiencia de los mercados competitivos²³⁶.

Los sistemas con mayores dosis de competencia son más versátiles y responden con mayor flexibilidad a los cambios en la demanda de los consumidores. Los mercados con mayor apertura a la competencia favorecen

diseñen incorrectamente los mecanismos de incentivos, dando lugar a *precios ineficientes* (alejados de los costes), al *empeoramiento de la calidad* del servicio, o al abuso por parte de la empresa gestora sujeta a regulación cuando se le presente la oportunidad de obtener beneficios extraordinarios o de elevar sustancialmente los costes de capital.

²³⁵ De hecho hubo reducciones de costes muy considerables. Sin embargo, parece que el *efecto trinquete* continúa latente, porque los índices de precios se han ido reduciendo sucesivamente en cada período de revisión. Inicialmente la variación de la tasa anual de crecimiento del índice de precios se fijó en IPC – 3 %. En la primera revisión se cambió a IPC – 4,5 % y, posteriormente, se fijaron valores todavía más bajos. Con frecuencia, el *price-cap* se aplica en términos de una modalidad conocida como *IPC-X*. El *IPC-X* consiste en limitar el crecimiento de los precios medios de los servicios regulados teniendo en cuenta el aumento del Índice de Precios al Consumo (IPC), minorado por un factor X que recoge el incremento esperado de la productividad del sector. Vid. M. AMSTRONG & D. SAPPINGTON, *Recent developments in the theory of regulation*, en M. AMSTRONG y D. SAPPINGTON (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, vol. III, North Holland, Ámsterdam (2003). Cit. por G. BEL, J. CALZADA y A. ESTRUCH MANJÓN, *Economía y regulación de los servicios en red*, *op. cit.*, nota 51, p. 737. Vid. también L. CABRAL, *Economía industrial*, *op. cit.*, pp. 183-184.

²³⁶ Cfr. J. DE LA CRUZ FERRER, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 198-201.

una mejor asignación de los recursos productivos, ya que el mecanismo de precios ofrece las señales correctas tanto para el consumo como para la producción, lo que se traduce en una estructura de incentivos al desarrollo de nuevas tecnologías que permiten la reducción de los costes medios de explotación²³⁷.

Estas ventajas teóricas de la competencia llevaron a los investigadores a plantearse su introducción en servicios que, como los dependientes de infraestructuras en red, tienen una estructura industrial de monopolio natural y, al mismo tiempo, están revestidos de un interés general que demanda su prestación en todo caso, aun en ausencia de rentabilidad para los operadores privados, mediante la imposición de una serie de obligaciones sobre la forma en que debe garantizarse la satisfacción de dicho interés general.

A partir de la década de los 80 del siglo XX se hace más visible una tendencia generalizada de las economías más desarrolladas hacia la apertura a la competencia en los servicios en red, considerando la posibilidad de limitar los efectos de la estructura de monopolio natural a determinadas fases del ciclo de explotación de dichas actividades²³⁸. Entre los factores que propiciaron esta nueva aproximación a la regulación de los servicios en red destacan los siguientes:

²³⁷ Vid. J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho público de la competencia*, Edelco-Marcial Pons, Madrid (1998), p. 53; y también E. ÁLVAREZ PELEGRY, *Economía industrial del Sector Eléctrico: estructura y regulación*, op. cit., p. 193.

²³⁸ Cfr. J. TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, *La verdad sobre los monopolios naturales*, en “Nueva Revista de Política, Cultura y Arte”, núm. 51 (junio 1997), Diproedisa, Madrid, pp. 77-78.

1. *La evolución tecnológica.* Tradicionalmente, el crecimiento de la demanda de electricidad y, por tanto, del mercado determinaba un incremento proporcional del tamaño óptimo de las plantas de producción. A partir de la primera crisis del petróleo (1973) las cosas comenzaron a cambiar, moderándose e incluso retrocediendo esta relación del crecimiento del mercado con la escala óptima de producción como consecuencia de la volatilidad de la demanda, el estancamiento de los rendimientos de las centrales convencionales y el desarrollo de los ciclos combinados con turbinas de gas²³⁹.
2. La posibilidad de transmutar *relaciones de mando* dentro de la misma empresa en *relaciones contractuales* entre empresas. Para lograrlo es necesario contar con sistemas de transporte y coordinación con plantas de generación interconectadas, un mecanismo de despacho de la electricidad que permita un control físico y dé prioridad a la energía producida a menor coste; así como un sistema de determinación de la capacidad óptima a instalar, el mínimo coste de inversión y el método para afrontar las situaciones de emergencia²⁴⁰.
3. El establecimiento de mecanismos fiables de *interconexión no sólo física sino también económica entre diversas fases del ciclo de explotación de un servicio en red.* Con ello se sale al paso del argumento tradicional a favor del monopolio basado en la ineficiencia económica de la duplicación de infraestructuras de red.

²³⁹ S. HUNT & G. SHUTTLEWORTH, *Competition and Choice in Electricity*, New York (1996), p. 2. Cit. por F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Técnicas específicas de los servicios en red*, op. cit., notas 55 y 58, pp. 778-779.

²⁴⁰ P. L. JOSKOW & R. SCHMALENSEE, *Markets for Power. An Analysis of Electric Utilities Regulation*, Cambridge (USA) [1983], p. 113. Cit. por F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Técnicas específicas de los servicios en red*, op. cit., nota 54, p. 778.

4. La posibilidad de conseguir articular *mercados atacables* o *disputables* en algunas de esas fases mediante una concurrencia limitada de empresas, sin perjuicio del carácter intensivo de la inversión en otras fases. La posibilidad de obtener el suministro eléctrico a costes de inversión y producción notablemente reducidos planteó la posibilidad de que al menos ciertos usuarios – en particular, los industriales – promoviesen la construcción de nuevas plantas de generación y que simultáneamente pudieran elegir a los proveedores que les ofreciesen mejor relación calidad-precio. De este modo, el carácter *natural* del monopolio quedaba limitado a las fases de transporte y distribución de electricidad.
5. La solución del problema de los *costes hundidos*, mediante la garantía del *acceso a la red* y de la *gestión neutral* de la misma, corrigiendo mediante el reconocimiento legal de la libertad de entrada al mercado de electricidad la tendencia a la integración vertical sostenida por las fases del ciclo productivo que conservan el carácter de monopolio natural.

El proyecto de creación de un mercado interior de la electricidad señala un giro copernicano en el enfoque regulatorio, que ahora pone el énfasis en la introducción de auténtica competencia en las actividades del sector. Desde esta perspectiva, la técnica más novedosa para la regulación de los servicios en red consiste en la configuración de *estatutos jurídicos diferenciados para las distintas fases* de su ciclo de explotación. Para introducir la competencia en estas actividades se separa el transporte del objeto transportado, incluso en casos como el del suministro eléctrico, en el que la integración física hacía difícil distinguir entre producto y servicio y parecía postular la integración

vertical de todas las fases del ciclo de explotación en una única organización empresarial²⁴¹. Se distingue así entre *actividades libres* o *competitivas* y *actividades reguladas*.

Se entiende por *actividad regulada* aquella actividad económica objeto de reglamentación *ad hoc* para la defensa de un bien jurídico determinado (por ejemplo, seguridad en el abastecimiento energético, defensa de los consumidores, protección del medio ambiente, servicio universal, obligaciones de servicio público, etc.). Se suele tratar de actividades tradicionalmente reservadas al Estado o a una única empresa que las realizaba por cuenta del Estado y que tenían como fin primordial la prestación de un servicio esencial para la comunidad. Tras el proceso de apertura generalizada a la competencia impulsado en las últimas décadas, se ha querido mantener la salvaguardia de estos intereses públicos mediante una oportuna reglamentación que limite, en cierta medida y con esta finalidad, la libertad de empresa. La reglamentación resulta así necesaria teniendo en cuenta que el Estado tiene la tarea de garantizar niveles de vida satisfactorios para los ciudadanos, mientras que las empresas actúan en base a una lógica distinta que es la del máximo beneficio²⁴².

²⁴¹ S. HUNT & G. SHUTTLEWORTH, *Competition and Choice in Electricity*, *op. cit.*, p. 1. Cit. por F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Técnicas específicas de los servicios en red*, *op. cit.*, notas 102 y 103, p. 792.

²⁴² Por ejemplo, en un contexto de servicio público tradicional, donde es el Estado el que provee directamente el servicio, el suministro de energía eléctrica en una zona periférica, aislada y con número reducido de usuarios, se realiza a pesar de las pérdidas que resultan de la estructura de costes fijos (medios) muy elevados en relación a los costes variables (marginales). En cambio, una compañía eléctrica privada, en un mercado competitivo, podría decidir no suministrar el servicio en una determinada zona porque las actividades necesarias para su prestación podrían ser demasiado costosas sin que la operación produjera beneficio alguno. *Vid.* F. J. VILLAR ROJAS, *Las instalaciones esenciales para la competencia*, FER-Comares, Granada (2004), p. 4.

La diferenciación de estatutos jurídicos entre las distintas fases del ciclo de explotación de los servicios esenciales en red hace posible la competencia, restringiendo los efectos característicos del monopolio natural. En las *actividades reguladas* las implicaciones de la estructura monopolística conducen a sistemas de regulación por costes, planificación de la actividad, habilitaciones tasadas para su ejercicio, prerrogativas de implantación y obligaciones establecidas para garantizar la libre competencia. En cambio, en las *actividades libres* o *competitivas* se reconoce y garantiza la libertad de entrada al mercado, la formación competitiva de los precios, la libertad de contratación y la libertad de inversión²⁴³.

La *libertad de entrada* en el mercado está referida, en principio, a las *actividades libres* o *competitivas*, y sólo en un sentido más restringido a las *actividades reguladas*. La libertad de entrada deriva de la ausencia de reserva al sector público de servicios esenciales en red, que se hace compatible con una intensa regulación dirigida a garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones de servicio público. Esta libertad se hace efectiva mediante el otorgamiento de una autorización reglada de funcionamiento como título necesario para el ejercicio de la actividad económica de que se trate²⁴⁴.

²⁴³ Vid. G. ARIÑO ORTIZ y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO, *El sistema eléctrico español, regulación y competencia*, ICO-Montecorvo, Madrid (1998), pp. 70-77 y 151-164; y también G. ARIÑO ORTIZ, *Sobre el significado actual de la noción de servicio público*, en la obra colectiva G. ARIÑO ORTIZ, J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ y J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons-UAM, Madrid (1997), pp. 27-30.

²⁴⁴ En este sentido, *vid.* L. ARROYO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (2004).

La libertad de entrada asegura, en teoría, que si una empresa gestiona el servicio de forma ineficiente o imponiendo precios demasiado altos otra puede entrar en el mercado y hacerse con la cuota de la primera siempre que sea capaz de ofrecer un mejor servicio o de prestarlo en mejores condiciones. Se trata, pues, de lograr que los mercados sean *atacables* o *disputables* – *contestable markets* –, en el sentido de que la amenaza de entrada de posibles competidores discipline la conducta de las empresas ya instaladas en relación con el margen de los precios sobre los costes²⁴⁵.

La libertad de entrada sale al paso de la existencia de *barreras de entrada*²⁴⁶ al mercado. En el caso de las actividades vinculadas al suministro eléctrico podemos enumerar como barreras de entrada típicas las siguientes²⁴⁷: i) el control sobre las materias primas, que otorga una ventaja absoluta de costes a las empresas ya instaladas; ii) el carácter intensivo en capital de las inversiones necesarias para entrar en el mercado, que hace que la libertad de entrada sólo sea efectiva cuando existan posibilidades reales de obtener una cuota de mercado y mantenerla por el tiempo suficiente para amortizar las inversiones realizadas; iii) la práctica de una política de precios predatorios por parte de las empresas ya instaladas; y iv) el exceso de capacidad instalada

²⁴⁵ Vid. E. ÁLVAREZ PELEGRY, *Economía industrial del Sector Eléctrico: estructura y regulación*, op. cit., pp. 134-139; y en general la obra clásica ya citada: W. J. BAUMOL, *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industrial Structure*, op. cit. Vid. también J. L. VEGA, *Market contestability*, en “Punto y coma”, Boletín de las Unidades Españolas de Traducción de la Comisión Europea, núm. 78 (noviembre/diciembre de 2002), pp. 3-4 – artículo accesible en la dirección: <http://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/>.

²⁴⁶ Vid. *supra* epígrafe 2.2. A) y, para una consideración más detallada del concepto de *barreras de entrada* vid. L. CABRAL, *Economía industrial*, op. cit., pp. 71-102.

²⁴⁷ C. D. FOSTER, *Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly*, Blackwell, Oxford (1992), p. 167. Cit. por F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Técnicas específicas de los servicios en red*, op. cit., nota 114, p. 796.

como barrera artificial creada por las empresas ya establecidas para disuadir de la entrada a las competidoras potenciales²⁴⁸.

En cualquier caso, la libertad de entrada no se hace realidad a partir de una mera declaración en forma de previsión legal, sino que requiere del establecimiento de una serie de condiciones que garanticen una efectiva posibilidad de entrada²⁴⁹. Entre estas condiciones destaca especialmente la regulación del *acceso de terceros a la red* y la *interconexión* de redes.

El *acceso a la red* constituye la clave del proceso de apertura a la competencia de los servicios esenciales en red y en particular de las actividades económicas vinculadas al suministro eléctrico²⁵⁰. Se trata de un mecanismo que favorece la libertad de entrada y establece un grado efectivo de *contestabilidad* en los mercados. El monopolista titular de la red no ostenta un derecho de alcance *quiritario* en relación con su uso, sino que cualquier operador del mercado tiene derecho a acceder a dicha red, en condiciones no discriminatorias y previo pago de un peaje o canon establecido por la autoridad

²⁴⁸ Sobre el exceso de capacidad instalada como barrera disuasoria de la entrada en el mercado o “*estrategia de precio límite*” vid. L. CABRAL, *Economía industrial, op. cit.*, pp. 82-86.

²⁴⁹ Resulta en este sentido muy ilustrativo el caso de la aprobación de la *Energy Act* (1983) en el Reino Unido. Este nuevo marco regulatorio permitía a los operadores privados la producción de energía eléctrica, estableciendo el derecho a transportar electricidad a través de las redes de transporte y distribución de titularidad pública. En la práctica, la ausencia de una regulación específica dejaba en manos de la *Central Energy Generating Board* (CEGB) la fijación de los peajes de acceso a la red que debían satisfacer los productores independientes. Estos peajes quedaron fijados por importes que disuadieron de entrar en el negocio a cualquier compañía interesada. Vid. J. TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE y F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *La Regulación del Sector Eléctrico*, Civitas, Madrid (1996), pp. 488-489.

²⁵⁰ Así resulta del mero examen de la regulación del *acceso a la red* que contienen las tres sucesivas Directivas sobre el mercado interior de la electricidad: capítulo VII, arts. 16-22 de la Directiva 96/92/CE; capítulo VII, arts. 20-23 de la Directiva 2003/54/CE; y capítulo VIII, arts. 32-34 de la Directiva 2009/72/CE.

reguladora como contrapartida a la recepción de servicios de transporte y distribución de electricidad²⁵¹.

La *interconexión* tiene por objeto hacer posible desde el punto de vista técnico, económico y jurídico la conexión física y funcional de distintas redes, ampliando de esta forma la cobertura y las prestaciones de la red, permitiendo la interoperabilidad de las redes, aumentando la seguridad en el suministro y abriendo paso a la competencia en favor de una mayor accesibilidad del servicio para los ciudadanos²⁵².

El acceso a la red y la interconexión de redes requieren para su efectividad de otras técnicas específicas de regulación como son la instrumentación de una *gestión neutral de la red*, la creación de *autoridades reguladoras independientes* y la aprobación de *tarifas objetivas, transparentes y no discriminatorias* por parte de dichas autoridades.

Los mecanismos de *gestión neutral* se plantean como solución a las estructuras de monopolio natural de las redes, puesto que en otro caso la competencia se traduciría en la duplicación de éstas, lo que como sabemos es ineficiente²⁵³. Existe un riesgo indudable de conflicto de intereses entre las compañías titulares y/o gestoras de las redes y las que desarrollan su negocio

²⁵¹ Vid. *infra* Capítulo IV de esta Memoria. Vid. también A. ESTOA PÉREZ, *El acceso a las redes de transporte y distribución*, en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ, M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. III (*Energía*), tomo I, Iustel (2009), pp. 493-534.

²⁵² G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico*, FER-Comares, Granada (1999), p. 673.

²⁵³ A. SÁNCHEZ BUSTAMANTE, *El derecho de acceso de terceros a las redes eléctricas*, en la obra colectiva *Regulación sectorial y competencia*, Civitas, Madrid (1999), p. 139.

en fases competitivas del ciclo de explotación de los servicios, y este riesgo es un obstáculo evidente para el correcto desenvolvimiento de los mecanismos del mercado. El fenómeno de la integración vertical condiciona la efectividad del principio de la libre competencia, ya que favorece los conflictos de interés, las subvenciones cruzadas (entre actividades libres y reguladas) y los abusos de posición dominante²⁵⁴. Se trata, en definitiva, de establecer estructuras de gestión que garanticen la efectividad del acceso a las redes, de modo que se eviten o cuando menos se dificulten las subvenciones cruzadas, el falseamiento en la formación de los precios en los peajes y la distorsión de la competencia en otras fases -no sujetas al monopolio natural – del ciclo de explotación del servicio.

Como veremos con más detalle, la normativa comunitaria prescribe la creación de *autoridades nacionales de reglamentación independientes*, a las que atribuye, entre otras funciones, velar por la correcta aplicación de las reglas sobre acceso e interconexión a las redes, garantizar la continuidad, regularidad y calidad en la prestación de los servicios correspondientes, preservar las condiciones de la libre competencia y defender los intereses de los usuarios. Tanto en el acceso *regulado* como en el *negociado*, la denegación de acceso es susceptible de reclamación ante la autoridad reguladora independiente²⁵⁵.

²⁵⁴ S. HUNT & G. SHUTTLEWORTH, *Competition and Choice in Electricity*, *op. cit.*, p. 27. Cit. por F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Técnicas específicas de los servicios en red*, *op. cit.*, nota 163, p. 813.

²⁵⁵ En este sentido, el art. 32.2 de la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE establece lo siguiente: “El gestor de la red de transporte o de distribución podrá denegar el acceso en caso de que no se disponga de la capacidad necesaria. La denegación deberá motivarse debidamente, (...). Las autoridades reguladoras, cuando los Estados miembros así lo hayan

Finalmente, en cuanto a los *precios a pagar por el uso de las redes*, los mecanismos arbitrados para su determinación adquieren una relevancia decisiva para la garantía de prestación del servicio y, simultáneamente, de la libre competencia, por la estrecha dependencia que ambos aspectos mantienen con la adecuación y suficiencia de la inversión en el despliegue y el mantenimiento de las redes.

La regulación debe hacer posible tanto la restricción de los efectos del monopolio a su ámbito natural estricto, neutralizándolo desde el punto de vista de la competencia, como la rentabilidad de las actividades comprendidas en la estructura monopolística. Para alcanzar estos objetivos, la regulación debe procurar la adecuada separación del negocio regulado respecto de otras posibles actividades libres dentro del ciclo de explotación, de modo que se eviten, por una parte, subvenciones cruzadas que falseen la competencia y, por otra, que los peajes se desvíen significativamente de los costes reales de prestación del servicio.

La determinación del importe del peaje o canon a abonar como contraprestación por el acceso a la red debe responder a criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios, tomando en consideración factores como las tasas de actualización y los incentivos al capital invertido y para futuras inversiones en el desarrollo de la red. En definitiva, los precios del transporte y la distribución, el modo en que tales precios puedan ser repercutidos al usuario final del servicio, los requisitos de calidad de su prestación y la provisión de

dispuesto, o los Estados miembros garantizarán que dichos criterios se aplican de manera coherente y que el usuario de la red al que se ha denegado el acceso puede recurrir a un procedimiento de solución de conflictos. (...)".

capacidad suficiente para atender la demanda razonablemente previsible, determinan la necesidad ineludible de una intervención reguladora²⁵⁶.

Hemos analizado los principales instrumentos de política económica disponibles para la regulación de los monopolios naturales de red, partiendo de la definición y de los rasgos fundamentales de esta estructura industrial. Sin embargo, existen algunos planteamientos desde esa misma perspectiva de la política económica que rechazan aun la mera posibilidad de existencia de un monopolio “*natural*”. Nuestro objetivo último es analizar y valorar la regulación comunitaria de las actividades económicas vinculadas al suministro eléctrico, en cuanto servicio en red encuadrado en principio dentro de la estructura industrial de monopolio natural. Por esta razón, convendrá también analizar, siquiera sea someramente, los enfoques que cuestionan la regulación de monopolios naturales, para ponderar sus argumentos y poder juzgar así con mayor conocimiento de causa la opción regulatoria adoptada por la Unión Europea.

C) Consideraciones críticas sobre la regulación de monopolios naturales de red.

Existen principalmente dos escuelas de pensamiento económico que cuestionan el reconocimiento de estructuras industriales de monopolio natural: la *Escuela de Chicago* y la *Austríaca*.

²⁵⁶ C. D. FOSTER, *Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly*, op. cit., pp. 124 y 175. Cit. por F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Técnicas específicas de los servicios en red*, op. cit., notas 143 y 147, pp. 806-807.

En la tradición liberal de la Universidad de Chicago, y en el campo de la investigación en *Economía Industrial*, cabe inscribir a una serie de autores como G. STIGLER, R. POSNER y S. PELTZMAN, así como a H. DEMSETZ, de la Universidad de California-Los Ángeles (UCLA). Para la *Escuela de Chicago*, el poder de mercado es una situación en principio transitoria, puesto que la amenaza de entrada en el mercado de nuevas empresas – competidoras potenciales – impone una presión suficiente para mantener la disciplina competitiva. Desde esta perspectiva, el poder de mercado sólo tendrá carácter permanente cuando sea consecuencia de una intervención de los poderes públicos, habitualmente mediante restricciones a la entrada.

En este contexto, la *Escuela de Chicago* ha formulado la *teoría de la captura* o del interés de la industria. La regulación en general, y la regulación de la entrada en particular, se derivan de los intereses de las empresas ya establecidas y no de un presunto interés general de la sociedad. Las empresas ya establecidas en el mercado, a través de intensas actividades de *lobbying*, “*capturan*” a los reguladores a su favor, acumulando un mayor poder de mercado y asegurándose un nivel de ingresos más elevado²⁵⁷.

²⁵⁷ L. CABRAL, *Economía industrial, op. cit.*, pp. 10 y 180. Vid. también G. BEL, J. CALZADA y A. ESTRUCH MANJÓN, *Economía y regulación de los servicios en red, op. cit.*, pp. 749-751. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, y en relación con el derecho a una buena administración, vid. J. PONCE SOLÉ, *¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al Gobierno? El traslado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a Barcelona y las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2006*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 173 (mayo-agosto 2007), pp. 239-263; en este artículo el autor analiza la decisión de trasladar la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a Barcelona, analizando los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno de España en tal sentido, y en particular ponderando en qué medida esta decisión puede afectar a la autonomía de la *autoridad reguladora independiente*, es decir, en qué medida podría estar produciéndose el fenómeno que aquí designamos como *captura del regulador*.

En uno de los primeros análisis empíricos de los efectos de la regulación de tarifas en la industria eléctrica, publicado en 1962, G. STIGLER y C. FRIEDLAND no encontraron diferencias significativas en términos de precios y bienestar social entre las infraestructuras y servicios en red sometidos a comisiones reguladoras o no entre 1917 y 1932²⁵⁸. Los reguladores de tarifas no beneficiaban con su actuación a los usuarios del servicio, sino que eran capturados por la industria eléctrica, que de este modo se aseguraba un mercado cautivo con pingües beneficios.

H. DEMSETZ en un artículo publicado en 1968²⁵⁹ señalaba que la teoría del monopolio natural fracasa en *“revelar los pasos lógicos que llevan de una economía de escala en la producción al precio de monopolio en el mercado”*. Si un oferente puede prestar el servicio a menor coste que dos o más, *“entonces al oferente con el menor precio se le otorgará el contrato, sea el bien cemento, electricidad, máquinas de estampillas postales o lo que sea, pero el precio más bajo ofrecido no tiene por qué ser un precio de monopolio....La teoría del monopolio natural no proporciona ninguna base lógica para la existencia de precios de monopolio”*.

Para DEMSETZ no existe ninguna evidencia de que al iniciar la regulación de los servicios públicos existiese tal cosa como un monopolio natural:

²⁵⁸ G. STIGLER & C. FRIEDLAND, *What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity*, “Journal of Law and Economics” vol. 5 (October 1962), pp. 1-16 – artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org> -.

²⁵⁹ H. DEMSETZ, *Why regulate utilities?*, “Journal of Law and Economics” vol. 11, n. 1 (April 1968), pp. 55-65 – artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org> -.

“Seis empresas eléctricas fueron organizadas en el año 1887 en la ciudad de Nueva York. Cuarenta y cinco empresas de electricidad tenían permiso de operar en Chicago en 1907. Hasta 1895, Duluth (Minnesota) estaba atendida por cinco empresas de alumbrado público y Scranton (Pennsylvania) tenía cuatro en 1906... Durante la última parte del siglo XIX la competencia en la industria del gas era la situación normal en este país. Antes de 1884 seis empresas competitivas operaban en Nueva York... la competencia era usual y especialmente persistente en la industria telefónica... Baltimore, Chicago, Cleveland, Columbus, Detroit, Kansas City, Minneapolis, Philadelphia, Pittsburg y St. Louis, entre las ciudades grandes, tenían al menos dos proveedores de servicio telefónico en 1905”.

DEMSETZ concluye que *“uno empieza a dudar de que las economías de escala caracterizaran las industrias de servicios básicos al momento en que la regulación empezó a reemplazar a la competencia de mercado”*²⁶⁰.

Junto al argumento tradicional de las economías de escala, otra razón que ha sido esgrimida para conceder licencias de actividad exclusivas a los monopolios naturales se ha enunciado en el sentido de que permitir demasiados competidores puede causar molestias o perjuicios a la sociedad: resultaría demasiado gravoso para los ciudadanos permitir que diferentes proveedores de agua potable, energía eléctrica u operadores de televisión por cable excaven en las calles. Sobre la cuestión de la ineficiencia económica de la duplicación de infraestructuras de red, H. DEMSETZ ha señalado:

*“El problema de la duplicación excesiva de un sistema de distribución es atribuible a la incapacidad de las comunidades para poner un precio apropiado al uso de estos recursos escasos. El derecho de utilizar vías de propiedad pública es el derecho de usar un recurso escaso. La ausencia de un precio para el uso de estos recursos, un precio lo suficientemente alto para reflejar los costes de oportunidad de alternativas como un tráfico ininterrumpido y vistas no obstaculizadas, llevará a su sobreutilización. La asignación de un precio apropiado para el uso de estos recursos reduciría el grado de duplicación a niveles óptimos”*²⁶¹.

²⁶⁰ B. N. BEHLING, *Competition and Monopoly in Public Utility Industries* (1938) en H. DEMSETZ (ed.), *Efficiency, Competition and Policy*, Blackwell, Cambridge Mass. (1989), p. 78. Cit. por Th. J. DiLORENZO, *The Natural Monopoly Myth*, en “The Review of Austrian Economics”, vol. 9, n. 2 (1996), notas 14 y 15, p. 47 – artículo accesible en la dirección: <http://www.mises.org/Literature> -.

²⁶¹ H. DEMSETZ (ed.), *Efficiency, Competition and Policy*, op. cit., p. 81. Cit. por Th. J. DiLORENZO, *The Natural Monopoly Myth*, op. cit., nota 32, p. 50.

W. J. PRIMEAUX ha estudiado la competencia en el sector eléctrico estadounidense durante más de 20 años. En una obra publicada en 1986²⁶², concluye que en aquellas ciudades donde existe competencia directa en la industria eléctrica:

- *“La rivalidad directa entre dos firmas competitivas ha existido por largos períodos de tiempo –por más de 80 años en algunas ciudades-;*
- *Las empresas eléctricas compiten vigorosamente en precios y servicios;*
- *Los clientes han obtenido beneficios sustanciales de la competencia, comparados con otras ciudades donde existe monopolio (exclusividad) del servicio eléctrico;*
- *En contra de lo que sostiene la teoría del monopolio natural, los costes son en realidad menores donde existen dos firmas operando;*
- *En contra de lo que sostiene la teoría del monopolio natural, no existe exceso de capacidad instalada en situación de libre competencia en relación con la situación de licencias de exclusividad en la industria eléctrica;*
- *La teoría del monopolio natural falla en todo sentido: existe competencia, las guerras de precios no son «serias», existe mejor servicio al cliente y mejores precios cuando hay competencia, la competencia persiste por muy largos períodos de tiempo y los consumidores mismos prefieren la competencia por encima del monopolio regulado, y*
- *Cualquier problema de satisfacción al cliente provocado por líneas eléctricas duplicadas es considerado menos significativo que los beneficios de la competencia por los consumidores”.*

Por su parte, la *Escuela Austríaca* pone un especial énfasis en los aspectos dinámicos de la economía. La *Escuela Austríaca* no niega la existencia del poder de mercado, pero señala que en una economía en constante progreso este poder es necesariamente transitorio.

El papel de los avances tecnológicos en la superación de los condicionantes impuestos por las estructuras industriales de monopolio natural constituye una ilustración empírica del concepto de *destrucción creadora* postulado por J. A. SCHUMPETER: el empresario que es capaz de alumbrar un nuevo producto o sistema de producción recibe, en virtud del otorgamiento de una patente o de cualesquiera otros derechos de propiedad industrial, el

²⁶² W. J. PRIMEAUX, Jr., *Direct Electric Utility Competition: The Natural Monopoly Myth*, Praeger, New York (1986), p. 175. Cit. por Th. J. DiLORENZO, *The Natural Monopoly Myth*, op. cit., nota 42, p. 53.

derecho al monopolio de su explotación; con el transcurso del tiempo, otros empresarios tratan de emularle, y los beneficios extraordinarios del monopolio se van reduciendo, hasta que surge una nueva tecnología que se materializa en un nuevo producto o en otro método de producción más eficiente, destruyendo definitivamente el antiguo monopolio e instaurando, en su caso, otro sucesivo en un estadio técnico más avanzado. Para SCHUMPETER, este proceso describe la dinámica propia de los ciclos económicos en el sistema capitalista²⁶³.

En definitiva pues, existen en el amplio espectro del pensamiento económico algunos planteamientos contrarios al reconocimiento de estructuras industriales de monopolio natural. Para los detractores de la construcción teórica del monopolio natural, ésta no es sino una ficción económica. Un monopolio *natural*, en este sentido, jamás habría existido. El sistema basado en la libre competencia se caracteriza por su dinamismo y por el hecho de que los operadores económicos tienen que realizar un continuo esfuerzo para mantener su competitividad, ofreciendo mejores precios y calidades como consecuencia de la incorporación de avances tecnológicos, la atención a las nuevas demandas de los consumidores, la reducción de los costes de producción y distribución, etc. La historia de los llamados servicios públicos arranca a finales del siglo XIX y principios del XX, en una situación de partida en la que las empresas competían vigorosamente.

Las empresas obtuvieron monopolios por parte del gobierno y entonces, con el apoyo teórico de algunos economistas influyentes, elaboraron a

²⁶³ *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper, New York (1975) [orig. pub. 1942], pp. 82-85.

posteriori una racionalización o justificación para la concesión de derechos exclusivos. Para estas corrientes del pensamiento económico, el concepto del monopolio natural se estaría derrumbando en una industria tras otra: energía eléctrica, televisión por cable, servicios telefónicos y postales están, de hecho, inmersos en procesos de *desregulación*²⁶⁴ – o mejor dicho, de *neorregulación* orientada a la competencia – provocados por los continuos avances tecnológicos²⁶⁵.

En cualquier caso, la realidad de las estructuras industriales de monopolio natural es objeto de aceptación generalizada por el *mainstream* de la ciencia económica²⁶⁶, y con base en esta consideración hemos dedicado una atención manifiestamente preferente al análisis y las propuestas de regulación elaboradas en torno a la construcción teórica del monopolio natural. No podíamos, sin embargo, obviar la existencia de posturas abiertamente hostiles

²⁶⁴ Para la *Escuela de Chicago* toda intervención pública es una regulación. Por tanto, regulación sería equivalente a intervención del gobierno. La doctrina más general es diferente: el concepto de regulación se restringe a la intervención mediante normas, lo que se distingue de otras intervenciones como la fiscal, con el presupuesto, o la organizativa, con la propiedad pública. Vid. G. BEL, J. CALZADA y A. ESTRUCH MANJÓN, *Economía y regulación de los servicios en red*, op. cit., nota 80, p. 749.

²⁶⁵ S. MUÑOZ MACHADO, en *Servicio público y mercado*, vol. I, *Los fundamentos*, Civitas, Madrid (1998), pp. 18-19, ha señalado a este respecto: “Uno de los dogmas que se han opuesto al desarrollo de las empresas en algunos sectores económicos básicos, ha sido el de los monopolios naturales, que exigirían de modo inevitable el control de sectores enteros de la actividad económica por empresas, públicas o privadas, únicas. Pero la evolución de las tecnologías, singularmente en los sectores de la energía y de las telecomunicaciones, ha arrumbado la creencia absoluta en la doctrina de los monopolios naturales y ha establecido una fuerte crítica contra algunas consecuencias que se derivan de los mismos. Por ejemplo, el mismo dinamismo de este tipo de monopolios en materia de innovación tecnológica; su escaso efecto de economía de escala, que no trasciende en reducciones efectivas de los costes; la mínima independencia entre las instancias de regulación y los operadores, que determina inmediatamente la aparición del fenómeno de la captura del regulador por el operador, etc. De esta manera, se ha hecho común la advertencia de que los pretendidos monopolios naturales en algunos sectores, como los de transportes y telecomunicaciones, eran en verdad mercados perfectamente disputables, capaces por sí mismos de generar dinámicas de mejora de los productos y de satisfacción de los consumidores. Su situación se ha mantenido, más que por una exigencia «natural», por la gracia de reglamentaciones públicas que pretendían proteger las situaciones establecidas y no obligar al Estado a prescindir de las rentas de algunos monopolios importantes”.

²⁶⁶ Entendemos por tal, la síntesis neoclásica-keynesiana, representada en su versión actual tanto por la *Nueva Economía Clásica* (R. LUCAS, Th. J. SARGENT, R. BARRO) como por la *Nueva Economía Keynesiana* (G. MANKIW, P. KRUGMAN, D. ROMER).

a este concepto que, dicho sea de paso, lo son en general a cualquier intervención de los poderes públicos en la actividad económica.

Estamos defendiendo constantemente a lo largo de esta investigación que el paradigma que subyace a la política económica de la Unión es la *economía social de mercado*, y uno de los elementos definitorios de este modelo, como veremos, consiste precisamente en reconocer que el Estado tiene una misión que cumplir en la vida económica, que se concreta en el establecimiento y la tutela de un orden económico libre. Es evidente que este modelo se opone al colectivismo, pero también lo es que resulta diametralmente opuesto a un planteamiento de puro *laissez faire*.

Procede ahora entrar en el análisis de las principales técnicas que el Derecho ha elaborado para la regulación de los monopolios naturales en la tradición jurídica anglosajona, que es precisamente aquella en la que ha encontrado mayor contestación esta figura creada en el ámbito de la *Economía Industrial* para instrumentar la garantía de prestación de los servicios esenciales en red, entre los cuales se encuentran comprendidas las actividades del ciclo de explotación del suministro de energía eléctrica.

2.3. Técnicas de regulación del monopolio natural en Derecho comparado: las doctrinas del *common carrier* y de las *essential facilities*.

El efecto inmediato y natural de la liberalización de un sector de actividad consiste en la formación de un mercado competitivo y el reconocimiento a los operadores de una serie de libertades económicas. El

derecho esencial que surge en el contexto de un mercado que se abre a la competencia es, sin duda, el derecho de cada empresa de elegir libremente con quién hace los negocios.

El problema es que en algunos casos el ejercicio de determinadas actividades económicas está ligado a la utilización de ciertas infraestructuras, de modo que si no se garantiza la posibilidad de acceso efectivo al uso de dichas infraestructuras no se puede construir un mercado competitivo: el comercio de gas natural y de electricidad constituyen ejemplos paradigmáticos. Se puede hablar así de infraestructura esencial cuando estamos en presencia de una *“instalación (...) sin la cual las empresas de la competencia no podrían ofrecer sus servicios al público”*²⁶⁷.

En estos casos, el fin de garantizar la competencia, esto es, el buen funcionamiento del mercado, puede aconsejar la imposición a la empresa titular de la instalación de la obligación de ofrecer su uso a las demás empresas competidoras. De este modo, en presencia de una infraestructura esencial se impone un funcionamiento neutral de la misma con el objetivo de evitar que quien la controle pueda crear distorsiones al juego de la competencia.

Resulta necesario, por tanto, asegurar la neutralidad de la instalación esencial, que en el caso de la energía se identifica con la red. Como observa VILLAR ROJAS, este objetivo puede alcanzarse básicamente a través de dos aproximaciones distintas, en función de que la actividad para la que se requiere

²⁶⁷ F. J. VILLAR ROJAS, *Las instalaciones esenciales para la competencia*, op. cit., p. 4.

el uso de la infraestructura tenga o no la consideración legal de actividad regulada.

En el caso de una actividad regulada, el legislador trata de lograr esa neutralidad mediante mecanismos como los que imponen “*acuerdos forzosos entre competidores para el acceso a la red, para el uso compartido del bien y para la gestión conjunta de la instalación*”²⁶⁸. En cambio, en el caso de actividades económicas libres, la garantía de neutralidad se asegura con la intervención de una autoridad instituida para la protección de la competencia. Mientras que en el primer caso se aplica el principio del “*common carrier*”, en el segundo se toma como referencia la doctrina de las “*essential facilities*”.

Desde antiguo la tradición del *Common Law* contempla la existencia de profesiones consideradas como públicas, en el sentido de implicar la obligación de atender a quienes lo soliciten, a un precio razonable y responsabilizándose de los bienes que les han sido confiados²⁶⁹. Esta institución jurídica se ha designado modernamente con la denominación de *common carrier* y podemos hallar una definición bastante completa en la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Propeller Niagara v. Cordes* de 1858:

“«*Common carrier*» es quien a cambio de un precio lleva a cabo el transporte, de un lugar a otro, de bienes de aquellas personas que tengan a bien elegirle. Está, por lo general, obligado a llevar los bienes de todos los que se lo soliciten a menos que ya haya completado

²⁶⁸ F. J. VILLAR ROJAS, *Las instalaciones esenciales para la competencia*, *op. cit.*, p. 5.

²⁶⁹ Vid. W. A. MOGEL & J. P. GREGG, *Appropriateness of imposing Common Carrier Status on Interstate Natural Gas Pipelines*, en “*Energy Law Journal*”, n. 25 (2004), pp. 30-33 – artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org> -; estos autores detallan el origen de la doctrina del *common carrier* con referencia a diversas sentencias de los tribunales británicos de comienzos del siglo XVIII.

su capacidad de carga o los bienes que se le confíen representen un peligro extraordinario o sean de tal condición que no esté acostumbrado a transportarlos...²⁷⁰

Partiendo de esta caracterización, podemos señalar dos elementos fundamentales en la construcción doctrinal del *common carrier*:

1. El interés público de la actividad realizada.
2. La obligación para el operador de contratar la prestación de sus servicios con cualquier usuario que la solicite y el carácter tasado de las causas de excepción al cumplimiento de dicha obligación.

En consecuencia, puede afirmarse que la doctrina del *common carrier* responde a la necesidad de garantizar la cobertura universal en la prestación de determinados servicios públicos. Las características específicas de dicha prestación hacen que se impongan a los operadores unas obligaciones de servicio universal, y en particular la obligación de atender toda solicitud razonable de prestación.

En el caso de la aplicación del principio del *common carrier* es el legislador el que establece reglas específicas de sector para garantizar la competencia: la determinación del contenido de la obligación se realiza *ex ante* y el eventual juicio en relación con una conducta contraria a la competencia se convierte en un juicio sobre la aplicación de normas de sector y sobre la aplicación de sanciones por su incumplimiento²⁷¹.

²⁷⁰ United States Supreme Court, *Propeller Niagara v. Cordes*, 62 U.S. 21 How. 7 7 (1858). Appeals from the District Court of the United States for the District of Wisconsin.

²⁷¹ En la doctrina española, podemos encontrar ya una temprana monografía sobre la figura del *common carrier* en J. M^º. GIMENO FELIÚ, *Reflexiones sobre el mercado interior eléctrico: a propósito del “common carrier”*, *op. cit.* En ella, el autor expone este concepto vinculándolo a la construcción del

En un contexto distinto y a la vez muy relacionado, el Derecho estadounidense de la competencia construye la doctrina de las *essential facilities*. En virtud de las normas de defensa de la competencia, el régimen jurídico de las *essential facilities* afecta a sectores abiertos a la libre competencia y sólo con carácter subsidiario a actividades sujetas a regulación. El ámbito específico de aplicación de esta categoría doctrinal está constituido por las relaciones entre empresas competidoras²⁷².

La doctrina de las *essential facilities* determina que el propietario de una infraestructura o instalación definida como esencial tiene la obligación de compartir su uso, y su negativa a hacerlo vulnera las normas de defensa de la competencia.

Los elementos de la doctrina de las *essential facilities* son, pues:

1. El control de la infraestructura por un operador monopolista.
2. La imposibilidad técnica o económica, en términos de razonable eficiencia, de que el competidor ejecute una nueva infraestructura alternativa.
3. La negativa del operador monopolista a permitir el uso de su infraestructura por un competidor.

mercado interior de la energía eléctrica, es decir, señalando que éste es el paradigma que ha seguido la Comunidad para instrumentar el proceso de liberalización del sector: “*No obstante, con carácter previo, conviene realizar una breve retrospectiva en relación a la postura que al respecto mantiene la Comunidad, que, tras el citado Documento relativo al mercado interior de la energía – COM (88) 238 final -, parece haber tomado la firme decisión de proceder a la liberalización del mercado eléctrico. Así se desprende de la posición tomada por la Comisión el 8 de marzo de 1989 en la que se optó por «proseguir su investigación sobre la aplicación en el mercado de la electricidad del principio de ‘common carrier’, consistente en poner a disposición de terceros las redes de transporte de electricidad actualmente reservadas a los monopolios nacionales o regionales, mediante el pago de un canon»*” (p. 53).

²⁷² F. J. VILLAR ROJAS, *Las instalaciones esenciales para la competencia*, op. cit., p. 4.

4. La falta de justificación objetiva de esta negativa en relación con las normas de defensa de la competencia, es decir, que por capacidad y requisitos técnicos sea factible la utilización de las instalaciones por el competidor.

Las condiciones objetivas que pueden conducir a la consideración de una determinada infraestructura o instalación como *essential facility* son, alternativamente:

1. La configuración de una actividad económica como monopolio natural por la presencia de fuertes economías de escala.
2. La existencia de infraestructuras, instalaciones u otros activos productivos valiosos, que se construyeron en el contexto de una actividad económica sometida a regulación.
3. La existencia de infraestructuras creadas por la Administración Pública o cuya construcción y/o mantenimiento es subsidiado por la misma²⁷³.

Los Tribunales de los Estados Unidos han considerado como *essential facilities*, entre otras infraestructuras e instalaciones, las de interconexión con las líneas de transporte y distribución de electricidad. Un pronunciamiento significativo en esta línea es el de la Sentencia *Hecht v. Pro Football Inc.* de 1971, en el que se señala que una *essential facility*.

“es «algo» a lo que un competidor actual o potencial necesita acceder para poder competir en el mercado de referencia; si se le denegase el acceso, el competidor sufriría un

²⁷³ J. R. COKER, *Saving «Otter Tail»: The Essential Facilities doctrine and Electric Power Post-Trinko*, en “Florida State University Law Review”, n. 33 (2005-2006), p. 242 – artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org> -.

severo «handicap». Por otra parte, ese «algo» ha de ser algo prácticamente imposible de reproducir, es decir, que la creación por parte de los competidores de una instalación equivalente para su propio uso no es una alternativa económicamente viable²⁷⁴.

En el caso de las *essential facilities* la evaluación y, en consecuencia, el contenido de la obligación de facilitar el acceso se define *ex post*, con la intervención de una autoridad que desarrolla tareas de jurisdicción encaminadas a verificar un abuso de posición de dominio en relación con la utilización de bienes esenciales.

Existen, pues, rasgos comunes y diferencias sustanciales entre estos dos planteamientos. F. J. VILLAR ROJAS ha señalado como elemento común a ambas construcciones doctrinales el objetivo de “*asegurar el acceso y uso de determinados bienes, recursos o servicios, de difícil o imposible duplicación, imprescindibles para desplegar una actividad económica privada en régimen de libre competencia*”. Entre las diferencias, este mismo autor destaca:

1. El origen de la doctrina de las *essential facilities* es una posición de monopolio, mientras que en la doctrina del *common carrier* es la ley que regula un sector de actividad de interés público.
2. La finalidad perseguida es, en el caso de la doctrina de las *essential facilities*, únicamente la defensa de la libre competencia, mientras que en la doctrina del *common carrier* el interés público tutelado puede identificarse o no con la libre competencia.
3. En cuanto al régimen jurídico, en la doctrina de las *essential facilities* las obligaciones se imponen por la autoridad de defensa de la

²⁷⁴ United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. 444 F.2d 931, *Norman F. HECHT, Harry Kagan, Marc A. Miller, Appellants, Washington Federals, Inc., et al. v. PRO-FOOTBALL, INC., et al.* n.º. 24446. Argued January 27, 1971. Decided April 27, 1971.

competencia, mientras que en la doctrina del *common carrier* derivan de la decisión de la autoridad reguladora del sector de actividad²⁷⁵.

En definitiva, la diferencia fundamental entre ambas aproximaciones estriba en el bien jurídico protegido. En el caso del *common carrier* ese bien es la garantía de prestación del servicio universal, mientras que en la doctrina de las *essential facilities* el bien jurídico protegido es la competencia en el mercado, aguas arriba o aguas abajo del segmento de éste en situación de monopolio natural, dentro del ciclo de explotación de la actividad de que se trate.

Con carácter general, la práctica jurídica en relación con los monopolios naturales de red constataba que en determinados casos se podía verificar una especie de coexistencia entre disciplina *antitrust* (en esto se concreta la doctrina de las *essential facilities*) y normas de regulación de un sector de actividad económica (principio del *common carrier*). En línea con este planteamiento, para el caso de actividades *reguladas*, como las del sector eléctrico, la disciplina sectorial tenía siempre carácter prioritario, mientras que la disciplina *antitrust* era subsidiaria y se aplicaba a los aspectos que aquélla podía dejar sin regulación. El caso de vulneración de normas sectoriales se consideraba subsumible en el ámbito de operatividad de la doctrina del *common carrier* y el juez debía decidir según las disposiciones que regulaban la actividad en el sector. Sin embargo, cuando la conducta no se encontraba regulada específicamente en la normativa sectorial, el conflicto se reconducía al ámbito propio de la doctrina de las *essential facilities*, y el juez debía resolver

²⁷⁵ F. J. VILLAR ROJAS, *Las instalaciones esenciales para la competencia*, op. cit., p. 107.

fundamentando su fallo en las reglas sobre el abuso de posición dominante en el mercado.

En definitiva, en el sector energético si la empresa que gestionaba la instalación esencial realizaba una conducta que falseaba o distorsionaba el funcionamiento del mercado, la competidora potencial afectada debía, en primer lugar y siempre que fuera posible, ejercer una acción fundamentada en el incumplimiento de las normas reguladoras de este sector de actividad. En cambio, si el legislador no había regulado la conducta discriminatoria, o dicho de otra forma, en presencia de una regulación sectorial incompleta, la empresa afectada debía reaccionar haciendo valer un abuso de posición dominante, esto es, pidiendo la aplicación de la doctrina de las *essential facilities*.

Más recientemente, la reflexión sobre el problema de la regulación de los monopolios naturales de red ha señalado que en la práctica ambas aproximaciones – *common carrier* y *essential facilities*- imponen una obligación de facilitar el acceso a la infraestructura que sirve de soporte para la prestación del servicio. Se suscita, en este contexto, la cuestión de si esa obligación de facilitar el acceso debe considerarse incluida en el género de las obligaciones de servicio público, en sintonía con la doctrina del *common carrier*, o en cambio debe conceptualizarse como una obligación de defensa de la libre competencia – a favor de terceros competidores potenciales – en el sector de actividad de que se trate, planteamiento que responde a la doctrina de las *essential facilities*.

Las obligaciones impuestas con arreglo a la doctrina del *common carrier* tienden a asegurar unas condiciones de prestación (continuidad, regularidad, calidad, precios razonables, etc.) a los usuarios del servicio. En cambio, las obligaciones que se imponen de acuerdo con los postulados de la doctrina de las *essential facilities* pretenden hacer posible la competencia, la concurrencia de otros agentes económicos en el sector de actividad correspondiente.

Esta distinción no resulta en modo alguno baladí, ni siquiera puede recluirse en los límites de una disputa meramente académica. Buena prueba de ello la ofrecen los frecuentes y agudos conflictos entre los reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia al enjuiciar unos mismos hechos²⁷⁶.

²⁷⁶ Un supuesto muy claro nos lo suministra el reciente enjuiciamiento de la oferta de referencia para el acceso a la red de centros emisores de televisión (ORAC) de la compañía ABERTIS TELECOM, S.A.U., a resultas de la denuncia formulada por la compañía SES ASTRA IBÉRICA, S.A.U. La Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 8 de septiembre de 2011 – a cuyo texto se puede acceder en la dirección <http://www.cmt.es> - revisa los precios de la citada oferta, y los modifica en la medida que considera oportuna, sin cuestionar nada más. Por el contrario, la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de febrero de 2012 – a cuyo texto se puede acceder en la dirección <http://www.cncompetencia.es> – impone a la compañía ABERTIS TELECOM, S.A.U. una multa por importe de 13.755.000 € por infracción del art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y del art. 102 TFUE, al haber abusado de su posición de dominio en los mercados de servicios mayoristas de acceso a emplazamientos y centros de emisión para la difusión de señales de TDT en España y de servicios minoristas de transporte-distribución de señales de TDT en España mediante una práctica de *estrechamiento de márgenes*. Elegimos este ejemplo, a pesar de no afectar al sector energético sino al de las telecomunicaciones, porque está directamente vinculado a la problemática del acceso a la red (en el sector eléctrico o del gas, los conflictos tienen una relación más incidental, porque están más bien referidos a la autorización de operaciones de concentración). Ante esta disyuntiva, es preciso pronunciarse: ¿cuál es el objetivo último de la regulación? La garantía del servicio universal en el marco del desarrollo de las actividades del sector en condiciones de libre y efectiva competencia. En este contexto, sorprende la postura contraria al reciente proyecto de unificación de los órganos reguladores sectoriales bajo la supervisión general del órgano de defensa de la competencia, mantenida por G. ARIÑO ORTIZ y J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, en *Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión*, “Working Paper” núm. 42 (18 de abril de 2012), documento accesible en la dirección <http://www.arinoyvillar.com>. La Unión Europea, por el contrario, parece tener clara su postura, y defiende positivamente la *preferencia de las autoridades de defensa de la competencia sobre los reguladores sectoriales* en cuanto se refiera precisamente a la salvaguarda de las condiciones para una efectiva competencia en el mercado, lo que en el supuesto que nos ocupa podría traducirse también como la garantía de un correcto funcionamiento del mercado interior de la energía. Este es uno de los aspectos que queda claro en la nueva Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, que establece inequívocamente la obligación de los reguladores sectoriales de cooperar con las autoridades de defensa de la competencia, facilitándoles los datos e información que precisen para el

J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ resalta la trascendencia de esta distinción, afirmando que las obligaciones de facilitar el acceso a terceros - lo que la normativa comunitaria denomina *third party access* (TPA) o *acceso de terceros a la red* (ATR) – no constituyen obligaciones de servicio universal²⁷⁷. Un planteamiento similar postula M^a. Y. FERNÁNDEZ GARCÍA, que distingue entre obligaciones generales y obligaciones especiales de servicio esencial, y dentro de ambas categorías entre obligaciones de facilitar el acceso a los servicios y redes a todos los usuarios y obligaciones de facilitar la conexión o interconexión a las redes a los operadores que lo soliciten²⁷⁸.

En la práctica, sin embargo, las obligaciones a favor de terceros competidores establecidas por el ordenamiento jurídico de los servicios en red pueden ser consideradas como *obligaciones de servicio público* puesto que revisten un interés público, consistente en garantizar la prestación universal de un servicio esencial, cuya satisfacción requiere limitar la libertad empresarial²⁷⁹:

desempeño de sus funciones en relación con el grado y efectividad de apertura del mercado y de competencia, así como aquellos relativos a cualesquiera prácticas restrictivas de ésta [*vid.* Considerando (61) y art. 37.1, apdos. j) y k)].

²⁷⁷ J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red*, en la obra colectiva F. SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón MARTÍN MATEO*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia (2000), pp. 2798-2799.

²⁷⁸ M^a. Y. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Estatuto jurídico de los servicios esenciales en red*, INAP-Ciudad Argentina, Madrid-Buenos Aires (2003), pp. 509, 514, y 573-574.

²⁷⁹ A esta postura podría objetarse el hecho de que el servicio público se establece siempre en favor de los ciudadanos, mientras que las obligaciones de las que aquí hablamos, el ATR, parecen afectar, a primera vista, únicamente a las compañías del sector. Este escolio puede salvarse fácilmente si se considera que, cuando el proceso de liberalización ha culminado, es decir, cuando se ha abierto a la competencia el segmento minorista y ya se desarrolla la actividad de comercialización, los consumidores son también titulares del derecho de ATR, que pueden ejercer directamente o a través de una compañía comercializadora como más adelante se expondrá. El acceso a la red de distribución se reconoce a todos los sujetos regulados en el art. 9 de la Ley del Sector Eléctrico (art. 42.1 del mismo texto legal), y de este modo también a los consumidores, que son las personas físicas o jurídicas que compran la energía para su propio consumo. Con este planteamiento, la definición de las actividades del sector eléctrico como servicios de interés económico general y la definición del ATR como obligación de servicio público integra las dos perspectivas tradicionales en la regulación de los monopolios naturales: *common carrier*,

en otras palabras, la garantía del servicio universal requiere de una ordenación orientada en tal sentido de la actividad económica regulada. Así lo han señalado, autores como F. J. VILLAR ROJAS²⁸⁰ o F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO²⁸¹. Por tanto, el reconocimiento del derecho de acceso de terceros a la red (ATR) equivale a la imposición de una auténtica obligación de servicio público a los operadores ya establecidos en los mercados energéticos, cuyo objetivo inmediato consiste en lograr una efectiva apertura a la competencia que mejore la prestación del servicio de suministro eléctrico en términos de calidad y eficiencia para todos los ciudadanos.

En definitiva, las obligaciones consistentes en facilitar el acceso de terceros a la red (ATR), con independencia de los sujetos en cuyo favor se establecen, constituyen un elemento esencial de la regulación de los servicios en red, contribuyendo a satisfacer el interés público inherente a su prestación. La institución comunitaria de los *servicios de interés económico general* es, en este sentido, la respuesta europea a la necesidad de regulación de los monopolios naturales de red, una respuesta en la que confluyen los

es decir, regulación sectorial dirigida a garantizar la continuidad, regularidad, seguridad, calidad y precio razonable de un determinado servicio esencial; y *essential facilities*, regulación dirigida, en cambio, a la defensa de las condiciones para una efectiva competencia en las industrias de red. “*El interés de la aplicación de este principio de acceso de terceros a redes, que sin duda supone una innovación en lo referente a la configuración de este sector, es doble: por un lado, permitir una cierta concurrencia al nivel de la explotación y prestación de servicios (óptica del mercado interior); por otro, mejorar la posibilidad de servicios en todo el territorio de la Comunidad (óptica de la calidad y seguridad)*”. J. M^a. GIMENO FELIÚ y J. SANAÚ VILLARROYA, *La liberalización del sector eléctrico y sus consecuencias en Aragón (Diversificación del negocio, escisión e integración de las actividades de ERZ en ENDESA)*, en “Revista Aragonesa de Administración Pública”, núm. 18 (2001), p. 81. Así, el ATR, en cuanto obligación de servicio público, permite garantizar a todos los consumidores-usuarios el acceso al servicio esencial de suministro eléctrico en las mejores condiciones de regularidad, calidad y precio, y esta garantía se instrumenta sobre la base de la libre iniciativa empresarial en las actividades de generación y comercialización de energía eléctrica.

²⁸⁰ F. J. VILLAR ROJAS en *Las instalaciones esenciales para la competencia*, op. cit., p. 388. Sobre la naturaleza jurídica del acceso de terceros a la red *vid. infra* epígrafe 3 del Capítulo IV.

²⁸¹ F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Técnicas específicas de los servicios en red*, op. cit., p. 803.

planteamientos de las doctrinas del *common carrier* y de las *essential facilities*. El Derecho comunitario no se ha limitado a incorporar instituciones procedentes de otras tradiciones jurídicas, sino que ha enriquecido su propio acervo con una síntesis original y superadora, como tendremos ocasión de ver al analizar seguidamente el proceso de evolución del concepto clásico de servicio público hacia la noción de servicio de interés económico general²⁸².

²⁸² J. M^a. GIMENO FELIÚ en *El servicio público en el mercado interior europeo*, op. cit., pp. 92-94, señala que el principio del *common carrier*, entendido en sentido amplio como la modalidad comunitaria de aplicación del ATR, adolece de altas dosis de indefinición, lo que obliga a que se precisen determinados aspectos:

- “Para poder aplicar este principio no basta con que una empresa o conjunto de empresas se encuentren en una situación dominante. Es necesario que exista un monopolio de los medios de distribución que permiten el acceso al mercado a otras posibles empresas competidoras.(...).
- La titularidad exclusiva de las instalaciones puede ser única o compartida. (...), la cotitularidad de los medios físicos de acceso al mercado no sería obstáculo para aplicar el principio de «common carrier» por terceros interesados en el uso de esos sistemas de distribución.
- La obligatoriedad de ceder el uso del sistema de distribución no depende del carácter público o privado de la entidad titular.(...).
- (...). No podrán negarse a la cesión de uso a terceros las empresas que no justifiquen razonablemente la necesidad de ese derecho exclusivo absoluto, que tendrá su razón de ser exclusivamente cuando el uso de las redes de distribución ocasione dificultades técnicas extremas o no sea compatible con el bien que se distribuye. Por ello, (...), el citado principio sólo podrá aplicarse en los supuestos de exceso de capacidad, dado que no es una situación abusiva el negar el uso de los canales de distribución cuando estos funcionan al cien por cien de su capacidad. (...).
- Es condición básica para que el principio de «common carrier» sea aplicable (...), el que exista una exclusividad en los medios físicos de acceso a un mercado por no existir otras instalaciones homólogas. Evidentemente, no es necesario que sea una imposibilidad legal o técnica, sino que es suficiente que sea una irracionalidad de carácter económico en la duplicación de las instalaciones, es decir, si son de tal coste que su construcción conlleva de antemano la exclusión de posibles competidores.
- Por último, es necesario el pago de un canon o tarifa equilibrado para el uso de instalaciones de terceros, tarifa que en ningún caso deberá ser utilizada como arma disuasoria del uso: no son legítimas las tarifas abusivas, discriminatorias o desincentivadoras de la inversión”.

3. Del servicio público al servicio de interés económico general como caracterización de las actividades vinculadas al suministro eléctrico.

3.1. El concepto de servicio público: tres posibles acepciones.

Desde su origen histórico, en la dogmática administrativista de la *Escuela realista de Burdeos*²⁸³, el concepto de servicio público ha estado siempre revestido de una calculada ambigüedad²⁸⁴. Una perspectiva diacrónica pondría de manifiesto que probablemente esta flexibilidad de perfiles es lo que ha capacitado al servicio público para sobrevivir a una sucesión de mutaciones sustanciales en el entorno socioeconómico en el que ha debido desenvolverse. En realidad, la *vis expansiva* del concepto, que se convirtió muy pronto en la clave de bóveda de la construcción del sistema de Derecho Administrativo continental²⁸⁵, llegó al extremo de instrumentarse como título habilitante para toda la acción pública²⁸⁶.

²⁸³ La generalidad de la doctrina sitúa el origen de la teoría jurídica clásica del servicio público en la obra de G. JÈZE, *Les principes généraux du Droit Administratif*, 6 vols. París (1925-1936), traducida al español por C. GARCÍA OVIEDO en 1928.

²⁸⁴ En el contexto de la tradición jurídica española se ha llegado a afirmar que “*el servicio público es, (...), una noción – carente de definición legal [así lo afirma taxativamente la STS de 24 de octubre de 1989 (RJ 1989/8390)] y, por tanto, esencialmente dogmática – que, de la mano de su misma expansión, dice todo y nada. Lo afirma con claridad la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1997 (RJ 1997/4065): el concepto de servicio público, calificado frecuentemente de polisémico, no es categoría dogmática unívoca. (...)*”. L. PAREJO ALFONSO, *Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros*, “Revista de Derecho de la Unión Europea”, núm. 7 (2º semestre de 2004), p. 52.

²⁸⁵ No fue L. DUGUIT, sino su discípulo G. JÈZE el que conceptualizó el servicio público como “*la piedra angular del Derecho Administrativo*” en su ya citada obra *Les principes généraux du Droit Administratif*. En este sentido, S. MUÑOZ MACHADO, en *Servicio público y mercado*, vol. I, *op. cit.*, p. 17, ha llegado a afirmar que “*... el servicio público es el corazón del Estado, de modo que una variación de sus reglas toca el centro de organización de la convivencia*”.

²⁸⁶ Este sentido amplio e impreciso del servicio público identificado genéricamente con la acción pública resulta especialmente visible en la doctrina de los más célebres *arrêts* del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos, que contribuyeron a la construcción del concepto clásico y francés del servicio público: *arrêt BLANCO* (8 de febrero de 1873), *arrêt TERRIER* (6 de febrero de 1903) y *arrêt FEUTRY* (29 de febrero de 1908).

El servicio público se planteó, pues, inicialmente como toda actividad pública que el ciudadano percibe con un carácter prestacional, de modo que entiende que el ordenamiento jurídico vigente le reconoce un derecho a recibir dicha prestación. En consecuencia, puede afirmarse que el servicio público surge como instituto jurídico a fin de instrumentar la intervención de los poderes públicos para la garantía a todos los ciudadanos de ciertas prestaciones esenciales para la vida en una sociedad industrial²⁸⁷.

Cualquier intento de definición del concepto de servicio público debe partir de las tres posibles acepciones que ya han sido apuntadas en los párrafos anteriores: la *teoría* o doctrina del servicio público, la *técnica* del servicio público y la *ideología* del servicio público²⁸⁸.

La doctrina o *teoría* clásica del servicio público se construye en el último cuarto del siglo XIX en Francia y se invoca en un primer momento como elemento basilar de todo el sistema de Derecho Administrativo. Esta hipertrofia teórica del concepto de servicio público trasciende los límites de la realidad a la

²⁸⁷ “En la mayor parte de los países europeos la configuración del servicio público industrial y comercial se ha hecho, apoyado en la doctrina francesa, a partir de la concepción regaliana del poder público: como una prestación debida por el Estado a los ciudadanos. En cumplimiento de esta obligación se organizan prestaciones de las que es titular el Estado, sometido a reglas de Derecho Público, y que se gestionan directamente o bajo su control”. S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. I, *op. cit.*, p. 31.

²⁸⁸ Vid. L. MARTÍN REBOLLO, *De nuevo sobre el servicio público: planteamiento ideológico y funcionalidad*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 100-103 (1983), vol. III *in totum*. En el mismo sentido, L. PAREJO ALFONSO en *Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros*, *op. cit.*, p. 52, ha señalado que “..., el servicio público puede invocarse bien como idea más propiamente política que jurídica, bien como técnica precisa de organización de una actividad de dación de bienes o prestación de servicios. El primer sentido es el que está indudablemente presente en el art. 106.2 CE, para establecer el régimen fundamental de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Desde esta perspectiva, la noción tiene un muy amplio radio de acción, equivalente prácticamente a giro o tráfico propio de dichas Administraciones. El segundo sentido es ciertamente más preciso, por alusivo a actividades prestacionales, pero sigue distando de ser unívoco, pues la doctrina emplea el concepto con alcance distinto en función de las dimensiones preferentemente tenidas a la vista”.

que respondía la elaboración doctrinal originaria, cuya función era encauzar jurídicamente una nueva forma de actividad pública destinada a garantizar el bienestar de los ciudadanos en el contexto de una sociedad incipientemente industrial. La evolución de este contexto puso en cuestión, en sus estrictos términos, la *teoría* del servicio público, al tiempo que consagró la pervivencia del servicio público como *técnica* o institución jurídica.

La *técnica* del servicio público conlleva, en su formulación más clásica e intensa, la reserva global de una concreta actividad económica a la Administración Pública, mediante una declaración formal – *publicatio* -, con el fin asegurar su efectiva prestación a todos los ciudadanos, en atención al especial interés público o general de que aparece revestida. En la fórmula original del Derecho francés, además, la *publicatio* implicaba que la gestión del servicio quedaba atribuida a una persona jurídica pública sujeta a un régimen jurídico exorbitante del Derecho común (Derecho Administrativo)²⁸⁹.

Esta segunda faceta del poliédrico concepto de servicio público comienza a cuestionarse con la crisis del *Estado del bienestar* que emerge a partir de los *cracks* energéticos de la década de los 70 del siglo XX. En

²⁸⁹ Vid. L. PAREJO ALFONSO, *Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros*, op. cit., pp. 52-53, y nota 4: “En el sentido más estricto posible, se entiende por servicio público, desde los años cincuenta del siglo XX, el conjunto de actividades prestacionales asumidas por o reservadas al Estado para satisfacer necesidades colectivas de interés general, entendiéndose por reserva la «*publicatio*» de la correspondiente actividad con atribución de su titularidad a la Administración (lo que significa: establecimiento de monopolio a favor de ésta y exclusión, por tanto, de la libre iniciativa privada), sin perjuicio de que aquella pueda abrir ésta a la referida iniciativa privada (en caso de opción por la gestión indirecta) en virtud de su disposición sobre la forma de gestión de la propia actividad. (...)”. Este concepto estricto de servicio público se postula en J. L. VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, “Revista de Administración Pública”, núm. 3 (1950); E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, “Revista de Administración Pública”, núm. 17 (1955); y, más recientemente, en J. L. MEILÁN GIL, *El servicio público como categoría*, “Cuadernos de Derecho Público”, núm. 2 (1997).

décadas sucesivas se ponen en marcha, de forma cada vez más decidida, amplios procesos liberalizadores de actividades tradicionalmente encuadradas en monopolios de servicio público. Es entonces cuando se abre paso la *ideología* del servicio público, postulando la necesaria intervención de los poderes públicos en la regulación de determinadas actividades económicas, cuyo interés público o general exige arbitrar medidas que aseguren que los mecanismos del mercado permiten, en la práctica, a todos los ciudadanos el acceso efectivo a su prestación.

El nuevo paradigma global de apertura a la competencia se asienta en un contexto social y económico muy distinto al que presencié la forja de las fórmulas clásicas del servicio público. Este contexto explica también que el Derecho comunitario haya actuado como catalizador de nuevas soluciones técnicas a los problemas tradicionales de la regulación de sectores estratégicos, incorporando y superando en una síntesis original las aportaciones de otras tradiciones jurídicas²⁹⁰ - del ámbito anglosajón como hemos visto: las doctrinas del *common carrier* y de las *essential facilities* -.

²⁹⁰ El concepto de *regulation*, como ya se ha indicado a lo largo de este Capítulo, procede del sistema jurídico norteamericano. En este sentido, *vid.* G. ARIÑO ORTIZ y J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos*, “Cuadernos de Derecho Público”, núm. 9 (2000), pp. 9-26; y S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, 2ª ed., Iustel, Madrid (2006), pp. 1193 y ss. Por su parte, JULI PONCE SOLÉ en *La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones*, “Revista de Administración Pública”, núm. 162 (septiembre-diciembre 2003), pp. 95-96, apunta que “*el término «regulación» tiene diversos significados. Es empleado por la Economía y también por el Derecho. En el campo jurídico, se trata de un término empleado en distintas culturas jurídicas con significados no siempre coincidentes y, además, en diversos planos jurídicos, desde los conectados con el Derecho público a los relativos a la Teoría General del Derecho. (...) El origen del empleo de este término se encuentra en los EE.UU. En ese país el término «regulation» es empleado tanto para referirse a la intervención administrativa sobre servicios de interés general de titularidad privada («public utilities» sobre las que se desarrolla una «economic regulation»), desarrollada mediante «independent regulatory commissions», como en relación a la misma intervención en búsqueda de objetivos sociales («social regulation»), desarrollada por «agencias» que carecen del «blindaje» especial que caracteriza a las anteriores «commissions». En ambos casos, la regulación tiene un sentido amplio que incluye la elaboración de reglamentos («rule-making»), pero no se agota en ellos, incluyendo también actividades*

La apertura a la competencia implica la generalización del mecanismo de precios, es decir, del mercado, como marco de la actividad económica, planteamiento que choca con la técnica tradicional de la reserva global – *publicatio* - de determinadas actividades²⁹¹. Sin embargo, parece claro que aquellas actividades de índole prestacional en las que concurre un interés público o general, por su carácter esencial para la generalidad de los ciudadanos, mantienen la consideración de servicios públicos en el marco del nuevo paradigma económico que hemos descrito sucintamente.

De este modo, la *ideología* del servicio público no sólo ha pervivido, sino que ha visto confirmado su papel en el nuevo contexto liberalizador de la actividad económica, resurgiendo con fuerza en un molde jurídico más avanzado, acuñado por el Derecho comunitario, y en el que confluyen las diversas perspectivas y enfoques de regulación de los monopolios tradicionales de índole prestacional: el *servicio de interés económico general*²⁹².

como la inspección o la concesión de licencias, por ejemplo. (...) El término ha cruzado el Atlántico y no lo ha hecho accidentalmente, sino en el contexto de oleadas privatizadoras y liberalizadoras que desde los años ochenta del pasado siglo barren Europa. Un efecto de estos fenómenos es que el Estado ha seguido interviniendo en la sociedad, pero cambiando de táctica. (...) Las privatizaciones y liberalizaciones cambian las reglas del antiguo juego monopolista y la regulación, desarrollada además por nuevas estructuras públicas, trata de responder a la complejidad resultante de la competencia entre diversos operadores privados. (...). Inscrita en este marco europeo, España está soportando los mismos cambios estructurales económicos que dan paso a la regulación. El modelo de intervención administrativa mediante la titularidad pública del servicio público en régimen de monopolio, con prestación del mismo en su caso, deja paso, poco a poco, a la dirección de la actividad privada, la cual desarrolla la actividad bajo la regulación pública, desarrollada, en su caso, por estructuras específicas —las llamadas «Administraciones independientes»».

²⁹¹ La *publicatio* o reserva de una actividad en exclusiva (monopolio) al sector público no era aceptada por toda la doctrina española “clásica” sobre el servicio público como nota esencial de éste; en este sentido, vid. F. GARRIDO FALLA, *El concepto de servicio público en Derecho español*, “Revista de Administración Pública”, núm. 135 (1994).

²⁹² Sobre la ideología del servicio público vid. *La construcción teórica de la ideología del servicio público y su incorporación a las Constituciones vigentes*, en S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. I, *op. cit.*, pp. 99-113.

La denominación de esta figura del Derecho comunitario resulta, en este sentido, muy expresiva, en cuanto a la confluencia de los dos elementos permanentes en la regulación de todo monopolio natural de servicios en red: su carácter *económico* y su específica vinculación a un *interés público o general*.

En este nuevo marco jurídico la *ideología* del servicio público no se traduce unívocamente en una determinada *técnica* de gestión. El Derecho comunitario defiere a la normativa sectorial la determinación de la *técnica* aplicable para garantizar la prestación de determinados servicios a todos los ciudadanos, dentro del respeto al principio de *proporcionalidad*.

En consecuencia, la institución de los *servicios de interés económico general* como ordenación de determinadas actividades económicas establece un régimen jurídico en virtud del cual donde se produzca un fallo de mercado que no permita garantizar ciertos niveles de prestación de servicios legal o incluso constitucionalmente calificados como *esenciales* (cfr. art. 128.2 CE) los poderes públicos deben intervenir para asegurar el acceso de todos los ciudadanos a dichos servicios. La normativa sectorial aplicable a la actividad económica correspondiente determinará la *técnica* a través de la cual quedará garantizada la satisfacción del interés público que en su caso se reconozca a la prestación del servicio en que consiste dicha actividad, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, y sobre la base de una relación regla-excepción entre libertad de empresa y servicio público²⁹³.

²⁹³ Vid. M. CARLÓN RUIZ, *Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal*, op. cit., p. 469.

3.2. Crisis del concepto clásico de servicio público y surgimiento del nuevo concepto comunitario de servicio de interés económico general.

La crisis que proclama la insuficiencia aparentemente insalvable de la construcción doctrinal del servicio público estalla a finales del siglo XX, actuando como detonante los *shocks* de oferta energética de la década de los 70, que ponen en cuestión la arquitectura tradicional del conocido como *Estado social* o Estado del bienestar -*Welfare State*²⁹⁴ -. Al mismo tiempo, los ciudadanos-usuarios exigen cada vez más y mejores – en términos de calidad de la prestación – servicios públicos. Las economías de los países desarrollados se sumergen en un proceso generalizado de apertura a la competencia, a fin de asegurar a medio y largo plazo la viabilidad financiera y la eficacia de las prestaciones sociales del Estado del bienestar. No se habla ya genéricamente de economías mixtas, sino de economías de mercado con mecanismos específicos de protección social.

En la misma dirección actúa el empuje del proceso de *globalización*²⁹⁵, que supera la mera interdependencia de las economías y llega a abatir las fronteras nacionales tendiendo a la configuración de un mercado único de ámbito planetario. El contexto de la globalización dificulta notablemente la

²⁹⁴ El primer término procede de la tradición jurídica alemana, y se debe originariamente a L. von STEIN, que defendía la actuación decisiva de una *Monarquía social* a favor de las clases menesterosas, con el fin de evitar el desencadenamiento de la revolución. El Derecho constitucional alemán posterior a la Segunda Guerra Mundial ha profundizado en el concepto de Estado social. El art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 declaraba que “*la República Federal Alemana es un Estado federal, democrático y social*”. En cambio, la expresión *Welfare State* es históricamente la respuesta de la tradición jurídica británica a la autoproclamación del Estado nazi, durante la Segunda Guerra Mundial, como *Warfare State* – Estado de guerra (total) -; en este contexto se inscribe la creación, bajo los auspicios de Lord W. BEVERIDGE, de los *Social Insurance and Allied Services* (1942).

²⁹⁵ Sobre el concepto de globalización *vid.* J. M^a. MARÍN QUEMADA y J. GARCÍA-VERDUGO SALES, *Bienes públicos globales, política económica y globalización*, *op. cit.*, pp. 144-160.

efectividad de la técnica de la *publicatio* de una determinada actividad. Completan este nuevo escenario una serie continuada de significativos avances tecnológicos, que mejoran la prestación de los servicios y aportan, en consecuencia, un valor añadido que no sólo hace factible sino que eleva a regla general la apelación al mercado.

Los tradicionales servicios públicos se ven afectados por el proceso generalizado de liberalización en dos etapas²⁹⁶. En una primera, se opta por separar la titularidad de la gestión del servicio, permitiendo una intervención mínima de los mecanismos del mercado a través de la fórmula de la *concesión* del servicio público a una entidad privada. En una segunda etapa, se pone en cuestión la misma titularidad pública del servicio, revocando la *publicatio* y emprendiendo con decisión procesos de liberalización de los respectivos sectores de actividad. La evolución tiene un hito decisivo en la aprobación de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, que reconocen el principio de libre competencia como fundamento de la construcción europea²⁹⁷.

²⁹⁶ Sobre este extremo *vid.* S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Reflexiones sobre las privatizaciones*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 144 (1997), pp. 18-19. Este autor apunta como causas del fenómeno de la liberalización masiva de los mercados el insoportable incremento del gasto público y la “rigidez e ineficacia de la gestión pública en la realización de una serie de cometidos”.

²⁹⁷ Los arts. 81-86 del Tratado de Roma establecían el régimen jurídico de la protección de la libre competencia en el ámbito del Mercado Común. Actualmente, el art. 119 TFUE somete la política económica y monetaria de la Unión al principio general de la libre competencia: “Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, la acción de los Estados miembros y de la Unión incluirá, en las condiciones previstas en los Tratados, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”. *Vid. supra* epígrafe 2.1 de este Capítulo II y, en general, el Capítulo I.

El impulso liberalizador no se tradujo, finalmente, en la supresión de la institución del servicio público²⁹⁸. Los todavía recientes procesos de liberalización de las economías europeas han alterado la *técnica* del servicio público, en su formulación más clásica de reserva global o *publicatio* de un determinado sector de actividad, pero la institución y la *ideología* del servicio público perviven en el nuevo escenario socioeconómico. De hecho, la política de servicio público se ha visto consagrada al más alto nivel normativo que reconoce el Derecho comunitario a partir de la aprobación del Tratado de Ámsterdam²⁹⁹.

²⁹⁸ S. MUÑOZ MACHADO en *Servicio público y mercado*, vol. I, *op. cit.*, p. 32, centra el debate sobre la pervivencia o no del instituto del servicio público en el contexto de la nueva economía global en los siguientes términos: “*La cuestión a resolver, por consiguiente, es si los procesos de privatización y liberalización que están afectando tan fuertemente a las economías europeas (...), exigen un cambio radical de óptica para que sean las empresas privadas las que cumplan las misiones de servicio público que requiere el interés general y son imprescindibles para la convivencia. O, por el contrario, si pese a todos estos cambios la tradición europea del servicio público como obligación del Estado, como actividad tutelada y dirigida por el Estado, se mantiene*”. Parece que finalmente la tradición europea, de origen francés, del servicio público pervive, si bien redefinida, replanteada en unos términos mucho más amplios que los de la pura reserva en exclusiva de un sector de actividad económica a favor del Estado. Las regulaciones de los Tratados no son incompatibles con los servicios públicos. Postulan, en la mayor parte de los casos, adecuar a un entorno concurrencial las reglas de organización y funcionamiento de los servicios públicos, pero en modo alguno reclaman su desaparición. “*Hay quien cree que si la economía está organizada sobre la base del libre mercado, no quedaría sitio para los servicios públicos ofrecidos por el Estado, asumidos bajo la responsabilidad de las Administraciones Públicas. Por el contrario, los regímenes mixtos o los favorables al mantenimiento de un sector público importante postularían fórmulas intermedias o una fuerte implicación de las Administraciones Públicas en la creación y gestión de servicios públicos. En verdad, la actitud del Estado con respecto a los diferentes sectores económicos puede adscribirse a alguno de los tres sistemas siguientes: el «monopolio», o la asunción de titularidad de sectores y servicios, que permite intervenirlos y regularlos desde posiciones de propiedad o de control; el «laissez faire», en el que el poder público se desentiende del desarrollo de las actividades económicas, y sólo se preocupa de mantener un marco de orden y tranquilidad para que puedan desarrollarse; y la «regulación», que permite la convivencia de la propiedad pública y la privada del capital de las empresas, pero que, sobre todo, es una forma de intervención del poder público sobre sectores económicos privatizados, compatible con el mantenimiento de las reglas del mercado, que evita los abusos y desviaciones de las mismas y asegura, en fin, que los intereses generales, incluidas las misiones de servicio público, serán atendidos, bien por los operadores privados, bien por establecimientos y empresas públicas*” (*ibidem*, p. 43). La *regulación* es, sin duda, la actitud proactiva asumida a lo largo de la construcción europea y se concreta en un modelo de *economía social de mercado*.

²⁹⁹ El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, reguló directamente la figura de los servicios de interés económico general en el nuevo art. 16 TCE.

El germen del nuevo concepto comunitario de *servicios de interés general* se encontraba ya en el art. 90.2 del Tratado de Roma³⁰⁰:

“Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”.

Inicialmente, la Comisión y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea interpretaron de forma muy restrictiva esta previsión³⁰¹. Las Sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en los asuntos *Corbeau* y *Almelo* marcan un punto de inflexión en esa tendencia inicialmente restrictiva³⁰². El Tribunal de Justicia ha intervenido en varios casos para determinar si la concesión de derechos especiales a las empresas que gestionan servicios de interés económico general, en aras al cumplimiento de las misiones que les están encomendadas, es o no compatible con el buen funcionamiento del mercado interior. En el curso del tiempo la paulatina apertura del mercado ha determinado una evolución del *modus operandi* de la autoridad jurisdiccional de la Unión Europea que, inicialmente obligada a asumir una posición prudente frente al ejercicio de la soberanía de los Estados, ha procedido a adoptar posiciones progresivamente más incisivas, delimitando

³⁰⁰ En el texto del Tratado de Roma no se regula, con carácter general, el instituto del servicio público, en su formulación más clásica. Sólo se registra una mención incidental, en el art. 73, en relación con las ayudas en el sector del transporte terrestre.

³⁰¹ Así lo señala, entre otros, T.- R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en *Empresa pública y servicio público: el final de una época*, “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 92 (1996), pp. 39-48.

³⁰² Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 19 de febrero de 1993, C-320/91, *Corbeau*, Rec. 1993, p. I- 2533; y de 27 de abril de 1994, *Comuna de Almelo y otros contra NV Energiebedrijf Ijsselmij NV*, C-393/92, Rec. 1994, p. I-01477. En este sentido, vid. A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, *Servicio público, interés general, monopolio: Recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)*, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 84 (1994), pp. 589-602.

el ámbito de eficacia de las normas y las esferas respectivas de competencia de las instituciones comunitarias y nacionales.

En este sentido, resulta especialmente significativa la Sentencia *Almelo*, que en sus epígrafes 48 y 49 señala que:

“48. A este respecto, procede subrayar que una empresa de este tipo debe garantizar el suministro ininterrumpido de energía eléctrica, en la totalidad del territorio asignado, a todos los consumidores, distribuidores locales o usuarios finales, en las cantidades que se demanden en cada instante, a tarifas uniformes y en condiciones que sólo pueden variar con arreglo a criterios objetivos aplicables a todos los clientes.

49. Es preciso admitir restricciones a la competencia de otros operadores económicos en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se le confió una misión de interés general de este tipo. A este respecto, hay que tener en cuenta las condiciones económicas en las que debe operar la empresa, en particular los costes que debe soportar y las normativas, especialmente en materia de medio ambiente, a las que se encuentra sometida”.

Se reconoce, pues, a las actividades vinculadas al suministro eléctrico la condición de servicios de interés económico general y, en consecuencia, se declaran compatibles con el Tratado, al amparo de lo dispuesto en el art. 90.2, las restricciones a la competencia únicamente *“en la medida en que dichas restricciones se muestren como necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se le confió una misión de interés general de este tipo”*.

El art. 90.3 del Tratado de Roma (actual art. 86.3 TFUE), establece que *“la Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros Directivas o Decisiones apropiadas”*. Con base en este mandato, la Comisión ha promovido la aprobación de Directivas verticales de liberalización de sectores estratégicos,

como las telecomunicaciones, la energía³⁰³, los transportes y los servicios postales, impulsando la apertura a la libre competencia, siempre en la medida en que no perjudicase a las misiones de interés general inherentes a la prestación de tales servicios. Estas Directivas, de signo liberalizador, prevén nuevas técnicas de intervención dirigidas a garantizar para todos los ciudadanos ciertos niveles de prestaciones de servicio público en forma de *obligaciones de interés general*³⁰⁴.

Desde una perspectiva más general, la Comisión aprobó en 1996 una Comunicación sobre *Los servicios de interés general en Europa*³⁰⁵ que fue convenientemente actualizada en septiembre de 2000³⁰⁶ y complementada por un Informe al Consejo Europeo de Laeken³⁰⁷. En esta Comunicación la Comisión Europea identifica para el sector energético una serie de “*mecanismos que permiten garantizar una prestación adecuada de servicios de interés general*” y que “*se están afirmando como norma en toda Europa*”: a) seguridad y fiabilidad de la red; b) seguridad del suministro; c) derecho de

³⁰³ Por lo que respecta al sector eléctrico, *vid.* Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (DOCE núm. L 27, de 30.1.97, pp. 20-29); Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, relativa a las normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE (DOUE núm. L 176, de 15.7.2003, pp. 37-55); y Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE (DOUE núm. L 211, de 14.8.2009, pp. 55-93). Un análisis más detallado de las mismas puede hallarse en el Capítulo III de esta *Memoria*.

³⁰⁴ Como veremos, las Directivas reguladoras del mercado interior europeo de la electricidad han referido inicialmente estas obligaciones de interés general o servicio público a la garantía de seguridad del suministro, para progresivamente extender esta condición a aspectos como la protección ambiental y de los consumidores, la promoción de la investigación y el desarrollo tecnológico y, finalmente, la apertura a la competencia mediante el acceso de terceros a la red (ATR).

³⁰⁵ DOUE núm. C 281/3, de 26.9.1996.

³⁰⁶ DOUE núm. C 17/4, de 19.1.2001.

³⁰⁷ *Informe al Consejo Europeo de Laeken. Los servicios de interés general* (Presentado por la Comisión). COM (2001) 598 final. Bruselas, 17 de octubre de 2001.

conexión a la red; d) particular protección de los consumidores; y e) estándar de servicio.

La Comunicación de la Comisión de 20 de septiembre de 2000 contiene una aproximación al concepto jurídico-positivo de servicio de interés económico general señalando que “*es el término utilizado en el artículo 86 del Tratado y se refiere a los servicios de mercado a los que los Estados miembros imponen obligaciones de servicio público en virtud de criterios de interés general*”.

El ámbito objetivo del concepto remite, en primer término, a actividades de índole prestacional, razón por la cual se habla de *servicios* de interés económico general. Inmediatamente a continuación se aclara que estos servicios revisten un carácter *económico*, es decir, su prestación se efectúa a cambio de una retribución, por lo que se trata de “*servicios de mercado*”. Todo ello nos conduce directamente al tercer elemento, el *interés general* que revisten dichas actividades y que justifica la imposición de *obligaciones de servicio público*.

Y es que no todos los servicios revisten un interés general vinculado a su propia prestación. Para que podamos calificar una actividad prestacional como servicio de interés económico general debe concurrir una nota de *esencialidad* – en términos equiparables a los que emplea el art. 128.2 CE -, de modo que dicha actividad por sus especiales características resulte necesaria para la generalidad de los ciudadanos³⁰⁸. La Comisión se refiere a esta nota de

³⁰⁸ Sobre el sentido y alcance de la reserva al sector público de servicios esenciales contenida en el art. 128.2 CE y su reinterpretación a la luz de la figura comunitaria de los servicios de interés económico

esencialidad al vincular los servicios de interés general con la obligación de atender las necesidades particularmente en términos de cobertura territorial completa en “áreas alejadas o inaccesibles”³⁰⁹ o en relación con grupos sociales particularmente débiles o discapacitados³¹⁰.

La Comunicación de 20 de septiembre de 2000 pone los efectos del reconocimiento del interés general en relación con la posibilidad de asegurar la provisión del servicio en condiciones de mercado:

“Los servicios de interés económico general se diferencian de los servicios ordinarios en que los poderes públicos consideran que deben prestarse incluso cuando el mercado puede no tener suficientes incentivos para hacerlo”³¹¹.

La declaración del interés general de una determinada actividad debe enmarcarse, pues, en el contexto del principio de *subsidiariedad*³¹² respecto del mercado. La Comisión señala que este planteamiento no excluye “*que en muchos casos el mercado sea el mejor mecanismo para prestar tales servicios*”, en los supuestos en que existan fórmulas asentadas de prestación destinadas a atender lo que califica como “*necesidades básicas*”. La regla general es, pues, la prestación del servicio a través de los mecanismos de mercado, pero si éstos no logran garantizar dicha prestación entran en acción,

general, *vid.* M. CARLÓN RUIZ, *Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal*, *op. cit.*, pp. 477-483.

³⁰⁹ La Comisión alude, en este sentido, como ejemplo arquetípico de servicios de interés económico general a “*las redes de transporte, la energía y las comunicaciones*”, puesto que la propia estructura en red de las prestaciones es, por sí misma, factor de cohesión económica y social (*vid.* en este sentido el Anexo II de la Comunicación de la Comisión de 20 de septiembre de 2000).

³¹⁰ Considerando (10) de la Comunicación de la Comisión de 20 de septiembre de 2000.

³¹¹ Epígrafe 14 de la Comunicación de 20 de septiembre de 2000.

³¹² El reconocimiento de este principio se introdujo por primera vez en el ordenamiento comunitario por el Tratado de Maastricht (art. 3 B), y actualmente se encuentra enunciado en el art. 5 TUE.

con carácter excepcional, las intervenciones de la autoridad pública dirigidas a asegurar la provisión del servicio.

Se retoma, así, la caracterización del servicio público de L. DUGUIT, que apuntaba a la necesidad de instrumentar una intervención administrativa, destinada a salvaguardar el interés público o general de una actividad de índole prestacional, sin adscribir esta instrumentación a una determinada técnica jurídica³¹³.

En última instancia, a pesar de todos los parámetros señalados por la Comisión, no siempre resulta evidente la calificación de una determinada actividad prestacional como servicio de interés económico general, por lo que habrá que estar a lo que dispongan las *autoridades públicas*, de acuerdo con los principios de *neutralidad*, *libertad* –subsidiariedad- y *proporcionalidad*, lo que nos remite a la aproximación subjetiva o formalista al servicio público postulada por JÈZE³¹⁴.

³¹³ El Decano de Burdeos, L. DUGUIT, haciendo uso de lo que su discípulo JEZÈ definió como “método realista”, formula su aproximación al concepto de servicio público a partir de la observación de los caracteres de la actuación pública en el contexto del tránsito del Estado liberal abstencionista al Estado intervencionista. El servicio público constituye el fundamento último del *Derecho objetivo*, y éste, a su vez, legitima la actuación pública, en contraposición a la legitimación hasta entonces basada en la soberanía, calificada por DUGUIT como *Derecho subjetivo*. Vid. en este sentido L. DUGUIT, *Les transformations du Droit Public*, A. COLIN, París (1913), pp. 37-39. Cit. por M. CARLÓN RUIZ, *Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal*, op. cit., nota 16, p. 472.

³¹⁴ G. JÈZE conceptualizó el servicio público como “*la piedra angular del Derecho Administrativo*”, desde una aproximación subjetiva o formalista, al afirmar que “*son única y exclusivamente servicios públicos aquellas necesidades de interés general que los gobernantes en cierto país y en una época determinada han resuelto satisfacer por el procedimiento del servicio público. Sólo importa considerar la intención de los gobernantes. La opinión de los tratadistas carece de interés*”. Este concepto subjetivo o formalista es el que ha dotado a la institución del servicio público de la suficiente flexibilidad para adaptarse a la continua mutación de las condiciones del entorno socioeconómico. Vid. en este sentido G. JEZÈ, *Les principes généraux du Droit Administratif*, traducción de C. GARCÍA OVIEDO (1928), p. 290. Cit. por M. CARLÓN RUIZ, *Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal*, op. cit., nota 12, p. 471. No obstante, S. MUÑOZ MACHADO advierte en *Servicio público y mercado*, vol. I, op. cit., p. 17, sobre los efectos colaterales negativos de este enfoque señalando que “... el criterio subjetivo aplicado para la definición del servicio público permitía un progresivo crecimiento

El principio de *neutralidad* supone que cualquier proceso de liberalización que se produzca en relación con actividades legalmente calificadas como servicios de interés económico general no implicará necesariamente la privatización de los operadores públicos. En relación con los servicios de interés económico general opera pues la regla general del art. 295 TCE³¹⁵ en estos términos: neutralidad entre operadores públicos y privados de cara a la garantía de prestación de dichos servicios.

La Comisión alude, en segundo lugar, en la Comunicación de 20 de septiembre de 2000, al principio de *libertad* de los Estados miembros para determinar qué actividades deben ser consideradas legalmente como servicios de interés económico general y con qué alcance. Se trata de una apelación implícita al principio de *subsidiariedad*. Las potestades de la Comisión para limitar la libertad de los Estados miembros, de acuerdo con la Comunicación de reiterada referencia, se manifiestan a través de una doble vía: el control por el Tribunal de Justicia, a instancias de la Comisión, de los “*errores manifiestos*” en cuanto a la calificación legal por un Estado miembro de una actividad como servicio de interés económico general; y la declaración formal por la propia normativa sectorial comunitaria de determinadas actividades como servicios de interés económico general.

de las regulaciones públicas en detrimento de las privadas, un incremento de la intervención administrativa en la vida social, una distinción entre lo público y lo privado que había servido, (...), para explicar la noción de Estado limitado”. Nuevamente se pone de manifiesto, por tanto, que en un Estado social de Derecho la intervención pública debe apoyarse inexcusablemente en la tutela y promoción del interés general.

³¹⁵ El art. 345 TFUE, antiguo art. 295 TCE, determina que “*los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros*”.

En tercer lugar, la Comisión invoca el principio de *proporcionalidad* en la citada Comunicación en los siguientes términos

“La proporcionalidad, de conformidad con el apartado 2 del artículo 86, implica que los medios utilizados para cumplir la misión de interés general no crearán distorsiones innecesarias al comercio. Concretamente, hay que asegurar que ninguna restricción a las normas del TCE y, en especial, las restricciones de la competencia y las limitaciones de las libertades del mercado interior excedan lo necesario para garantizar el cumplimiento efectivo de la misión (de servicio público)”³¹⁶.

De acuerdo, pues, con el principio de *proporcionalidad*, recogido por el art. 5 TCE *in fine*, en la identificación de qué actividades pueden ser consideradas legalmente como servicios de interés económico general y en su regulación específica se debe valorar si las medidas que implica esta decisión resultan oportunas, mínimamente lesivas para la libre competencia y justificadas en relación con los fines de interés general que pretenden alcanzar³¹⁷. En relación con los servicios de interés económico general, el principio de *proporcionalidad* debe cohererse con el principio de *subsidiariedad* entendido en sentido *horizontal*, es decir, con respecto al mercado, de modo que sólo cuando el mercado no sea capaz de asegurar el acceso de los ciudadanos a las prestaciones o servicios esenciales deben los poderes públicos intervenir para garantizar su efectiva provisión.

³¹⁶ Epígrafe 23 de la Comunicación de la Comisión de 20 septiembre de 2000.

³¹⁷ El juicio sobre la conformidad de las medidas en cuestión con el principio de *proporcionalidad* se lleva a cabo sobre la base de la tradición jurídica germana del *triple test de proporcionalidad*: el juicio de *adecuación* valora si la consideración de una concreta actividad como servicio de interés económico general y las técnicas que pretenden regular su gestión resultan oportunas de cara a garantizar determinadas prestaciones a todos los ciudadanos; el juicio de *necesidad* pondera si las medidas planteadas son las menos lesivas para los fines propuestos; el juicio de *proporcionalidad en sentido estricto* decide sobre si una concreta medida no restringe los intereses particulares afectados de forma desproporcionada a la vista de los beneficios generales que se pretenden alcanzar. Vid. M. CARLÓN RUIZ, *Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal*, op. cit., p. 503.

Finalmente, la Comisión señala que la calificación de una determinada actividad como servicio de interés económico general determina la imposición de *obligaciones de servicio público*. Esta condición no hace sino poner nuevamente de manifiesto que en la institución del servicio de interés económico general, a diferencia de lo que sucedía en la formulación originaria del servicio público, no existe una adscripción forzosa a una *técnica* unívoca de garantía de la provisión:

“Los Estados miembros tienen varias posibilidades de garantizar la prestación de servicios de interés general, que van desde la apertura del mercado a la competencia, pasando por la imposición de obligaciones de servicio público, hasta la concesión de derechos exclusivos o especiales a un solo operador o a un número limitado de operadores, con o sin aportación de financiación”³¹⁸.

El concepto de servicio de interés económico general permite recurrir a todo el espectro de posibles *técnicas* de garantía de provisión, desde la prestación en condiciones de mercado a la reserva global al sector público – *publicatio* -. Sin embargo, la fórmula ordinaria a que se remite la Comisión en la definición de los servicios de interés económico general, consiste en que tales servicios se presten en régimen de libre competencia sin perjuicio de que se asegure la satisfacción del interés general mediante la imposición de *obligaciones de servicio público*:

“(...) si los poderes públicos consideran que ciertos servicios son de interés general y las fuerzas del mercado no pueden satisfacerlos convenientemente, pueden establecer en forma de obligaciones de servicio de interés general varias prestaciones de servicios concretas con objeto de satisfacer estas necesidades. El cumplimiento de estas obligaciones puede implicar, aunque no necesariamente, la concesión de derechos especiales o exclusivos, o la instauración de mecanismos específicos de financiación. La definición de una misión específica de interés general y del consiguiente servicio necesario para cumplir dicha misión no implica necesariamente un método específico de prestación de servicios. El caso clásico es la

³¹⁸ Epígrafe 25 de la Comunicación de 20 de septiembre de 2000. Con anterioridad, la Directiva 96/92/CE había declarado en su Considerando (13) “... que para garantizar la seguridad del suministro, la protección del consumidor y la protección del medio ambiente, para algunos Estados miembros puede ser necesaria la imposición de obligaciones de servicio público, puesto que, en su opinión, la libre competencia no las garantiza”.

*obligación de servicio universal, es decir, la obligación de prestar cierto servicio en todo el territorio a precios asequibles y en condiciones similares de calidad, con independencia de la rentabilidad de las operaciones individuales*³¹⁹.

En aplicación, pues, del principio de *proporcionalidad*, es posible articular en cada sector de actividad una *técnica* distinta que haga viable, con la mínima afección a la libre competencia, la garantía de ciertas prestaciones a todos los ciudadanos.

La posibilidad de imponer obligaciones de servicio público a los operadores que prestan el servicio en condiciones de mercado trae causa de la falta de rentabilidad de las prestaciones en cuestión³²⁰, lo que conduce a que la garantía de provisión conlleve un coste que debe ser compensado a través de una fórmula que no introduzca distorsiones o falseamientos adicionales de la competencia. La Comisión y el Tribunal de Justicia han formulado paulatinamente una doctrina sobre el régimen de financiación de las obligaciones de servicio público vinculadas a las actividades legalmente calificadas como servicios de interés general, estableciendo las condiciones para que la *compensación* económica que se abona al operador por el

³¹⁹ Epígrafe 14 de la Comunicación de 20 de septiembre de 2000. En nota aclaratoria, la Comisión señala que los conceptos de servicio universal y de obligación de servicio público han sido reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [asunto C-320/91 *Corbeau* (1993); y asunto C-393/92 *Almelo* (1994)] y desarrollados en la legislación sectorial comunitaria referente a dichos servicios, respecto a los cuales se ha instaurado un marco regulador común para lograr un mercado único europeo. Entre estos servicios cabe incluir al suministro eléctrico, en atención a la regulación contenida en las Directivas 96/92/CE, 2003/54/CE y 2009/72/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

³²⁰ El instrumento de las *obligaciones de servicio público* no es más que una técnica de tutela del acceso de todos los ciudadanos a determinadas prestaciones: las áreas con escasa densidad de población quedarían excluidas del servicio entendido como actividad económica lucrativa si los poderes públicos dejaran, en un mercado liberalizado, que las empresas decidiesen dónde y cómo invertir y a quien servir.

cumplimiento de tales obligaciones no tenga la consideración de ayuda de Estado a efectos de compatibilidad con el mercado interior³²¹.

El reconocimiento definitivo del instituto del *servicio de interés económico general* se produce con la aprobación del Tratado de Ámsterdam, que introduce un artículo específico (actual art. 14 TFUE, antiguo art. 16 TCE), en el que se incluye expresamente a este nuevo concepto entre los criterios rectores de todas las políticas y acciones comunitarias, vinculándolo con los objetivos de cohesión económica, social y territorial, sin perjuicio de la elevación de rango del objetivo de *competitividad*:

“Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante Reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios”.

La Comisión continuó trabajando en la definición de un concepto europeo de servicios de interés económico general. En esta línea se inscribe la adopción del Libro Verde sobre *Los servicios de interés general* (2003)³²² y del

³²¹ Se trata de la jurisprudencia *Altmark*, que tiene su origen en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de julio de 2003 en el asunto C-280/00, *Altmark Trans GMBH y Regierungspräsidium Magdeburg* contra *Nahverkehrsgesellschaft Altmark GMBH*, Rec. p. I-7747. A ella debemos añadir la Decisión de la Comisión 2005/842/CE, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 86.2 TCE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general [COM(2005) 2673; DOUE núm. L 312, de 29.11.2005, pp. 67-73]; así como el *Marco Comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público* (DOUE núm. C 297, de 29.11.2005, p. 4). Con fecha de 23 de marzo de 2011, la Comisión Europea ha dirigido una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la *Reforma de las normas de la Unión Europea en materia de normas estatales aplicables a los servicios de interés económico general* [COM (2011) 146 final].

³²² Libro Verde sobre *Los servicios de interés general* (Presentado por la Comisión). COM (2003) 270 final. Bruselas, 21 de mayo de 2003.

Libro Blanco sobre *Los servicios de interés general* (2004)³²³. Durante los trabajos que presidieron la elaboración de estos documentos se abrió un debate sobre la posibilidad de adoptar medidas horizontales en relación con los servicios de interés general y en particular sobre la conveniencia de la aprobación de una Directiva marco que regulase esta materia. Finalmente, esta opción fue descartada por la Comisión³²⁴.

La Comunicación de la Comisión titulada *Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo*³²⁵, avanza en la delimitación conceptual al diferenciar netamente la naturaleza y el régimen jurídico de los servicios de interés *económico* general del propio de los servicios de interés *social* general.

El Tratado de Lisboa confirma íntegramente las disposiciones introducidas por el Tratado de Ámsterdam en relación con los servicios de interés económico general, en el nuevo art. 14 TFUE, a lo que hay que añadir, en relación con nuestro objeto de análisis, el reconocimiento de una competencia compartida entre los Estados miembros y la Unión Europea en materia de energía (art. 4.2., apdo. i), TFUE) y la definición de una política energética común (título XXI, art. 194 TFUE).

³²³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, Libro Blanco sobre *Los servicios de interés general*. COM (2004) 374 final. Bruselas, 12 de mayo de 2004.

³²⁴ *Vid.* epígrafe 4.1 del Libro Blanco sobre *Los servicios de interés general*.

³²⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones que acompaña a la Comunicación *Un mercado único para la Europa del siglo XXI. Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo*. COM (2007) 725 final. Bruselas, 20 de noviembre de 2007.

En definitiva, en el contexto de este nuevo marco regulatorio las actividades vinculadas al suministro eléctrico quedan configuradas como servicios de interés económico general, en orden a la construcción de un mercado interior europeo de la electricidad, lo que determina asimismo la imposición a los operadores de determinadas obligaciones de servicio público destinadas a garantizar este servicio esencial en favor de todos los ciudadanos – *servicio universal* -. Este es, sin duda alguna, el planteamiento que se encuentra en la base de todo el proceso de elaboración e implementación de la política energética de la Unión Europea.

3.3. El servicio universal como obligación de servicio público: la garantía de suministro.

Dedicamos este epígrafe a analizar de qué modo, desde el punto de vista técnico-jurídico, se ha instrumentado en el sector eléctrico la garantía a todos los ciudadanos de determinadas prestaciones consideradas básicas o imprescindibles y, por tanto, de obligado aseguramiento por parte de los poderes públicos, supliendo en ciertos casos al mercado como proveedor ordinario de las mismas.

En efecto, en el ámbito de las actividades del sector eléctrico la configuración como servicio de interés económico general se ha plasmado, en primer término, en la imposición de una obligación de servicio público consistente en la garantía de la seguridad del abastecimiento a favor de la generalidad de los ciudadanos, es decir, del *servicio universal*. En este sentido, el Considerando (50) de la Directiva 2009/72/CE declara que:

“Deben reforzarse las obligaciones de servicio público, inclusive en materia de servicio universal, y las consiguientes normas mínimas comunes para asegurarse de que todos los consumidores, en particular los vulnerables, puedan beneficiarse de la competencia y de precios justos. Los requisitos de servicio público en el ámbito nacional deben definirse teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, en el respeto, no obstante, del Derecho comunitario por los Estados miembros. Los ciudadanos de la Unión y, cuando los Estados miembros lo estimen adecuado, las pequeñas empresas deben poder beneficiarse de las obligaciones de servicio público, en particular con respecto a la seguridad del suministro y unos precios razonables. (...)”³²⁶.

La Directiva 2009/72/CE dispone que los Estados miembros adopten las medidas oportunas para que todos los clientes domésticos y, si lo consideran necesario, las pequeñas empresas³²⁷ gocen en su respectivo territorio del servicio universal. Este último se define como el derecho al suministro de energía eléctrica de una calidad específica a precios razonables, fácil y claramente comparables y transparentes³²⁸. Con este fin, los Estados miembros pueden designar un *suministrador de último recurso*³²⁹, que intervendría en el caso de incapacidad del mercado para satisfacer la demanda. Podemos concluir que la intensidad de la intervención pública será inversamente proporcional a la aptitud del mercado para ofrecer prestaciones y servicios que sean adecuados a las necesidades y exigencias de los usuarios.

³²⁶ En el mismo sentido *vid.* Considerando (24) de la Directiva 2003/54/CE.

³²⁷ Es decir, las que tienen menos de 50 empleados y una facturación anual o presupuesto total no superior a 10 millones de euros (art. 3.3. Directiva 2009/72/CE).

³²⁸ Continúa el Considerando (50) de la Directiva 2009/72/CE, diciendo que *“un aspecto clave en el suministro a los clientes es el acceso a datos sobre el consumo objetivos y transparentes. Por ello, los consumidores deben tener acceso a sus datos de consumo, los precios asociados y los costes del servicio, de manera que puedan invitar a los competidores a hacer ofertas basándose en ellos. Por otra parte, también deben tener derecho a estar adecuadamente informados de su consumo de energía. Los pagos anticipados deben reflejar el consumo probable de electricidad y los diferentes sistemas de pago no deben ser discriminatorios. La información sobre los costes facilitada a los consumidores con la suficiente frecuencia creará incentivos para el ahorro de energía, ya que los consumidores tendrán una respuesta directa sobre los efectos de la inversión en eficiencia energética y de los cambios de comportamiento. A este respecto, la plena aplicación de la Directiva 2006/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos (DOUE núm. L 114, de 27.4.2006, p. 64), ayudará a los consumidores a reducir sus costes energéticos”*.

³²⁹ Sobre la figura del suministrador de último recurso *vid. infra* epígrafe 2.2. D) del Capítulo III de esta Memoria.

A nivel de la Unión la definición del servicio universal de suministro eléctrico identifica únicamente parámetros cuyos valores se establecen por parte de la autoridad nacional: en las Directivas sobre el mercado interior de la electricidad se utilizan términos como “*calidad específica*” y “*precios razonables*” que son susceptibles de diversas interpretaciones.

El rasgo distintivo de la condición de servicio universal, dentro de la categoría más amplia de los servicios de interés económico general, reside en la *neutralidad de la ubicación geográfica del usuario*: en el servicio universal, en efecto, tiene que garantizarse el servicio básico al mismo precio en todo el territorio. Los servicios de interés general pueden dirigirse también a una amplia franja de usuarios, pero en principio no necesariamente a la totalidad de la población. Además, el servicio de interés general puede realizarse aplicando tarifas diferenciadas según el lugar de residencia del usuario, mientras que el servicio universal se traduce en garantizar la satisfacción de las necesidades consideradas socialmente indispensables con sujeción al principio de igualdad de trato por lo que respecta al servicio básico.

Las obligaciones de servicio público pueden afectar, como hemos anotado ya en relación con el servicio de interés general, sólo a algunas fases del ciclo de explotación de la actividad económica de que se trate, y aún en dichas fases el interés público podría no coincidir con el objetivo de prestar servicio a todos; es decir, *el servicio universal es una obligación de servicio público, pero no toda obligación de servicio público se traduce unívocamente en obligación de servicio universal.*

La existencia de una obligación de servicio público así como su contenido se determinan a nivel nacional. Pero en el caso del sector eléctrico, el reconocimiento de la necesidad de garantizar el servicio universal tiene además el respaldo de un mandato explícito del Derecho comunitario derivado, en los términos que anteriormente se han señalado. El legislador de la Unión Europea impone a los Estados miembros la obligación de garantizar en todo el territorio nacional el suministro eléctrico como servicio básico.

Por último, hay que señalar que la consecuencia inmediata de la imposición de esta obligación de servicio universal es el reconocimiento implícito de un *derecho de los ciudadanos-usuarios al acceso al servicio de suministro de energía eléctrica* de una calidad específica a precios razonables, fácil y claramente comparables y transparentes³³⁰.

³³⁰ Las argumentaciones que pueden permitir la definición de un derecho al suministro de energía en el ámbito de la Unión Europea nos remiten al estudio de las disposiciones de los Tratados, así como de la jurisprudencia comunitaria. En primer lugar, hay que referirse al art. 6.3 TUE (antiguo art. 6.2 TCE), donde se afirma que *“los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”*. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la posición de la Unión Europea parece cobrar nueva fuerza, al afirmarse en el art. 6 TUE que *“la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”*. Aunque, por otro lado, se vuelve a afirmar que *“las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”*. Resulta esencial mencionar también el art. 36 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 7 de diciembre de 2000 (*Vid.* DOUE núm. C 364, de 18.12.2000, pp. 1-22 y DOUE núm. C 83, de 30.3.2010, pp. 389-403), que determina en este sentido que la Unión Europea *“reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión”*. Finalmente, podría prestar también cierto soporte jurídico, cuando menos indiciario, para el reconocimiento de un derecho al suministro de energía inherente a la ciudadanía europea el ya citado art. 14 TFUE, introducido por el Tratado de Ámsterdam (antiguo art. 16 TCE), que vuelve a vincular los servicios de interés económico general, en cuanto valores comunes de la Unión Europea, con la promoción de la cohesión social y territorial. Hasta la firma del Tratado de Lisboa, las opiniones acerca del valor vinculante del antiguo art. 16 TCE eran variadas y no siempre concordantes. La actual formulación del art. 6 TUE, del art. 14 TFUE y del art. 36 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* permite sostener

4. La regulación de las actividades económicas vinculadas al suministro eléctrico: liberalización y neorregulación.

En todos los países desarrollados se considera el sistema de economía de mercado como el más adecuado para lograr una eficiente asignación de los recursos y, por tanto, un mayor impulso del crecimiento económico. El proceso de construcción europea, ya desde los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, se ha desarrollado en el marco general de la libre competencia, y se ha materializado históricamente en un modelo de *economía social de mercado*.

La ciencia económica ha partido históricamente del concepto de *competencia perfecta* como situación ideal en la que se produce al mínimo coste medio total mediante una óptima asignación de todos los recursos. Un mercado se considera perfectamente competitivo cuando todas las empresas que operan en él creen que podrían vender todo lo que razonablemente pudieran producir al precio de mercado existente, y nada a un precio superior. Tradicionalmente se ha venido entendiendo que los supuestos de la competencia perfecta son: un producto homogéneo, una pluralidad de vendedores, la posesión por los consumidores de información completa sobre calidades y precios, y la libertad de entrada y salida del mercado³³¹.

que, en el ámbito de la Unión Europea se reconoce un auténtico derecho a la energía, identificable en el derecho al acceso a determinados servicios de interés general. Sobre el reconocimiento de un derecho fundamental a la energía en el ámbito comunitario, *vid.* A. PARENTE, *Principios de Derecho Europeo de la Energía*, *op. cit.*, pp. 254-278.

³³¹ R. G. LIPSEY y C. HARBURY, *Principios de Economía*, traducción de J. TUGORES, M. OLIVA, P. GARCÍA, A. COLOM, G. BERNARDOS y colaboradores (Departamento de Teoría Económica de la Universidad de Barcelona), Vicens Vives, Barcelona (1994), p. 214.

La existencia de *fallos del mercado* – *market failures* - en la provisión de bienes y servicios considerados esenciales para la comunidad justifica la incorporación del Estado como sujeto activo a la economía, para alcanzar objetivos no cubiertos espontáneamente por aquél, o para evitar o reducir costes no deseados. La necesidad de afrontar estos *fallos del mercado* sirve de fundamento a una política económica impulsada por los poderes públicos³³².

Entre estos *fallos*, pueden destacarse los siguientes:

1. La existencia de *mercados no competitivos*. En primer lugar, puede ocurrir que los mercados sean imperfectos porque existan uno o muy pocos demandantes (*monopsonio*) u oferentes (*monopolio*). Por otra parte, las empresas pueden tratar de alcanzar posiciones de monopolio, o bien pueden concertar acuerdos entre sí para eliminar a la competencia o desarrollar cualquier otra práctica anticompetitiva.
2. La producción de *externalidades*. Los efectos externos o *externalidades* se producen cuando no se incorporan a los precios del mercado determinados costes con los que no carga el productor sino otras personas, productos o servicios (*externalidades negativas*), o cuando alguien -consumidor o productor – obtiene unas ventajas o beneficios a los que no contribuye directamente (*externalidades positivas*).
3. La deficiente o nula valoración de los *bienes públicos*. Se trata de bienes que siendo necesarios o esenciales para la comunidad no pueden producirse por el sector privado sujetándose a las reglas del mercado, ya que lo más probable es que en tal caso no existirían demandantes

³³² Vid. la obra colectiva J.R. CUADRADO ROURA (dir.), *Política Económica. Elaboración, objetivos e instrumentos*, op. cit., pp. 32-37.

dispuestos a pagar su precio ni productores decididos a asumir las pérdidas que se generarían.

4. La generación de *rendimientos crecientes de escala*. Existen actividades en las que las economías de la producción en gran escala son tan importantes que hacen ineficaz la solución competitiva, que implica la concurrencia de una multiplicidad de empresas que compiten para una demanda dada y limitada. Se produce, en consecuencia, una contradicción entre las exigencias de la libre competencia y el funcionamiento eficaz de los mecanismos del mercado³³³.
5. La mala o insatisfactoria *distribución de la renta*. La distribución de la renta que resulta del funcionamiento espontáneo del mercado responde a criterios de *eficiencia*, pero no tiene por qué satisfacer las exigencias derivadas del principio de *equidad*. Los mecanismos del mercado no proporcionan una respuesta positiva a las situaciones de debilidad de los individuos o de determinados grupos sociales.
6. La necesidad de afrontar los *desequilibrios* y promover el *crecimiento* de la economía. Las economías de mercado tienen dificultades para dar solución a los desequilibrios y para favorecer el máximo crecimiento. La crisis de 1929 puso de manifiesto que las economías podían encontrarse en equilibrio sin alcanzar el empleo total de los factores disponibles. La teoría *keynesiana*³³⁴ postuló la intervención directa de los poderes

³³³ Como ya indicamos en el epígrafe 2.2. A) de este Capítulo, las *economías de escala* determinan costes de producción decrecientes a largo plazo, lo que dada la limitación de la demanda puede acabar provocando la concentración del mercado en un reducido número de empresas eficaces o incluso en una sola.

³³⁴ En relación con las teorías tradicionales keynesianas sobre las fluctuaciones económicas, *vid.* D. ROMER, *Macroeconomía Avanzada*, McGraw-Hill, Madrid (2006), pp. 225-274.

públicos en la actividad económica para impulsar la recuperación en las fases de recesión y para moderar su ritmo en los momentos en que la demanda agregada alcanzase niveles excesivos que generasen desequilibrios.

7. La existencia de *necesidades preferentes e indeseables*. R. A. MUSGRAVE³³⁵ postuló la denominación de *necesidades preferentes* (*merit wants*) para designar a aquellos bienes o servicios cuya importancia individual y social demanda que las autoridades públicas asuman la responsabilidad de garantizar su suministro³³⁶. No son realmente bienes públicos, ya que de hecho existe cierta oferta y un determinado nivel de demanda se satisface en condiciones de mercado, pero los mecanismos de éste no son capaces de garantizar un acceso universal para la generalidad de los ciudadanos a estos bienes. En sentido contrario, el mercado puede satisfacer *necesidades indeseables*, y en este caso el bien común demanda una intervención pública dirigida a obstaculizar o limitar la compraventa³³⁷.

La vigencia efectiva de un sistema de economía de mercado requiere básicamente tres actuaciones por parte de la autoridad pública: asegurar el libre acceso de cuantos quieran operar en el mercado; salvaguardar la

³³⁵ Vid. R. A. y P. B. MUSGRAVE, *Hacienda Pública, Teórica y Aplicada*, McGraw - Hill, 5ª ed., Madrid (1992). Cit. por J. R. CUADRADO ROURA (dir.), *Política Económica. Elaboración, objetivos e instrumentos, op. cit.*, p. 35.

³³⁶ Es el caso de la educación o la atención sanitaria, hasta un cierto nivel considerado como básico o mínimo.

³³⁷ Los ejemplos más evidentes de *necesidades indeseables* son el consumo de bebidas alcohólicas, de tabaco o de drogas. Sobre los *fallos del mercado*, vid. la obra colectiva J. R. CUADRADO ROURA (dir.), *Política Económica. Elaboración, objetivos e instrumentos, op. cit.*, pp. 32-37.

existencia, por tanto, de una pluralidad de operadores en el mercado; y, finalmente, velar por el correcto funcionamiento del mecanismo competitivo de asignación de recursos –los precios -.

De este modo, en las economías de mercado se ha ido aceptando paulatinamente, aun reconociendo como marco general el mecanismo de los precios, la oportunidad o conveniencia de que la autoridad pública intervenga en la actividad económica basándose en una serie de razones, estrechamente vinculadas a los *fallos del mercado*:

1. *Prestación de servicios o bienes públicos*³³⁸: se trata de atender necesidades comunes de la sociedad que suelen ser indivisibles, de ahí su carácter público (defensa nacional, comunicaciones, justicia, seguridad, etc.). Al no poder determinarse una demanda individualizada, necesaria para la fijación de precios, algunas de estas actividades no son rentables para la iniciativa privada, por lo que se suele invocar la participación estatal en las mismas.
2. *Asegurar la provisión suficiente de ciertos bienes y servicios*: la necesaria provisión universal de ciertos bienes y servicios esenciales para el bienestar no puede dejarse a merced exclusiva de las reglas lucrativas del mercado, ya sea en relación con su oferta o bien en relación con el precio (educación, sanidad, etc.).

³³⁸ Se entienden por *bienes públicos* aquellos cuya oferta cumple las condiciones de *no rivalidad* (el consumo por parte de un individuo no impide el consumo de otros) y *no exclusión* (imposibilidad de excluir del consumo de un producto a determinadas personas). En relación con el concepto de bienes públicos y sus problemas de provisión *vid.* J. M^o. MARÍN QUEMADA y J. GARCÍA-VERDUGO SALES, *Bienes públicos globales, política económica y globalización, op. cit.*, pp. 33-74.

3. *Defensa del mercado basado en la libre competencia.* La competencia es el mecanismo que proporciona una mejor asignación de los recursos productivos, al tiempo que permite maximizar el excedente de los consumidores, limitando el poder monopolístico o poder de mercado de determinados productores³³⁹.
4. *Procurar una distribución equitativa, justa de la renta:* la eficiencia no prejuzga la equidad, sino que para cada distribución de la renta existe una solución perfectamente competitiva. Si se quiere maximizar la función de bienestar social, es preciso arbitrar una intervención pública dirigida a mejorar la equidad en la distribución de la renta³⁴⁰.
5. *Evitar el despilfarro de recursos:* se entiende por eficiencia técnica la producción de bienes y servicios con la menor cantidad posible de recursos. La finalidad que se persigue es propiciar una estabilidad económica que favorezca el desarrollo y elimine las grandes lacras de nuestro tiempo, el paro y las tensiones inflacionistas³⁴¹.

³³⁹ El poder de mercado se traduce en la posibilidad de imponer un precio superior al coste marginal, vulnerando la condición de equilibrio en competencia perfecta (precio = coste marginal). Por tanto, la libre competencia, al ajustar el equilibrio del mercado en el nivel de producción que iguala el precio al coste marginal maximiza el excedente del consumidor. Sobre este extremo, *vid.* J. SEGURA SÁNCHEZ, *Análisis microeconómico, op. cit.*, pp. 139-145; *vid.* también H. VARIAN, *Microeconomía intermedia, op. cit.*, pp. 151-168.

³⁴⁰ J. M^a. MARÍN QUEMADA y J. GARCÍA-VERDUGO SALES, *Bienes públicos globales, política económica y globalización, op. cit.*, pp. 23-25.

³⁴¹ El empleo y la estabilidad de precios constituyen los dos objetivos inmediatos de las políticas macroeconómicas y sintetizan, en este sentido, los fines de la intervención de los poderes públicos en la economía. Las políticas macroeconómicas tienen como efecto propio la estabilización, y deben ser utilizadas con esta finalidad por la Administración cuando interviene en la actividad económica. Cfr. L. CABRAL, *Economía industrial, op. cit.*, p. 172.

Estas razones se podrían agrupar, según MUSGRAVE³⁴² en tres tipos de funciones o criterios de intervención del Estado:

- Función *asignativa*: promoción y defensa de la competencia en los mercados, garantía de la provisión de bienes públicos, corrección de externalidades negativas, consecución de la neutralidad del sistema impositivo, reducción del riesgo y la incertidumbre, etc.
- Función *distributiva*: distribución equitativa de la renta y de la riqueza, mediante intervenciones dirigidas a la corrección de la asignación resultante del funcionamiento espontáneo de los mecanismos del mercado.
- Función de *estabilización y desarrollo*: corrección de fallos en el equilibrio general del mercado y promoción del crecimiento de la economía.

La intervención pública en la esfera económica puede presentarse básicamente en una doble modalidad: la *regulación*, por la que los poderes públicos fijan, limitan o alteran ciertos comportamientos de las empresas privadas recortando su poder decisorio en beneficio de la sociedad o de otros objetivos de política general; y la *nacionalización* o estatificación, por la que los poderes públicos asumen las funciones del sector privado cuando las regulaciones no son capaces de ordenar la iniciativa privada o ésta es inexistente.

³⁴² Vid. R. A. MUSGRAVE, *The theory of public finance*, McGraw-Hill, New York (1959). Cit. por G. BEL, J. CALZADA y A. ESTRUCH MANJÓN, *Economía y regulación de los servicios en red*, op. cit., nota 75, p. 747.

La *regulación* de actividades económicas supone, pues, ya *ab origine*, que la intervención pública se produce siempre en el marco general de la libre competencia. Históricamente, la *regulación* marca un hito en el Estado intervencionista³⁴³, caracterizado hasta ese momento por afrontar los *fallos del mercado* mediante el recurso a instrumentos o mecanismos de gestión directa.

Un nuevo punto de inflexión viene dado por la crisis general del *Estado del bienestar*, y el consiguiente cuestionamiento de la idoneidad de las recetas keynesianas para hacer frente a un ciclo recesivo cuyo origen se encuentra en el lado de la oferta. Esta evolución del paradigma económico global imprime a la *regulación* un rumbo decididamente *liberalizador*, de apertura de los mercados a la competencia. En consecuencia, se habla de *neorregulación* para indicar que la intervención pública se produce en el contexto de una redefinición del papel del Estado en la vida económica. Este papel se concreta ahora en la construcción de un marco institucional que garantice el protagonismo de la libertad de empresa en el mercado de los servicios esenciales, entre los que se encuentran las actividades vinculadas al suministro eléctrico.

En definitiva, como ha señalado V. LÓPEZ-IBOR MAYOR,

“lo importante en la organización de estas actividades y en la concepción del modelo económico del Estado de final de siglo no es el control a través de la propiedad o de la titularidad, sino garantizar el funcionamiento de la competencia, el principio de libre elección, la protección de los consumidores y la realización de auténticas obligaciones de servicio público, es decir, de aquellas actividades que, por afectar a la prestación de servicios de primera necesidad, el Estado garantiza su prestación continua, regular y en condiciones de calidad y

³⁴³ Vid. en este sentido M. ARAGÓN REYES, *Del Estado intervencionista al Estado regulador*, en la obra colectiva *Tratado de regulación del Sector Eléctrico*, vol. I, *Aspectos jurídicos*, Iberdrola-Thompson Aranzadi, Cizur Menor (2009), pp. 43-46.

precio adecuado. El Estado no debe ser el gestor o prestador de los servicios, sino el que garantiza su efectiva provisión³⁴⁴.

La liberalización del sector eléctrico no puede, en este sentido, identificarse sin más con una mera *desregulación* o desreglamentación³⁴⁵. A ello se opone el riesgo de “*descreme*” del mercado, es decir, de que no se preste el servicio en áreas de difícil acceso o en las que en general la extensión del tendido resulte costosa³⁴⁶. La garantía de una efectiva competencia que simultáneamente asegure el cumplimiento de las obligaciones de servicio público se articula en la práctica a través de una *neorregulación* dirigida precisamente a “*mantener la competencia en algunos sectores que, sin tales reglas, tenderían fatal y naturalmente al monopolio*”³⁴⁷.

La construcción tradicional de los denominados *servicios públicos* descansaba sobre la doctrina económica de los *fallos del mercado*, de raigambre keynesiana. En virtud de esta doctrina, la intervención pública debía concentrarse en los mercados de los bienes y servicios de carácter básico en

³⁴⁴ Vid. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *La liberalización del Sector Eléctrico: perspectiva jurídica*, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 98 (1998), p. 193.

³⁴⁵ J. DE LA CRUZ FERRER, *El mercado interior europeo de la electricidad*, en “Noticias de la Unión Europea”, núm. 284 (2008), pp. 25-34, ha señalado en este sentido que “*los autores norteamericanos suelen emplear los términos reestructuración y desregulación para referirse al proceso de liberalización, que es el término que parece más idóneo y que es el más utilizado en Europa, puesto que nos encontramos ante un proceso más laborioso y complejo. Como ha escrito Juan Carlos HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (2005), a medida que se liberaliza el mercado existe mucha más complejidad técnica y por ende normativa. Esto hace evidente que el proceso de liberalización en el sector eléctrico no supone la desregulación de la actividad. Al contrario supone el establecimiento de un marco normativo mucho más amplio y complejo. En la electricidad, liberalización bajo ningún concepto equivale a desregulación*”.

³⁴⁶ Vid. J. DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, op. cit., p. 256.

³⁴⁷ Vid. G. ARIÑO ORTIZ e I. DEL GUAYO CASTIELLA, *La regulación de las actividades gasistas*, en “Documentación administrativa”, núm. 256 (enero-abril de 2000) – monográfico dedicado a *El Derecho de la Energía en España* -, pp. 98-99. En este sentido G. ARIÑO ORTIZ señala en *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid (1999), p. 60: “*La tendencia a la provisión de servicios públicos en régimen de competencia exige la regulación de los sectores privatizados, con objeto de asegurar la calidad del servicio, proteger al usuario y defender la competencia*”.

los que el volumen de inversiones a acometer y en general las condiciones económicas de la actividad correspondiente impedían o desincentivaban su ejercicio por parte de empresas del sector privado. La relevancia social o económica de esos bienes y servicios impulsaba al Estado a movilizar sus recursos para intervenir su suministro y evitar la exclusión automática de la demanda no competitiva por el libre juego de las fuerzas del mercado.

Tras las crisis energéticas de principios de los 70, que pusieron fin a un período casi ininterrumpido de crecimiento acelerado y sostenido, frente a los defensores de la doctrina económica de los *fallos del mercado* se alzaron voces para denunciar los denominados *fallos del gobierno* o *fallos de la regulación*³⁴⁸. Entre estos últimos, podemos destacar:

1. Las *imperfecciones* derivadas del *mercado político*. Políticos y electores siguen obrando con el fin de maximizar su nivel de bienestar también en relación con el sector público, dando lugar a situaciones de discriminación entre individuos o grupos organizados. Para que el mercado político reflejara adecuadamente las preferencias del

³⁴⁸ En esta línea de pensamiento cabe inscribir a la *Escuela Austríaca* (F. A. von HAYEK, L. von MISES), la *Escuela de la Elección Colectiva* (J. M. BUCKANAM, G. TULLOCK) y la *Escuela de Chicago* (M. FRIEDMAN). En este sentido, J. PONCE SOLÉ, en *La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones*, op. cit., p. 97, ha señalado que “...junto a la regulación el término «deregulation», de origen también norteamericano, ha ocupado una plaza en la literatura dedicada al comportamiento público. Se entiende por «deregulation» la desintervención pública en la sociedad. La teoría de la regulación denominada «Public Choice» ha ofrecido el sustrato intelectual a favor de tal retirada, utilizando aportaciones de la Economía y de la Psicología (mediante el enfoque denominado de la «elección racional»). Esta escuela se muestra hostil a la actuación pública frente a los «fallos de mercado», puesto que, entienden sus partidarios, el remedio es peor que la enfermedad. Partiendo de la concepción de la acción pública como un «mercado», esta línea de pensamiento pone de relieve el egoísmo de los actores públicos, que ante todo pretenden maximizar su fortuna, así como el de los privados que se relacionan con ellos, que sólo buscan satisfacer sus intereses mediante la intervención pública (comportamiento denominado de «rent-seeking»), para lo que no dudan en «capturar» a las estructuras administrativas, que acaban percibiendo a los regulados más como clientes que como sujetos cuya conducta exige una regulación objetiva en servicio del interés general”.

electorado, los electores deberían estar perfectamente informados y tener seguridad de que obtendrán lo prometido por la parte oferente (los políticos).

2. *Ineficiencias* en la producción de *bienes públicos* o sociales. Resulta difícil definir el tipo y la cantidad de bienes o servicios que deberán suministrarse a los ciudadanos, y ello constituye una primera fuente de desequilibrios. Por otra parte, la garantía de provisión de los servicios parece exigir el aumento de la burocracia y del número de empleados dependientes del sector público. Finalmente, las organizaciones administrativas no siempre están bien preparadas para gestionar empresas públicas y, dado que éstas no suelen tener como objetivo principal la maximización de beneficios, se producen despilfarros y desviaciones en costes no directamente productivos o no estrictamente necesarios.
3. *Dificultades* en el *control de los monopolios naturales*, ya que en la práctica resulta muy difícil conocer cuál es el coste marginal de los servicios que prestan para poder determinar adecuadamente unos precios políticos o unas subvenciones³⁴⁹.
4. Existencia de *internalidades*, es decir, algunos costes o beneficios privados son asumidos en la toma de decisiones públicas.
5. Existencia de *externalidades* asumidas por los poderes públicos como consecuencia de las actividades de grupos de presión organizados, que tratan de conseguir que los órganos ejecutivos o legislativos apoyen

³⁴⁹ Cuando se trata de empresas públicas, los intereses de los burócratas suelen prevalecer en relación con la decisión sobre los precios, de modo que la Administración, en lugar de defender los intereses de los usuarios, se termina convirtiendo en abogada de las propuestas de sus propias empresas.

regulaciones que les benefician y de las que no se conocen los efectos externos que pueden tener para el resto de la sociedad o para otros grupos sociales.

6. *Ignorancia* de los *costes reales* con los cuales se está operando en la Administración o en los organismos o empresas dependientes de ella debido a la inexistencia de competencia y de riesgo de quiebra, lo que da lugar a largo plazo a una inercia incrementalista en los costes de funcionamiento de los diversos departamentos de la Administración³⁵⁰.

El modelo tradicional de regulación trataba de paliar situaciones derivadas de graves conflictos bélicos y de profundas crisis económicas que sufrieron los Estados occidentales. Las políticas keynesianas produjeron altas tasas de crecimiento, reforzando la paupérrima demanda agregada de la posguerra mediante el recurso al presupuesto expansivo y cifrando el desarrollo en una cierta autosuficiencia de las economías nacionales. Las crisis energéticas de la década de los 70 pusieron de relieve la creciente interdependencia de la economía mundial, desencadenando un proceso inflacionista manifestado en las dificultades de ajuste de los sistemas productivos a los nuevos precios relativos de los factores de producción³⁵¹.

En este nuevo contexto se critica el protagonismo del sector público en la vida económica, señalando la enorme sustracción de recursos a la inversión

³⁵⁰ Sobre los *fallos del gobierno*, vid. la obra colectiva J. R. CUADRADO ROURA (dir.), *Política Económica. Elaboración, objetivos e instrumentos*, op. cit., pp. 37-39.

³⁵¹ En este sentido vid. J. VELARDE FUERTES, *El modelo económico de la Constitución española de 1978 y el inherente a la Unión Europea*, "Noticias de la Unión Europea", núm. 143 (diciembre 1996), pp. 99-106.

productiva que suponen el déficit y la deuda pública (efecto *crowding-out*). Una vez garantizado el acceso universal a los servicios esenciales, se plantea la posibilidad de que operadores privados puedan asumir su gestión, ajustando sus costes de explotación al funcionamiento real del mercado y ofreciendo, sobre la base de una perspectiva de negocio, mejores niveles de relación calidad-precio en la prestación.

A finales de los 70, en la mayor parte de los países desarrollados las industrias de servicios esenciales en red se consideraban *monopolios naturales*, se regulaban como *servicios públicos* reservados al Estado y, o bien eran gestionadas indirectamente en régimen de concesión por compañías privadas, o bien eran gestionadas directamente por la propia Administración después de haber sido nacionalizadas. En la tradición jurídica anglosajona, si bien no se producía una intervención administrativa tan intensa y directa, la prestación de los servicios esenciales en red se reservaba a las *public utilities*³⁵² que, aun siendo compañías estrictamente privadas, gozaban de derechos especiales o exclusivos en el desarrollo de su actividad, en atención al carácter de *monopolio natural* de la misma.

Este sistema, una vez alcanzada la universalidad en la prestación, fue objeto de fuertes críticas, imputándosele el encarecimiento de los productos y servicios - derivado de la propia posición de monopolio y la posibilidad latente de restringir la producción -, la ausencia de incentivos efectivos para la mejora

³⁵² En relación con el concepto de *public utilities* y el régimen del *servicio público* en la tradición jurídica anglosajona *vid.* J. M^º. NEBOT LOZANO, *Competencia y servicio público en la actividad eléctrica*, en la obra colectiva *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, Madrid (1998), pp. 15-16. *Vid.* también *supra* epígrafe 2.3 de este Capítulo II.

de la calidad de la prestación y, en definitiva, la gestión ineficiente de los recursos disponibles.

Los economistas clásicos habían previsto cómo la evolución de la técnica iba a propiciar gradualmente la posibilidad de superar situaciones de *monopolio natural*³⁵³. En particular, reviste especial relevancia la articulación en los procesos productivos de mecanismos de *segregación de fases* que permitan separar actividades que se desarrollen plenamente en condiciones de mercado de otras que, comportándose como monopolio natural, deben posibilitar la libre competencia en las anteriores a través de los sistemas de *acceso de terceros a la red* (ATR).

Éste es el caso fundamentalmente de los negocios energéticos: petróleo, gas y electricidad. En estos supuestos, debe garantizarse precisamente por alguna autoridad reguladora el que los titulares de las redes estén obligados a dar acceso a las mismas a terceros, estando a su vez obligados a asegurar el desarrollo de las capacidades de las redes que permitan circular libremente a quienes puedan contratar en las fases de producción o de suministro final de los diferentes productos. De esta forma, los efectos distorsionantes de la libre competencia derivados de sistemas únicos de redes son corregidos mediante *la ruptura de los efectos del monopolio natural*³⁵⁴.

³⁵³ Vid. S. MUÑOZ MACHADO en su prólogo al libro de R. CABALLERO SÁNCHEZ, *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, INAP, Madrid (2003), p. 28.

³⁵⁴ Cfr. J. TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, *La verdad sobre los monopolios naturales*, *op.cit.*, pp. 77-78.

Este es el contexto en el que debemos enmarcar la política energética comunitaria y la construcción del mercado interior de la electricidad, desde el punto de vista del análisis de las políticas de regulación económica. En este sentido, se habla de *neorregulación*, para hacer referencia a que la regulación económica asume ahora la tarea de posibilitar el funcionamiento del mercado en el ámbito de estructuras industriales de monopolio natural³⁵⁵. El modelo según el cual las autoridades públicas se limitaban a autorregular el ejercicio de una serie de potestades de dirección y/o intervención en la actividad económica queda superado. La regulación se dirige ahora a tutelar el buen funcionamiento del mercado, mediante el reconocimiento y la garantía de los derechos y libertades económicas a través de instituciones jurídicas apropiadas.

Todo ello nos conduce directamente al *núcleo fundamental de la política energética comunitaria: el mercado interior de la energía*. La regulación comunitaria en materia energética se concreta en una serie de principios e instituciones jurídicas que promueven y tutelan el correcto funcionamiento del mercado, es decir, del sistema de libre formación de precios en este sector de la actividad económica. En línea con este planteamiento, dedicaremos el siguiente Capítulo al estudio de la arquitectura y el funcionamiento del mercado interior de la electricidad, a partir de la regulación establecida en este sentido por el Derecho comunitario.

³⁵⁵ Es ya clásico en esta materia el concepto de *neorregulación* introducido por A. I. OGUS en *Regulation. Legal Forms and Economic Theory*, Clarendon Law Series, Oxford (1994), p. 5: “*The principal function of economic regulation is, then, to provide a substitute for competition in relation to natural monopolies*”.

Antes, sin embargo, para poder comprender y valorar adecuadamente las opciones regulatorias adoptadas en materia de política energética debemos concluir este Capítulo abordando la cuestión de cuál es el modelo económico que ha inspirado la actuación del legislador comunitario.

5. Un paradigma europeo de política económica: la economía social de mercado.

En el planteamiento de los *padres fundadores* de la Unión Europea, K. ADENAUER, A. DE GASPERI, J. MONNET y R. SCHUMAN, el orden de libre competencia no es simplemente un modelo formal de funcionamiento del sistema económico. La libre formación de precios no es un mero mecanismo o automatismo, sino algo mucho más trascendental y humano: una manifestación de la libertad de las personas en sus iniciativas y actividades:

“La esencia de esta economía de mercado radica principalmente en que el proceso económico, es decir, la producción y la distribución de bienes y de ingresos, no está dirigido por una coacción de la autoridad sino, dentro de un marco impuesto por la política económica, por el sistema de la formación libre de los precios y por la fuerza impulsora de la libre competencia en el rendimiento. La libertad, la responsabilidad y la iniciativa privada, tanto al elegir la profesión como en el empleo o en el consumo, son las fuerzas que impulsan a la economía de mercado a conseguir la máxima producción y conducen a un aumento del bienestar de toda la población. Además, estos principios abren a todos, tanto al productor como al consumidor, la posibilidad de aprovechar las oportunidades económicas que se les presentan, y permiten una distribución de los ingresos acorde con los rendimientos. De este modo, la economía de mercado es el orden económico que une la máxima productividad y el aumento del bienestar con la libertad personal”³⁵⁶.

Lo que se conoce como *economía social de mercado* u *ordoliberalismo* es el paradigma planteado por la Escuela de Friburgo, que influyó decisivamente en los *padres fundadores* de la Unión Europea, singularmente a través de la actividad desarrollada por el Ministro de Economía y después

³⁵⁶ L. ERHARD, *Estado-providencia: seguridad social al precio de la libertad*, artículo publicado en la revista “*Versicherungswirtschaft*” de enero de 1956. Vid. L. ERHARD, *Economía social de mercado. Su valor permanente*, col. “Empresa y Humanismo”, Rialp (1994), pp. 75-78.

Canciller de la República Federal de Alemania, Ludwig ERHARD (1897-1977), y su equipo de colaboradores más cercanos. El éxito rotundo de este planteamiento de la política económica, reflejado en la espectacular recuperación de la economía alemana en la segunda posguerra europea – el denominado “*milagro alemán*” -, llegó a tal punto que en el Congreso de Godesberg (1959) el Partido Socialdemócrata Alemán (S.P.D.) – y con él la Internacional Socialista - reformuló su propio esquema de política económica en la línea de una interpretación socialista de la economía social de mercado, abandonando definitivamente los modelos colectivistas y adoptando como lema: “*competencia en lo posible, planificación en lo necesario*”. Con ello quedaba acreditada la transversalidad de este modelo.

Lo que algunos autores como W. RÖPKE (1899-1966) propusieron con la *economía social de mercado* no era sino una versión renovada de la *Sozialpolitik* que varias generaciones de economistas y juristas alemanes habían cultivado desde el Congreso de Eisenach (1872). La *economía social de mercado* surgió como una suerte de mediación intelectual y empírica entre el liberalismo individualista y el socialismo colectivista – *Dritten Weg* o “*tercera vía*” -, corolario de la cual sería lo que RÖPKE llamó *humanismo económico*, es decir, una nueva concepción de la economía sometida a imperativos éticos y jurídicos e integrada en una vasta acción política configuradora de un ordenación económica basada en la libertad. Desde esta perspectiva, el *ordoliberalismo* supuso una profunda renovación del pensamiento liberal, pues contribuyó a que éste abandonase los tópicos del siglo XIX (*paleoliberalismo* o *laissez faire* químicamente puro), poniéndolo en condiciones de afrontar los

nuevos desafíos históricos y en particular la necesidad de hallar un nuevo principio ordenador de la economía³⁵⁷.

De este modo, se pone de manifiesto que la economía de mercado es *social* por su propia naturaleza. A pesar de un cierto parentesco intelectual, hay un elemento que marca la diferencia entre este espíritu nuevo de la economía de mercado – en particular de la *economía social de mercado* – y el pensamiento liberal clásico. Tal elemento diferenciador consiste en que para el primero no sólo es determinante el automatismo técnico del equilibrio en el mercado, sino también una serie de principios intelectuales y morales. Si el orden económico consistiera solamente en el equilibrio entre oferta y demanda, resultante de la libre formación de precios en el mercado, entonces no sería conceptualmente válido para constituir la base de todo un orden social³⁵⁸.

La *economía social de mercado* entiende el mercado como una realidad social, es decir, como el resultado no de un *orden espontáneo* sino de un *orden regulado* que rige la actividad económica, respetado por todos los agentes que en él operan y tutelado por los poderes públicos. No se trata de que el individualismo económico conduzca indirectamente al bien común, sino de que la economía de mercado puede perseguir directamente, si el ordenamiento jurídico la preserva de su propia corrupción, ese mismo bien común.

³⁵⁷ Vid. en este sentido J. MOLINA CANO, *La tercera vía en Wilhelm RÖPKE*, en “Cuadernos Empresa y Humanismo” núm. 82 (abril 2001), Instituto “Empresa y Humanismo”, Universidad de Navarra.

³⁵⁸ La escasa comprensión de los neoliberales austríacos no ya únicamente de la política social, sino de la visión humanista del *ordoliberalismo* se puso de manifiesto, antes incluso de la ruptura en el seno de la *Mont Pèlerin Society* con ocasión de la Asamblea de Turín (1961), en la condena formulada por von MISES contra las «*middle-of-the-road policies*», a las que acusaba de constituir una forma suavizada de socialismo - «*intervencionism*»- que a medio plazo conduciría igualmente al estatismo.

En este contexto, la regla general de la actividad económica es la libre iniciativa empresarial. Donde el mercado puede proveer a las necesidades sociales, debe ser él quien las atienda y en ningún caso deberá deferirse esta función a otras instancias. Donde no sea posible promover un mercado para atender a esas necesidades, entonces los poderes públicos deberán intervenir, es decir, deberá recabarse la colaboración de toda la sociedad y no de uno u otro agente potencialmente interesado. Lo que no resulta correcto, desde esta perspectiva, es distorsionar el funcionamiento de los mecanismos de mercado con la excusa de atender determinadas necesidades en las que no es posible promover una efectiva concurrencia.

La *economía social de mercado* parte de la necesaria complementariedad entre lo personal y lo estatal, entre la libertad y el ordenamiento, entre mercado competitivo y regulación político-económica. No entiende estos aspectos de la vida económica como dialécticamente opuestos, sino como sinérgicamente convergentes. Se trata de que cada persona trabaje, produzca y ofrezca servicios en función de las demandas y necesidades sociales, con iniciativa y responsabilidad personal, sin que nadie se lo impida, y recibiendo las contraprestaciones correspondientes a la calidad del propio trabajo; que desarrolle sus iniciativas empresariales y ejerza el derecho de asociación mediante sistemas de cooperación; y al mismo tiempo, que el Estado actúe de acuerdo con sus funciones imprescindibles de complementación subsidiaria, arbitraje y custodia del orden de competencia. Todo ello no sólo es la mejor forma de alcanzar directamente el fin de la justicia social, sino que es parte de esa misma justicia social:

“En consecuencia, hemos de encontrar la regla de oro que determine la relación adecuada entre la actividad económica del Estado y la de los individuos privados. ¿Quién ha de asumir en el futuro la responsabilidad de la política económica?, o planteado con más precisión: ¿dónde están para un gobierno los límites que todavía hacen justicia al espíritu de una economía de mercado? ¿Hemos de mantenernos dentro de esos límites o hemos de llegar hasta el punto de que las decisiones libres de los ciudadanos ya no configuren el desarrollo económico, dentro de sus propios ámbitos – sea como productores o como consumidores, patronos o empleados -? Llegados a tal punto, tan sólo quedará la alternativa de que el Estado someta a su reglamento la vida de los ciudadanos. Esto constituye, por tanto, una nueva especie de economía de planificación central o estatalizada, en la que los hombres, bajo las apariencias externas de una economía de mercado y de sus leyes mecánicas pierden de nuevo su libertad. Debe ser, pues, subrayado siempre de nuevo que la tarea más propia y noble del Estado consiste en crear un marco ordenador, dentro del cual el ciudadano ha de poderse mover libremente. (...). Ciertamente, el legislador puede decretar la obligatoriedad de determinadas formas de conducta, pero en último término no puede suprimir las convicciones del hombre. Vista desde esta perspectiva, la economía de mercado no es tan solo un principio mecánico, sino más bien la expresión de un orden de vida fundamentado en convicciones, en la moralidad, en la libertad y en el Derecho. (...)”³⁵⁹.

Para la Unión Europea la *economía social de mercado* es la meta de la política económica. En el art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea se afirma que la Unión *“obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente.”* Esta formulación se usó inicialmente en 2004, en el art. 1-3, apdo. 3, del Proyecto de Tratado de Constitución de la Unión Europea. Una vez que el Proyecto de Tratado Constitucional entró en vía muerta, se retomó la consideración de la *economía social de mercado* como marco general de la política económica en el Tratado de Lisboa, que entró en vigor en 2009. Con carácter general, el sistema económico de la Unión Europea es mencionado varias veces como aquel que cumple *“con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”*, por ejemplo, en el art. 119 TFUE, en el que la política económica y monetaria se sujeta expresamente

³⁵⁹ L. ERHARD, *El orden político-económico como garantía de la libertad e iniciativa empresarial*, contribución en la publicación (*Festschrift*) en honor de Ludwig von Mises con ocasión de su 90 aniversario, ed. de K. HOHMANN, reproducida en L. ERHARD, *Economía social de mercado. Su valor permanente*, op. cit., pp. 136-137.

a ese principio. Esta mención ya se había incorporado con ocasión de la aprobación del Tratado de Maastricht (1992).

Con apoyo en una parte cualificada de la doctrina española, podemos entender que el modelo asumido por nuestro texto constitucional de 1978 es también el de la *economía social de mercado*³⁶⁰.

A partir de este planteamiento, cabe entender que nuestra *Constitución económica* se articula en torno a dos ejes. Por un lado, nos encontramos con los principios del título I que configuran un sistema de mercado, apoyado en la propiedad privada de los medios de producción y en la iniciativa privada en la actividad económica. Pero a la vez, como resulta del art. 1 de nuestra Carta Magna – cláusula de *Estado social* -, este sistema económico deberá estar orientado socialmente, garantizando el acceso universal a una serie de bienes y servicios básicos – *esenciales* –, imprescindibles para que los ciudadanos puedan no sólo llevar una vida digna sino también aprovechar las oportunidades de desarrollo personal y familiar que les ofrece el progreso económico y social.

³⁶⁰ Esta es la posición que defiende J. M^a. GIMENO FELIÚ en *Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas*, “Revista de Administración Pública” núm. 135 (septiembre-diciembre 1994), pp. 152-163; este mismo texto puede hallarse en *Fundamentos de la ordenación jurídica de la economía y escenarios del intervencionismo administrativo*, Capítulo I de la Parte Quinta, *Administración y Economía*, de la obra colectiva JOSÉ BERMEJO VERA (coord.), *Derecho Administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (2009), pp. 827-858. Comparten este planteamiento frente a otras posturas defensoras de una “neutralidad económica” del texto constitucional, autores como S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER ya en *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, Madrid (1989), p. 27; R. MARTÍN MATEO, *Larga marcha hacia la liberalización de la economía española*, en el libro *Homenaje al profesor VILLAR PALASÍ*, Civitas, Madrid (1988), p. 727; o G. ARIÑO ORTIZ, *Constitución. Modelo económico y nacionalización*, en un temprano posicionamiento publicado en la “Revista de Derecho Bancario y Bursátil”, núm. 9 (1983), p. 25.

Es por ello que todos los derechos y libertades de carácter económico están subordinados a esa función social, siendo obligación de los poderes públicos salvar adecuada y convenientemente los fallos en la provisión de determinados bienes o servicios de interés general que la iniciativa privada, por la propia inercia de su interés más limitado, deja de cubrir. Así pues, en un sistema de *economía social de mercado* la iniciativa pública debe participar activamente en la ordenación y dirección del proceso económico para asegurar la plena satisfacción de las prestaciones sociales consagradas en nuestra normativa constitucional, sin que al mismo tiempo se prive de sentido en ningún caso, sin justificación suficiente orientada a la “*cláusula de transformación*” del art. 9.2 CE, a la iniciativa económica privada.

La declaración contenida en el art. 128.2 CE, esto es, el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica en los más amplios términos, según la constante y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, supone una ruptura radical con el principio de *subsidiariedad* que regía formalmente la política económica hasta la aprobación de la Constitución de 1978³⁶¹. El art. 128.2 CE reconoce la legitimidad de la acción pública, sin que precise de concretos títulos habilitantes en cada caso y, por supuesto, sin que necesite tampoco de la inexistencia de iniciativa privada.

³⁶¹ Vid. en este sentido las SSTC 1/1982, de 28 de enero, 64/1990, de 5 de abril, 127/1994, de 5 de mayo. Sin embargo, entiendo que tampoco cabe excluir *a priori* como incompatible con el orden constitucional vigente un planteamiento acorde con el principio de *subsidiariedad*, si tomamos en consideración ante todo el concepto material: “*La idea de subsidiariedad puede deducirse del propio contenido de la libertad de empresa, en el siguiente sentido: si las Administraciones Públicas, con su potencialmente inacabable capacidad de generar recursos, pudieran competir libremente en cualquier sector de la economía con las empresas privadas, estas quedarían siempre en una posición de desigualdad. Esta situación haría imposible el ejercicio de la libertad de empresa*”. S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. I, *op. cit.*, p. 117.

Entendida así la iniciativa pública en la actividad económica, se plantean dos cuestiones importantes: ¿el reconocimiento de la iniciativa pública coloca a los poderes públicos en una situación idéntica a la que tienen los particulares cuando deciden intervenir en la actividad económica?; ¿es lícita cualquier intervención en la actividad económica, aunque no exista ningún interés público que la justifique?

Para responder a estas preguntas hemos de tener en cuenta dos elementos adicionales de juicio. Por un lado, que el acervo comunitario en materia económica forma parte del ordenamiento jurídico español (ex art. 96 CE), y que este acervo, como ya hemos apuntado, apunta a un modelo de economía de mercado abierta y de libre competencia. Por otra parte, en línea con este planteamiento debe recordarse la expresa transposición a nivel constitucional de los principios de *estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera* de las Administraciones Públicas, con sus corolarios de *eficiencia y transparencia en la asignación y utilización de los recursos públicos*, en virtud de la reciente reforma del art. 135 de nuestra Ley Fundamental³⁶².

A la primera pregunta debemos responder, ante todo, que *el reconocimiento de la libre iniciativa en la actividad económica no puede significar, en el ámbito de los poderes públicos y de sus Administraciones, lo mismo que en la esfera jurídica propia de los ciudadanos*. La iniciativa pública en la actividad económica constituye el ejercicio de una potestad

³⁶² BOE núm. 233, de 27 de septiembre de 2011, pp. 101931-101941. En relación con estas cuestiones, vid. los artículos de L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La reforma de la Constitución. Una llamada a la responsabilidad, y Crisis económica y transformaciones administrativas*, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 153 (enero-marzo 2012), pp. 11-16 y 89-108, respectivamente.

administrativa, y como tal está sometida al principio de *vinculación positiva* en los términos que señala el art. 103.1 CE: “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*”; mientras que la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado es un derecho de todos los ciudadanos que vincula a los poderes públicos, que deben garantizar y proteger su ejercicio, regulándolo mediante ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, y que cuenta además con la tutela específica del Tribunal Constitucional (cfr. arts. 38 y 53.1 CE)

Estas mismas premisas nos permiten dar una respuesta al segundo interrogante, en el sentido de que *cualquier iniciativa pública en la actividad económica está limitada por el servicio al interés general*. Es preciso encontrar una justificación a la decisión de intervenir en la actividad económica, y dicha justificación debe basarse en la necesidad de satisfacción de un interés general³⁶³.

La concreta y correcta articulación de todos los deberes jurídicos, incluidos los principios de *eficiencia y economía*, que impone el art. 103.1 CE a

³⁶³ Para DUGUIT “(...) los actos del Estado no son sino la traducción de la voluntad de las personas que lo conducen, que lo mueven y actúan. El Estado no es una persona colectiva soberana, sino una sociedad en la que los individuos tienen una fuerza irresistible de coacción. Los actos de los gobernantes se imponen a los gobernados no porque son la expresión de un poder del Estado o de un derecho de mando, sino que se imponen en la exclusiva medida en que se corresponden con las normas jurídicas surgidas de la «conciencia social»; estas normas las llama DUGUIT «el Derecho objetivo». En el centro mismo del Derecho objetivo, en su corazón, está la idea del servicio público. El papel de los gobernantes consiste en trabajar para la realización y el desarrollo de la solidaridad social, tomando a su cargo actividades de interés general indispensables para la vida colectiva. En esta medida el servicio público constituye «el fundamento y el límite del poder de los gobernantes». El servicio público es un principio de limitación del Estado. El Estado está limitado por razón de los fines que debe cumplir”. S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. I, op. cit., pp. 102-103.

las Administraciones Públicas en relación con todas aquellas decisiones, singularmente aquéllas que atañen a la regulación de actividades económicas en las que se encuentre implicado gasto de recursos públicos y/o un relevante impacto sobre actividades privadas, demanda una *ponderada evaluación de sus consecuencias económicas* con el fin de lograr un óptimo aprovechamiento de los mismos y una minimización de la afección a la esfera jurídico-patrimonial de los ciudadanos. *La regulación de actividades económicas*, en cuanto potestad administrativa, *se encuentra también sujeta*, como no podría ser de otro modo, *al deber de buena administración*³⁶⁴.

En lo que aquí nos importa, en un contexto de *economía social de mercado*, la libre iniciativa empresarial y el servicio público no son sino manifestaciones de un único orden económico libre, cuya promoción y tutela se encomienda constitucionalmente a los poderes públicos.

Una vez que disponemos de la clave interpretativa, podemos emprender ya con un bagaje teórico suficiente el análisis del marco regulatorio en el que se ha ido materializando históricamente la política energética comunitaria, en particular por lo que se refiere a la construcción de un mercado interior europeo de la energía eléctrica.

³⁶⁴ Vid. en este sentido los ya citados trabajos de J. PONCE SOLÉ, *La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones; ¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al Gobierno? El traslado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a Barcelona y las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 200.;* *¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial;* y *Crisis económica, deberes jurídicos de economía y eficiencia y Derecho Administrativo.*

CAPÍTULO III: LA CONSTRUCCIÓN DEL MERCADO INTERIOR DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA

1. La construcción del mercado interior de la energía como objetivo fundamental de la política energética de la Unión Europea.

Desde el origen de las Comunidades Europeas la energía fue considerada como un aspecto decisivo dentro del proceso de integración económica, y de hecho dos de los tres Tratados constitutivos estaban directamente relacionados con el sector energético³⁶⁵.

Desde el punto de vista energético, Europa ha sido tradicionalmente un conjunto de mercados controlados por monopolios aislados y con importantes restricciones a los intercambios. Esta estructura se ha venido justificando por la relevancia estratégica que tiene el sector energético, y en particular el suministro eléctrico, para el desarrollo económico y el progreso social. Los Estados, como garantes del bienestar de sus poblaciones respectivas, han mostrado una fuerte reticencia a ceder sus competencias regulatorias sobre este sector estratégico, vinculado a su soberanía. Esta oposición inicial ha ido cediendo ante diversos argumentos económicos y jurídicos.

El objetivo del mercado interior debe abarcar en todo caso a las actividades del sector energético, puesto que se trata de un *input* fundamental para muchas industrias. En sectores intensivos en energía, como el químico y

³⁶⁵ El Tratado de París de 18 de abril de 1951, por el que se instituye la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA); y el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, por el que se instituye la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa o EURATOM).

el siderúrgico, es imposible creer que existe competencia efectiva entre empresas de distintos Estados miembros cuando éstas no tienen acceso a la energía en igualdad de condiciones. Además, la falta de integración de los mercados europeos del gas y la electricidad no sólo incide negativamente sobre la competitividad de las empresas a un nivel europeo, sino que también afecta a uno de los objetivos de la Unión Europea: la mejora de la competitividad frente al exterior. Europa soporta un coste energético elevado en comparación con otras economías³⁶⁶.

En 1986 J. DELORS lanza la propuesta de la creación del *mercado interior europeo* y transcurren diez años de intensos debates y controversias sobre la oportunidad y la conveniencia de extender ese proyecto al ámbito de la energía, hasta la adopción de la primera Directiva sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

La construcción del *mercado interior de la energía* se planteó por primera vez en un documento de la Comisión Europea de 1988³⁶⁷, considerándose como pieza básica para la articulación de una política energética común. El objetivo al que apuntaba la creación de un mercado único de la energía era suministrar los productos energéticos (electricidad, hidrocarburos y combustibles sólidos) al precio más bajo posible y con las mismas condiciones de seguridad del suministro y calidad del servicio. Las

³⁶⁶ Vid. J. DE LA CRUZ FERRER, *El mercado interior de la electricidad: perspectiva jurídica*, en la obra colectiva *Regulación sectorial y competencia*, Civitas, Madrid (1999), p. 25.

³⁶⁷ Comisión de las Comunidades Europeas, *El mercado interior de la energía*. COM (88) 238 final. Bruselas, 2 de Mayo de 1988. Este documento se emite tras la publicación del Libro Blanco sobre el *Mercado Interior Único* elaborado por la Comisión Europea en 1985 bajo la presidencia de J. DELORS y basado en el concepto del “*coste de la no-Europa*”, es decir, el coste de oportunidad de no avanzar en el proceso de construcción europea. Vid. *supra* epígrafe 2.2 del Capítulo I de esta *Memoria*.

instituciones comunitarias insistían, en este sentido, en que la meta perseguida en última instancia con la constitución de un *mercado interior de la energía* era mejorar la competitividad de la industria europea y elevar el bienestar de los consumidores mediante la disminución del coste de acceso a la energía. En la consecución de estos objetivos se debían tener en cuenta otros como la seguridad del aprovisionamiento y la protección del medio ambiente.

El Tratado de la Unión Europea de 1992 definía en su art. 7 A el nuevo objetivo del proceso de integración, el *mercado interior*. “*un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado*”. Al amparo del art. 90.2 del Tratado de Roma, la aplicación de este concepto al sector energético encontró, en la práctica, el rechazo de la mayoría de los Estados miembros, que defendían la tradicional estructura monopolística de los mercados eléctrico y gasista³⁶⁸.

Progresivamente, y a pesar de la fuerte resistencia planteada por estos enormes conglomerados industriales, profundamente arraigados en el tejido productivo de la mayor parte de los países europeos, el mercado interior se ha extendido al ámbito energético, obligando a todos los Estados miembros a adoptar medidas comunes de liberalización y unos principios mínimos de competencia y concurrencia en sus mercados nacionales.

³⁶⁸ Como puede fácilmente columbrarse, este precepto fue invocado con frecuencia para intentar exceptuar en bloque a todos los tradicionales servicios públicos monopolizados de la aplicación de las normas del Derecho comunitario de la competencia.

En un primer momento, el mercado interior era ya una realidad con respecto al carbón y a los productos derivados del petróleo, en virtud de la aplicación de las disposiciones del Tratado de Roma. La situación era más problemática para los sectores de la electricidad y del gas, porque la propia naturaleza de estos productos energéticos, su transporte y distribución a través de redes especiales y su tradicional consideración como servicios públicos dificultaba la introducción de competencia y la liberalización. Por otro lado, los rasgos estructurales del sistema productivo y las particularidades de régimen jurídico de cada Estado miembro constituían obstáculos adicionales al establecimiento de un marco regulatorio común.

Estas circunstancias demandaban la progresiva incorporación al acervo comunitario de normas orientadas a la apertura a la competencia o liberalización de los mercados energéticos. La liberalización debía ser gradual y respetuosa, en la medida de lo posible, con objetivos nacionales de interés general como la utilización de combustibles autóctonos o la diversificación de fuentes de energía. En línea con este planteamiento, se adoptó un enfoque por etapas para la construcción del mercado interior de la energía, introduciendo además una serie de mecanismos de flexibilización en el proceso de liberalización que permitieran evitar situaciones de bloqueo ocasionadas por diferencias irreductibles entre los sectores energéticos de los Estados miembros.

En atención a los argumentos de la Comisión, la liberalización de los mercados energéticos responde principalmente a tres consideraciones de índole política, económica y jurídica. Así, en primer término, la liberalización

económica figuraba en los programas políticos de los Estados miembros y este fenómeno de apertura a la competencia se extendía a los mercados energéticos, donde las consideraciones políticas encontraban refrendo empírico en las experiencias de países como Reino Unido, Argentina, Noruega y Suecia³⁶⁹. Desde el punto de vista económico, y en la medida en que el suministro energético es un *input* básico para prácticamente todos los procesos productivos, el libre acceso a las fuentes de energía a precios competitivos debería contribuir a reducir los costes de producción de las empresas, y este abaratamiento de la factura energética favorecería el incremento de la competitividad de las empresas europeas en los mercados internacionales. A estos factores económicos se añadían otros de la misma índole, ya que la apertura del sector energético a la competencia, a mediados de los años 90, se produjo en una coyuntura caracterizada por elevadas tasas de crecimiento, lo que proporcionaba una atmósfera favorable a la introducción de medidas aperturistas. Otro elemento positivo fue la reducción continua que experimentaron los tipos de interés a lo largo de esta década, aspecto que repercutió muy positivamente en un sector como el energético, muy intensivo en capital y que acumulaba un alto nivel de endeudamiento. En otro orden de cosas, la liberalización del sector energético estuvo acompañada de

³⁶⁹ “Una rápida mirada exterior ofrecía en aquellos momentos algunos ejemplos relevantes. En 1983 Paul JOSCOW y SCHMALENSEE reflexionaron sobre la «utility deregulation», poniendo de relieve la necesidad del cambio y la dificultad del diseño del nuevo mercado dada la complejidad tecnológica del sistema eléctrico, señalando que «los estrechos vínculos físicos de los componentes en que se apoya un sistema eléctrico moderno ponen de relieve serios problemas de externalidad». En el 89 la Cámara de Representantes de los Estados Unidos recibió un importante estudio «Power Wheeling and Electric Dealing», destacando la significación y problemáticas del acceso a redes. Por su parte, el modelo británico no sólo se preocupaba de reestructurar la industria «aguas arriba», las «wholesale transactions», sino también en el mercado minorista «retail wheeling». Algo parecido ocurrió en Noruega en 1991, aunque con diferente alcance. Luego vino el «Blue Book» californiano. Y en Estados Unidos la primera parte del 2000 centró la discusión, tras un proceso inicial de apertura desigual en más de una treintena de Estados, en la significación de normas como las Órdenes 888 y 2000, focalizada esta última en mejorar los mecanismos de coordinación en la esfera de la operación del sistema”. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *¿Hacia una Directiva del Mercado Interior de la Energía?*”, op. cit., pp. 7-8.

importantes innovaciones tecnológicas que permitieron reducir considerablemente las barreras de entrada al mercado³⁷⁰. Finalmente, una razón de tipo jurídico apoyaba la tesis de la Comisión, a saber, la puesta en marcha del mercado interior a partir del 1 de enero de 1993, lo que implicaba, entre otros aspectos, que la libertad de establecimiento y de prestación de servicios también debía regir en relación con las actividades del sector energético.

Estos y otros factores han resultado decisivos en la configuración del marco jurídico regulador de las actividades del sector de la energía en el ámbito de la Unión Europea, impulsando la apertura a la competencia y la liberalización mediante la aprobación de sucesivas Directivas sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

La construcción del mercado interior de la electricidad se ha llevado a cabo en varias etapas, de acuerdo con el enfoque gradual y flexible al que aludíamos en párrafos anteriores. En 1992 la Comisión Europea formalizó el marco regulador para la constitución del mercado interior de la electricidad, estableciendo un calendario con tres etapas con las que se completaría la apertura a la competencia de las actividades vinculadas al suministro eléctrico³⁷¹.

³⁷⁰ Vid. M^a. Y. GARCÍA MEZQUITA, *El mercado de energía en la Unión Europea*, en revista “Economía” de la UNAM, (septiembre-diciembre 2006), p. 92 – artículo accesible en la dirección: <http://journals.unam.mx/>.

³⁷¹ Vid. Propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de normas comunes para el mercado interior de la electricidad, presentada por la Comisión el 24 de febrero de 1992. COM (91) 548 final- SYN 384 (DOCE núm. C 65, de 14.03.1992, pp. 4-14).

La primera etapa se materializó en la aprobación de dos Directivas, una de ellas relativa a la transparencia de los precios aplicables a los consumidores industriales finales de electricidad³⁷², y la otra referente al tránsito de electricidad por grandes redes³⁷³. La transparencia de precios contribuye a evitar posibles discriminaciones contra determinados consumidores, al permitir a éstos optar entre fuentes de energía y proveedores de suministro alternativos. Por su parte, el tránsito de electricidad por grandes redes apunta a la idea de que el incremento de los intercambios facilita la optimización de la capacidad de producción disponible, así como el uso eficiente de las infraestructuras de transporte de energía.

La segunda etapa comienza con la aprobación de la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad³⁷⁴. Esta Directiva supuso un cambio importante en el régimen jurídico de las actividades vinculadas al suministro eléctrico (generación, transporte, distribución y comercialización)³⁷⁵. Se introducía, además, la obligación de separación –

³⁷² Directiva 90/377/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1990, relativa a un procedimiento comunitario que garantice la transparencia de los precios aplicables a los consumidores finales industriales de gas y electricidad (DOCE núm. L 185, de 17.07.1990, pp. 16-24).

³⁷³ Directiva 90/547/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1990, relativa al tránsito de electricidad por grandes redes (DOCE núm. L 313, de 13.11.1990, pp. 30-33).

³⁷⁴ DOCE núm. L 27, de 30.01.97, pp. 20-29.

³⁷⁵ Con respecto a la actividad de generación se introducía la concurrencia en la construcción de nuevas unidades de producción, permitiendo indistintamente que dicha concurrencia se arbitrara mediante un procedimiento de autorización administrativa o bien mediante licitación pública. En relación con la actividad de transporte, se reconoce el derecho de acceso de terceros a la red (ATR), que puede ser regulado (por las autoridades competentes de cada Estado miembro) o negociado (con el operador del sistema), o bien ajustarse al sistema de comprador único (CU), inspirado en la Agencia de abastecimiento de la CEEA y en el modelo clásico francés de servicio público. En cuanto a la distribución, se disponía que los Estados miembros podían imponer a las compañías distribuidoras la obligación de prestar suministro a todos los consumidores de las áreas geográficas en las que ejercían su actividad, pudiendo regular asimismo las tarifas para garantizar la igualdad de trato.

unbundling – contable para las empresas que desarrollasen su actividad en varias fases del ciclo de explotación del suministro eléctrico. Finalmente, se establecía un calendario de apertura del mercado minorista, mediante la progresiva atribución a los consumidores – en función de determinados umbrales de consumo – de la capacidad de elección de proveedor de suministro eléctrico. En estas condiciones, los Estados miembros disponían de cierto grado de libertad a la hora de transponer la Directiva, siempre que se alcanzasen los resultados económicos que en ella se fijaban y, en concreto, un nivel comparable de apertura y facilidad de acceso a los mercados nacionales de la electricidad.

La tercera etapa prevista se inicia con la aprobación de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE³⁷⁶. Esta Directiva profundiza en las medidas de liberalización del sector eléctrico, a la luz de la experiencia en la aplicación de la Directiva anterior. Con respecto a la generación, se establece como regla general el régimen de autorización administrativa, reservando el sistema de licitación pública para la garantía de determinadas obligaciones de servicio público, protección ambiental o protección de los consumidores. En cuanto al acceso a la red (ATR), se entiende que para lograr que éste se verifique en condiciones no discriminatorias debe ser *regulado* (por la autoridad competente de cada Estado miembro). Se exige el *unbundling* no sólo contable sino también jurídico y funcional a las empresas verticalmente integradas que desarrollen actividades en diversas fases del ciclo de explotación del suministro

³⁷⁶ DOUE núm. L 176, de 15.07.2003, pp. 37-55.

eléctrico. Finalmente, en cuanto al calendario de apertura del mercado, se fija como fecha límite para los consumidores no domésticos el 1 de julio de 2004, y para los restantes el 1 de julio de 2007.

En esta tercera etapa, se aprueba también el Reglamento (CE) núm. 1228/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad³⁷⁷. Este Reglamento comunitario tiene por objeto establecer normas equitativas para los intercambios de energía eléctrica entre Estados miembros, para lo cual establece un mecanismo compensatorio por los flujos eléctricos transfronterizos y fija principios armonizados sobre tarifas de transporte transfronterizo y sobre la asignación de la capacidad de interconexión disponible entre las redes nacionales de transporte.

Una cuarta etapa ha sucedido a las anteriores con la aprobación del *Tercer Paquete Energético*. La Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes del mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE³⁷⁸ profundiza aún más en el proceso liberalizador, tratando de eliminar los obstáculos persistentes a la integración de los mercados energéticos nacionales puestos de manifiesto en la aplicación de las Directivas anteriores. Con respecto a las obligaciones de servicio público relativas a la seguridad del abastecimiento energético – el servicio universal de suministro eléctrico – y en

³⁷⁷ DOUE núm. L 176, de 15.07.2003, pp. 1-10.

³⁷⁸ DOUE núm. L 211, de 14.08.2009, pp. 55-93.

la perspectiva de la plena apertura del mercado a la competencia – con la supresión del suministro a tarifa y el desarrollo de la actividad de comercialización –, se regula el *suministro de último recurso* como instrumento específico dirigido a afrontar los fenómenos de pobreza energética en grupos de consumidores especialmente vulnerables. La nueva Directiva atribuye un importante papel a las autoridades reguladoras nacionales, organismos supervisores de la competencia en el sector energético a nivel de cada Estado miembro. También se introducen una serie de medidas dirigidas a promover la liberalización de los mercados minoristas (*retail markets*). Se impone, asimismo, el *unbundling* patrimonial a los gestores de la red de transporte.

En este *Tercer Paquete Energético* también hemos de incluir el Reglamento (CE) núm. 713/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Regulación de los Cooperadores de la Energía³⁷⁹ (ACER), y el Reglamento (CE) núm. 714/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad³⁸⁰. La primera norma establece un marco europeo institucional para la cooperación entre las autoridades reguladoras nacionales, lo que, sin perjuicio de la decisiva función supervisora de la competencia que se reconoce a éstas en relación con los mercados energéticos nacionales, resulta de todo punto necesario para lograr configurar un mercado interior europeo de la electricidad. En la misma línea se inscribe el segundo Reglamento, que trata de

³⁷⁹ DOUE núm. L 211, de 14.08.2009, pp. 1-14.

³⁸⁰ DOUE núm. L 211, de 14.08.2009, pp. 15-35.

impulsar los intercambios transfronterizos como elemento significativo para el funcionamiento eficaz de ese mercado interior de la electricidad.

En el marco del proceso descrito hemos de contextualizar las disposiciones del Tratado de Lisboa, y en particular el art. 194 que introduce en el texto del TFUE. Este precepto inscribe expresamente la definición de la política energética común *“en el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior”*, al tiempo que señala como primer objetivo de dicha política *“garantizar el funcionamiento del mercado de la energía”*. Con ello se reconoce al máximo nivel normativo - Derecho originario o de los Tratados- que *la construcción del mercado interior de la energía es el eje principal de desarrollo de una política energética común*.

Partiendo de esta constatación, es claro que el estudio de la política energética común de la Unión Europea no puede prescindir del análisis del mercado interior de la energía, que abordaremos en este Capítulo. Para ello, distinguiremos dos aproximaciones: el análisis estructural o estático, que se centrará en las herramientas jurídicas empleadas para la construcción del mercado interior de la electricidad; y el análisis dinámico o funcional, que formularemos a partir de los principios que rigen el funcionamiento de ese mismo mercado interior.

2. Herramientas jurídicas para la construcción del mercado interior de la electricidad.

2.1. Nota previa.

En este epígrafe pretendemos abordar el análisis de las herramientas jurídicas que el legislador comunitario ha empleado para la construcción del mercado interior de la energía eléctrica. Se trata, en definitiva, de enumerar y exponer los aspectos más relevantes de las instituciones jurídicas a las que se recurrido para promover la apertura a la competencia del sector de las actividades económicas vinculadas al suministro eléctrico.

En el mes de agosto de 2009 se publicaron las Directivas 2009/72/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y 2009/73/CE para el mercado interior del gas³⁸¹.

Ante las dificultades que se plantean a la hora de interpretar algunos aspectos de ambas, en el mes de febrero de 2010 la Comisión Europea ha hecho públicas una serie de *Notas interpretativas* que tienen como objetivo exponer la interpretación que la propia Comisión hace de algunos aspectos fundamentales de estos textos legislativos. Estas *Notas* versan sobre los siguientes elementos esenciales para la construcción del mercado interior de la energía:

- *Mercados Minoristas*, que trata aspectos comerciales y de redes.
- *Autoridades Reguladoras Nacionales*.

³⁸¹ DOUE núm. L 211, de 14.8.2009, pp. 55 y ss., y 94 y ss.

- *Acceso a los almacenamientos de gas.*
- *Separación de actividades (unbundling).*

Es preciso aclarar que estos documentos no son vinculantes desde un punto de vista estrictamente jurídico. En cualquier caso tienen un indudable valor como referencia tanto a la hora de trasponer a legislación nacional lo dispuesto en las Directivas, como cuando la Comisión evalúe la adecuación de la legislación nacional a las Directivas. Con la salvedad apuntada, y atendiendo a su indudable valor interpretativo, utilizaremos estos documentos para precisar la naturaleza y alcance de las diversas instituciones jurídicas que pasamos, sin más dilación, a analizar.

2.2. La regulación de las actividades económicas vinculadas al suministro eléctrico.

A) Generación.

La *producción* y la *comercialización* de energía eléctrica tienen la condición jurídica de *actividades libres* o *competitivas*, en las que se reconoce y garantiza la libertad de entrada al mercado, la formación competitiva de los precios, la libertad de contratación y la libertad de inversión³⁸².

³⁸² *Vid.* epígrafe 2.2. B) del Capítulo II de esta *Memoria*. En este sentido, el art. 11.1 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997, pp. 35097-35126), tras la reforma operada por la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE (BOE núm. 160, de 5 de julio de 2007, pp. 29047-29067), establece que “*la producción de energía eléctrica se desarrolla en un régimen de libre competencia en el mercado de producción de energía eléctrica*”.

La construcción del mercado interior de la electricidad se materializa en el tránsito del modelo tradicional de servicio público monopolizado a un modelo alternativo en el que el protagonismo en la prestación del servicio de suministro eléctrico se atribuye al mercado, sin perjuicio de la imposición a los operadores del sector de una serie de obligaciones de servicio público. Este objetivo implica, en primer término, que deben promoverse las medidas de apertura a la competencia que permitan que tales operadores cuenten con los incentivos adecuados para el desarrollo de su actividad en condiciones de mercado:

“Un mercado interior de la electricidad que sea operativo debe ofrecer a los productores los incentivos apropiados para invertir en nueva generación de energía, incluida la electricidad procedente de fuentes de energía renovables, prestando especial atención a los países y las regiones más aislados en el mercado comunitario de la energía. (...)”³⁸³.

En este contexto, las normas comunitarias sobre el mercado interior de la electricidad han contemplado tradicionalmente dos mecanismos jurídicos para llevar a cabo la apertura a la competencia: la *autorización* administrativa reglada y la *licitación* pública para la construcción de nuevas plantas de generación.

En una primera aproximación, el procedimiento de *autorización* reglada parece responder mejor a las exigencias de la libre competencia. El carácter *reglado* de la *autorización* administrativa indica que la denegación sólo puede encontrar legítima justificación en razones de seguridad, protección del medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo, o bien en la ausencia o

³⁸³ Vid. Considerando (6) de la Directiva 2009/72/CE.

insuficiencia de la necesaria capacidad técnica y financiera por parte de la compañía eléctrica solicitante³⁸⁴.

Sin embargo, el legislador comunitario ha constatado también el hecho de que siendo el procedimiento de *autorización* el más apropiado para conseguir una efectiva apertura del mercado a la competencia, por la misma razón no siempre logra garantizar la adecuada prestación de las obligaciones de servicio público por parte de los operadores del sector y, en general, el cumplimiento de una serie de fines de interés público. Con fundamento en todas estas consideraciones, se establece la posibilidad de promover *licitaciones* o procedimientos equivalentes - en términos de transparencia y no discriminación - en caso de que el libre juego de las fuerzas del mercado no dé lugar a una capacidad de producción suficiente para atender las obligaciones de servicio público:

*“Casi todos los Estados miembros han optado por abrir a la competencia el mercado de la producción de energía eléctrica mediante un procedimiento transparente de autorización. No obstante, los Estados miembros deben garantizar la posibilidad de contribuir a la seguridad del suministro a través del establecimiento de un procedimiento de licitación o un procedimiento equivalente en caso de que no sea suficiente la capacidad de producción obtenida con el procedimiento de autorización. Los Estados miembros deben tener la posibilidad de recurrir, por razones de protección del medio ambiente y de promoción de nuevas tecnologías incipientes, al procedimiento de licitación para la adjudicación de nuevas capacidades con arreglo a criterios publicados. Estas nuevas capacidades incluyen, entre otras cosas, las energías renovables y la producción combinada de calor y electricidad”*³⁸⁵.

³⁸⁴ Vid. J. M^a. GIMENO FELIÚ, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, op. cit., p. 101. En particular, las normas comunitarias (art. 5.1 de la Directiva 96/92/CE, art. 6.2 de la Directiva 2003/54/CE y art. 7.2 de la Directiva 2009/72/CE) disponen que los Estados miembros fijarán los criterios para la concesión de autorizaciones de construcción de instalaciones de generación de energía eléctrica en su territorio en función de: a) la seguridad y la protección de las redes e instalaciones eléctricas y de los equipos asociados; b) la protección de la salud y de la seguridad públicas; c) la protección del medio ambiente; d) la ordenación del territorio y la elección de los emplazamientos; e) la utilización del suelo público; f) la eficiencia energética; g) la naturaleza de las fuentes primarias; h) las características particulares del solicitante, tales como capacidades técnicas, económicas y financieras; e i) el cumplimiento de las medidas adoptadas en relación con las obligaciones de servicio público y la protección del consumidor-usuario del servicio de suministro eléctrico.

³⁸⁵ Vid. Considerando (22) de la Directiva 2003/54/CE.

La Directiva 96/92/CE regulaba la *generación* estableciendo en favor de los Estados miembros la opción indistinta por un procedimiento de *autorización* o de *licitación*³⁸⁶. A partir de la aprobación de la Directiva 2003/54/CE, la regla general es el procedimiento de *autorización* reglada para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica³⁸⁷, mientras que se contempla la posibilidad de convocar una *licitación* pública u otro procedimiento equivalente en cuanto a transparencia y no discriminación por razones de seguridad del suministro, protección del medio ambiente y promoción de nuevas tecnologías emergentes³⁸⁸. Por lo que se refiere a la seguridad del suministro, a través de la *licitación* pública podrá instrumentarse la previsión de nuevas capacidades de generación o la adopción de medidas de eficiencia energética y gestión de la demanda³⁸⁹.

En cualquier caso, el objetivo perseguido de forma inmediata con estas medidas es la constitución de un *mercado de producción organizado* de energía eléctrica. En efecto, se trata ante todo de poner en marcha un mercado

³⁸⁶ Vid. art. 4 de la Directiva 96/92/CE.

³⁸⁷ Vid. en este sentido el art. 21 de la Ley del Sector Eléctrico.

³⁸⁸ Vid. art. 7.1 y 2 de la Directiva 2003/54/CE, y art. 8.1 y 2 de la Directiva 2009/72/CE.

³⁸⁹ El art. 46 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. 1, apdo. once, del Real Decreto-Ley 13/2012 define el régimen jurídico de las medidas de gestión de la demanda en los siguientes términos: “Las empresas eléctricas, los consumidores y el operador del sistema, en coordinación con otros agentes, podrán realizar y aplicar medidas que fomenten una mejora de la gestión de la demanda eléctrica y que contribuyan a la optimización de la curva de carga y/o a la eficiencia y ahorro energéticos. Sin perjuicio de lo anterior, la Administración podrá adoptar medidas que incentiven la mejora del servicio a los ciudadanos y la eficiencia y el ahorro energéticos, directamente o a través de agentes económicos cuyo objeto sea el ahorro y la introducción de la mayor eficiencia en el uso final de la electricidad. El cumplimiento de los objetivos previstos en dichas medidas podrá dar lugar al reconocimiento de los costes en que se incurra para su puesta en práctica, que tendrán la consideración de costes de diversificación y seguridad de abastecimiento. A los efectos de dicho reconocimiento las medidas deberán ser aprobadas por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo informe de las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial. Entre estas medidas se incluirán los contratos de prestación del servicio de interrumpibilidad gestionados por el operador del sistema”.

mayorista de contratación de energía eléctrica al que tengan acceso todos los productores y al que en atención a estos rasgos se designa habitualmente como “*pool*” de generación.

El proceso de construcción del mercado interior de la electricidad se inicia con la liberalización del segmento mayorista, introduciendo competencia en la actividad de generación mediante la constitución de un *pool*, otorgando facultad de elección de proveedor a los distribuidores y negándola a los consumidores finales. En esta primera etapa cobra especial importancia el *acceso a la red de transporte*. El acceso a la red de distribución no puede ejercitarse ya que se niega la capacidad de elección de suministrador a los consumidores que no ostentan la condición de *cualificados*, en función de los umbrales de consumo y los períodos de tiempo que han establecido sucesivamente las normas comunitarias sobre el mercado interior de la electricidad³⁹⁰, imputándose entretanto a los distribuidores de cada zona la responsabilidad concreta de la garantía de suministro.

El proceso liberalizador culmina con la apertura del segmento minorista a la competencia, mediante la generalización de la condición de consumidor *cualificado*. En ese momento adquiere protagonismo la nueva figura de las *comercializadoras*, sociedades mercantiles que, accediendo a las redes de transporte o distribución, tienen como función la venta de energía eléctrica a los consumidores³⁹¹. Se trata de intermediarios que trasladan la presión

³⁹⁰ *Vid.* art. 19 de la Directiva 96/92/CE, art. 21.1 de la Directiva 2003/54/CE y art. 33.1 de la Directiva 2009/72/CE.

³⁹¹ Cfr. art. 9.1, apdo. f), de la Ley del Sector Eléctrico.

competitiva desde los consumidores finales (segmento minorista) a los productores (segmento mayorista), que son los que están en situación de lograr reducciones de costes mediante la innovación y la mejora de la eficiencia. El *comercializador*, por su parte, desarrolla su negocio tratando de obtener economías de escala mediante la agregación de los consumos de sus clientes. Esta actividad no resulta económicamente rentable en tanto coexista el suministro a tarifa con la contratación libre, por lo que su desarrollo marca la culminación de la apertura del sector eléctrico a la competencia.

El texto de la Directiva 96/92/CE no contemplaba explícitamente la creación de un mercado de producción organizado de energía eléctrica, como fácilmente se deduce de la lectura de los arts. 17 y 18, donde únicamente se alude a la posibilidad de acceso a las redes de transporte y distribución para *“celebrar contratos de suministro mediante acuerdos comerciales voluntarios”*. A tenor de lo establecido en estos preceptos, queda claro que sólo se preveía en un primer momento la celebración de contratos bilaterales entre productores, comercializadores y distribuidores o clientes cualificados³⁹².

La experiencia demuestra que los problemas de información y coordinación que afrontan los operadores de determinados sectores dificultan

³⁹² En el Reino Unido, país europeo pionero en la liberalización de los mercados energéticos, se pensó inicialmente que la transición a la competencia –manteniendo la seguridad y la eficacia del sistema – podría conseguirse simplemente permitiendo transacciones bilaterales y contratos entre generadores y distribuidores, comercializadores o consumidores, una vez desactivada la posición de dominio de la red de transporte. Sin embargo, a medida que se descubrían las consecuencias e implicaciones del nuevo sistema, quedó claro que un modelo apoyado únicamente en contratos bilaterales sería difícilmente compatible con las exigencias de seguridad del sistema eléctrico y que estas transacciones no crearían de inmediato un auténtico mercado con la necesaria publicidad de la información sobre las condiciones de precios y suministros de los productos y servicios. El desarrollo de la competencia en sectores tecnológicamente sofisticados se enfrenta a problemas importantes de información y coordinación entre los agentes. *Vid. J. DE LA CRUZ FERRER, El mercado interior de la electricidad: perspectiva jurídica, op. cit., p. 54.*

notablemente la definición y asignación de los derechos de propiedad y de las correspondientes obligaciones en la prestación de ciertos servicios y, en consecuencia, pueden llegar a impedir la formación de mercados. Estos problemas de información y coordinación revisten una especial trascendencia en los sectores tecnológicamente más avanzados³⁹³.

Los problemas de información se producen porque los datos de que disponen los consumidores y las compañías eléctricas son escasos y/o imprecisos, o porque las reglas de funcionamiento del mercado son poco claras o complejas. Estos problemas de información hacen difícil definir con precisión el alcance de los derechos de propiedad implicados en la prestación del servicio de suministro (derecho a hacer uso de un bien, a permitir o excluir su uso por terceros, a percibir los frutos o ingresos que genera y a venderlo o enajenarlo de una u otra forma...). Los consumidores y las compañías eléctricas pueden carecer de conocimientos acerca de las oportunidades que existen de obtener ganancias o acerca de las garantías de que el resto de los agentes del sector cumplan sus obligaciones. La experiencia también demuestra que los costes de la información disminuyen a medida que se despliega la red de los mercados y se desarrollan las instituciones jurídicas que la sustentan: la economía adquiere mayor densidad y se multiplica la difusión de información³⁹⁴.

³⁹³ Cfr. R. H. COASE, *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Editorial, Madrid (1994); y BANCO MUNDIAL, *El Estado en un mundo en transformación*, Washington DC (1997), pp. 49-51. Cit. por J. DE LA CRUZ FERRER, *El mercado interior de la electricidad: perspectiva jurídica*, *op. cit.*, nota 24, p. 57. Sobre el teorema de COASE y los costes de transacción *vid. supra* epígrafe 1 del Capítulo II de esta *Memoria*.

³⁹⁴ Sobre el fenómeno del *desbordamiento del conocimiento* y la teoría de las economías de escala externas a la empresa e internas a la industria *vid.* P. R. KRUGMAN y M. OBSTFELD, *Economía internacional...*, *op. cit.*, Madrid (2006), p. 148.

Los problemas de información dificultan la coordinación de la actividad económica. Las empresas, que actúan movidas por el propio interés, generalmente sólo están dispuestas a compartir información si ello no les supone ningún perjuicio. La existencia de riesgo moral - *moral hazard*³⁹⁵ -, es decir, el peligro de que las demás partes incumplan los acuerdos si les conviene, impide a las empresas aprovechar las oportunidades de ganancia mutua. A medida que los mercados se desarrollan, aparecen mecanismos institucionales que propician la seguridad jurídica y facilitan la cooperación entre las empresas. Este es el planteamiento que subyace a la creación de mercados de producción de electricidad organizados.

Las nuevas industrias demandan instituciones jurídicas, económicas y financieras más complejas que, a su vez, permitan un nuevo desarrollo de la industria, al aumentar los flujos de información de todo tipo y al intensificarse la coordinación entre los agentes del mercado y los nuevos entrantes - *new comers* - , así como con otros mercados financieros, de seguros, de información, de tecnología, etc.

La aparición y el desarrollo de mercados al contado (*spot*) son posibles incluso cuando los mecanismos de información y coordinación son deficientes, ya que el hecho de que el intercambio sea simultáneo dificulta el fraude. En este contexto, se trata de diseñar las instituciones jurídicas que al asignar

³⁹⁵ El *riesgo moral* surge cuando determinados acuerdos entre participantes en el mercado alteran los incentivos de alguno de ellos, de forma que aumenta su preferencia por posiciones de mayor riesgo ante la perspectiva de que en caso de que se produzcan efectivamente los hechos o situaciones temidas sus consecuencias deberán ser soportadas o afrontadas por otros. Vid. J. M^o. MARÍN QUEMADA y J. GARCÍA-VERDUGO SALES, *Bienes públicos globales, política económica y globalización*, op. cit., p. 193.

derechos a los agentes económicos, permiten la aparición de un mercado al contado a través del cual comenzará a fluir la información sobre productos y precios, facilitando la entrada de nuevos operadores, el aumento del volumen de contratación y la difusión de información relevante, así como la paulatina coordinación entre todos los agentes del sector.

Este modelo de *pool* de producción eléctrica se traduce en la configuración de un mercado mayorista al que están obligados a concurrir todos los productores y todos los distribuidores, así como los comercializadores y clientes cualificados que lo deseen. En este mercado se realiza una contratación *multilateral, al contado y con formación de precios marginales del sistema*. La gran ventaja comparativa de los mercados de producción organizados estriba en la minimización de los costes de información y de transacción en los que debe incurrirse para realizar la contratación y, por ende, para que los productores puedan acceder al despacho de su energía. Con ello, es todo el mercado de generación el que queda abierto a la competencia. Cualquier generador tiene su acceso garantizado al mercado si su oferta es inferior al precio marginal del sistema en el período correspondiente³⁹⁶.

En las Directivas 2003/54/CE y 2009/72/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad se contempla ya la constitución de mercados de producción organizados, sobre la base del acceso *regulado* a las redes de transporte y distribución y la generalización progresiva de la condición

³⁹⁶ Vid. J. DE LA CRUZ FERRER, *El mercado interior de la electricidad: perspectiva jurídica, op. cit.*, p. 56.

de consumidor-usuario *cualificado*, en otras palabras, de la posibilidad de elegir proveedor del servicio de suministro eléctrico³⁹⁷.

En cualquier caso, merece la pena destacar que hay un salto cualitativo entre el mero reconocimiento de la libertad de contratación y la constitución y puesta en marcha de un mercado organizado de producción, y que este salto no viene impuesto por el Derecho comunitario, sino que viene a materializar la opción decidida y temprana – ya con la aprobación de la Ley 54/1997 - del legislador español en favor de la plena liberalización de las actividades del sector eléctrico y su desarrollo en régimen de libre iniciativa empresarial.

El mercado español de producción de energía eléctrica está integrado por el conjunto de transacciones comerciales de compra y venta de energía y de otros servicios relacionados con el suministro. Este mercado se estructura, a su vez, en mercados a plazo, mercado diario, mercado intradiario, la resolución de restricciones técnicas del sistema, los servicios complementarios, la gestión de desvíos y los mercados no organizados³⁹⁸.

Los mercados diario e intradiario de producción de electricidad constituyen un mercado organizado continuo (*spot*) de un bien físico – la electricidad – de difícil almacenamiento. El mercado de producción eléctrica organizado es un mercado *primario*. Debido a las características del producto,

³⁹⁷ De este modo, se dispone la apertura completa del mercado por el lado de la demanda en dos fases: a partir del 1 de julio de 2004 se garantiza la libertad de elección de todos los clientes no domésticos y a partir del 1 de julio de 2007 el mercado queda abierto para todos los clientes (art. 21.1 de la Directiva 2003/54/CE).

³⁹⁸ *Vid.* art. 11.1 de la Ley del Sector Eléctrico.

se requiere un perfecto ajuste entre las ofertas de compra y venta programadas y los suministros reales, de modo que no exista demanda insatisfecha ni sobreproducción. Con este fin se instrumentan una serie de mecanismos, como los servicios complementarios y servicios de ajuste del sistema (resolución de restricciones técnicas, gestión de desvíos), para garantizar en todo caso la seguridad del suministro.

Los compromisos de compra y venta de energía son *en firme*, por lo que se arbitra un sistema de garantías que implica que si un productor no entrega finalmente la energía ofrecida, otro lo hará por él con la penalización correspondiente, que se traduce en un sobreprecio por desvío de programación entre lo ofertado y lo realmente suministrado. De igual forma, si el comprador no abona el precio de la energía suministrada se hará efectivo el pago con cargo a la garantía previamente constituida. En cualquier caso, los agentes del mercado, vendedores y compradores, no pueden actuar en él sin la previa constitución de una serie de garantías que se ejecutarán en los supuestos de incumplimiento³⁹⁹.

El mercado de producción organizado es un mercado *al contado*, ya que no transcurren más de 24 horas entre la formalización del contrato y su perfección mediante la entrega física de la energía⁴⁰⁰. Recientemente se ha

³⁹⁹ Vid. R. RAMOS GIL, *La producción de energía eléctrica en régimen ordinario. El mercado diario e intradiario de electricidad y su gestión económica por OMEL. Los otros mercados eléctricos*, en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ, M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. III (*Energía*), tomo I, Iustel (2009), pp. 340-341.

⁴⁰⁰ Por esta razón, también se dice que la contratación en este mercado continuo es *day-ahead*. Se trata de una aplicación del criterio establecido con carácter general por el art. 337 del Código de Comercio: “*Si no se hubiere estipulado el plazo para la entrega de las mercaderías vendidas, el vendedor deberá tenerlas a disposición del comprador dentro de las veinticuatro horas siguientes al contrato*”.

introducido la posibilidad de ofertas *en cartera – portfolio* -, lo que podría conducir a la pérdida del carácter *físico* del mercado diario e intradiario de electricidad⁴⁰¹.

Finalmente, el mercado de producción organizado de energía eléctrica es un mercado *de precio marginal*, lo que implica que los agentes cuyas ofertas de compra y venta resulten casadas serán retribuidos de conformidad con el precio único que se derive de la casación, y no con arreglo al precio inicialmente ofertado por cada uno de ellos. Así, la retribución de la actividad de producción viene determinada, en primer término, por

“La energía eléctrica negociada a través de los mercados diario e intradiario que se retribuirá sobre la base del precio resultante del equilibrio entre la oferta y la demanda de energía eléctrica ofertada en los mismos.

*La energía eléctrica negociada a través de los mercados de contratación bilateral o física o a plazo que se retribuirá sobre la base del precio de las operaciones contratadas en firme en los mencionados mercados. (...)*⁴⁰².

En otras palabras:

*“(...). El resultado de la casación determinará el precio marginal para cada período de programación, que será el precio resultante del equilibrio entre la oferta y la demanda de energía eléctrica ofertada en los mismos, así como la energía comprometida por cada uno de los agentes del mercado diario de producción en función de las ofertas de adquisición y venta asignadas en dicha casación. El resultado de la casación incluirá, también, el orden de precedencia económica de todas las unidades de adquisición o de venta sobre las que se hubiera presentado oferta, aun cuando hubieran quedado fuera de la casación. (...)*⁴⁰³.

⁴⁰¹ Vid. art. 11.4 *in fine* de la Ley del Sector Eléctrico, introducido por el art. único, apdo. dieciocho, de la Ley 17/2007.

⁴⁰² Art. 16.1, apdo. a), de la Ley del Sector Eléctrico. El segundo párrafo del precepto transcrito pone de relieve que el precio de los mercados diario e intradiario tiene el carácter de precio de referencia o *subyacente* en los mercados de derivados.

⁴⁰³ Art. 10 del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica (BOE núm. 130, de 27 de diciembre de 1997, pp. 38047-38057).

La contratación de energía eléctrica puede llevarse a cabo mediante el sistema tradicional de suministro a tarifa, a través del mercado organizado de producción, o bien mediante la concertación de contratos bilaterales. En todo caso, las características del producto hacen que la negociación de los términos de la transacción requiera, para poder desarrollarse en condiciones de mercado, de una cierta *regulación* que contemple al menos un elenco de tipos contractuales congruentes con el objetivo de apertura del mercado a la competencia⁴⁰⁴.

El principio básico que preside la organización del mercado de la energía eléctrica es la libertad de contratación para productores, comercializadores y consumidores⁴⁰⁵. Los generadores deben ofertar su producción, a través de una de las tres vías de negociación – suministro a tarifa, *pool* mayorista o contratos bilaterales físicos -, salvo que la planta de generación se encuentre indisponible por avería, o por la necesidad de ejecutar tareas de revisión o mantenimiento⁴⁰⁶. En este contexto, se han instrumentado los denominados *pagos por capacidad* como concepto diferenciado dentro de la retribución de la actividad de producción⁴⁰⁷ que sustituye al tradicional de *garantía de potencia*,

⁴⁰⁴ Cfr. art. 11.1 y 4 de la Ley del Sector Eléctrico.

⁴⁰⁵ Como señala el art. 24.1 de la Ley del Sector Eléctrico, “*la contratación de energía eléctrica podrá realizarse libremente, en los términos previstos en esta Ley y en sus Reglamentos de desarrollo*”.

⁴⁰⁶ Vid. art. 23 de la Ley del Sector Eléctrico. El mercado diario de producción no es, *stricto sensu*, un mercado obligatorio. Lo que sucede es que la combinación de pagos por capacidad con el carácter físico del mercado supone que un productor en régimen ordinario, que no haya contratado energía bilateralmente o la suministre a tarifa y no tenga su planta de generación indisponible, necesariamente debe ofrecerla al mercado (*pool* mayorista). Vid. R. RAMOS GIL, *La producción de energía eléctrica en régimen ordinario...*, *op. cit.*, p. 342.

⁴⁰⁷ Vid. art. 16.1, apdo. c), de la Ley del Sector Eléctrico. En este sentido, el preámbulo de la Orden ITC/2794/2007, de 27 de septiembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de octubre de 2007 (BOE núm. 234, de 29 de septiembre de 2007, pp. 39690-39698) señala que “*el sistema de «pagos por capacidad» se desarrolla bajo la premisa de que la demanda de energía eléctrica es inelástica y de*

con el fin de promover la concurrencia de ofertas al mercado organizado de producción de modo que se puedan atender todas las necesidades de capacidad del sistema.

Las plantas de generación de potencia instalada superior a 50 MW o que presten el servicio de suministro eléctrico a tarifa deben ofrecer su producción al mercado organizado⁴⁰⁸. La participación en el sistema de ofertas en el mercado diario de energía eléctrica es una obligación para los productores⁴⁰⁹ que sólo admite determinadas excepciones⁴¹⁰ – singularmente, la celebración de contratos bilaterales⁴¹¹ o la generación en régimen especial⁴¹² –, que en

que el mallado de la red no es perfecto; en consecuencia, el precio de la energía puede ser una señal insuficiente para garantizar la cobertura del suministro de electricidad. En estas condiciones la disponibilidad de potencia para el sistema eléctrico adquiere el carácter de «bien público» y precisa ser objeto de una retribución regulada responsable de asegurar el equilibrio entre la oferta y la demanda de energía a medio y largo plazo en todos los nodos de la red”. El Anexo III de la Orden ITC/2794/2007 regula los pagos por capacidad a los que vincula con la prestación del servicio de capacidad a medio y largo plazo ofrecido por las instalaciones de generación al sistema eléctrico. El procedimiento para la prestación de este servicio se formaliza mediante la contratación bilateral entre el operador del sistema y el titular de la instalación de generación. El operador del sistema liquida los incentivos cuya percepción hubieran devengado los titulares de las instalaciones de generación correspondientes en virtud de las inversiones realizadas en cumplimiento de los contratos de prestación del servicio de capacidad a medio y largo plazo.

⁴⁰⁸ Vid. art. 23.1 de la Ley del Sector Eléctrico.

⁴⁰⁹ Vid. art. 26.2, apdo. b), de la Ley del Sector Eléctrico. De conformidad con lo establecido en el art. 9, apdo. a), de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art.1, apdo. dos, del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen Directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de contrataciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista (BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2012, pp. 26876-26967), “*los productores de energía eléctrica, ... son aquellas personas físicas o jurídicas que tienen la función de generar energía eléctrica, ya sea para su consumo propio o para terceros, así como las de construir, operar y mantener centrales de producción. (...)*”.

⁴¹⁰ Vid. art. 25 de la Ley del Sector Eléctrico.

⁴¹¹ El art. 24.3 de la Ley del Sector Eléctrico dispone que “*los sujetos que participen en el mercado de producción de energía eléctrica podrán formalizar contratos bilaterales con entrega física que contemplarán al menos el precio de adquisición de la energía y el período temporal del suministro. Reglamentariamente se determinará qué elementos de estos contratos deberán ser puestos en conocimiento del operador del sistema*”.

⁴¹² En relación con el régimen especial de producción de energía eléctrica vid. capítulo II del título IV de la Ley del Sector Eléctrico (arts. 27 y ss.). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.1 de la Ley del Sector Eléctrico, “*la actividad de producción de energía eléctrica tendrá la consideración de*

cualquier caso deben ser comunicadas al operador del sistema al objeto de ajustar el equilibrio entre producción y consumo⁴¹³. De este modo, el operador del sistema dispone de información previa para la resolución de restricciones técnicas.

En consecuencia, los productores pueden participar en el mercado de electricidad a través de las siguientes modalidades:

- Contratación a plazo de carácter bilateral mediante negociación entre las partes o a través de subastas en el mercado organizado; dentro de estas últimas cabe destacar las emisiones primarias de energía (VPPs o *virtual power plants*)⁴¹⁴ y subastas de los distribuidores (CESUR)⁴¹⁵.

producción en régimen especial en los siguientes casos, cuando se realice desde instalaciones cuya potencia instalada no supere los 50 MW: a) Instalaciones que utilicen la cogeneración u otras formas de producción de electricidad asociadas a actividades no eléctricas siempre que supongan un alto rendimiento energético. b) Cuando se utilice como energía primaria alguna de las energías renovables no consumibles, biomasa o cualquier tipo de biocarburante, (...). 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 energético”.

⁴¹³ Vid. art. 23.3 de la Ley del Sector Eléctrico.

⁴¹⁴ Entre las medidas de fomento de la competencia destacan las denominadas subastas de emisiones primarias de energía [EPEs o VPPs (*Virtual Power Plant Auctions*)]. Se trata de un mecanismo de *venta de capacidad de generación a plazo estructurado bajo la forma de un contrato de opción de compra*. El comprador adquiere, a cambio de una cantidad fija (o prima), el derecho (no la obligación) de obtener del vendedor, siempre que se lo requiera y durante un plazo de tiempo dado, cierta cantidad máxima de potencia, la cual paga al vendedor a un precio de ejercicio fijado en el propio contrato. Para el comprador del contrato, éste es similar a poseer una central de generación con una capacidad igual a la potencia máxima contratada y con un coste de oportunidad igual al precio de ejercicio. Para el vendedor, es similar a ceder a un tercero dicha potencia. Sobre las subastas de emisiones de energía primaria *vid.* material didáctico accesible en la dirección: <http://www.energiaysociedad.es/>. En este sentido, el Considerando (37) de la Directiva 2009/72/CE señala que “(...) las centrales eléctricas virtuales – concepto que designa un programa de cesión de electricidad por el cual una empresa que produzca electricidad está obligada a vender o a ofrecer un cierto volumen de electricidad, o a dar acceso a parte de su capacidad de generación a los suministradores interesados durante cierto tiempo – son una de las posibles medidas para fomentar una competencia eficaz y para garantizar el correcto funcionamiento del mercado. (...)”.

⁴¹⁵ Las subastas de energía para el suministro a tarifa constituyen un mecanismo de compra de energía destinado a los consumidores acogidos a tarifa integral o regulada. Se implantó en España en junio de 2007. La finalidad de estas compras de energía denominadas CESUR (Contratos de Energía para el Suministro de Último Recurso) es, por un lado, fomentar la liquidez de los mercados a plazo y, por otro

- Contratación en el mercado diario, lo que permite la ejecución de contratos bilaterales, la contratación a través de ofertas en el mismo y la integración voluntaria de las posiciones a plazo para las que se desee entrega física a través del mercado diario.
- El mercado diario se configura a partir de los sistemas eléctricos de España y Portugal como *Mercado Ibérico de Electricidad* (MIBEL), e incorpora un procedimiento de formación de precios a partir de la separación de mercados en los supuestos de congestión en las interconexiones transfronterizas.
- El mercado intradiario está abierto a todos los agentes del sector, tanto los que hayan contratado energía a través del mercado diario como los que hayan suscrito contratos bilaterales.
- Los procesos de gestión técnica garantizan la seguridad del suministro y la fiabilidad del sistema eléctrico⁴¹⁶.

Actualmente, todos los consumidores, tanto domésticos como industriales, tienen la condición de *cualificados* y en consecuencia pueden elegir suministrador, acudir al mercado organizado de producción o continuar recibiendo el servicio mediante suministro a tarifa integral. Si optan por participar en el mercado organizado de producción no pueden regresar al régimen de suministro a tarifa integral durante el período de un año. La apertura del mercado a la competencia culmina con la progresiva desaparición

lado, estabilizar el coste de la tarifa integral haciendo previsible el coste de adquisición de la energía para los consumidores acogidos al suministro regulado, frente al valor más imprevisible de la energía si se compra en el volátil mercado diario. Un coste de generación más cercano a la realidad y conocido *ex ante* permite reducir el déficit tarifario. Sobre las subastas CESUR *vid.* tema 5 del apartado “Documentos” en la dirección: <http://www.energiaysociedad.es/>.

⁴¹⁶ *Vid.* R. RAMOS GIL, *La producción de energía eléctrica en régimen ordinario...*, *op. cit.*, p. 347.

del suministro a tarifa a favor de la comercialización del suministro de último recurso⁴¹⁷.

B) Transporte.

Existen básicamente dos acepciones de la expresión “*transporte de electricidad*”⁴¹⁸. Cabe referirse, en primer término, al *transporte* en un sentido amplio, es decir, a la actividad consistente en hacer transitar la energía eléctrica a través de la red, aspecto esencial para la prestación del servicio de suministro eléctrico por la imposibilidad de almacenamiento y la necesidad de conducir el fluido desde los lugares donde se genera hasta los puntos en que se consume.

En segundo término, cabe hablar del *transporte* en sentido estricto, es decir, diferenciado de la actividad de *distribución* de energía eléctrica. Para el legislador comunitario ambos conceptos se refieren a la transmisión de electricidad, a través de las correspondientes redes. La diferencia estriba en que en el *transporte* la transmisión se lleva a cabo con el objeto de dirigir la energía producida hacia otras zonas del territorio del Estado miembro o bien hacia otros Estados miembros, mientras que en la *distribución* se trata de repartir o “capilarizar” la energía entre usuarios de un ámbito geográfico próximo.

⁴¹⁷ Vid. la disposición adicional vigésimo cuarta de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. único, apdo. setenta y uno, de la Ley 17/2007.

⁴¹⁸ Vid. B. PAJUELO IGLESIAS, *Transporte de energía eléctrica*, en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ, M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. III (*Energía*), tomo I, Iustel (2009), pp. 535-578.

En relación con las nociones de *transporte y distribución*, se ha planteado la cuestión de si las normas comunitarias establecían una distinción clara e inequívoca que resultase vinculante de cara a su transposición a los ordenamientos de los Estados miembros. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo aborda esta cuestión en su Sentencia de 28 de mayo de 2001⁴¹⁹. Frente a las alegaciones de la parte actora, el Alto Tribunal rechaza la interpretación según la cual las normas comunitarias establecen una equiparación entre el binomio red de transporte-red de distribución y el binomio red de alta tensión-red de media/baja tensión. En realidad, y en función de las características del sistema eléctrico de cada país, en los Estados miembros no existe ninguna uniformidad respecto a la definición del binomio transporte-distribución, lo que supone que las normas comunitarias no contienen una delimitación específica o concreta entre una y otra funcionalidad y que, en consecuencia, no es necesario que la definición de red de transporte sea coincidente con la definición técnica de red de alta tensión⁴²⁰.

En el caso del Reino de España, el legislador ha caracterizado la red de transporte con arreglo a un *criterio de tipo funcional* – el elemento decisivo es la función de transportar energía hacia otras zonas del territorio, los sistemas insulares y extrapeninsulares o las interconexiones transfronterizas⁴²¹ –,

⁴¹⁹ Vid. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2001. Ponente: S. MENÉNDEZ PÉREZ. ROJ nº 4414/2001. Energía eléctrica. Actividades de transporte y distribución. Red. Tensión.

⁴²⁰ Vid. B. PAJUELO IGLESIAS, *Transporte de energía eléctrica*, op. cit., pp. 537-540.

⁴²¹ En este sentido, el art. 4.1 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 instalaciones de energía eléctrica (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2000, pp. 45988-46040) establece que “la actividad de transporte es aquella que tiene por objeto la transmisión de energía eléctrica por la red interconectada constituida por las instalaciones que se determinan en el artículo siguiente, con el fin de suministrarla a los distribuidores o, en su caso, a los consumidores finales así

estableciendo una presunción *iuris et de iure* – que opera como *criterio técnico* complementario- de que a partir de 220 kV de tensión nominal se considera que las redes y demás elementos auxiliares –*criterio accesorio*⁴²² - destinados al tránsito de energía eléctrica desempeñan una función de transporte⁴²³. Como cláusula de cierre se incluye un *criterio subjetivo*, a tenor del cual la red de transporte estará constituida, en todo caso, por las instalaciones de titularidad del gestor de la red de transporte, *Red Eléctrica de España, Sociedad Anónima*⁴²⁴.

Como hemos indicado con anterioridad, el *transporte* de energía eléctrica ya no tiene la condición tradicional de servicio público, pero su estructura industrial de monopolio natural lo configura como *actividad regulada*, lo que supone principalmente un régimen económico de retribución basado en unos costes reconocidos por la Administración⁴²⁵, al tiempo que en la práctica

como atender a los intercambios internacionales”. Resulta patente que la noción de *transporte* de energía eléctrica depende sustancialmente de la definición de qué debe entenderse por *red de transporte* de energía eléctrica.

⁴²² Dice el art. 35.1, en su párrafo cuarto, de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. único, apdo. cuarenta y uno, de la Ley 17/2007, de 4 de julio: “*Asimismo, se consideran elementos constitutivos de la red de transporte todos aquellos activos de comunicaciones, protecciones, control, servicios auxiliares, terrenos, edificaciones y demás elementos auxiliares, eléctricos o no, necesarios para el adecuado funcionamiento de las instalaciones específicas de la red de transporte antes definida*”.

⁴²³ Así se deduce de las definiciones de red de transporte primario y secundario que se recogen en el art. 35.1 de la Ley del Sector Eléctrico. Aunque la Ley del Sector Eléctrico no señala expresamente qué debe entenderse por “*funciones de transporte*” se puede deducir que se trata de hacer transitar la energía producida hacia otras zonas del territorio, lo que desde un punto de vista técnico exige una tensión más elevada, para evitar las pérdidas en forma de calor que se producen como consecuencia del transporte. *Vid.* B. PAJUELO IGLESIAS, *Transporte de energía eléctrica, op. cit.*, p. 541.

⁴²⁴ *Vid.* art. 3.1, apdo. f), del Real Decreto 2819/1998, de 23 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1998, pp. 44089-44097).

⁴²⁵ A tenor de lo dispuesto en el art. 11.2 de la Ley del Sector Eléctrico, “*la operación del sistema, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas, cuyo régimen económico y de funcionamiento se ajustará a lo previsto en la presente Ley*”. El art. 15 del mismo texto legal regula la retribución de las actividades del sector de la energía eléctrica. En relación con el transporte, *vid.* Real Decreto 325/2008, de 29 de febrero, por el que se establece la retribución de la actividad de transporte de

se desempeña con carácter *exclusivo* por el gestor de la red de transporte y operador del sistema, por su condición de titular de las infraestructuras de transporte⁴²⁶.

El carácter monopolístico del transporte – carácter que, por otra parte, comparte con la distribución, al tratarse de dos actividades *reguladas* por su estricta dependencia de la red – se contempla como un dato de hecho – aludiendo a la existencia de un *monopolio natural* -, y se justifica por las elevadas inversiones que exige el correcto desempeño de esta actividad para la construcción y el mantenimiento de la infraestructura de red que resulta imprescindible para llevar el producto (la energía eléctrica) hasta el consumidor⁴²⁷.

Las normas comunitarias sobre el mercado interior de la electricidad se refieren principalmente, al regular la actividad de transporte, a la figura del gestor de la red de transporte, que asume el despacho de la producción, gestiona los flujos de energía que discurren a través de la red y coordina y planifica su desarrollo, más que a la figura del transportista en sentido estricto,

energía eléctrica para instalaciones puestas en servicio a partir del 1 de enero de 2008 (BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2008, pp. 13079- 13083).

⁴²⁶ La posibilidad de excepciones singulares a este principio de “*transportista único*”, en términos que subrayan el carácter preeminente del criterio funcional de delimitación de la red de transporte, se contempla en el art. 35.2 de la Ley del Sector Eléctrico: “*No obstante lo anterior, se habilita al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio para autorizar expresa e individualmente, previa consulta con la Comisión Nacional de Energía y la Comunidad Autónoma en la que radique la instalación, que determinadas instalaciones de hasta 220 kV de tensión, por sus características y funciones, sean titularidad del distribuidor de la zona que se determine*”.

⁴²⁷ En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley del Sector Eléctrico señala que “*el transporte y la distribución de electricidad constituyen un monopolio natural: se trata de una actividad intensiva en capital que requiere conexiones directas con los consumidores...*”

que se ocupa del establecimiento y explotación de instalaciones de transporte de electricidad.

En relación con esto último, las normas comunitarias regulan aspectos que tienen que ver con el objetivo de seguridad de las redes – criterios técnicos de diseño y funcionamiento – o a su interoperabilidad – cuando las infraestructuras de red tienen distintas titularidades -. Otras normas, en cambio, tienen por objeto someter el régimen de retribución de las actividades reguladas a los principios de objetividad y no discriminación.

La Directiva 96/92/CE, primera norma comunitaria que regula, en el marco del objetivo del mercado interior de la electricidad y con carácter sistemático, las distintas actividades vinculadas al suministro de energía eléctrica⁴²⁸, en su capítulo IV (arts. 7-9) y bajo el epígrafe “*Explotación de la red de transmisión*”, dispone lo siguiente:

“Los Estados miembros velarán por que se elaboren y publiquen las normas técnicas que establezcan los requisitos mínimos de diseño y funcionamiento en materia de conexión a las redes de instalaciones de generación, de redes de distribución, de equipos de clientes directamente conectados, de circuitos de interconexiones y de líneas directas. Dichos requisitos deberán garantizar la interoperabilidad de las redes, ser objetivos y no discriminatorios; se notificarán a la Comisión, con arreglo al art. 8 de la Directiva 83/189/CE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas”⁴²⁹.

Por su parte, la Directiva 2003/54/CE deroga la Directiva 96/92/CE, y contiene también una regulación sistemática de las diferentes actividades que intervienen en el ciclo de explotación del suministro eléctrico. Su capítulo IV

⁴²⁸ Una regulación no sistemática y orientada exclusivamente a favorecer los intercambios transfronterizos era la contenida en la Directiva 90/547/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1990, relativa al tránsito de electricidad por grandes redes (DOCE núm. L 313, de 13.11.1990, pp. 30-33).

⁴²⁹ Vid. art. 7.2 de la Directiva 96/92/CE.

(arts. 8-12) de nuevo versa sobre la “*Gestión de la red de transporte*”. La apertura de los mercados nacionales a la competencia reclama que las condiciones de prestación del servicio de *transporte* para los usuarios de la red – productores, distribuidores, comercializadores -, y en particular las tarifas a aplicar, respondan a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación:

“Las condiciones, incluidas las normas y las tarifas, aplicables por los gestores de redes de transporte para la prestación de estos servicios deberán fijarse según una metodología compatible con el apartado 2 del artículo 23 de forma no discriminatoria y que refleje los costes, y serán publicadas”⁴³⁰.

Tras la aprobación del *Tercer Paquete Energético*, la Directiva 2009/72/CE sigue regulando en el capítulo IV (arts. 9-16) la “*Gestión de la red de transporte*”. Ahora bien, esta última Directiva sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad establece una separación más nítida entre las funciones de gestor de la red de transporte (u operador del sistema)⁴³¹ y la actividad de transportista en un nuevo capítulo V (arts. 17-23), bajo el epígrafe “*Gestor de transporte independiente*”. En efecto, el elemento decisivo en la nueva regulación de las actividades del sector eléctrico es, sin duda, el *unbundling*, fragmentación o separación – más o menos intensa: contable, jurídico-funcional o incluso patrimonial - de las diversas fases del ciclo de explotación:

“La separación efectiva solo puede asegurarse mediante la eliminación del incentivo que empuja a las empresas integradas verticalmente a discriminar a sus competidores en lo

⁴³⁰ Vid. art. 11.7 de la Directiva 2003/54/CE.

⁴³¹ Las normas comunitarias regulan la separación – *unbundling* – contable, jurídico-funcional y patrimonial del gestor de la red de transporte como garantía ineludible del acceso a la red en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. Para ver una exposición *in extenso* de los mecanismos de instrumentación de la gestión independiente de la red de transporte contemplados en la Directiva 2009/72/CE vid. *infra* epígrafe 2.4. de este Capítulo.

*que se refiere al acceso a la red y a la inversión. La separación patrimonial, entendiendo por tal una situación en la que el propietario de la red es designado gestor de la red y es independiente de cualquier empresa con intereses en la producción y el suministro, es evidentemente una manera efectiva y estable de resolver el conflicto de interés inherente y garantizar la seguridad del suministro. Por ello, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 10 de julio de 2007 sobre las perspectivas para el mercado interior del gas y la electricidad, señalaba que la separación patrimonial al nivel del transporte es la herramienta más eficaz para fomentar las inversiones en infraestructuras de una manera no discriminatoria, el acceso justo a la red de nuevos operadores y la transparencia del mercado. En virtud de la separación patrimonial debe exigirse, por lo tanto, a los Estados miembros que velen por que la misma persona o personas no puedan ejercer control sobre una empresa de generación o de suministro y, al mismo tiempo, ejercer control o cualquier derecho sobre un gestor de red de transporte o una red de transporte. De la misma manera, el control sobre una red de transporte o sobre un gestor de red de transporte debe excluir la posibilidad de ejercer control o cualquier derecho sobre una empresa de generación o de suministro. Dentro de dichos límites, una empresa de generación o de suministro puede tener una participación minoritaria en un gestor de red de transporte o en una red de transporte*⁴³².

En este nuevo marco regulatorio, los titulares de las redes de transporte ya no son competentes para la concesión y gestión del acceso de terceros ni para la planificación de inversiones. Estas funciones y las retribuciones anejas a su desempeño— como la percepción de las tarifas por acceso a la red, los ingresos debidos a la gestión de la congestión y los pagos en virtud del mecanismo de compensación establecido en el artículo 13 del Reglamento (CE) núm. 714/2009- se imputan ahora al gestor independiente de la red de transporte⁴³³.

En este contexto, adquiere significación el establecimiento de modelos de *unbundling* funcional como el que ha dado lugar a la creación de una unidad orgánica específica en *Red Eléctrica de España S.A.U.*, encargada de la operación del sistema y de la gestión de la red de transporte, para los casos,

⁴³² Considerando (11) de la Directiva 2009/72/CE.

⁴³³ *Vid.* art. 13.4 de la Directiva 2009/72/CE.

como el español, en que las funciones de transportista – único o principal – se encomiendan al mismo ente que desempeña las de operador del sistema⁴³⁴.

Este modelo de *unbundling* funcional se traduce en un nuevo marco jurídico para las relaciones entre el gestor de la red y el transportista:

“Cuando se haya designado un gestor de red independiente, el propietario de la red de transporte:

- a) prestará al gestor de red independiente toda la cooperación y el apoyo necesarios para el desempeño de sus funciones, incluida, especialmente, la aportación de toda la información que le pueda resultar útil;*
- b) financiará las inversiones decididas por el gestor de red independiente y autorizadas por la autoridad reguladora o dará su consentimiento para que sean financiadas por cualquier parte interesada, incluido el gestor de red independiente. Los correspondientes mecanismos de financiación deberán ser aprobados por la autoridad reguladora, que previamente deberá consultar al propietario de la red de transporte junto con las demás partes interesadas;*
- c) tomará las disposiciones oportunas para la cobertura de la responsabilidad derivada de los activos de red, con exclusión de la responsabilidad correspondiente a las funciones del gestor de red independiente, y*
- d) aportará las garantías necesarias para facilitar la financiación de cualquier ampliación de la red, excepción hecha de las inversiones para cuya financiación por cualquier parte interesada, incluido el gestor de red independiente, haya dado su consentimiento en virtud de la letra b)“⁴³⁵.*

⁴³⁴ Vid. disposición adicional vigésimo tercera de la Ley del Sector Eléctrico – introducida por el art. único, apdo. setenta y uno, de la Ley 17/2007 -. El Real Decreto-Ley 13/2012 ha establecido una nueva redacción para esta disposición adicional vigésimo tercera de la Ley del Sector Eléctrico en su art. 1, apdo. diecisiete, con el fin de hacer efectiva la separación entre las actividades de suministro y generación de las actividades de red – transporte y distribución -, transponiendo en este punto las disposiciones de la Directiva 2009/72/CE. La sociedad filial *Red Eléctrica de España S.A.U.* crea, dentro de su estructura, una unidad orgánica específica a la que se encomienda el ejercicio en exclusiva de las actividades reguladas, operación del sistema y gestión de la red de transporte, con la adecuada separación contable y funcional respecto a otras actividades, de conformidad con lo establecido en el art. 14 de la Ley del Sector Eléctrico. Su director ejecutivo es nombrado por el consejo de administración de la sociedad matriz del grupo, *Red Eléctrica Corporación S.A.*, con el visto bueno del Ministro de Industria, Energía y Turismo. El personal de esta unidad que ejerza las funciones de operador del sistema y gestor de la red de transporte suscribirá un código de conducta que garantice su independencia respecto al resto de unidades del grupo empresarial. Con carácter general, y sin perjuicio de las limitaciones impuestas al operador del sistema por el art. 34.1 de la Ley del Sector Eléctrico, la sociedad matriz podrá participar en el capital de cualquier sociedad, siempre que la suma de su participación directa o indirecta no supere el 5 % del capital social ni ejerza los derechos políticos por encima del 3 %, y sin que en ningún caso puedan sindicarse las acciones; estas limitaciones no serán aplicables a la participación correspondiente a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), que mantendrá en todo caso una participación en la sociedad matriz *Red Eléctrica Corporación S.A.* no inferior al 10 %.

⁴³⁵ Vid. art. 13.5 de la Directiva 2009/72/CE.

Estas prescripciones están referidas a la obligación del transportista de ejecutar los proyectos contemplados en la planificación de las redes de transporte que, de un modo objetivo y ajeno a sus intereses, elabora el gestor de la red de transporte.

En línea con este planteamiento, se dispone que los gestores de redes de transporte deben establecer y aplicar un *programa de cumplimiento* que contenga las medidas adoptadas para garantizar que queden excluidas las conductas discriminatorias, velando para que el contenido de dicho programa sea objeto de la adecuada supervisión. Su aprobación corresponde a la autoridad reguladora nacional, que llevará a cabo las labores de supervisión junto con el *encargado del cumplimiento* designado a tal fin⁴³⁶.

En definitiva, la actividad de transportista se materializa en el desempeño de las tareas de construcción, operación y mantenimiento de las redes de transporte. Al mismo tiempo, y desde un punto de vista estrictamente técnico, el transportista llevará cabo estas tareas con sujeción a las condiciones técnicas que se establezcan en materia de seguridad de las instalaciones. En realidad, la cuestión de la seguridad que se plantea respecto a las infraestructuras de transporte de energía eléctrica alcanza tanto al aspecto básico de la seguridad industrial – seguridad para las personas y los bienes – como al aspecto funcional de la seguridad del suministro – que es el objeto específico de la legislación sectorial energética –, es decir, de la

⁴³⁶ Vid. art. 21 de la Directiva 2009/72/CE. Se introduce así la figura del *compliance officer*, persona o entidad independiente encargada de informar a la autoridad reguladora nacional de las medidas adoptadas para salvaguardar el comportamiento adecuado y no discriminatorio del gestor de la red de transporte en el ejercicio de sus funciones.

fiabilidad de las infraestructuras de la red de transporte y demás elementos auxiliares en orden a garantizar la continuidad, regularidad y calidad del suministro eléctrico⁴³⁷. En congruencia con este papel preponderante que se atribuye al principio de seguridad, se establece un régimen de autorización administrativa para la construcción, explotación, modificación, transmisión y cierre de las infraestructuras de transporte de energía eléctrica⁴³⁸.

El estatuto jurídico del transportista de energía eléctrica viene dado por una serie de derechos y obligaciones:

- Prestación del servicio de transporte de energía eléctrica en condiciones de continuidad y regularidad, a través de las instalaciones autorizadas, manteniéndolas en buen estado de conservación y explotándolas en los términos establecidos en la autorización⁴³⁹.
- Otorgamiento de acceso a la red de transporte a terceros interesados, admitiéndose como única causa legítima de denegación de una solicitud en este sentido la falta de capacidad necesaria para hacer transitar por la red la energía que se pretende producir o consumir⁴⁴⁰.

⁴³⁷ En este sentido, el apdo. 28) del artículo 2 de la Directiva 2009/72/CE incluye en el objetivo de “seguridad” tanto la seguridad del suministro eléctrico – continuidad, regularidad y calidad - , como la seguridad técnica o industrial de las infraestructuras que sirven de soporte para la prestación del servicio.

⁴³⁸ *Vid.* art. 36 de la Ley del Sector Eléctrico.

⁴³⁹ *Vid.* el párrafo segundo del artículo 37.1 de la Ley del Sector Eléctrico. El incumplimiento de esta obligación supone la comisión de una infracción muy grave si de él deriva un riesgo para el suministro, las personas, los bienes o el medio ambiente, teniendo en los demás casos la consideración de infracción grave [arts. 60 a), apdos. 16 y 19, y 61 a), apdo. 9, de la Ley del Sector Eléctrico].

⁴⁴⁰ El derecho de acceso a las redes de transporte es el mecanismo que permite superar los efectos de la estructura industrial de monopolio natural en el uso de la infraestructura esencial para la prestación del servicio de suministro eléctrico, posibilitando la competencia efectiva en generación y comercialización. Se encuentra regulado en el art. 38 de la Ley del Sector Eléctrico. En línea con lo señalado anteriormente, el incumplimiento de esta obligación constituye una infracción muy grave [art. 60 a), apdo. 7, de la Ley del Sector Eléctrico], aunque pueda también calificarse simplemente como grave al amparo de la cláusula general del art. 61 a) del texto legal de reiterada referencia. En relación con el derecho de acceso de

- Cumplimiento de las instrucciones impartidas por el operador del sistema para la correcta explotación de las redes de transporte, de acuerdo con los criterios de fiabilidad y seguridad que se establezcan⁴⁴¹.
- Derecho a percibir la retribución correspondiente a la actividad regulada de transporte de energía eléctrica, cuyo importe se determina a partir de los costes de inversión y los costes de operación y mantenimiento de las infraestructuras e instalaciones, así como los costes destinados a reducir el impacto socio-ambiental derivado del despliegue de redes de transporte⁴⁴².
- Derecho a exigir que las instalaciones que se conecten – es decir, que obtengan acceso a la red de transporte – cumplan los requisitos técnicos reglamentariamente exigibles y sean usadas de forma adecuada, sin que perturben la prestación del servicio⁴⁴³.

Finalmente, hemos de referirnos al régimen de ejercicio de la actividad de transporte de energía eléctrica. Ya hemos visto que, como consecuencia de la estructura industrial de monopolio natural, el transporte quedaba configurado como actividad *regulada*, es decir, que en principio no se desarrolla en régimen

terceros a la red *vid.* epígrafe 2.3 de este Capítulo III y, para una exposición *in extenso*, el Capítulo IV de esta *Memoria*.

⁴⁴¹ *Vid.* art. 34.2, apdo. 1), de la Ley del Sector Eléctrico. El incumplimiento de las instrucciones impartidas por el operador del sistema está tipificado como infracción muy grave si irroga un perjuicio relevante para el funcionamiento del sistema eléctrico y como grave en los restantes supuestos (arts. 60 a), apdo. 8, y 61 a), apdo. 4, de la Ley del Sector Eléctrico).

⁴⁴² *Vid.* art. 37.1, apdo. d), de la Ley del Sector Eléctrico. En relación con los conceptos económicos que se tienen en cuenta para la determinación del importe de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica *vid.* art. 16.2 de la Ley del Sector Eléctrico y el ya citado Real Decreto 325/2008, de 29 de febrero, por el que se establece la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica para instalaciones puestas en servicio a partir del 1 de enero de 2008.

⁴⁴³ *Vid.* art. 37.1, apdo. d), de la Ley del Sector Eléctrico. Se trata, en consecuencia, de un límite por razones de seguridad, en los dos sentidos anteriormente indicados, al ejercicio del derecho de acceso a la red.

de libre competencia. La razón de fondo es la ineficiencia técnica y económica de la duplicación de infraestructuras de red en paralelo. Sin embargo, la redacción original de la Ley del Sector Eléctrico distinguía entre el *principio de red única* – consecuencia del monopolio natural de la red – y el régimen de exclusividad en el desempeño de la actividad de transporte, es decir, el *principio de transportista único*. El hecho de que la red de transporte fuera única implicaba que no podía ser razonablemente duplicada y que para atender cualquier necesidad nueva de transporte de energía se construiría y utilizaría una única red, sin que pudieran establecerse varias en paralelo- es decir, en competencia con las otras redes -. Sin embargo, ello no implicaba necesariamente que todas esas instalaciones fueran construidas por el mismo operador:

“(...). Las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de transporte podrán ser otorgadas mediante un procedimiento que asegure la concurrencia, promovido y resuelto por la Administración competente. (...)”⁴⁴⁴.

Otros operadores podían, pues, resultar adjudicatarios de la infraestructura y, en consecuencia, asumir la responsabilidad de su despliegue, devengando el derecho a percibir la retribución que hubieran ofertado en el procedimiento de concurrencia⁴⁴⁵.

Estas previsiones no tuvieron aplicación práctica, entre otras razones, debido a la ausencia de un programa anual de instalaciones hasta el aprobado

⁴⁴⁴ Art. 36.3 *in fine* de la Ley del Sector Eléctrico, en su redacción original.

⁴⁴⁵ En estos términos lo disponía el art. 6 del Real Decreto 2819/1998, de 23 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1998, pp. 44089-44096), derogado por el reiteradamente citado Real Decreto 325/2008, de 29 de febrero.

en virtud de la Orden ITC/1549/2007⁴⁴⁶. A partir de la reforma operada mediante la aprobación de la Ley 17/2007, el art. 35 de la Ley del Sector Eléctrico consagra la figura del transportista único, y el art. 36 del mismo texto legal ya no regula un procedimiento para el otorgamiento en régimen de concurrencia de la autorización para la construcción y explotación de infraestructuras de transporte.

En consecuencia, puede afirmarse que no sólo la red de transporte es única, sino que también lo es el sujeto que, ostentando la titularidad de la misma, presta el servicio de transporte en favor del resto de los operadores del sector, con la debida separación funcional en cuanto al desempeño de las funciones de operador del sistema y gestor de la red de transporte. En este sentido, *Red Eléctrica de España, S.A.U.* presta el servicio de transporte de energía eléctrica para todo el territorio nacional en régimen de monopolio exclusivo⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ Orden ITC/1549/2007, de 18 de mayo, por la que se aprueba el programa anual de instalaciones y actuaciones de carácter excepcional de las redes de transporte de energía eléctrica y gas natural (BOE núm. 131, de 1 de junio de 2007, pp. 24001-24022).

⁴⁴⁷ El art. 1, apdo. siete, del Real Decreto-Ley 13/2012 introduce dos nuevos preceptos, los arts. 34 bis y 34 ter, en el texto de la Ley del Sector Eléctrico. En su virtud, la sociedad mercantil que actúe como operador del sistema será autorizada y designada como gestor de la red de transporte por el Ministro de Industria, Energía y Turismo. Con carácter previo a esta designación, esta entidad deberá ser certificada por la Comisión Nacional de Energía en relación con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 34.2 de la Ley en relación con el operador del sistema, en particular por lo que respecta al cumplimiento de las disposiciones sobre separación de actividades (*unbundling*), de acuerdo con el procedimiento que se establece en el art. 34 bis. Una vez sea realizada la primera designación y autorización del gestor de la red de transporte, la Comisión Nacional de Energía controlará que la entidad designada se mantenga en el cumplimiento de los requisitos antes señalados utilizando para ello el procedimiento de certificación establecido. Estas certificaciones que se realicen en relación con el mantenimiento de los requisitos podrán dar lugar a una nueva designación y autorización del gestor de la red de transporte. El procedimiento prevé que la Comisión Nacional de Energía solicite el dictamen de la Comisión Europea con carácter previo a la resolución definitiva sobre la concesión de la certificación. Las designaciones del gestor de la red de transporte se notificarán a la Comisión Europea a efectos de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. El art. 34 ter prevé la emisión de certificaciones de gestor de la red de transporte en relación con países no pertenecientes a la Unión Europea. En este caso, la Comisión Nacional de Energía notificará a la Comisión Europea cualquier circunstancia que dé lugar a que el gestor de la red de transporte quede bajo el control de una o varias personas de uno o más terceros países. A estos efectos, el gestor de la red de transporte notificará a la Comisión Nacional de Energía

C) Distribución.

Con carácter general, la actividad de *distribución* comprende tradicionalmente no sólo la distribución de energía eléctrica en un área geográfica localizada, sino también la construcción, mantenimiento y operación de las redes de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo para proceder a su venta a aquellos consumidores finales que adquieran la energía eléctrica a tarifa o a otros distribuidores que, también, adquieran la energía eléctrica a tarifa⁴⁴⁸.

Deben distinguirse, por tanto, dos vertientes de la actividad de *distribución* eléctrica. Por una parte, la construcción y explotación de la red de distribución, que permite conducir físicamente la energía desde la red de transporte hasta los consumidores finales y tiene, en este sentido, una estructura industrial de monopolio natural que justifica su condición jurídica de actividad *regulada*. Por otra parte, en tanto no culmina el proceso de liberalización del mercado de la energía eléctrica, la *distribución* comprende también la comercialización, venta o *suministro a tarifa*, que consiste en

cualquier circunstancia que pueda dar lugar a que se produzca este hecho. La Comisión Nacional de Energía deberá comprobar que la entidad en cuestión cumple los requisitos de separación de actividades y que la concesión de la certificación no pondrá en peligro la seguridad del suministro nacional y de la Unión Europea, solicitando al tiempo de remitir la propuesta de resolución dictamen a la Comisión Europea sobre estos mismos extremos, y resolviendo finalmente teniendo en cuenta dicho dictamen. El art. 1, apdo. diecinueve, del Real Decreto-Ley 13/2012 introduce también una disposición transitoria vigésima primera en el texto de la Ley del Sector Eléctrico, que establece lo siguiente: “*El gestor de la red de transporte, para ejercer como tal en los términos previstos en la normativa, deberá ser previamente certificado por la Comisión Nacional de Energía en relación con la propiedad de la red de transporte y el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 34.2 de la presente Ley, según el procedimiento que se establece en los artículos 34 bis y 34 ter, en su caso*”.

⁴⁴⁸ En este sentido, el art. 36.1 del Real Decreto 1955/2000, “*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 a tarifa o distribuidores que también la adquieran a tarifa*”.

adquirir la energía al por mayor en el mercado de producción y venderla al por menor, de acuerdo con una tarifa o precio fijado administrativamente, a los consumidores finales.

La culminación del proceso de apertura a la competencia desde el punto de vista de la demanda – con la generalización de la condición de consumidor *cualificado*, es decir, con posibilidad de elección de suministrador⁴⁴⁹ –, así como la supresión del suministro a tarifa integral y su reemplazo por el suministro de último recurso – a prestar por las *comercializadoras* -, conduce a una nueva definición legal de la figura de las *distribuidoras* como aquellas sociedades mercantiles que tienen la función de distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo⁴⁵⁰.

Las normas comunitarias sobre el mercado interior de la electricidad definieron inicialmente la *distribución* como “*el transporte de electricidad por las redes de distribución de media y de baja tensión con el fin de suministrarla a clientes*”⁴⁵¹. A partir de la aprobación de la Directiva 2003/54/CE, se concibe la *distribución* como “*el transporte de electricidad por las redes de alta, media y*

⁴⁴⁹ A partir del 1 de enero de 2003, de conformidad con lo dispuesto por el art. 19, apdo. uno, del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes en materia de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios (BOE núm. 151, de 24 de junio de 2000, pp. 22440-22458). En línea con las previsiones de las normas comunitarias, inicialmente se había establecido el año 2007 como fecha para la universalización de la condición de consumidor cualificado (disposición transitoria decimotercera de la Ley del Sector Eléctrico, suprimida por el art. único, apdo. setenta y tres, de la Ley 17/2007).

⁴⁵⁰ *Vid.* art. 9.1, apdo. e), de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. único, apdo. quince, de la Ley 17/2007.

⁴⁵¹ *Vid.* art. 2, apdo. 6), de la Directiva 96/92/CE.

*baja tensión, con el fin de suministrarla a los clientes, pero sin incluir el suministro*⁴⁵².

Por una parte, la plena apertura del mercado a la competencia exige garantizar un acceso eficaz y no discriminatorio a las redes de distribución⁴⁵³. En consecuencia, el suministro a tarifa deja de formar parte de la actividad de distribución. A partir de entonces, el suministro pasa a formar parte de una nueva actividad, la *comercialización*, que se desarrolla en régimen de libre competencia, de modo que los consumidores pueden elegir libremente a su proveedor de energía eléctrica. Sin perjuicio de esta regla general y a fin de garantizar el servicio universal, se establece el *suministro de último recurso* en favor de determinados consumidores especialmente vulnerables⁴⁵⁴.

En otro orden de cosas, como hemos visto al analizar el régimen jurídico de la actividad de *transporte*, la jurisprudencia ha rechazado la interpretación según la cual las normas comunitarias establecen una equiparación entre el binomio red de transporte-red de distribución y el binomio red de alta tensión-red de media/baja tensión. Puesto que el Derecho comunitario no impone, en este sentido, una definición legal de las redes de distribución, su concreta caracterización corresponde al legislador español, quien ha optado por otorgar prevalencia al *criterio funcional* sobre el estrictamente *técnico*:

⁴⁵² Vid. art. 2, apdo. 5), de la Directiva 2003/54/CE y art. 2, apdo. 5) de la Directiva 2009/72/CE.

⁴⁵³ En este sentido, el Considerando (4) de la Directiva 2009/72/CE declara expresamente que “..., en la actualidad, existen obstáculos para la venta de electricidad en condiciones de igualdad, sin discriminación ni desventaja de ningún tipo en la Comunidad. En particular, no existe todavía un acceso a la red no discriminatorio (...)”.

⁴⁵⁴ Vid. M^a. ÁNGELES RODRÍGUEZ PARAJA, *La actividad de distribución eléctrica*, en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ, M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. III (*Energía*), tomo I, Iustel (2009), p. 610.

“Tendrán la consideración de redes de distribución todas aquellas instalaciones eléctricas de tensión inferior a 220 kV salvo aquellas que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del presente Real Decreto, se consideren integradas en la red de transporte. (...)”⁴⁵⁵.

De modo análogo a lo que hemos visto en relación con la red de transporte, la definición legal de la red de distribución se completa con un *criterio accesorio* –instalaciones auxiliares –; a ello hay que añadir, como elemento específico de la definición legal de las infraestructuras de distribución, los criterios de delimitación con respecto a las instalaciones de generación:

“(...). Así mismo se considerarán elementos constitutivos de la red de distribución todos aquellos activos de la red de comunicaciones, protecciones, control, servicios auxiliares, terrenos, edificaciones y demás elementos auxiliares, eléctricos o no, de destino exclusivo para el adecuado funcionamiento de las instalaciones específicas de las redes de distribución antes definidas, incluidos los centros de control en todas las partes y elementos que afecten a las instalaciones de distribución.

2. No formarán parte de las redes de distribución los transformadores de las centrales de generación, las instalaciones de conexión de dichas centrales a las redes, las instalaciones de consumidores para su uso exclusivo, ni las líneas directas...”⁴⁵⁶.

En relación con este último inciso, hay que recordar que todas las instalaciones destinadas a más de un consumidor tendrán la consideración de red de distribución, debiendo ser cedidas a la empresa distribuidora de la zona, quién responderá de la seguridad y calidad del suministro⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Vid. art. 38.1 del Real Decreto 1955/2000. El último inciso se refiere a las previsiones del artículo 5.1 de la misma norma reglamentaria, que son las que, en definitiva, señalan la prevalencia del *criterio funcional* sobre el *criterio técnico* – de tensión nominal - en la delimitación respectiva de las redes de transporte y distribución: *“La red de transporte estará constituida por: ... g) Aquellas otras instalaciones, cualquiera que sea su tensión, que, como resultado del proceso de planificación de la red de transporte de energía eléctrica, el Ministerio de Economía previo informe de la Comisión Nacional de Energía y a propuesta del operador del sistema y gestor de la red de transporte, determine que cumplen funciones de transporte. h) A los efectos del presente Real Decreto, el operador del sistema y gestor de la red de transporte propondrá a la Dirección General de Política Energética y Minas, de acuerdo con las necesidades del sistema, la inclusión de una instalación en la red de transporte, quien resolverá previo informe de la Comisión Nacional de Energía”.*

⁴⁵⁶ Vid. art. 38.1 *in fine* y 2 del Real Decreto 1955/2000.

⁴⁵⁷ Vid. art. 41.1, apdo. c), de la Ley del Sector Eléctrico.

En cuanto al *criterio subjetivo*, debemos atender al estatuto jurídico de las compañías eléctricas de distribución. Los sujetos que pretendan ejercer la actividad de distribución deben reunir una serie de requisitos:

- a) En primer lugar, se requiere la acreditación de *capacidad legal, técnica y económica*. Por lo que respecta a la *capacidad legal*, se materializaba en el hecho de que las compañías distribuidoras debían revestir la forma de sociedades mercantiles de nacionalidad española o en su caso de otro Estado miembro de la Unión Europea con establecimiento permanente en España⁴⁵⁸, o bien de sociedades cooperativas de consumidores y usuarios de nacionalidad española dadas de alta en los registros correspondientes⁴⁵⁹. Tras la aprobación de la *Directiva de servicios*⁴⁶⁰, podemos entender que las compañías de distribución, para acreditar su *capacidad legal*, deberán ser sociedades mercantiles debidamente constituidas en su país de origen y cuyo objeto social sea el desempeño de la actividad de distribución de energía eléctrica sin limitaciones o reservas⁴⁶¹. En

⁴⁵⁸ Vid. art. 40.1 *in fine* de la Ley del Sector Eléctrico, en su redacción original.

⁴⁵⁹ Vid. disposición adicional novena de la Ley del Sector Eléctrico y art. 36.3 del Real Decreto 1955/2000. Esta última posibilidad se mantiene intacta, como es lógico, por cuanto no plantea obstáculo alguno a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios.

⁴⁶⁰ Directiva 2003/126/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español en virtud de la promulgación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2009, pp. 99570-99593), completada por la denominada "*Ley Ómnibus*", Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm. 308, de 23 de diciembre de 2009, pp. 108507-108578).

⁴⁶¹ Cfr. art. 73.1 del Real Decreto 1955/2000, en la redacción dada por el art. segundo, apdo. tres, del Real Decreto 198/2010, de 26 de febrero, por el que se adaptan determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico a lo dispuesto en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm. 63, 13 de marzo de 2010, pp. 25011-25021), que en estos términos se manifiesta en relación con las empresas comercializadoras.

cuanto a la *capacidad técnica*, las compañías de distribución deberán contar con 25 MVA de transformación ó 50 km de líneas ó 1.000 clientes en instalaciones sin solución de continuidad eléctrica, así como con los medios suficientes para realizar la lectura y facturación de los clientes⁴⁶². Por lo que respecta a la *capacidad económica*, las compañías eléctricas de distribución deben poseer en todo caso un inmovilizado material mínimo de 300.506,05 euros, financiado al menos en un 50 % mediante recursos propios⁴⁶³. La *capacidad legal, técnica y económica* se acredita mediante la obtención de una certificación expedida al efecto bien por la Dirección General de Política Energética y Minas – cuando se pretenda ejercer la actividad en todo el territorio nacional o en un área geográfica que exceda del territorio de una Comunidad Autónoma -, bien por el órgano competente de la Comunidad Autónoma de que se trate – cuando la actividad se pretenda ejercer dentro del ámbito territorial de esta última -⁴⁶⁴.

- b) Concesión por parte de la Administración competente de la *autorización administrativa de las instalaciones de distribución*. Están sujetas a autorización administrativa la construcción, modificación, explotación, transmisión y cierre de las instalaciones de distribución eléctrica, con independencia de su destino o uso. Como consecuencia de la aprobación de la *Directiva de servicios*, la

⁴⁶² Vid. art. 37.5 del Real Decreto 1955/2000.

⁴⁶³ Vid. art. 37.6 del Real Decreto 1955/2000.

⁴⁶⁴ Vid. art. 37.1, apdo. a), 2 y 3 del Real Decreto 1955/2000.

autorización de instalaciones de distribución sólo tiene en cuenta la capacidad técnica para emprender el proyecto de que se trate, así como la posible incidencia de éste en el buen funcionamiento del sistema eléctrico⁴⁶⁵. Dentro de la autorización podemos distinguir dos momentos jurídicos diferenciados que dan lugar a dos actos administrativos distintos: la *autorización* administrativa *inicial* del anteproyecto de la instalación como documento técnico que se tramitará, en su caso, conjuntamente con el estudio de impacto ambiental, y en la que se valorará también la capacidad del solicitante para ejecutar la instalación; y la *aprobación* del *proyecto* concreto *de ejecución*, acto administrativo que faculta al que lo obtiene a iniciar los trabajos de construcción de la instalación. A ellos hay que añadir un tercero, constituido por la *autorización* de *explotación* que, en virtud de la expedición del *acta de puesta en servicio*, habilita al titular para poner en tensión las instalaciones y proceder a su explotación comercial⁴⁶⁶. Tradicionalmente, la autorización de instalaciones de distribución de energía eléctrica ha revestido un carácter *discrecional*, de modo que la Administración puede valorar la oportunidad o conveniencia para el interés público – en este caso, para el funcionamiento del sistema eléctrico – de la ejecución de una determinada instalación y, por consiguiente, la

⁴⁶⁵ Vid. art. 40.1 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. 18, apdo. cuatro, de la Ley 25/2009.

⁴⁶⁶ Vid. art. 115 del Real Decreto 1955/2000. Una vez ejecutado el proyecto, se presentará la solicitud de acta de puesta en servicio, acompañada de un certificado de final de obra - suscrito por técnico facultativo competente - en el que conste que la instalación se ha ejecutado de acuerdo con las especificaciones contenidas en el proyecto, así como de conformidad con la reglamentación técnica que en su caso resulte aplicable.

empresa solicitante ostenta un interés legítimo y no un derecho subjetivo a obtener la referida autorización⁴⁶⁷. La autorización de instalaciones de distribución es, además, de *tracto sucesivo*, en el sentido de que crea una relación estable y cierta entre la Administración que la otorga y la empresa que la recibe, la cual debe conservar en todo momento las condiciones que dieron lugar al otorgamiento de la autorización⁴⁶⁸. En línea con este planteamiento, puede afirmarse que la autorización otorgada en determinados términos y condiciones tiene el efecto general de incorporar a la compañía distribuidora al sistema eléctrico y someterla a su disciplina general⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Vid. M^a. ÁNGELES RODRÍGUEZ PARAJA, *La actividad de distribución eléctrica, op. cit.*, pp. 580 y 586-587. En este sentido, el art. 40.1 de la Ley del Sector Eléctrico, tras la reforma operada en virtud de la Ley 25/2009, señala que “*la Administración competente denegará la autorización cuando no se cumplan los requisitos previstos legalmente o la empresa no garantice la capacidad técnica necesaria para acometer la actividad propuesta, o cuando tenga una incidencia negativa en el funcionamiento del sistema*”. Los requisitos legales y condiciones de capacidad para el ejercicio de la actividad de distribución constituyen los elementos reglados de la autorización administrativa. La alusión a una posible “*incidencia negativa en el funcionamiento del sistema*” de la instalación proyectada apunta a un elemento de discrecionalidad técnica que opera como cláusula de salvaguardia o de garantía de buen funcionamiento del sistema eléctrico. En su virtud, cabría denegar una solicitud de autorización que, cumpliendo con los requisitos legalmente exigibles, fuera susceptible de producir efectos claramente perjudiciales – ineficiencia técnica y/o económica - para el funcionamiento del sistema eléctrico. En cualquier caso, este carácter discrecional debe entenderse muy matizado tras la aprobación de la *Directiva de servicios* y su transposición al ordenamiento jurídico español. En este sentido, hay que recordar que la Ley 17/2009 establece que la autorización de actividades de servicios tendrá carácter excepcional y en todo caso reglado, debiendo respetarse los principios de no discriminación, necesidad – de interés general – y proporcionalidad (cfr. arts. 4, 5 y 6).

⁴⁶⁸ Vid. art. 41.1, apdo. a), del Real Decreto 1955/2000.

⁴⁶⁹ Así, el art. 41.1, apdo. a), de la Ley del Sector Eléctrico establece como obligación de las compañías distribuidoras la consistente “*realizar sus actividades en la forma autorizada y conforme a las disposiciones aplicables, prestando el servicio de distribución de forma regular y continua, y con los niveles de calidad que se determinen, manteniendo las redes de distribución eléctrica en las adecuadas condiciones de conservación e idoneidad técnica*”. En las primeras etapas del proceso liberalizador se afirmaba que la autorización para el ejercicio de la actividad de distribución de energía eléctrica no podía entenderse otorgada en régimen de monopolio ni daba lugar a la concesión de derechos exclusivos. Esta era la redacción original del art. 40 de la Ley del Sector Eléctrico. En este contexto – deudor en gran medida de la regulación tradicional del suministro y, después, de la explotación unificada del sistema eléctrico, como servicio público (cfr. art. 2 de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional) -, se reconocía el derecho de acceso de los distribuidores a las redes de distribución preexistentes de otros distribuidores –*distribución en cascada*-, y se arbitraba la competencia en redes por medio de la regulación de un procedimiento de licitación para la adjudicación de

c) Aprobación por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo de la *retribución* que les corresponda por el ejercicio de su actividad, en función de las instalaciones que tengan autorizadas en cada momento⁴⁷⁰. Se trata de una consecuencia natural de la configuración de la distribución como actividad *regulada*⁴⁷¹. Los criterios para la determinación de la *retribución* de la actividad de distribución tienen por objeto incentivar la mejora de la eficacia de la gestión, la eficiencia económica y técnica y la calidad del suministro eléctrico, así como la reducción de las pérdidas de las redes de distribución⁴⁷².

autorizaciones de instalación de nuevas redes de distribución. La constatación de este tipo de prácticas ineficientes, en particular la actividad de varias compañías en una misma zona de distribución que da lugar al despliegue de infraestructuras redundantes con el consiguiente incremento de los costes de explotación y mantenimiento, ha llevado al legislador a vincular la interdicción de los derechos exclusivos de uso con el reconocimiento de los principios de monopolio natural de la distribución, *red única* y ejecución al menor coste, a fin de evitar posibles perjuicios directos o incentivos indirectos para el comportamiento oportunista, en relación con las inversiones, de los titulares de las redes ya establecidas, legalmente obligados a atender los nuevos suministros que se les soliciten. Como ya vimos en el Capítulo II, este tipo de situaciones delata la superación de la escala mínima eficiente y la generación de rendimientos decrecientes de escala – tramo ascendente de la curva de costes medios -, lo que determina ineludiblemente una estructura industrial de monopolio natural. *Vid.* en este sentido los arts. 1.2, apdo. b), y 40.2 de la Ley del Sector Eléctrico, tras la reforma operada en virtud del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005, pp. 8832-8853).

⁴⁷⁰ *Vid.* art. 37.1, apdo. c) del Real Decreto 1955/2000.

⁴⁷¹ Cfr. art. 40.2 de la Ley del Sector Eléctrico.

⁴⁷² *Vid.* art. 5 del Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica (BOE núm. 67, de 18 de marzo de 2008, pp. 16067-16089). La *retribución* de la actividad de distribución se determina atendiendo a períodos regulatorios de cuatro años de duración (art. 5.3 del Real Decreto 222/2008). El nivel de referencia para el cálculo de la *retribución* de la actividad de distribución, a establecer por la Comisión Nacional de Energía, integra cuatro conceptos básicos: la *retribución* de referencia para cada compañía distribuidora establecida por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, la *retribución* de la inversión, la *retribución* por operación y mantenimiento de las instalaciones que gestione cada distribuidor, y la *retribución* por otros costes necesarios para desarrollar la actividad de distribución (costes de gestión comercial relacionados con el acceso y conexión de los consumidores a las redes eléctricas y la lectura de contadores y equipos de medida, así como los relativos a la planificación de las redes y la gestión de la energía) [art. 7 del Real Decreto 222/2008]. Para determinar la *retribución* anual – durante los cuatro años de cada período regulatorio - de la actividad de distribución, se aplican a este nivel de referencia una serie de factores correctores como incentivos o penalizaciones en función de la calidad del servicio o la reducción de pérdidas, las variaciones de los índices de precios de consumo (IPC) y de precios industriales de bienes de equipo (IPRI), así como la variación de la *retribución* reconocida a cada compañía distribuidora en

- d) Estar inscrito en el Registro Administrativo de Distribuidores⁴⁷³. La inscripción en este Registro es una condición necesaria en orden a participar en el mercado de producción de energía eléctrica con entrega física, así como para devengar el derecho a percibir la retribución regulada para la actividad de distribución⁴⁷⁴.

Las normas comunitarias sobre el mercado interior de la electricidad contienen determinadas disposiciones en relación con el régimen jurídico de la *explotación o gestión de las redes de distribución*⁴⁷⁵. A diferencia de lo que sucede en la actividad de transporte, en la que la gestión de la red se atribuye a una única entidad que, en el caso español, desempeña además las funciones de operador del sistema, los criterios de regulación de la actividad de distribución se establecen en atención a zonas eléctricas que tienen características comunes y dependen en última instancia de la configuración de la red de transporte y de la conexión de ésta con las diversas unidades de producción⁴⁷⁶.

función del aumento de la actividad de distribución desarrollada durante el ejercicio inmediatamente anterior (art. 8 del Real Decreto 222/2008).

⁴⁷³ Vid. art. 39.5 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. 18, apdo. tres, de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En virtud de esta misma reforma, la nueva redacción del art. 45.4 de la Ley del Sector Eléctrico regula el Registro Administrativo de Distribuidores, dependiente del Departamento competente en materia de energía, y sin perjuicio de la creación de Registros territoriales por parte de las Comunidades Autónomas.

⁴⁷⁴ Vid. art. 5.2 del Real Decreto 222/2008. Vid. también M^a A. TORRES LÓPEZ, *Las actividades reguladas y su régimen jurídico tras la Directiva 2009/72*, en “Noticias de la Unión Europea”, núm. 322 (noviembre 2011), p. 46.

⁴⁷⁵ Vid. capítulo V (arts. 10-12) de la Directiva 96/92/CE, capítulo V (arts. 13-17) de la Directiva 2003/54/CE, y capítulo VI (arts. 24-29) de la Directiva 2009/72/CE.

⁴⁷⁶ Vid. art. 10 de la Directiva 96/92/CE, arts. 13-14 de la Directiva 2003/54/CE, y arts. 24-25 de la Directiva 2009/72/CE. Vid. también art. 39.3 de la Ley del Sector Eléctrico. Esto se traduce, en la práctica, en que no existe un único gestor de la red de distribución, sino que puede haber varios, uno por cada zona eléctrica. La determinación de las zonas eléctricas y del gestor o gestores de la red de cada una

En cuanto a la separación (*unbundling*) de los gestores de la red de distribución, si el gestor de la red de distribución forma parte de una empresa verticalmente integrada, debe ser independiente de las demás actividades no relacionadas con la distribución, al menos en lo que se refiere a la personalidad jurídica, la organización y la toma de decisiones⁴⁷⁷. Por otra parte, se exige a las compañías eléctricas que lleven cuentas separadas para cada una de sus actividades reguladas, transporte y distribución, como si dichas actividades fueran realizadas por compañías distintas, a fin de evitar discriminaciones, subvenciones cruzadas y distorsiones de la competencia⁴⁷⁸.

de las zonas se realizará previa audiencia a las empresas de distribución y previo informe de las Comunidades correspondientes, cuando la zona afecte al ámbito territorial de más de una Comunidad Autónoma, y previo acuerdo con la Comunidad Autónoma correspondiente cuando la zona se ciña a su ámbito territorial. Al gestor de la red de distribución en cada zona le corresponde establecer los criterios de explotación y mantenimiento de las redes, garantizando la seguridad, fiabilidad y eficacia de las mismas, de acuerdo con la normativa ambiental que les sea aplicable (art. 41.3 de la Ley del Sector Eléctrico). De este modo, se produce una identificación entre zona eléctrica y gestor de la red de distribución, que trae causa de la obligación de suministro tradicionalmente impuesta a las empresas distribuidoras en las zonas en las que operan: el art. 39.1 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por la Ley 17/2007, señala que *“los distribuidores serán los gestores de las redes de distribución que operen”* (en el mismo sentido, *vid.* arts. 39 y 40 del Real Decreto 1955/2000). En todo caso, la supresión del suministro a tarifa integral y la libertad de elección de suministrador por parte de todos los consumidores redefinen el marco de desempeño de las funciones de gestor de la red de distribución. *Vid.* M^a A. TORRES LÓPEZ, *Las actividades reguladas y su régimen jurídico tras la Directiva 2009/72*, *op. cit.*, pp. 39-40.

⁴⁷⁷ *Vid.* art. 26 de la Directiva 2009/72/CE. Los gestores de redes de distribución quedan sometidos al *unbundling* contable y jurídico-funcional pero no así, a diferencia de lo que sucedía en relación con la gestión de la red de transporte, al *unbundling* patrimonial. En este sentido, el Considerando (26) de la Directiva 2009/72/CE señala que *“el acceso no discriminatorio a la red de distribución determina el acceso a los consumidores al nivel minorista. Las posibilidades de discriminación respecto al acceso y la inversión de terceros son, sin embargo, menos importantes en la distribución que en el transporte, en la que la congestión y la confluencia de los intereses de generación o suministro suelen ser mayores que en la distribución. (...) Las normas sobre separación jurídica y funcional actualmente en vigor pueden dar lugar a una separación efectiva, a condición de que se definan más claramente, se apliquen de manera adecuada y se controlen estrechamente. Para crear condiciones de igualdad al nivel minorista, por tanto, deben controlarse las actividades de los gestores de redes de distribución a fin de evitar que aprovechen su integración vertical para fortalecer su posición competitiva en el mercado, especialmente en relación con los pequeños consumidores domésticos y no domésticos”*. Por su parte, el art. 14.3 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. 1, apdo. cinco, del Real Decreto-Ley 13/2012, dispone que *“las empresas distribuidoras que formen parte de un grupo de sociedades que desarrollen actividades reguladas y libres en los términos previstos en la presente Ley, no crearán confusión en su información y en la presentación de su marca e imagen de marca respecto a la identidad propia de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización, sin perjuicio de las infracciones previstas en la normativa vigente a este respecto”*. Sobre las exigencias de separación contable, jurídica y funcional aplicables a los gestores de redes de distribución *vid. infra* epígrafe 2.4. de este Capítulo.

Con ocasión de la aprobación del *Tercer Paquete Energético*, se han arbitrado una serie de medidas de impulso a la liberalización de los mercados energéticos, orientadas a la supresión de cargas administrativas innecesarias. En este sentido, tratándose de pequeños gestores de redes de distribución, se prevé que los Estados miembros puedan eximirles, cuando sea necesario de los requisitos de separación legal de la actividad de distribución⁴⁷⁹. Además, cuando se trate de una red de distribución “*cerrada*”, esto es, destinada primordialmente al uso de su propietario, se prevé la posibilidad de eximir al gestor de la red de distribución de las obligaciones que constituirían una carga excesiva, en atención a la especial naturaleza de la relación entre el gestor de la red de distribución y los usuarios de ésta⁴⁸⁰.

El análisis de la regulación de la actividad de distribución de energía eléctrica no puede concluir sin una breve referencia al régimen de derechos y obligaciones de las compañías distribuidoras.

⁴⁷⁸ Vid. art. 31 de la Directiva 2009/72/CE. El tenor de este precepto, que alude al desempeño por un mismo operador de actividades de transporte y distribución, debe ponerse en relación con la posibilidad de un gestor combinado de las redes de transporte y distribución (art. 29 de la Directiva 2009/72/CE), siempre que se arbitren las debidas garantías de separación funcional en la gestión de la red. En cualquier caso, y como indica este mismo precepto, el cumplimiento de la obligación de evitar las discriminaciones y las subvenciones cruzadas se controlará a través de la auditoría a la que se verán sometidas las empresas con arreglo a las normas de Derecho interno sobre contabilidad anual de las sociedades de responsabilidad limitada.

⁴⁷⁹ Vid. art. 26.4 de la Directiva 2009/72/CE.

⁴⁸⁰ Vid. art. 28 de la Directiva 2009/72/CE. Sobre las especialidades del régimen jurídico de las redes de distribución *cerradas*, vid. *infra* epígrafe 2.6. de este Capítulo. El Considerando (30) de la Directiva 2009/72/CE indica algunos ejemplos habituales de estas redes de distribución *cerradas*: “(...). *Complejos industriales, comerciales o de servicios compartidos, tales como edificios de estaciones ferroviarias, aeropuertos, hospitales, grandes zonas de acampada con instalaciones integradas o complejos de la industria química pueden incluir redes de distribución cerradas, debido a la naturaleza específica de sus operaciones*”.

La incorporación de una compañía de distribución a la disciplina de funcionamiento del sistema eléctrico implica, en primer término, una serie de obligaciones⁴⁸¹:

- a) Realizar sus actividades en la forma autorizada y conforme a las disposiciones aplicables, prestando el servicio de distribución de forma regular y continua, y con los niveles de calidad que reglamentariamente se determinen, manteniendo las redes de distribución eléctrica en las adecuadas condiciones de conservación e idoneidad técnica.
- b) Proceder a la ampliación de las instalaciones de distribución cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro eléctrico, sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del régimen que reglamentariamente se establezca para las acometidas eléctricas⁴⁸².
- c) Comunicar al Ministerio de Industria, Energía y Turismo las autorizaciones de instalación que les concedan otras Administraciones, así como las modificaciones relevantes de su actividad, a efectos del reconocimiento de sus costes en la determinación de la tarifa y la fijación de su régimen de retribución.
- d) Comunicar al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la Administración competente la información que se determine sobre peajes de acceso, así como cualquier información relacionada con la actividad que desarrollen dentro del sector eléctrico.

⁴⁸¹ *Vid.* art. 41.1 de la Ley del Sector Eléctrico.

⁴⁸² *Vid.* capítulo II del título III del Real Decreto 1955/2000 (arts. 43-51).

- e) Atender en condiciones de igualdad las solicitudes de acceso y conexión a sus redes y formalizar los contratos de acceso de acuerdo con lo establecido por la Administración⁴⁸³.
- f) Proceder a la medición de los suministros en la forma que reglamentariamente se determine, preservándose en todo caso la exactitud de la misma y la accesibilidad a los correspondientes equipos, y facilitando el control por parte de las Administraciones competentes⁴⁸⁴.
- g) Aplicar a los usuarios los peajes de acceso que, conforme a lo dispuesto reglamentariamente, les correspondan⁴⁸⁵.
- h) Desglosar en la facturación al usuario, en la forma que reglamentariamente se determine, al menos los importes correspondientes a la imputación de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento y permanentes del sistema y los tributos

⁴⁸³ En relación con el acceso a las redes de distribución, el art. 42 de la Ley del Sector Eléctrico señala lo siguiente: *“Las instalaciones de distribución podrán ser utilizadas por los sujetos regulados en el artículo 9 de la presente Ley. El precio por el uso de redes de distribución vendrá determinado por el peaje de acceso a las redes aprobado por el Gobierno. Para poder solicitar el acceso a las redes de distribución se habrá de disponer previamente de punto de conexión en las condiciones técnicas establecidas reglamentariamente. En aquellos casos en que se susciten discrepancias en relación con las condiciones de conexión a las redes de distribución resolverá el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente. El gestor de la red de distribución sólo podrá denegar el acceso a la red en caso de que no disponga de la capacidad necesaria. La denegación deberá ser motivada. La falta de capacidad necesaria sólo podrá justificarse por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros, atendiendo a las exigencias que a estos efectos se establezcan reglamentariamente. En aquellos casos en que se susciten conflictos en relación con el procedimiento de acceso a la red, dichos conflictos se someterán a la resolución de la Comisión Nacional de Energía, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos”*. Sobre las condiciones de acceso y conexión a la red de distribución vid. capítulo II del título IV del Real Decreto 1955/2000 (arts. 60-66).

⁴⁸⁴ Vid. Real Decreto 1110/2007, de 24 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico (BOE núm. 224, de 18 de septiembre de 2007, pp. 37860-37875).

⁴⁸⁵ Vid. Real Decreto 1544/2011, de 31 de octubre, por el que se establecen los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución que deben satisfacer los productores de energía eléctrica (BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011, pp. 118002-118009) y Real Decreto 1202/2010, de 24 de septiembre, por el que se establecen los plazos de revisión de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica (BOE num. 233, de 25 de septiembre de 2010, pp. 81444-81446).

que graven el consumo de electricidad, así como los suplementos territoriales cuando correspondan.

- i) Poner en práctica los programas de gestión de la demanda aprobados por la Administración.
- j) Procurar un uso racional de la energía.
- k) Asegurar el nivel de calidad del servicio que, de acuerdo con una serie de criterios de diferenciación por áreas y tipología del consumo, se establezca reglamentariamente⁴⁸⁶.
- l) Aplicar las medidas adecuadas de protección del consumidor de acuerdo con lo establecido reglamentariamente.
- m) Mantener actualizada su base de datos de puntos de suministro, y facilitar a la *Oficina de Cambios de Suministrador* la información que se determine reglamentariamente.
- n) Preservar el carácter confidencial de la información de la que tenga conocimiento en el desempeño de su actividad, cuando de su divulgación puedan derivarse problemas de índole comercial, sin perjuicio de la obligación de información a las Administraciones Públicas.
- o) Proporcionar al gestor de la red de transporte información suficiente para garantizar el funcionamiento seguro y eficiente, el desarrollo coordinado y la interoperabilidad de la red interconectada.
- p) Los titulares de redes de distribución de energía eléctrica, antes del 15 de octubre de cada año, deberán presentar sus planes de inversión anuales y plurianuales a las Comunidades Autónomas en las que dichas inversiones vayan a realizarse. En los planes de inversión anuales

⁴⁸⁶ Vid. capítulo II del título VI del Real Decreto 1955/2000 (arts. 99-110). Sobre la *calidad zonal* – es decir, la calidad exigible en función de la zona de distribución –, vid. art. 106 de la misma norma reglamentaria.

figurarán como mínimo los datos de los proyectos, sus principales características técnicas, presupuesto y calendario de ejecución.

Por otra parte, la regulación sectorial reconoce una serie de derechos a las compañías distribuidoras al objeto de facilitarles el desempeño de su actividad⁴⁸⁷:

- a) El reconocimiento por parte de la Administración de una retribución por el ejercicio de su actividad dentro del sistema eléctrico y, en consecuencia, el derecho a la percepción de la misma⁴⁸⁸.
- b) Contratar, facturar y cobrar los peajes de acceso de los clientes conectados a sus redes.
- c) Exigir garantías a los sujetos que contraten el acceso a sus redes de distribución en los términos reglamentariamente establecidos⁴⁸⁹.
- d) Exigir que las instalaciones y equipos receptores de los usuarios que se conecten a sus redes reúnan las condiciones técnicas y de construcción que se determinen, así como el buen uso de las mismas y el cumplimiento de las condiciones establecidas para que el suministro se produzca sin deterioro o degradación de su calidad para otros usuarios⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ *Vid.* art. 41.2 de la Ley del Sector Eléctrico.

⁴⁸⁸ *Vid.* el ya reiteradamente citado Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica.

⁴⁸⁹ *Vid.* art. 79.7 del Real Decreto 1955/2000, en la redacción dada por el art. tercero, apdo. nueve, del Real Decreto 198/2010. La compañía distribuidora podrá exigir, en el momento de la contratación del acceso a las redes, la entrega de un depósito de garantía bien directamente a los consumidores o a los comercializadores en el caso de que éstos contraten el acceso en nombre del consumidor.

⁴⁹⁰ Es preciso recordar, en este sentido, que el art. 43.2 del Real Decreto 1955/2000, dentro de la regulación de las acometidas eléctricas y las demás actuaciones necesarias para atender el suministro, ya determinaba que las compañías distribuidoras están obligadas a atender las demandas de suministro que

- e) Recibir la información de la *Oficina de Cambios de Suministrador* que se determine reglamentariamente relativa a los cambios de suministrador.
- f) Determinar los criterios de operación y mantenimiento de las redes garantizando la seguridad, la fiabilidad y la eficacia de las mismas, de acuerdo con la normativa medioambiental que les sea aplicable⁴⁹¹.

D) Comercialización.

El desarrollo de la actividad de *comercialización* de energía eléctrica señala la apertura del segmento minorista del mercado a la competencia. A estos efectos, deben verificarse previamente dos supuestos de hecho básicos: por un lado, la *universalización de la condición de consumidor cualificado*, lo que supone que todos los consumidores adquieren la capacidad legal de elegir a su proveedor de suministro eléctrico; y, por otra parte, la *supresión del suministro a tarifa integral*, en favor de la contratación libre en el mercado y sin perjuicio de la instrumentación de un *suministro de último recurso* para garantizar la prestación del servicio universal a determinados clientes o grupos de clientes especialmente vulnerables⁴⁹². En todo caso, la implantación de un mercado plenamente liberalizado de compra y venta de energía eléctrica no

se les planteen en las zonas en que operan, pudiendo exigir de los usuarios que sus instalaciones y equipos receptores reúnan las condiciones técnicas y de seguridad reglamentarias.

⁴⁹¹ El art. 65 del Real Decreto 1955/2000 pone en relación los criterios de seguridad y fiabilidad establecidos para la operación y mantenimiento de las redes de distribución con las normas sobre calidad del suministro eléctrico reguladas en el capítulo II del título VI de la misma norma reglamentaria.

⁴⁹² En este sentido, el Considerando (3) de la Directiva 2009/72/CE afirma que “*sólo un mercado interior plenamente abierto que permita a todos los ciudadanos de la Unión elegir libremente a sus suministradores y a todos los suministradores abastecer libremente a sus clientes es compatible con las libertades (entre otras, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios) que el Tratado garantiza a los ciudadanos de la Unión*”.

puede verificarse *ipso iure*, sino que requiere un período de transición en el que coexistiendo provisionalmente los mecanismos de funcionamiento del mercado regulado y los del mercado liberalizado, aquéllos vayan dejando paso paulatinamente a éstos:

“A partir del 1 de enero de 2009 el suministro pasa a ser ejercido en su totalidad por los comercializadores en libre competencia, y son los consumidores de electricidad quienes eligen libremente a su suministrador.

Se adaptan todos los derechos y obligaciones de los comercializadores y distribuidores al nuevo orden establecido, teniendo en cuenta que el distribuidor deja de suministrar a tarifa y considerando, además, el nuevo concepto de suministrador de último recurso. En esta línea destacar que se refuerzan las obligaciones en relación con la formalización de contratos de los consumidores y el mantenimiento de las bases de datos de puntos de suministro, que garantizan el acceso en igualdad de condiciones.

Se adopta un enfoque progresivo a fin de que las empresas puedan adaptarse y garantizar que se establezcan las medidas y regímenes adecuados para proteger los intereses de los consumidores y asegurar que éstos tengan un derecho real y efectivo de elección de su suministrador.

Así, se mantiene el suministro a tarifa hasta el 1 de enero de 2009 y es a partir de esta fecha cuando se crean las tarifas de último recurso, que son precios máximos establecidos por la Administración para determinados consumidores, para quienes se concibe el suministro eléctrico como servicio universal, tal como contempla la Directiva [2003/54/CE]. Esta actividad se realizará por las empresas comercializadoras a las que se imponga tal obligación, quienes deberán llevar a cabo la actividad con separación de cuentas, diferenciada de la actividad de suministro libre⁴⁹³.

El proceso de apertura a la competencia –liberalización– de las actividades económicas del sector eléctrico se lleva a cabo, como estamos viendo, a través de diversos instrumentos y técnicas regulatorias. En primer término, hemos analizado aquellas que se refieren a la configuración de un mercado mayorista de electricidad, en el que desempeña un papel clave el reconocimiento del derecho de acceso de terceros a las redes de transporte, como elemento decisivo en orden a superar las limitaciones impuestas por la estructura industrial de monopolio natural permitiendo el uso de la infraestructura a operadores distintos de sus propietarios.

⁴⁹³ Exposición de Motivos de la Ley 17/2007.

Nos centramos ahora en los mecanismos de apertura a la competencia en el segmento minorista del mercado, que se concretan en el reconocimiento progresivo de la capacidad de elección de suministrador a todos los consumidores y, en concreto, en la posibilidad efectiva de elegir, directamente o a través de una empresa comercializadora, a un proveedor de suministro distinto del distribuidor de zona. Para conseguir este objetivo, se reconoce al consumidor el derecho de adquisición de energía en el mercado libre a cualquier proveedor autorizado –*comercializador* -, con la simultánea obligación de abonar el peaje por el acceso y uso de las redes para el transporte y la distribución de la energía adquirida⁴⁹⁴.

En este contexto, los *comercializadores* operan libremente⁴⁹⁵ en el segmento minorista del mercado, en calidad de intermediarios que se dedican a comprar y vender energía eléctrica que se transmite por redes de propiedad ajena – en virtud del ejercicio del derecho de acceso - cuya construcción, explotación y mantenimiento se ejecuta como actividad *regulada* por los *distribuidores*, lo que determina su sometimiento a la regla de separación jurídica y funcional – *unbundling* - con respecto a estos últimos sujetos del sistema⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Vid. E. SALINAS LA CASTA, *La actividad del comercializador. El paso de la tarifa regulada al suministro de último recurso. La Oficina de Cambios de Suministrador*, en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ, M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. III (*Energía*), tomo I, Iustel (2009), pp. 767-810.

⁴⁹⁵ El art. 11.3 de la Ley del Sector Eléctrico señala que “*sin perjuicio de lo establecido para el suministro de último recurso, la comercialización se ejercerá libremente en los términos previstos en esta Ley y su régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes*”.

⁴⁹⁶ Vid. art. 14 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. único, apdo. veintiuno, de la Ley 17/2007. El *unbundling* jurídico y funcional permite, no obstante, que se desarrollen actividades *libres y reguladas* dentro de un mismo grupo empresarial a través de sociedades distintas.

El estatuto jurídico de ambas actividades, *distribución* y *comercialización*, presenta diferencias que señalan la dirección del proceso liberalizador. El régimen jurídico de la *distribución* responde al carácter regulado de esta actividad y, en definitiva, a la necesidad de atender al cumplimiento de determinadas obligaciones de servicio público vinculadas al suministro eléctrico. En cambio, el régimen jurídico de la *comercialización* procede de las relaciones contractuales libremente establecidas con los clientes, sin perjuicio de la necesidad de una regulación administrativa atinente a las obligaciones de servicio público derivadas de la protección del consumidor⁴⁹⁷.

Las *comercializadoras* son sociedades mercantiles que, accediendo a las redes de transporte o distribución, tienen como función la venta de energía eléctrica a los consumidores, a otros sujetos del sistema, o bien para operaciones de intercambio internacional⁴⁹⁸. En consecuencia, podemos caracterizar la *comercialización* como la actividad de intermediación consistente en la compra de energía eléctrica en el mercado mayorista – a través de cualquiera de las modalidades de contratación del mercado organizado de producción - y en la venta, a un precio libremente pactado con el consumidor, en el mercado minorista⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ En línea con este planteamiento, el art. 86.1 del Real Decreto 1955/2000 establece que “*las condiciones generales de contratación del suministro de energía eléctrica entre los consumidores cualificados y las empresas que realicen el suministro, así como la existencia de pactos particulares que pudieran condicionar la garantía de suministro, deberán ser comunicadas a la Dirección General de Política Energética y Minas, a la Comisión Nacional de Energía y a las Comunidades Autónomas en aquellos casos en que los suministros se realicen exclusivamente en el ámbito territorial de las mismas*”.

⁴⁹⁸ Cfr. art. 9.1, apdo. f) de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. único, apdo. quince, de la Ley 17/2007.

⁴⁹⁹ Vid. E. SALINAS LA CASTA, *La actividad del comercializador ...*, op. cit., p. 768.

Algunos autores consideran a las empresas *comercializadoras* como “*la pieza clave para el desarrollo del mercado minorista*”⁵⁰⁰, ponderando su contribución al buen funcionamiento del mercado interior de la electricidad: permiten compartir los costes de actuación en el mercado mayorista entre multitud de consumidores y aumentar, en consecuencia, la capacidad de negociación por el lado de la demanda; se ajustan mejor que las suministradoras a tarifa a los cambios en las preferencias de los consumidores; están naturalmente interesadas en promover un funcionamiento eficiente y transparente del mercado, pues de ello depende su margen de beneficio; posibilitan el arbitraje en relación con las diferencias de precios entre distintos segmentos de la demanda; y facilitan el aprovechamiento de sinergias en los servicios de medición y facturación de consumos, así como la reasignación de riesgos⁵⁰¹.

El nuevo marco regulatorio se caracteriza, ante todo, por la atribución a los *comercializadores* de la actividad de *suministro* eléctrico, dispensando a los *distribuidores* de lo que hasta ahora constituía una de sus obligaciones legales y encomendándoles exclusivamente el desempeño de la actividad de *distribución* en sentido estricto.

Las normas comunitarias sobre el mercado interior de la electricidad definen la actividad de *suministro* como “*la venta y la reventa de electricidad a*

⁵⁰⁰ G. ARIÑO ORTIZ, *Los servicios energéticos: organización y garantía de la competencia*, en XV Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Instituto Andaluz de Administración Pública (2004), p. 243.

⁵⁰¹ Vid. A. JUNCO FERNÁNDEZ, en *Comentario del artículo 44 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico*, en la obra colectiva V. LÓPEZ-IBOR MAYOR y J. M. BENEYTO PÉREZ (dirs.), *Comentarios a las Leyes Energéticas*, tomo I, *Ley del Sector Eléctrico*, Thomson-Civitas (2006), pp. 663 y ss.

*clientes*⁵⁰². En términos más precisos, podemos definir el *suministro* como la entrega de energía por las empresas autorizadas, a través de las redes de transporte y distribución, mediante contraprestación económica y en las condiciones de regularidad y calidad que resulten exigibles⁵⁰³.

Culminada ya la liberalización del segmento minorista, la contratación libre del suministro en el mercado puede revestir dos modalidades:

*“Los consumidores finales de electricidad tendrán derecho a elegir suministrador pudiendo contratar el suministro: a) Con las correspondientes empresas de comercialización. En este caso podrán contratar la energía y el peaje de acceso a través del comercializador. Los consumidores de último recurso (...) tendrán derecho además a contratar el suministro con empresas comercializadoras de último recurso al precio máximo que se determine. b) Con otros sujetos autorizados en el mercado de producción. Estos consumidores directos en mercado contratarán la energía con el sujeto autorizado y el correspondiente contrato de peaje a las redes directamente con el distribuidor al que estén conectadas sus instalaciones”*⁵⁰⁴.

Las modalidades de contratación en el mercado libre son pues varias, pudiendo el consumidor adquirir por su cuenta el suministro de electricidad contratando además el acceso con el distribuidor, o acudir a un comercializador para adquirir a través de él únicamente la energía o también el acceso a la red⁵⁰⁵. En cualquier caso, el contrato queda sujeto por lo que se refiere a la

⁵⁰² Vid. art. 2, apdo. 19), de la Directiva 2009/72/CE. Téngase en cuenta lo establecido en el art. 79.3 del Real Decreto 1955/2000: “El contrato de suministro es personal, y su titular deberá ser el efectivo usuario de la energía, que no podrá utilizarla en lugar distinto para el que fue contratada, ni cederla ni venderla a terceros”. Estas limitaciones no obligan a las compañías distribuidoras a las que resulte de aplicación el régimen previsto en la disposición transitoria undécima de la Ley del Sector Eléctrico, ni a otros sujetos que vinieran prestando suministro con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, siempre y cuando estuvieran autorizados por la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

⁵⁰³ Cfr. art. 44.1 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. único, apdo. cincuenta y seis, de la Ley 17/2007.

⁵⁰⁴ Art. 44.2 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. único, apdo. cincuenta y seis, de la Ley 17/2007.

⁵⁰⁵ Vid. art. 3 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2002, pp. 46384-46388). Los consumidores que opten por contratar el acceso a las redes directamente con el distribuidor quedarán obligados a aportar a este último justificación documental acreditativa de la existencia de un contrato de adquisición de energía con un comercializador así como

suspensión del suministro eléctrico a las condiciones de garantía de suministro y suspensión que se hubieran pactado entre las partes⁵⁰⁶.

Los consumidores que adquieren energía directamente en el mercado de producción tienen la consideración legal de *consumidores directos en mercado*⁵⁰⁷. Esta condición legal les otorga, en primer término, el derecho a contratar con otros sujetos del mercado de producción distintos de los comercializadores - por ejemplo, podrán contratar directamente con productores -, así como el derecho de acceso a las redes de distribución a que estén conectadas sus instalaciones⁵⁰⁸.

documentación indicativa de la duración del mismo. En el caso en que el consumidor opte por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador que actúa como sustituto del consumidor, el comercializador deberá disponer de poder suficiente otorgado por el consumidor a su favor: en este caso, la posición del comercializador en el contrato de acceso suscrito con el distribuidor será a todos los efectos la del consumidor correspondiente. La redacción original del art. 3.2 del Real Decreto 1435/2002 señalaba que *“en el caso en que el consumidor opte por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador este último sólo podrá contratar con el distribuidor el acceso a las redes como mandatario del consumidor. El contrato de suministro entre el consumidor y el comercializador deberá formalizarse por escrito. En él deberá incluirse una autorización para que el comercializador pueda actuar como mandatario del consumidor, contratando con el distribuidor la tarifa de acceso y traspasar al distribuidor los datos necesarios para el suministro. (...)”*. El adverbio “sólo” insertado en esta redacción original fue anulado por la Sentencia de 29 de junio de 2004 del Tribunal Supremo, considerando que se estaba limitando el derecho de acceso a las redes de los comercializadores en su propio nombre. En consecuencia, hay que interpretar que deben quedar en todo caso abiertas dos posibilidades para el caso en que el consumidor opte por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador: que se confiera un mandato al comercializador para que contrate el acceso a las redes como mandatario del consumidor, o que contrate el suministro de energía como un todo incluyendo también el tránsito por las redes concluido por el comercializador en nombre propio. *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2004. Ponente: M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA. ROJ nº 4592/2004. Condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de baja tensión.

⁵⁰⁶ *Vid.* art. 50 de la Ley del Sector Eléctrico y art. 86 del Real Decreto 1955/2000.

⁵⁰⁷ El art. 9.1, apdo. g), de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art.1, apdo. dos, del Real Decreto-Ley 13/2012, establece que *“los consumidores ... son las personas físicas o jurídicas que compran la energía para su propio consumo. Reglamentariamente podrán establecerse para determinados consumidores modalidades singulares de suministro para fomentar la producción individual de energía eléctrica destinada al consumo en la misma ubicación, detallando el régimen de derechos y obligaciones que de ellas resulten. Aquellos consumidores que adquieran energía directamente en el mercado de producción se denominarán Consumidores Directos en Mercado”*.

⁵⁰⁸ *Vid.* art. 44.2, apdo. b), de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. 18, apdo. cinco, de la Ley 25/2009.

La contratación del suministro es, pues, libre y se sujeta únicamente a los pactos que se adopten para la determinación de la cantidad, la forma de medida y el precio⁵⁰⁹, no así la calidad cuya garantía, en los términos reglamentariamente establecidos, constituye una obligación legal del gestor de la red, es decir, el distribuidor de la zona correspondiente. Existen diversas posibilidades de pactos sobre las condiciones y precios de entrega de energía al usuario por parte del *comercializador*: a potencia limitada o sin límite de potencia; en oferta plana o distinguiendo entre punta, llano y valle; con precio unitario o diferenciando por tramos horarios, a precio binómico de potencia y energía; a precio indexado al mercado o por diferencias con el mismo⁵¹⁰.

Adicionalmente, se encomienda a determinados *comercializadores* la prestación del *suministro de último recurso* en favor de aquellos consumidores que tengan derecho a tal tarifa⁵¹¹. Las normas comunitarias sobre el mercado interior de la electricidad sitúan la figura del suministro de último recurso en el contexto de la regulación de las obligaciones de servicio público y, en concreto, en relación con la garantía del *servicio universal* de suministro eléctrico⁵¹².

⁵⁰⁹ En este sentido, el art. 16.4 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. único, apdo. veinticuatro, de la Ley 17/2007, declara que “*sin perjuicio de lo establecido en relación con el suministro de último recurso, la retribución a la actividad de comercialización será la que libremente se pacte por las partes*”.

⁵¹⁰ Vid. J. M^a. NEBREDÁ PÉREZ, *Distribución eléctrica: concurrencia de disciplinas jurídicas*, op. cit., p. 797.

⁵¹¹ En este sentido, el art. 9.1, apdo. h), de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. único, apdo. quince, de la Ley 17/2007, indica que “*el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, determinará los comercializadores que asumirán la obligación de suministro de último recurso*”.

⁵¹² En este sentido, el art. 3.3 de la Directiva 2009/72/CE, determina que “*los Estados miembros deberán garantizar que todos los clientes domésticos y, cuando los Estados miembros lo consideren adecuado, las pequeñas empresas, es decir, las empresas que empleen a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios o balance general anual no exceda de 10 millones de euros, disfruten en su territorio del derecho a un servicio universal, es decir, del derecho al suministro de electricidad de una calidad determinada, y a unos precios razonables, fácil y claramente comparables, transparentes y no*

El servicio universal de suministro eléctrico se materializa en la garantía a todos los consumidores del derecho al acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, en el territorio nacional, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan por el Gobierno, con la colaboración de las Comunidades Autónomas. Los consumidores que se determinen tendrán derecho al suministro de energía eléctrica a precios máximos que podrán ser fijados por el Gobierno y tendrán la consideración de *tarifas de último recurso*⁵¹³.

La liberalización del mercado minorista marca el tránsito de la tarifa integral a la tarifa de último recurso. En general, se dispone que sólo los consumidores de suministro eléctrico en baja tensión, con una potencia contratada inferior a 50 kW, podrán acogerse a la tarifa de último recurso, si bien se habilita al Gobierno a revisar este umbral si así lo demandan las condiciones del mercado⁵¹⁴.

Las tarifas de último recurso son los precios máximos que podrán cobrar los comercializadores que asuman las obligaciones de suministro de último

discriminatorios. Para garantizar la prestación del servicio universal, los Estados miembros podrán designar un suministrador de último recurso. (...)”.

⁵¹³ Vid. art. 10.1 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art.1, apdo. tres, del Real Decreto-Ley 13/2012.

⁵¹⁴ La disposición adicional vigésimo cuarta de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. único, apdo. setenta y uno, de la Ley 17/2007, determina lo siguiente: “*A partir del 1 de enero de 2009, queda suprimido el sistema tarifario integral, estableciéndose las tarifas de último recurso. A partir del 1 de enero de 2010, solo podrán permanecer acogidos a tarifa de último recurso aquellos consumidores con suministros en baja tensión. A partir del año 2011 podrán acogerse a tarifas de último recurso los consumidores de energía eléctrica cuya potencia contratada sea inferior a 50 kW. Se autoriza al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a modificar el límite de potencia establecido en el párrafo anterior si así lo recomiendan las condiciones del mercado en relación con los consumidores de baja tensión. Asimismo el Gobierno podrá determinar los precios que deberán pagar aquellos consumidores que transitoriamente no dispongan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador. Se habilita al Gobierno a adelantar los plazos establecidos en la presente disposición adicional*”.

recurso a los consumidores que, de acuerdo con la normativa vigente, se acojan a dichas tarifas. Las tarifas de último recurso serán únicas en todo el territorio nacional y se fijarán de forma que en su cálculo se respete el principio de suficiencia de ingresos y no se ocasionen distorsiones de la competencia en el mercado. Este cálculo se lleva a cabo, de forma aditiva, sobre la base de tres conceptos: coste de producción, peaje de acceso y costes de comercialización⁵¹⁵.

En este contexto, es preciso referirse a un problema especialmente grave del sistema eléctrico español, el denominado *déficit tarifario*⁵¹⁶. El *déficit*

⁵¹⁵ Vid. art. 18 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. único, apdo. veintisiete, de la Ley 17/2007. En relación con el suministro de último recurso vid. Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica (BOE núm. 82, de 4 de abril de 2009, pp. 31971-31989) y la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica (BOE núm. 151, de 23 de junio de 2009, pp. 52252-52279).

⁵¹⁶ V. LÓPEZ-IBOR MAYOR ha señalado, en este sentido, que “en nuestra estructura de generación ha primado en los últimos años el incremento de potencia y la penetración de las energías renovables, nueva industria que debemos proteger. Pero se ha descuidado, sin embargo, la vertiente económica, lo que ha dado lugar a la existencia de un déficit tarifario, gravísimamente desbocado. Las medidas que se adopten en el futuro deben atender a la reducción global de los costes de generación y garantizar que el coste real ajustado de dicha actividad repercuta íntegramente en las diferentes fases de producción” (Política energética, en suplemento Empresa del diario ABC, domingo 30 de octubre de 2011, núm. 150, p. 20). El mismo autor se había pronunciado en otro lugar sobre esta misma cuestión en los siguientes términos: “Por último, no quiero dejar siquiera de apuntar la gravedad del problema del déficit, que en definitiva se traduce en que lo pagado por los consumidores a cambio de la electricidad que reciben, es inferior - netamente inferior - a la suma de los costes en que hay que incurrir para producirla. (...). El déficit carece de lógica económica - una tarifa se integra por la suma de sus costes, que deben ser reconocidos - y genera una sorprendente e indeseable situación jurídica, en la que el operador se convierte en acreedor - vía saldo de las liquidaciones - del producto que genera y el servicio que presta. Por ello, el déficit tarifario se ha convertido en España en uno de los aspectos claves del futuro del sistema eléctrico. La sucesiva acumulación en los últimos años de enormes desfases entre el coste de la producción de energía eléctrica suministrada a tarifa y los ingresos percibidos de los usuarios que no han acudido al mercado liberalizado, supone una enorme carga económica sobre el sistema que difícilmente puede seguir imputándose sobre las espaldas de las generaciones futuras. El concepto de «principio de recuperación del déficit tarifario» (...), ha señalado MATEU DE ROS, no es un derecho (crédito), entendiéndolo que la recuperabilidad de los desajustes o menores ingresos efectivos del sistema no es una posibilidad que la norma enuncia como objetivo ideal o criterio programático del sistema, sino que se materializa en unos derechos de crédito concretos (los «derechos de cobro»). En definitiva, la actual legislación no señala con claridad a quién corresponde asumir el riesgo económico de los costes de producción de la electricidad cuando el suministro se realiza a tarifa regulada, teniendo en cuenta el modelo precedente que contemplaba la posibilidad de un superávit tarifario, que permitiría recuperar, por diferencias, los CTCs”. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *La problemática jurídica del Sector Eléctrico*, op. cit., pp. 299-300. Sobre el “derecho a la recuperación del déficit tarifario” vid. R. MATEU DE ROS

de tarifa se dispara a partir de la primera década del siglo XXI y trae causa de los incrementos de demanda eléctrica y de la considerable elevación de los precios del petróleo, fenómenos simultáneos a una tendencia sostenida de reducción de la tarifa eléctrica que arranca de ejercicios anteriores. El déficit se constata a partir de la diferencia entre el coste de producción estimado para el cálculo de la tarifa y el coste real superior de adquisición de energía en el mercado de producción por las compañías distribuidoras para el suministro a tarifa. El déficit se origina también por la estimación insuficiente de otros costes del sistema, singularmente los asociados al régimen especial de producción de energía eléctrica. Si las tarifas no cubren la totalidad de los costes, resulta muy difícil para las comercializadoras competir en el mercado libre, pues el precio que pueden ofrecer a sus potenciales clientes debe recoger el coste de adquisición de la energía en dicho mercado que siempre será superior a aquéllas⁵¹⁷. El *déficit tarifario* ha provocado una contracción de la apertura a la

CEREZO, *El déficit de la tarifa eléctrica: origen y regulación por el derecho positivo*, en la obra colectiva *Tratado de regulación del Sector Eléctrico*, vol. I, Aspectos jurídicos, Iberdrola-Thomson Aranzadi, Cizur Menor (2009), pp. 347-390. Una postura muy distinta, más escéptica ante la posible virtualidad de este “derecho a la recuperación del déficit tarifario”, sostiene R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, en *El déficit de ingresos en el Sector Eléctrico*, “Revista de Administración Pública, núm. 162 (septiembre-diciembre 2003), pp. 307-335. Este autor concluye que “son posibles dos soluciones. En primer lugar, resulta posible mantener la regulación existente para el sector eléctrico, confiando en que los mecanismos previstos en el Derecho de Defensa de la Competencia funcionen adecuadamente con el fin de evitar una posible fijación artificial de precios en el mercado mayorista de generación. Pero cabe, en segundo lugar, la posibilidad de repensar el modelo que hoy se deriva de la regulación existente para el sector eléctrico. En este sentido es ya conocida la opinión de M. A. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ y de la antigua Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (hoy CNE) en cuanto a la necesidad de reestructurar el sector y obligar a las compañías eléctricas a desinvertir con el fin de permitir la competencia. También conocemos hoy que en Inglaterra y Gales se ha sustituido el modelo del «pool» por una nueva regulación que, aparentemente, está funcionando muy bien - resalto el término «aparentemente» - y cuyo núcleo no es la existencia de un mercado organizado de generación, sino que se fundamenta en los acuerdos bilaterales entre los compradores y los vendedores de electricidad. Por último, y desde otra perspectiva, tampoco resulta descartable volver la vista atrás y replantearnos si verdaderamente el sector eléctrico puede funcionar como cualquier otro mercado en régimen de libre competencia”.

⁵¹⁷ La Comisión Europea, en su estudio sectorial de la energía, *Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 en los sectores europeos del gas y la electricidad* –Informe final - [COM (2006) 851 final] señala que “en varios Estados miembros, las tarifas reguladas han generado efectos nocivos para el desarrollo de unos mercados competitivos, puesto que se han fijado en unos niveles muy bajos en comparación con los precios de mercado y abarcan una gran parte del mercado, lo que da lugar a una nueva regulación. Del mismo modo, en varios Estados miembros se han

competencia en el mercado minorista y una crisis de la actividad de las empresas comercializadoras, especialmente significativa en relación con las comercializadoras *independientes*, es decir, aquellas que no desarrollan actividades de generación con las que poder cubrir el riesgo o compensar las pérdidas de la actividad de comercialización⁵¹⁸.

Llegados a este punto, conviene abordar el *estatuto jurídico* de las empresas *comercializadoras*. En virtud de la aprobación de la *Directiva de servicios*, se procede a suprimir el régimen de autorización para el desempeño de la actividad de *comercialización*, sustituyéndolo por la mera *comunicación* a la Administración competente, así como al Ministerio de Industria, Energía y Turismo que a su vez dará traslado de la misma a la Comisión Nacional de Energía. En esta comunicación se indicará el ámbito territorial en el que se pretende ejercer la actividad y se formulará una declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos de *capacidad legal, técnica y económica* para emprender dicho ejercicio⁵¹⁹.

Para acreditar su *capacidad legal*, las empresas que pretendan ejercer la actividad de *comercialización* deberán ser sociedades mercantiles debidamente inscritas en el registro correspondiente o equivalente en su país de origen, en cuyo objeto social se acredite su capacidad para vender y comprar energía

examinado unas medidas especiales para reducir las facturas de electricidad de las industrias grandes consumidoras de energía. Estas medidas deben ser compatibles con las normas sobre competencia y sobre ayudas estatales”.

⁵¹⁸ Vid. E. SALINAS LA CASTA, *La actividad del comercializador ...*, op. cit., pp. 785-787.

⁵¹⁹ Vid. art. 44.3 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. 18, apdo. cinco, de la Ley 25/2009.

eléctrica sin que existan limitaciones o reservas al ejercicio de dicha actividad. Para acreditar su *capacidad técnica*, las empresas interesadas deberán cumplir los requisitos exigidos a los sujetos compradores en el mercado de producción de energía eléctrica conforme a los procedimientos de operación técnica y, en su caso, las reglas de funcionamiento y liquidación del mercado de producción⁵²⁰. Finalmente, para acreditar su *capacidad económica* las empresas que deseen operar como comercializadoras deberán presentar ante el operador del sistema y el operador del mercado las garantías que resulten exigibles para la adquisición de energía en el mercado de electricidad en los procedimientos de operación técnica y en las correspondientes reglas de funcionamiento y liquidación del mercado de producción⁵²¹.

La condición de empresa comercializadora de energía eléctrica se traduce en una serie de obligaciones⁵²²:

- a) Realizar la comunicación de inicio de actividad ante la Dirección General de Política Energética y Minas a través del modelo reglamentariamente establecido⁵²³.

⁵²⁰ Vid. art. 4 del Real Decreto 2019/1997, en la redacción dada por el art. segundo del Real Decreto 198/2010.

⁵²¹ Vid. art. 73 del Real Decreto 1955/2000, en la redacción dada por el art. tercero, apdo. Tres, del Real Decreto 198/2010.

⁵²² Vid. art. 45.1 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. único, apdo. cincuenta y seis, de la Ley 17/2007, - en particular, los apdos. j), k), l) y m) de este mismo precepto en la redacción dada por el art. 1, apdo. diez, del Real Decreto-Ley 13/2012 -, y art. 71.2 del Real Decreto 1955/2000, en la redacción dada por el art. tercero, apdo. uno, del Real Decreto 198/2010.

⁵²³ En un primer momento, se exigía a las empresas comercializadoras para poder adquirir energía eléctrica con el fin de suministrar a sus clientes la inscripción en el Registro de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Directos en Mercado. Esta obligación se extendía a los consumidores que adquiriesen la energía de manera directa en el mercado con entrega física (*consumidores directos*) - vid. art. 45.4 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. único, apdo. cincuenta y seis, de la Ley 17/2007 -. Tras la aprobación de la *Directiva de servicios*, tanto los comercializadores como los consumidores directos quedan únicamente sometidos a una obligación de comunicar formalmente el

- b) Mantenerse en el cumplimiento de las condiciones de capacidad legal, técnica y económica requeridas para el desempeño de la actividad de comercialización.
- c) Adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, presentando a tal fin las garantías que resulten exigibles al operador del sistema, al operador del mercado y a las empresas distribuidoras, y realizando el pago de sus adquisiciones.
- d) Contratar y abonar el peaje de acceso correspondiente a la empresa distribuidora, presentando los depósitos de garantía correspondientes cuando contraten en nombre de los consumidores.
- e) Desglosar en las facturaciones a sus clientes al menos los importes correspondientes a la imputación de los peajes, los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento y permanentes del sistema y los tributos que graven el consumo de electricidad, así como los suplementos territoriales cuando correspondan.
- f) Poner en práctica los programas de gestión de la demanda aprobados por la Administración.
- g) Procurar un uso racional de la energía.
- h) Tomar las medidas adecuadas de protección del consumidor en los términos reglamentariamente establecidos.
- i) Suministrar a la *Oficina de Cambios de Suministrador* la información que reglamentariamente se determine.
- j) Comunicar al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la Administración competente la información que reglamentariamente se

inicio y, en su caso, el cese de su actividad al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, quien a su vez dará traslado de esta comunicación a la Comisión Nacional de Energía - *vid.* art. 44.2, apdo. b), y 6 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. 18, apdo. cinco, de la Ley 25/2009 -.

determine sobre tarifas de acceso o peajes, precios, consumos, facturaciones y condiciones de venta aplicables a los consumidores, distribución en categorías de los consumidores en función de sus respectivos volúmenes de consumo, así como cualquier información relacionada con el desempeño de su actividad⁵²⁴.

- k) Informar a sus clientes acerca del origen de la energía suministrada, así como de los impactos ambientales de las distintas fuentes de energía y de la proporción utilizada entre ellas.

Análogamente, se reconocen a las empresas de comercialización una serie de derechos⁵²⁵:

- a) Exigir que los equipos de medida de los usuarios reúnan las condiciones técnicas y de construcción que se determinen, así como el buen uso de los mismos.
- b) Facturar y cobrar el suministro realizado.
- c) Contratar la adquisición y venta de energía eléctrica en los términos legalmente establecidos.
- d) Obtener la información relativa a cambios de suministrador de la *Oficina de Cambios de Suministrador* y los datos de los consumidores que reglamentariamente se determinen.
- e) Solicitar la verificación del buen funcionamiento de los equipos de medida de suministros y en su caso reclamar las cuantías que procedan.

⁵²⁴ Sin perjuicio de todo ello, las empresas comercializadoras deberán preservar la confidencialidad de la información de la que tengan conocimiento por el desempeño de su actividad, cuando de su divulgación pudieran derivarse problemas de índole comercial.

⁵²⁵ *Vid.* art. 45.2 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. único, apdo. cincuenta y seis, de la Ley 17/2007.

- f) Acceder a las redes de transporte y distribución en la forma que reglamentariamente se determine.

Como complemento al objetivo de acceso eficaz y no discriminatorio a las redes de distribución, establecido por las normas comunitarias sobre el mercado interior de la electricidad, se crea la *Oficina de Cambios de Suministrador*, una sociedad mercantil – participada por los comercializadores y distribuidores de electricidad y gas natural, y con una representación mínima para los nuevos entrantes (*new comers*) -, con objeto social exclusivo, a la que se encomienda la supervisión de los cambios de suministrador con arreglo a los principios de objetividad, transparencia e independencia y, en su caso, la gestión centralizada de las comunicaciones y el registro formal relativos a tales cambios. Para el adecuado ejercicio de sus funciones, se le garantiza el acceso a las bases de datos de consumidores y puntos de suministro de las compañías eléctricas⁵²⁶.

E) Gestión económica y técnica del sistema eléctrico.

Desde un punto de vista institucional, el mercado de la electricidad se apoya en último término en dos organismos que desempeñan actividades de coordinación imprescindibles para asegurar el correcto funcionamiento del sistema eléctrico: el operador del mercado y el operador del sistema. En atención a la relevancia de esta misión para todo el sistema, tienen la

⁵²⁶ Vid. art. 47 bis de la Ley del Sector Eléctrico, introducido por el art. único, apdo. cincuenta y ocho, de la Ley 17/2007. La disposición transitoria primera de la Ley 17/2007 establece que en el plazo máximo de dos meses desde su entrada en vigor se deberá constituir la sociedad mercantil *Oficina de Cambios de Suministrador*, que iniciará sus actividades, previa autorización de la Secretaría General de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley de reiterada referencia.

consideración legal de actividades *reguladas*⁵²⁷ y su desempeño se atribuye a sociedades mercantiles con ese objeto social exclusivo, sujetas a la obligación legal de *unbundling* jurídico-funcional y patrimonial con respecto a las actividades de producción y comercialización⁵²⁸. Adicionalmente, se considera que es necesario establecer, como garantía de equilibrio e imparcialidad, la obligación legal de *unbundling* entre la gestión técnica y económica de los sistemas eléctricos nacionales, por lo que ninguno de los dos operadores podrá tener participación en el capital del otro⁵²⁹.

En España, la gestión económica, es decir, las funciones de operador del mercado, se encomendaron, en un primer momento, a la *Compañía Operadora del Mercado Español de Electricidad, S.A. (OMEL)*⁵³⁰ y con posterioridad, en el marco de la creación del *Mercado Ibérico de Electricidad (MIBEL)*, al *Operador del Mercado Ibérico de la Energía, Polo Español, S.A. (OMIE)*⁵³¹. El operador del mercado tiene como misión la gestión económica del sistema, que incluye la aceptación y casación de las ofertas y la realización de las operaciones de liquidación. Asume la gestión del sistema de ofertas de compra y venta de energía eléctrica, y ejerce sus funciones respetando los

⁵²⁷ Vid. art. 11.2 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. único, apdo. diecisiete, de la Ley 17/2007.

⁵²⁸ Vid. art. 14.1 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por art. único, apdo. veintiuno, de la Ley 17/2007.

⁵²⁹ Vid. art. 5 del Real Decreto 2019/1997.

⁵³⁰ Vid. disposición adicional primera del Real Decreto 2019/1997.

⁵³¹ Vid. disposición transitoria decimoctava, apdo. 3, de la Ley del Sector Eléctrico. El Convenio Internacional relativo a la constitución de un *Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica (MIBEL)* entre el Reino de España y la República Portuguesa, hecho en Santiago de Compostela el 1 de octubre de 2004 – y modificado en Braga el 18 de enero de 2008 -, dispone en su art. 4.1 el intercambio recíproco del 50 % del capital social de los operadores del mercado respectivos de España – *Operador del Mercado Ibérico, Polo Español, S.A. (OMIE)* – y Portugal - *Operador del Mercado Ibérico, Polo Portugués, Holding (OMIP)*, a fin de constituir el *Operador del Mercado Ibérico (OMI)*.

principios de transparencia, objetividad e independencia. Casa las ofertas de venta de los productores y las demandas de compra de los consumidores para cada período horario del día. En virtud de esta operación, el operador del mercado determina los precios finales de la electricidad y liquida los pagos a las empresas. Aunque se trata de una actividad regulada, el operador del mercado la ejerce atendiendo a las reglas de la competencia, de modo que si detecta algún comportamiento de los agentes contrario a ésta debe ponerlo en conocimiento de la Comisión Nacional de Energía para que inicie las oportunas diligencias.

Las funciones que se atribuyen al operador del mercado son muy numerosas⁵³², pudiendo agruparse en conceptos como el funcionamiento de los mercados, los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares (SEIE)⁵³³, la información adicional o de otras transacciones que se precisa para efectuar la programación, la información de otras transacciones liberalizadas, las reglas de mercado y el contrato de adhesión, la información a los agentes del mercado y a terceros, los principios de independencia, transparencia y objetividad, previsiones a corto y medio plazo de oferta y demanda, y la información por parte de los suministradores en relación con la contribución de cada fuente al *mix* energético, el impacto sobre el medio ambiente y los derechos respecto a las vías de solución de conflictos⁵³⁴.

⁵³² *Vid.* art. 27 del Real Decreto 2019/1997. Puede hallarse un intento de sistematización de estas funciones en M^a. A. TORRES LÓPEZ, *Las actividades reguladas y su régimen jurídico tras la Directiva 2009/72*, *op. cit.*, p. 41.

⁵³³ *Vid.* Real Decreto 1747/2003, de 19 de diciembre, por el que se regulan los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 2003, pp. 46316-46322).

⁵³⁴ *Vid.* art. 3.9 de la Directiva 2009/72/CE.

El operador del sistema, por su parte, tiene a su cargo la gestión técnica, es decir, las actividades relacionadas con la administración de los flujos de energía, teniendo en cuenta los intercambios con otros sistemas interconectados e incluyendo la determinación y asignación de las pérdidas de transporte y la gestión de los servicios complementarios⁵³⁵. En España, la gestión técnica del sistema se atribuye a *Red Eléctrica de España, S.A.U.*, que también desempeña las funciones de gestor de la red de transporte⁵³⁶. En definitiva, la responsabilidad de la gestión técnica del sistema se traduce en la necesidad de garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte.

Para el cumplimiento de esta misión, se atribuyen al operador del sistema una serie de funciones tales como⁵³⁷:

- Prever indicativamente y controlar el nivel de garantía de abastecimiento de electricidad del sistema a corto y medio plazo.

⁵³⁵ El art. 34.1 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. 1, apdo. seis, del Real Decreto-Ley 13/2012, establece que “*el operador del sistema tendrá como función principal garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte. Ejercerá sus funciones en coordinación con los operadores y sujetos del Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica y bajo los principios de transparencia, objetividad e independencia. El operador del sistema será el gestor de la red de transporte*”. El operador del sistema adoptará la forma de sociedad mercantil y su régimen societario le impedirá en todo caso ejercer control simultáneo, de forma directa o indirecta, en otras empresas que lleven a cabo funciones de generación o comercialización.

⁵³⁶ Como hemos visto al abordar el análisis de la actividad de transporte, *Red Eléctrica de España, S.A.U.* desempeña también las funciones de transportista único, por lo que con el fin de garantizar una cierta separación funcional con las actividades de operación del sistema y gestión de la red de transporte se ha creado una unidad orgánica específica dentro de la estructura de esta entidad a la que se ha atribuido la realización de estas dos últimas funciones (disposición adicional vigésimo tercera de la Ley del Sector Eléctrico).

⁵³⁷ *Vid.* art. 34.2 de la Ley del Sector Eléctrico, desarrollado en este punto por el art. 30 del Real Decreto 2019/1997. Por su parte, el art. 6.2 del Real Decreto 1955/2000 contiene también un elenco de funciones cuyo desempeño se atribuye al operador del sistema. Para una síntesis de los aspectos fundamentales de estas funciones *vid.* M^a. A. TORRES LÓPEZ, *Las actividades reguladas y su régimen jurídico tras la Directiva 2009/72, op. cit.*, pp. 41-42.

- Programar el funcionamiento de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir del resultado de la casación de las ofertas comunicada por el operador del mercado, las excepciones al sistema de ofertas y las restricciones técnicas del sistema.
- Impartir las instrucciones necesarias para la correcta explotación del sistema de producción y transporte – incluidas las interconexiones internacionales, para su maniobra en tiempo real - de acuerdo con los criterios de fiabilidad y seguridad que se establezcan.
- Establecer y controlar las medidas de fiabilidad del sistema de producción y transporte, afectando a cualquier elemento del sistema eléctrico que sea necesario, así como los planes de maniobra para la reposición del servicio en caso de fallos generales en el suministro de energía eléctrica, y coordinar y controlar su ejecución.
- Recibir la información sobre los planes de mantenimiento de las unidades de producción, averías u otras circunstancias que puedan llevar consigo la excepción de la obligación de presentar ofertas.
- Colaborar con el operador del mercado en la liquidación de la energía.

En definitiva, estos mecanismos de gestión técnica y económica del sistema actúan como marco de referencia de la dinámica de las diversas actividades económicas vinculadas al suministro eléctrico, teniendo como objetivo último lograr el buen funcionamiento del mercado interior de la electricidad⁵³⁸.

⁵³⁸ Conviene insistir en que éste es también el primer objetivo de la política energética común, según el apdo. a) del art. 194.1 TFUE.

Concluimos así el análisis de la regulación de las actividades económicas del sector eléctrico y pasamos a analizar otras herramientas jurídicas empleadas para la construcción del mercado interior de la energía eléctrica.

2.3. El acceso de terceros a la red (ATR).

En el sector de la energía la infraestructura de soporte esencial para la prestación del servicio de suministro es la red. La estructura industrial de monopolio natural de los servicios esenciales en red constituye la principal barrera de entrada al mercado de la energía, por lo que la efectiva apertura de éste a la competencia exige ineluctablemente el reconocimiento del derecho de cualquier operador a acceder a la red, así como la obligación legal de su propietario y/o gestor de facilitar dicho acceso.

El Derecho comunitario, como es bien sabido, tiene como objetivo fundamental la construcción de un mercado único europeo, a partir de la supresión de todos los obstáculos a la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales. En este contexto, la operación del sistema, el transporte y la distribución de energía eléctrica se consideran actividades *reguladas*, pues no se prestan en condiciones de mercado, a diferencia de la producción y comercialización de energía eléctrica que se consideran actividades *competitivas o libres*⁵³⁹.

⁵³⁹ Vid. epígrafe 2.2 B) del Capítulo II de esta *Memoria*.

La operación técnica del sistema consiste en la coordinación de la actividad de todos los operadores, en particular de los productores y los transportistas. Como hemos visto, las actividades de transporte y distribución deben ser objeto de regulación porque las compañías que las desarrollan suelen ser las propietarias de la infraestructura de red que constituye el soporte indispensable para su prestación: existe en consecuencia una estructura industrial de monopolio natural de la red por lo que se refiere al ejercicio de estas actividades, que trae causa de la existencia de rendimientos crecientes a escala – la explotación genera enormes costes fijos, muy reducidos costes marginales y, por ende, costes medios decrecientes - y que determina la ineficiencia económica de la duplicación de las infraestructuras de red.

El derecho de *acceso a la red* es el instrumento jurídico de liberalización de las infraestructuras necesarias para la prestación de los servicios esenciales en red. Como ya hemos señalado, el origen de esta institución puede situarse en las doctrinas del *common carrier* y de las *essential facilities* del Derecho norteamericano, que imponen al propietario de la red la obligación de prestar el servicio de transporte a cualquier operador que lo solicite y la ilicitud de la denegación de acceso por parte de la compañía propietaria y/o gestora de la red, sin la cual resulta prácticamente imposible el ejercicio de una actividad económica en el mercado⁵⁴⁰. El acceso de terceros a la red tiene la virtualidad de hacer efectiva la libertad de establecimiento y prestación de servicios de suministro y, en consecuencia, la construcción del mercado interior de la

⁵⁴⁰ Vid. E. GIPPINI FOURNIER, “*Essential facilities*” y aplicación del artículo 82 TCE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia BRONNER, en “Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia”, núm. 205 (enero-febrero 2000), p. 77.

electricidad⁵⁴¹. En este sentido, en el sector eléctrico el acceso a la red de transporte o distribución consiste fundamentalmente en el “*derecho del solicitante a transitar su energía por las redes de otro*”⁵⁴².

Aunque, debido a la estructura industrial de las actividades de transporte y distribución, no se desplieguen redes en régimen de libre competencia, sí se reconoce el derecho de todos los agentes que operan en el mercado al uso de las redes de propiedad de otros.

El acceso se reconoce tanto a los productores (acceso para generación o producción) como a los comercializadores o consumidores (acceso para consumo). El derecho favorece, en primer término, a los productores y comercializadores que podrán verter o tomar de las redes la energía que, respectivamente, vendan o compren, actuando en todo momento en condiciones de mercado (competencia). Pero además, los gestores de redes podrán también conectar las suyas a las de otros (*derecho de interconexión*)⁵⁴³, recibiendo así la energía que transportan o distribuyen.

En líneas generales, se trata de un mecanismo que permite a los consumidores la opción de recurrir en el interior y en el exterior del territorio que abarque la red a los productores de electricidad más competitivos, sin que

⁵⁴¹ Vid. A. SÁNCHEZ BUSTAMANTE, *El derecho de acceso de terceros a las redes eléctricas*, op. cit., p. 138.

⁵⁴² Vid., en este sentido, la Resolución de la Comisión Nacional de Energía (CNE) por la que se resuelve el conflicto de acceso a la red de distribución de IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A., planteado por TEYSERC, S.A., (CATR 31/2007) – texto accesible en <http://www.cne.es>, apartado “Publicaciones” -.

⁵⁴³ Sobre el derecho de interconexión de redes eléctricas vid. epígrafe 2 del Capítulo IV de esta *Memoria*.

los titulares de la red puedan denegar la circulación de la energía desde el productor al consumidor, salvo razones puramente objetivas como la falta de capacidad de transmisión o las exigencias derivadas del cumplimiento de obligaciones de servicio público⁵⁴⁴. En definitiva, puede afirmarse que la apertura del mercado eléctrico a la competencia depende de la efectiva disponibilidad de las redes de transporte y distribución a favor de todos los operadores del mercado⁵⁴⁵.

El legislador comunitario, en la década de los 90 del pasado siglo, con las primeras Directivas sobre normas comunes para el mercado interior de la energía reglamentó el *acceso de terceros a la red* (ATR)⁵⁴⁶. Se otorgaba a los Estados miembros la posibilidad de elegir entre dos modelos básicos de acceso: el *acceso regulado* y el *acceso negociado*. A estas dos opciones, se le añadía un modelo alternativo de regulación del mercado, el denominado *sistema de comprador único* (CU). Además, se establecía la posibilidad de combinar los modelos para garantizar la competencia y el buen funcionamiento del mercado⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ A. SÁNCHEZ BUSTAMANTE, *El derecho de acceso de terceros a las redes eléctricas*, op. cit., p. 138.

⁵⁴⁵ Vid. A. ESTOA PÉREZ, *El acceso a las redes de transporte y distribución*, en S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ, M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la regulación*, Vol. III (*Energía*), tomo I, Iustel (2009), p. 635.

⁵⁴⁶ Vid. el capítulo VII, arts. 16-22, de la Directiva 96/92/CE. En las normas y documentos oficiales de la Unión Europea la denominación ordinariamente empleada es *Third Party Access* (TPA).

⁵⁴⁷ Como ya hemos visto - cfr. en este sentido epígrafes 2.3 y 3.4 del Capítulo II de esta *Memoria* -, con cierta frecuencia el Derecho comunitario asume instituciones procedentes de otras tradiciones jurídicas ajenas al sistema romano-germánico o continental y en particular, por lo que respecta a las normas de regulación económica, los “préstamos” suelen provenir del Derecho anglosajón (*Common Law*). La auténtica significación del *acceso de terceros a la red* (ATR) dentro de los mecanismos de regulación de los servicios esenciales en red resulta evidente a partir del estudio del proceso de liberalización del sector eléctrico en Estados Unidos. La *Energy Policy Act* de octubre de 1992 implantó en Estados Unidos un sistema de *acceso negociado*, que con el paso del tiempo resultó ser muy ineficiente, ya que la necesidad de establecer una negociación bilateral caso por caso para acordar las condiciones del acceso a la red situó

De acuerdo con el sistema de *acceso negociado*, los sujetos titulares del derecho de acceso a la red pueden negociar la utilización de la infraestructura con el gestor de la misma. Las negociaciones relativas al acceso pueden concluirse con la estipulación de un acuerdo o con la denegación por parte del sujeto que gestiona la red. En todo caso, la negativa debe motivarse, para que pueda ejercitarse eficazmente el derecho a la defensa.

La denegación puede justificarse sólo con base en motivos de índole técnica o financiera, o bien en relación con el cumplimiento de obligaciones de servicio público en materia de suministro eléctrico. Los motivos de índole técnica están relacionados con la capacidad de la infraestructura de red. Las cuestiones de índole financiera deben en todo caso referirse a la empresa titular y/o gestora de la red. Las obligaciones de servicio público pueden constituir un motivo válido de denegación de acceso únicamente si es posible demostrar que consentir el acceso pone en peligro su cumplimiento. Con el fin de facilitar las negociaciones se estableció la publicación anual de los precios indicativos para la utilización de la red⁵⁴⁸.

Como veremos con más detalle⁵⁴⁹, el sistema de *acceso negociado* se mostró ineficaz en términos de liberalización de las actividades del sector eléctrico. Resultaba evidente la situación de desventaja del solicitante de

al proceso de liberalización en una vía muerta. Como consecuencia de ello, la Orden 888 de 1996, que es la norma regulatoria que realmente ha impulsado el proceso de liberalización en Estados Unidos, exige el establecimiento de una tarifa objetiva única (*acceso regulado*) y, por tanto, no discriminatoria que elimine el proceso de negociación. Vid. A. SÁNCHEZ BUSTAMANTE, *El derecho de acceso de terceros a las redes eléctricas*, op. cit., p. 139.

⁵⁴⁸ Vid. art. 17 de la Directiva 96/92/CE.

⁵⁴⁹ Vid. *infra* epígrafes 1.3 y 1.5 del Capítulo IV de esta *Memoria*.

acceso a la red respecto del gestor de ésta. Este último, sin recurrir a una denegación expresa, podía actuar dificultando las negociaciones o dilatándolas *sine die*, con la consecuencia práctica de favorecer a algunos operadores en perjuicio de otros. La previsión de publicación anual de los precios no era suficiente para ofrecer al solicitante de acceso a la red datos e información relevantes de cara a lograr una cierta igualdad de condiciones en la negociación⁵⁵⁰.

La Directiva 96/92/CE introdujo para los Estados miembros, además de las opciones del *acceso regulado* y del *acceso negociado*, la posibilidad de instrumentar un sistema de *comprador único* (CU). El sistema de CU está inspirado en la Agencia de abastecimiento de la EURATOM⁵⁵¹, y su inclusión como alternativa regulatoria del acceso a la red en las normas comunitarias se debe a una propuesta de Francia, que así preservaba en cierto modo su tradicional régimen monopolístico de prestación de los grandes servicios públicos⁵⁵².

El sistema de CU se caracteriza por la presencia de una única entidad que se responsabiliza de la gestión unificada de la red de transmisión y/o de la adquisición y venta centralizadas de energía eléctrica. En síntesis, el CU en las

⁵⁵⁰ Es bien sabido que datos como la estructura de los costes de explotación, los niveles de demanda y de oferta previstos, las características de la red y las tecnologías disponibles en cada momento, constituyen factores decisivos en relación con el poder de negociación de las partes, y en la práctica únicamente el gestor de la red tiene la capacidad de conocerlos en términos reales.

⁵⁵¹ *Vid.* sección I del capítulo VI, arts. 53-55, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEE o EURATOM) de 25 de marzo de 1957.

⁵⁵² Como ya hemos indicado con anterioridad – *vid.* epígrafes 3.1 y 3.2 del Capítulo II – la doctrina clásica del servicio público se formuló en Francia, y a partir de ella se construye el sistema de Derecho Administrativo continental.

áreas territoriales en las que opera, desempeña funciones de intermediario, adquiriendo energía eléctrica de los productores y vendiéndola a los consumidores finales.

Según la Directiva 96/92/CE, los clientes no estaban obligados a concluir acuerdos con el CU, sino que podían estipular contratos directamente con los productores⁵⁵³. En este caso, se presentaban dos opciones:

1) el CU habría podido adquirir del productor seleccionado, por y a cuenta del cliente, la energía objeto del contrato a un precio igual al de venta que el mismo CU establecía para los clientes cualificados y con la deducción de la tarifa de transmisión por utilización de la red;

2) los clientes cualificados habrían podido adquirir directamente la energía de la empresa productora, sin intermediación del CU. En este caso, el precio por la utilización de la red debía determinarse o sobre la base de tarifas previamente publicadas (modelo mixto de acceso regulado y comprador único) o sobre la base de precios negociados entre clientes, productores y CU (modelo mixto de acceso negociado y comprador único)⁵⁵⁴.

El sistema de CU desde su institución no suscitó muchos apoyos. El mecanismo resultaba complejo y se adaptaba mal a las realidades de los ordenamientos y de los mercados de los países europeos. En cualquier caso, era a todas luces evidente que se trataba de un sistema que no suponía un avance significativo en el proceso de liberalización y construcción del mercado

⁵⁵³ *Vid.* art. 18.1, apdo. ii), de la Directiva 96/92/CE.

⁵⁵⁴ *Vid.* art. 18.2 y 3 de la Directiva 96/92/CE.

interior de la electricidad. Por el contrario, ha pasado a la historia de la construcción europea como una cesión que hubo que aceptar a corto plazo en favor de algunos Estados miembros con especial peso en las negociaciones – Francia -, con el fin de desbloquear éstas y avanzar en la definición de una política energética europea decididamente orientada a una paulatina pero irreversible apertura a la competencia.

El mecanismo que finalmente ha resultado más idóneo para promover la liberalización del mercado es el de *acceso regulado*⁵⁵⁵. De acuerdo con este modelo, el acceso debe estar “*basado en tarifas publicadas, aplicables a todos los clientes cualificados de forma objetiva y no discriminatoria entre usuarios de la red*”⁵⁵⁶. Dado que la tarifa o peaje a abonar por el acceso a la red queda fijada administrativamente, se dice que dicho acceso está *regulado*, por contraposición a aquel cuyos términos y condiciones resultan de la negociación entre el solicitante y el gestor de la red (*acceso negociado*)⁵⁵⁷. En línea con este planteamiento, se dispone además que

“*los Estados miembros velarán por que dichas tarifas o las metodologías para su cálculo sean aprobadas antes de su entrada en vigor... y por que tales tarifas, así como las metodologías, en el caso de que sólo se aprueben las metodologías, se publiquen antes de su entrada en vigor*”⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ Sobre el acceso a la red en el sistema español *vid.* A. ESTOA PÉREZ, *El acceso a las redes de transporte y distribución, op. cit.*, pp. 631 y ss; y J. SUÁREZ SARO, *El acceso de terceros a las redes de gas y electricidad* en la obra colectiva *El Derecho de la Energía*, La Ley (2006), pp. 577 y ss.

⁵⁵⁶ *Vid.* art. 17.4 de la Directiva 96/92/CE, art. 20 de la Directiva 2003/54/CE y art. 32 de la Directiva 2009/72/CE.

⁵⁵⁷ A. ESTOA PÉREZ, *El acceso a las redes de transporte y distribución, op. cit.*, p. 639.

⁵⁵⁸ *Vid.* art. 20.1 *in fine* de la Directiva 2003/54/CE y art. 32.1 *in fine* de la Directiva 2009/72/CE.

Con esta técnica, un tercer sujeto, distinto del solicitante del acceso y del gestor de la red, cumple la tarea fundamental de establecer los términos y condiciones de ejercicio del derecho de acceso a la red, publicándolas de forma oficial y eventualmente dirimiendo los conflictos que pudieran suscitarse entre las partes a este respecto⁵⁵⁹.

Las normas comunitarias, a partir de la segunda Directiva sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, han acogido como modelo definitivo el de *acceso regulado* a la red. Se considera que se trata del único mecanismo que permite en la práctica que el acceso a la red cumpla su misión de superar el monopolio natural y abrir de forma efectiva el mercado a la competencia.

La Comisión Nacional de Energía (CNE), autoridad reguladora nacional en España, ha caracterizado el derecho de acceso a la red como “*la verdadera*

⁵⁵⁹ De todas formas, es preciso apuntar que la interposición de un tercer sujeto, identificado por el legislador comunitario con la denominada *autoridad reguladora nacional* a instituir en cada Estado miembro – cfr. art. 37.1, apdo. a), de la Directiva 2009/72/CE -, no soluciona completamente el problema de garantizar la igualdad de condiciones. En efecto, de acuerdo con el modelo de *acceso regulado* el gestor de la red asume la obligación de proporcionar información adecuada y suficiente acerca de la infraestructura a la autoridad reguladora nacional. Sin embargo, no se acaba de solventar el problema de las *asimetrías informativas* que se creaba con el modelo de *acceso negociado* y que afectaba a la relación entre la entidad gestora de la red y el solicitante del acceso. En realidad, se podría afirmar que se ha producido una mera traslación del problema de la relación gestor-solicitante a la relación gestor-autoridad reguladora. Mientras que en el caso del *acceso negociado* es el solicitante de acceso, al carecer de información completa, el que puede encontrarse con dificultades en el proceso de negociación, en el supuesto de *acceso regulado*, la autoridad reguladora podría no recibir información adecuada y suficiente para la adopción de las decisiones relativas a las condiciones de acceso a la red (incluida la determinación de las tarifas). Es evidente que si el sujeto que dispone de la información está vinculado de forma directa o indirecta con otros operadores en el mercado eléctrico, podría tener interés en proporcionar informaciones incompletas o inexactas a la autoridad reguladora. Con esta salvedad, hay que reconocer que el mecanismo de publicación de las tarifas desempeña una clara función de impulso y promoción de la apertura del mercado a la competencia, en cuanto permite a los operadores que quieren entrar en el mercado - *new comers* - conocer las condiciones de acceso con anterioridad. En otras palabras, se eliminan aquellos obstáculos que suelen presentarse en el proceso de negociación y, por esta vía, se reducen los *costes de transacción*.

*pie*dra angular de la liberalización del sector eléctrico⁵⁶⁰. Se trata, en efecto, del elemento decisivo para lograr que la libertad de empresa supere las barreras de entrada impuestas por la estructura industrial de monopolio natural en el uso de la red. Por esta razón, dedicaremos un Capítulo específico a estudiar la evolución del régimen jurídico del ATR en las normas comunitarias sobre el mercado interior de la energía⁵⁶¹.

Sin embargo, aun tratándose de un elemento decisivo, requiere para su propia eficacia de otras herramientas jurídicas estrechamente vinculadas a él. Entre ellas merece la pena destacar la *separación de actividades (unbundling)*, la institución de *autoridades reguladoras nacionales*, así como las normas relativas al régimen de las distintas actividades del ciclo de explotación de la energía eléctrica (*generación, transporte, distribución y comercialización*) que acabamos de analizar en los epígrafes anteriores. De las dos primeras trataremos a continuación, sin perjuicio de que al abordar en profundidad el análisis del ATR, como clave de la construcción del mercado interior de la energía, consideremos a todas ellas como auxiliares respecto de esta última al tiempo que imprescindibles para el eficaz funcionamiento del modelo de mercado. En línea con este planteamiento, aludiremos también a las medidas recientemente implementadas para el desarrollo de los *mercados minoristas (retail markets)*⁵⁶².

⁵⁶⁰ *Vid.*, en este sentido, la Resolución de la CNE del conflicto de acceso a la red de distribución planteado por TADESA, S.A., frente a UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A. (CATR 56/2007) – texto accesible en <http://www.cne.es>, apartado “Publicaciones” -.

⁵⁶¹ *Vid.* Capítulo IV de esta *Memoria*.

⁵⁶² *Vid.* capítulo X, art. 41, de la Directiva 2009/72/CE.

2.4. La separación de actividades (*unbundling*).

La presencia en el mercado de *empresas integradas*⁵⁶³ puede causar distorsiones en el funcionamiento de los mecanismos de la competencia. Una empresa operante en todas las fases del ciclo de explotación de la energía eléctrica, con el propósito de obtener beneficios extraordinarios - al menos tendencialmente monopolísticos -, tiende a recurrir a la práctica de las *subvenciones cruzadas* y a emprender acciones discriminatorias con respecto a los demás operadores.

Las *subvenciones cruzadas* permiten, en una situación de escasa transparencia contable y de gestión, proteger y/o fortalecer a la empresa verticalmente integrada con respecto a las iniciativas de las potenciales competidoras: una disminución de los precios por parte de un productor concurrente puede neutralizarse fácilmente mediante la práctica de las subvenciones cruzadas, recuperando los costes de la acción competitiva realizada en la fase de producción, por ejemplo, mediante una compensación en la fase de transporte. En definitiva, el recurso al mecanismo de los subsidios cruzados consiste en financiar los segmentos de actividad menos rentables con las ganancias procedentes de los segmentos más productivos⁵⁶⁴.

⁵⁶³ En el sector eléctrico se entiende por empresa integrada verticalmente “una empresa o grupo de empresas eléctricas en que la misma persona o personas tengan derecho, directa o indirectamente, a ejercer el control y en que la empresa o grupo de empresas realicen, como mínimo, una de las funciones de transporte o distribución y, como mínimo, una de las funciones de generación o suministro de electricidad”. Y se entiende por empresa integrada horizontalmente “la empresa que realice como mínimo una de las actividades siguientes: generación para la venta, transporte, distribución o suministro de electricidad, así como otra actividad fuera del sector eléctrico”. Cfr. art. 2, apdos. 21) y 23) de la Directiva 2009/72/CE.

⁵⁶⁴ De este modo si, pongamos por caso, la empresa competidora A rebaja los precios de venta de la electricidad, la empresa verticalmente integrada B, propietaria de la red, puede ofrecer la misma

Partiendo de estas premisas, y con el fin de asegurar el buen funcionamiento del mercado, se establece como obligación jurídica para los operadores del sector de la energía eléctrica el principio del *unbundling*⁵⁶⁵, que puede revestir diversas formulaciones: *unbundling contable*, *unbundling jurídico-funcional*, y *unbundling patrimonial* o de la propiedad.

El *unbundling contable* consiste en la imposición de una obligación relativa a la documentación contable a las empresas que desarrollen su actividad en distintas fases del ciclo de explotación del suministro eléctrico. Esta obligación jurídica se concreta en la separación contable a realizar por segmentos de actividad con el objetivo de permitir un control efectivo de la contabilidad de los costes referidos a cada ámbito operativo. Esta modalidad fue adoptada por la Directiva 96/92/CE sobre el mercado interior de la energía eléctrica, que de todos modos dejaba a los Estados miembros la posibilidad de aplicar el principio en sus modalidades más rigurosas⁵⁶⁶.

El *unbundling contable* obliga a que las unidades dentro de una misma empresa que realicen actividades *reguladas*, especialmente vinculadas al uso de la red, lleven cuentas separadas del resto de unidades que intervienen en fases competitivas de la prestación del respectivo servicio. La regulación que impone la separación contable de esas fases es consecuencia de la presencia

electricidad a un precio inferior y recuperar los costes de su acción incrementando la tarifa del peaje que la empresa A debería abonar para el acceso a la red.

⁵⁶⁵ Sobre la separación de actividades en el sector eléctrico *vid.* M^a. A. TORRES LÓPEZ, *La separación de actividades y el régimen de actividades reguladas* en “Noticias de la Unión Europea”, núm. 284 (2008), pp. 105-115.

⁵⁶⁶ Para el sector eléctrico *vid.* arts. 7.6 y 15.1 de la Directiva 96/92/CE, arts. 18 y 19 de la Directiva 2003/54/CE, y arts. 30 y 31 de la Directiva 2009/72/CE.

de elementos que determinan la existencia, en esos segmentos del mercado, de una estructura industrial de monopolio natural normalmente asociada a la fijación administrativa de las tarifas de los peajes o cánones que deben abonarse por el uso de las redes. La separación contable, en definitiva, trata de lograr la transparencia de los estados financieros, de modo que las subvenciones cruzadas se hagan fácilmente perceptibles y remediables⁵⁶⁷. Se trata, pues, de una primera medida destinada a evitar prácticas que falsean o distorsionan la competencia.

El *unbundling jurídico-funcional* ha sido adoptado por la Directiva 2003/54/CE⁵⁶⁸. La aplicación del *unbundling jurídico* se traduce en una suerte de desmembramiento de la empresa que opera en los distintos ámbitos del ciclo de explotación de la energía eléctrica. Así, para determinadas actividades objeto de separación se impone la creación de una empresa *ad hoc*. El *unbundling jurídico* para ser eficaz tiene que acompañarse del *unbundling funcional* que tiene como efecto adicional la autonomía operativa en la gestión de la empresa creada como consecuencia del desmembramiento. La separación jurídica no surte efectos, en cambio, en relación con el régimen de propiedad de la empresa: en otras palabras, el dominio patrimonial continúa en manos de los propietarios de la empresa sometida al *unbundling* y se establece entre la nueva empresa y la empresa originaria una relación del tipo sociedad matriz-sociedad controlada que *a priori* puede implicar la existencia de vínculos referidos únicamente a aspectos financieros y presupuestarios: es decir, siendo

⁵⁶⁷ Vid. en este sentido S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. I., *op. cit.*, pp. 228-229 y 252.

⁵⁶⁸ Vid. art. 15 de la Directiva 2003/54/CE, y en el mismo sentido art. 26 de la Directiva 2009/72/CE.

único el propietario, en definitiva es él quien decide cómo y cuándo invertir, influyendo en las partidas de ingresos y gastos del presupuesto⁵⁶⁹.

Así, la aplicación en el sector eléctrico del principio del *unbundling jurídico* ha llevado a reglamentar la creación de una sociedad separada de la empresa verticalmente integrada, para la gestión de la red. De esta manera, se ha querido garantizar la independencia del gestor de la red respecto de las demás actividades no relacionadas con la transmisión y distribución de energía eléctrica. A tal efecto, se ha dispuesto que las personas responsables de la gestión de la red no puedan formar parte de la estructura de las sociedades responsables de la generación y/o el suministro de energía. Las decisiones relativas a la creación de nuevas instalaciones y al mantenimiento y desarrollo de la red deberían, de esta forma, adoptarse con plena autonomía (*unbundling funcional*).

Pero, como hemos visto, cuando se opera una separación jurídica en una empresa verticalmente integrada se genera una relación sociedad matriz-sociedad controlada. La consecuencia es que la sociedad matriz puede incidir en las decisiones del gestor de red. Según el art. 10.2 c) de la Directiva 2003/54/CE,

“... ello permitirá a la sociedad matriz aprobar el plan financiero anual, o cualquier instrumento equivalente, del gestor de redes de transporte, así como establecer límites globales a los niveles de endeudamiento de sus filiales. No se permitirá a la sociedad matriz dar instrucciones respecto de la gestión cotidiana ni de decisiones particulares referentes a la construcción o mejora de líneas de transporte que no sobrepasen lo establecido en el plan financiero aprobado o en cualquier instrumento equivalente”.

⁵⁶⁹ Hay que señalar que el *unbundling jurídico* conlleva también la aplicación del *unbundling contable*, pero que la aplicación de las normas correspondientes no conlleva la obligación de separación de la propiedad de los medios y de las infraestructuras de la empresa verticalmente integrada (*unbundling patrimonial*).

Las referencias al “*plan financiero*” y a “*cualquier instrumento equivalente*” dejan entender que continúa existiendo una influencia por parte de la sociedad matriz que puede traducirse en la creación de obstáculos a la competencia cada vez que, por ejemplo, por medio del plan financiero se reduzcan los recursos económicos destinados al desarrollo de la red, con la consecuente limitación de oferta de capacidad disponible para los *new comers*.

La separación jurídica obliga a crear sociedades distintas, unas para la realización de actividades reguladas por prestarse en condiciones de monopolio y otras para la realización de las actividades en régimen de competencia. Esta separación no excluye, sin embargo, que ambos tipos de sociedades puedan integrarse en un mismo grupo empresarial. Entre las ventajas que puede comportar la separación jurídica se encuentran: i) cambios en la gestión consecuencia de la concentración de esfuerzos, experiencia y conocimientos en una fase específica de la prestación del servicio; y ii) el establecimiento de una entidad con cuenta de pérdidas y ganancias que refuerza la gestión orientada a la mejora de resultados económicos de una determinada actividad⁵⁷⁰.

A estas ventajas se unen algunos inconvenientes, todos ellos relacionados con la convergencia de intereses entre sociedades integrantes de un mismo grupo, como por ejemplo el posible trato de favor frente a otras empresas no integradas demandantes de acceso. La regulación cada vez más afinada del acceso a terceros previene frente a estas prácticas; también la

⁵⁷⁰ E. ÁLVAREZ PELEGRY, *Economía industrial del Sector Eléctrico: estructura y regulación*, op. cit., p. 166.

regulación del tratamiento que puede darse a la información sobre usuarios procedente de unas y otras sociedades. No obstante, los riesgos de trato de favor en el acceso o de flujo indebido de datos son reales. En cualquier caso, la separación jurídica es ciertamente una medida estructural que contribuye, aunque limitadamente, al correcto funcionamiento del mercado interior de la electricidad⁵⁷¹.

La regulación que se aprueba con el fin de garantizar la plena vigencia de los principios de transparencia, objetividad y no discriminación en la operación de las redes culmina con el *unbundling patrimonial* o de la *propiedad*⁵⁷²: se impone la separación de la propiedad, o se establecen mecanismos de similares consecuencias, que permitan disociar los intereses de las empresas que gestionan las redes de transporte y distribución respecto del resto de compañías que realizan actividades *libres* o competitivas integradas en el ciclo de explotación del suministro eléctrico. El *unbundling patrimonial* o de la *propiedad* tiene el efecto de impedir que las empresas activas en la fase de producción y/o en la fase de suministro de energía eléctrica puedan controlar la red y, de modo directo o indirecto, incidir sobre su gestión.

Este objetivo puede lograrse a través de diversas instrumentaciones. En primer término, la regulación puede imponer un gestor único de la red

⁵⁷¹ En el caso de los servicios de energía en red (gas y electricidad), un lugar destacado entre los problemas para que la liberalización de los mercados dé sus frutos es la “*exclusión vertical del mercado*”, fruto de una inadecuada desagregación de la red y del suministro. Al respecto ver: Comunicación de la Comisión, *Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n° 1/2003 en los sectores europeos del gas y la electricidad (Informe final)*. COM (2006) 851 final. Bruselas, 10 de enero de 2007; puntos 2, 4, y 18-20.

⁵⁷² Vid. art. 14 de la Directiva 2009/72/CE.

independiente de las empresas del sector. Este planteamiento conduce a la especialización del objeto social de las compañías que operen en fases del ciclo de explotación con estructura industrial de monopolio natural de la red, con respecto a aquellas que actúen en otras fases *libres* o competitivas dentro del mercado; así como a la prohibición de control de unas por otras, mediante la imposición de limitaciones a la integración en un mismo grupo empresarial, estableciendo porcentajes máximos de participación accionarial o reduciendo los derechos políticos inherentes a participaciones accionariales cruzadas.

Este sistema regulatorio se conoce con la denominación de Operador del Sistema de Transporte o *Transport System Operator* (TSO), y su rasgo definitorio estriba en que la propiedad de los activos en infraestructuras de redes corresponde a una sociedad dedicada exclusivamente a la gestión y explotación de tales activos, excluyendo todo control directo o indirecto sobre dicha sociedad por parte de las compañías que operan en otras fases del ciclo de explotación del suministro eléctrico⁵⁷³.

Otra instrumentación posible del *unbundling patrimonial* responde a la denominación de Operador Independiente del Sistema o *Independent System Operator* (ISO). En este caso, se establece la desagregación entre la titularidad de las redes y su gestión, atribuyendo esta última a una entidad independiente de la que ostenta aquella. La entidad titular de las redes, sin embargo, puede

⁵⁷³ En el marco de este sistema regulatorio, la separación patrimonial del resto de compañías que intervienen en el sector es una garantía de independencia que se complementa con la imposición de limitaciones en la participación en el capital social de dichas compañías, de modo que se garantice que su accionariado permanece disperso y, en consecuencia, se evite su control por parte de sociedades que operen por encima o por debajo de la fase del ciclo de explotación afectada por el monopolio natural de la red. Vid. J. C. PIELOW y E. EHLERS, *Desagregación de propiedad y dudas de constitucionalidad: algo más que un debate típicamente alemán*, en “Noticias de la Unión Europea”, núm. 284 (2008), p. 66.

seguir siendo una sociedad integrada en un grupo que desempeña actividades competitivas dentro del mismo sector. En este planteamiento alternativo, no se produce una segregación de la propiedad en sentido estricto, sino que el elemento decisivo consiste en privar al titular de la infraestructura de las facultades de operación de la red, atribuyendo éstas a un gestor independiente de las restantes compañías que operan en el mercado⁵⁷⁴.

Finalmente, el sistema de Operador Independiente de Transporte o *Independent Transmission Operator* (ITO) permite que la entidad que desempeña las tareas de TSO permanezca como parte de una empresa verticalmente integrada, si bien se establece una serie de normas específicas destinadas a garantizar la efectividad del *unbundling*. El ITO debe ser autónomo desde el punto de vista operativo. Para ello las normas comunitarias definen reglas específicas en relación con los activos, el personal y los recursos financieros cuya disponibilidad resulte necesaria para poder cumplir correctamente las funciones de transporte de energía eléctrica⁵⁷⁵.

En su *Nota interpretativa sobre el régimen de separación de actividades (unbundling)*⁵⁷⁶, la Comisión Europea explica cómo deben interpretarse e implementarse las tres alternativas posibles de separación en la actividad de

⁵⁷⁴ Vid. J. C. PIELOW y E. EHLERS, *Desagregación de propiedad...op. cit.*, p. 67.

⁵⁷⁵ En particular, se prohíbe categóricamente que el ITO contrate personas o servicios a otras partes de la empresa verticalmente integrada. Con carácter general, se establece además que el ITO no puede trasladar parte de sus responsabilidades en el desempeño de las funciones de transporte de electricidad (por ejemplo, la operación del sistema o las actuaciones de mantenimiento) a otras entidades, ni desde luego a otros ITOs.

⁵⁷⁶ Commission Staff Working Paper, *Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and on Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas. The unbundling regime*. Brussels, 22 January 2010.

transporte: (a) separación de propiedad (*ownership unbundling* o TSO), (b) Operador de Sistema Independiente (ISO) y (c) Operador de Transporte Independiente (ITO)⁵⁷⁷.

Los tres modelos deben ser efectivos para evitar conflictos de intereses entre los productores/comercializadores y los operadores de transporte, así como para garantizar que no haya discriminación entre competidores en relación con el acceso a la red. Los tres deben crear incentivos adecuados para las inversiones. Los Estados miembros pueden elegir entre ellos con las siguientes restricciones:

- La opción por los modelos ISO o ITO sólo es posible si el 3 de septiembre de 2009 el sistema de transporte pertenece a una empresa verticalmente integrada. Si un Estado miembro ha elegido el modelo TSO, la empresa verticalmente integrada no puede acogerse a los modelos ISO o ITO.
- Un Estado miembro no puede impedir a una empresa verticalmente integrada cumplir con los requisitos de separación de propiedad. Aunque un Estado miembro opte por los modelos ISO o ITO, también debe incluir en su legislación el modelo TSO.

⁵⁷⁷ “En todo caso, la separación de actividades es pieza central, y empeño principal del legislador. La dificultad en la elección del modelo de separación entre actividades y la gestión del transporte y la operación del sistema, se reflejan claramente en su contenido. Dicho en términos de acrónimos y ampliando el debate a otros modelos de organización, se trataba de determinar si elegíamos un ITSO que asegurara la independencia patrimonial, un LTSO jurídicamente separado - «legally unbundled» - , o un ISO (desposeído de activos de transporte) o centrado solo en sus funciones de despacho de red. El análisis de reducción de costes de transacción, conflicto de intereses entre actividades, acceso no discriminatorio y beneficios para la integración regional y europea, subyace en las alternativas del modelo elegido”. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *¿Hacia una Directiva del Mercado Interior de la Energía?*”, *op. cit.*, p. 11.

Para asegurar un “*campo de juego equilibrado*”, una empresa que realice las actividades de generación/comercialización en un Estado miembro, deberá cumplir con las reglas de separación de propiedad cuando actúe en otro Estado miembro, es decir no puede ejercer ningún control en el TSO de este último. Los Estados miembros también pueden adoptar medidas adicionales de separación, siempre que sean transparentes, no discriminatorias y notificadas a la Comisión.

En cuanto al modelo de separación de propiedad *stricto sensu* (TSO), las normas comunitarias establecen los requisitos para su correcta implementación. Las empresas propietarias de la red de transporte son los TSO y, en consecuencia, son también las responsables de temas como el ATR, tarifas, congestiones, inversiones y desarrollo de la red, etc.⁵⁷⁸

Las normas comunitarias establecen que las mismas personas no pueden ejercer “*control*” sobre empresas que realicen actividades *libres* o competitivas y sobre el TSO. A estos efectos, el concepto de “*control*” es el establecido en el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de concentraciones entre empresas⁵⁷⁹, que en su art. 3.2 determina que:

“El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante:

- a) *derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;*
- b) *derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa”.*

⁵⁷⁸ Vid. art. 9 de la Directiva 2009/72/CE.

⁵⁷⁹ DOUE núm. L 24, de 29.01.2004, pp. 1-22.

Estas reglas sobre separación se aplican tanto a las empresas privadas como a las públicas. En este último caso, la separación implicaría la existencia de dos organismos públicos diferentes totalmente separados y que no tengan influencia común de un tercer organismo público. Los Estados miembros deben acreditar el cumplimiento de estos requisitos.

En cuanto al sistema de ISO, las normas comunitarias disponen que la entidad a la que se encomiendan las funciones correspondientes es propuesta por el propietario de la red, designada por el Estado miembro y aprobada por la Comisión. Debe cumplir las condiciones establecidas por la normativa comunitaria para el correcto desempeño de sus funciones, que son básicamente las mismas que las del TSO. Por lo tanto, el propietario de las infraestructuras no tiene responsabilidades o competencias, ni en lo relacionado con el ATR, ni en la planificación de inversiones⁵⁸⁰.

Entre las tareas que se asignan al propietario de las infraestructuras destacan las siguientes:

- Cooperar con el ISO. Debe proporcionarle toda la información sobre el estado de la red.
- Ser responsable del buen estado de las redes, pero no de su gestión.
- Financiar la inversión de las nuevas infraestructuras que hayan sido previamente aprobadas por la autoridad reguladora nacional. Puede negarse a realizar estas inversiones, en cuyo caso hay que lograr un acuerdo con otros posibles interesados.

⁵⁸⁰ Vid. arts. 13 y 14 de la Directiva 2009/72/CE.

Las normas comunitarias establecen competencias adicionales para las autoridades reguladoras nacionales, que se refieren básicamente al seguimiento de las obligaciones del ISO y del propietario de las infraestructuras, así como a las relaciones entre ellos, existiendo una previsión de sanciones para el caso de incumplimiento. Finalmente, se establecen los requerimientos de separación jurídica y funcional del propietario de las infraestructuras respecto a la empresa verticalmente integrada, que son semejantes a los establecidos para las compañías de distribución.

Con respecto al modelo de ITO, las normas comunitarias establecen que el operador del sistema de transporte puede permanecer dentro de la empresa verticalmente integrada con ciertas condiciones que garanticen su autonomía: debe contar con medios suficientes para el adecuado desempeño de sus funciones en cuanto a bienes, equipos, personal e identidad corporativa. En este sentido, el ITO debe ser propietario no sólo de las infraestructuras de red sino del resto de las instalaciones necesarias para el correcto desempeño de las funciones de transporte⁵⁸¹.

De igual forma, el ITO debe disponer de suficientes servicios corporativos (asesoría jurídica, contabilidad, etc.) para realizar las tareas cotidianas. Sólo en determinadas circunstancias puede contratar estos servicios externamente. El mismo criterio es aplicable a los servicios de mantenimiento y explotación de la red.

⁵⁸¹ *Vid.* arts. 17-23 de la Directiva 2009/72/CE.

Está prohibido que el ITO contrate a alguna parte de la empresa verticalmente integrada cualesquiera servicios que puedan poner en riesgo su autonomía operativa. La prestación de servicios del ITO a otras partes de la empresa verticalmente integrada está permitida en las condiciones aprobadas por la autoridad reguladora y siempre que no sea discriminatoria respecto de otros usuarios, ni restrinja, distorsione o impida la competencia en la generación o el suministro. El ITO y la empresa verticalmente integrada no pueden compartir sistemas ni consultores externos⁵⁸².

La empresa verticalmente integrada debe dotar al ITO de suficientes recursos económicos para realizar todas las inversiones necesarias. Estos recursos deben ser aprobados por el *órgano de supervisión*, integrado por profesionales independientes sin intereses económicos en la empresa verticalmente integrada. Dicho órgano es el máximo responsable de las decisiones que mayor repercusión pueden tener en el valor de la empresa; sin embargo, no debe interferir en su gestión cotidiana ni en la realización del plan de inversión a diez años para el desarrollo de la red⁵⁸³.

Con carácter general, el ITO debe tener capacidad de decisión efectiva e independencia respecto de la empresa verticalmente integrada. Para ello, entre otras cosas:

- Puede acceder a los mercados de capital.

⁵⁸² Vid. art. 17.1, 5 y 6 de la Directiva 2009/72/CE.

⁵⁸³ Vid. art. 20 de la Directiva 2009/72/CE.

- Ninguna entidad perteneciente a la empresa verticalmente integrada puede tener participación accionarial en el ITO y viceversa; pueden depender de la misma sociedad matriz pero no debe haber intercambio accionarial entre ellas.
- Las relaciones comerciales y financieras entre ellas deben cumplir con las condiciones de mercado⁵⁸⁴.

Las normas comunitarias establecen asimismo reglas concretas en relación con la garantía de independencia del personal y de las funciones de gestión en el ITO. Los responsables de la gestión del ITO son nombrados con la intervención del *órgano de supervisión*, y la autoridad reguladora nacional debe garantizar que los miembros de éste son profesionales independientes y que no tienen intereses económicos en ninguna parte de la empresa verticalmente integrada⁵⁸⁵.

Las normas comunitarias establecen también reglas precisas en relación con el desarrollo de la red y las decisiones sobre inversión. El ITO debe presentar un plan a diez años, con previsiones de generación o suministro, demanda e intercambios⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ Vid. art. 18.1, apdo. b), 3 y 6 de la Directiva 2009/72/CE.

⁵⁸⁵ Vid. art. 19 de la Directiva 2009/72/CE.

⁵⁸⁶ Para ello debe consultar a todos los potenciales usuarios de la red y publicar los resultados de la consulta. La autoridad reguladora nacional supervisa el plan y puede formular requerimientos de modificación o reforma en la planificación inicialmente planteada. En el caso de que no se lleven a cabo las inversiones previstas, los Estados miembros pueden requerir al ITO para que las ejecute, promover una licitación u obligar al ITO a incrementar su financiación. Vid. art. 22 de la Directiva 2009/72/CE.

El ITO debe formular un *programa de cumplimiento* que asegure que no se ejerce trato discriminatorio. La prohibición de trato discriminatorio afecta tanto a la empresa en su conjunto como a los propios empleados. El programa debe contener normas de conducta, información que debe ser confidencial, relaciones de los empleados con los usuarios de la red e incluso sanciones a aplicar en caso de incumplimiento. También se establece que haya un *encargado de cumplimiento* que debe ser totalmente independiente y tener acceso a toda la información necesaria para cumplir con su tarea. El *encargado de cumplimiento* debe presentar un informe anual a la autoridad reguladora nacional con las medidas adoptadas⁵⁸⁷.

Se dispone, finalmente, que la Comisión Europea debe presentar, antes del 3 de marzo de 2013, un informe sobre si el modelo ITO garantiza el efectivo cumplimiento de las exigencias derivadas del *unbundling*⁵⁸⁸.

La aprobación del gestor de la red de transporte requiere de un procedimiento de *certificación*, para cualquiera de los tres modelos susceptibles de elección, aunque con mayores requisitos para el ISO y el ITO. Las autoridades reguladoras nacionales son las responsables de otorgar la certificación y de controlar que los gestores de la red de transporte cumplen con las normas que regulan el desempeño de sus funciones⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Vid. art. 21 de la Directiva 2009/72/CE.

⁵⁸⁸ Vid. art. 47.3 de la Directiva 2009/72/CE.

⁵⁸⁹ Vid. art. 10 de la Directiva 2009/72/CE. El proceso de certificación debe comenzar el 3 de marzo de 2011.

Por lo que respecta al *unbundling* en el ámbito de las actividades de distribución de energía eléctrica, como ya hemos señalado con anterioridad, su alcance es mucho más limitado – se trata, en definitiva, del *unbundling jurídico-funcional* -. Las normas comunitarias establecen una obligación de separación legal o jurídica y otra referida al aspecto funcional o de gestión⁵⁹⁰.

En cuanto a la separación jurídica, se impone la obligación de tener una empresa dedicada sólo a los temas relacionados con la red que, aunque puede pertenecer a la empresa verticalmente integrada, debe cumplir los requisitos de independencia funcional establecidos.

Por lo que respecta a la separación funcional, se determina que las personas responsables de la administración del gestor de la red de distribución - *Distribution System Operator* (DSO) - no deben participar en ningún caso en la empresa verticalmente integrada. Por tanto, el gestor del DSO no puede ser director de empresas relacionadas con la generación, el transporte o el suministro de energía eléctrica, o viceversa. Sin embargo, sí podría trabajar en la empresa matriz siempre que no interfiera en la gestión cotidiana del DSO.

También se establecen determinadas reglas destinadas a asegurar la independencia en la actuación de los gestores del DSO. Esta independencia de los gestores puede ser obstaculizada con temas como el salario (por ejemplo, si depende de los resultados de la empresa matriz), su condición de propietarios de acciones de la empresa de generación o suministro, las

⁵⁹⁰ Vid. art. 26 de la Directiva 2009/72/CE.

transferencias de personal con la empresa matriz, o la posibilidad de que la empresa matriz los sustituya.

El DSO debe disponer de suficientes servicios corporativos (asesoría jurídica, contabilidad, etc.) para realizar las tareas cotidianas, incluidas las de mantenimiento y explotación de la red. La prestación de servicios por alguna parte de la empresa verticalmente integrada está limitada, y en cualquier caso debe realizarse siempre en condiciones de mercado para evitar subsidios cruzados.

El DSO debe tener capacidad de decisión efectiva en relación con los activos de red, para lo que ha de disponer de los medios y recursos necesarios. Esto no implica que el DSO tenga que ser necesariamente el propietario de los activos, ya que éstos pueden pertenecer a otra entidad de la empresa verticalmente integrada, sino únicamente que las decisiones sobre los activos son responsabilidad del DSO. La empresa verticalmente integrada tiene derecho a aprobar dos aspectos: el plan financiero anual y el nivel global de endeudamiento. En cualquier caso, ambos límites deben asegurar la financiación necesaria para permitir el desarrollo de la red⁵⁹¹.

Se establecen disposiciones similares a las ya expuestas en relación con el modelo de ITO en el sentido de imponer la obligación de formular un

⁵⁹¹ Entre las medidas adicionales destinadas a asegurar la separación funcional se establece que cuando el DSO pertenezca a una empresa verticalmente integrada las autoridades reguladoras nacionales deben desarrollar actuaciones de control para evitar la distorsión de las condiciones de competencia en el mercado. Además, se incluyen previsiones similares a las ya expuestas en relación con el sistema de ITO para garantizar que no se produzca confusión de marcas entre el DSO y alguna parte de la empresa verticalmente integrada. Por último, el DSO debe respetar la confidencialidad de la información sensible desde el punto de vista comercial. En consecuencia las empresas de suministro no deben tener acceso privilegiado a datos que les pudieran proporcionar ventajas comerciales. *Vid.* art. 27 de la Directiva 2009/72/CE.

programa de cumplimiento que asegure que no se ejerce trato discriminatorio, y la de nombrar un *encargado de cumplimiento* que debe ser totalmente independiente y tener acceso a toda la información necesaria para el correcto desempeño de sus funciones.

En consecuencia, es fácil apreciar una gradualidad en la introducción de las sucesivas modalidades del *unbundling*, conforme la implantación de medidas de impulso a la competencia delata una cierta insuficiencia. El *unbundling contable* precede al *unbundling jurídico* no sólo en intensidad, sino también cronológicamente en la secuencia lógica de la regulación de los monopolios naturales de servicios en red y sus sucesivos ajustes, y a su vez, por idénticas razones, el *unbundling jurídico-funcional* debe preceder al *patrimonial*⁵⁹². Esta secuencia es además la que impone el principio de *proporcionalidad* en aquellos casos en que la situación de partida sea la prestación del servicio por compañías verticalmente integradas⁵⁹³.

En el caso español, el texto de la Ley del Sector Eléctrico ha recogido recientemente las disposiciones de la Directiva 2009/72/CE dirigidas a profundizar en el régimen de separación entre actividades reguladas y libres:

“1. Las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas a que se refiere el apartado 2 del artículo 11 deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de

⁵⁹² F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Técnicas específicas de los servicios en red*, *op. cit.*, p. 816.

⁵⁹³ En definitiva, es el sentido común el que aconseja, antes de forzar mediante la regulación medidas de segregación que tendrán efectos en muchos casos irreversibles, probar otro tipo de soluciones menos radicales que pueden permitir lograr los mismos objetivos, ya que la desintegración vertical de empresas resulta complicada y costosa. En este sentido, *vid.* S. HUNT y G. SHUTTLEWORTH, *Competition and Choice in Electricity*, New York (1996), p. 79. *Cit.* por F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Técnicas específicas de los servicios en red*, *op. cit.*, nota 177, p. 816.

producción o de comercialización ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades.

2. No obstante, un grupo de sociedades podrá desarrollar actividades incompatibles de acuerdo con la Ley, siempre que sean ejercitadas por sociedades diferentes, y se cumplan los siguientes criterios de independencia:

a) Las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades reguladas no podrán participar en estructuras organizativas del grupo empresarial que sean responsables, directa o indirectamente, de la gestión cotidiana de actividades de generación, comercialización o de servicios de recarga energética. Adicionalmente, y sin perjuicio de lo ya establecido en el segundo párrafo del artículo 35.2 de la presente Ley en materia de transportista único y de exclusividad de desarrollo de la actividad de transporte, el responsable de la administración de la red de distribución no podrá participar en la gestión cotidiana de las actividades de transporte.

(...)

d) Las sociedades que realicen actividades reguladas establecerán un código de conducta en el que se expongan las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento de lo estipulado en los párrafos a), b) y c) anteriores. Dicho código de conducta establecerá obligaciones específicas de los empleados, y su cumplimiento será objeto de la adecuada supervisión y evaluación por la persona u órgano competente designado por la sociedad a tal efecto. (...).

e) La separación de actividades y, en particular, la separación funcional, a cuyo efecto las empresas obligadas deberán remitir al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la Comisión Nacional de Energía el código de conducta previsto en el artículo 14.2 d) de la presente Ley antes del 31 de marzo de cada año, con relación al ejercicio anterior⁵⁹⁴.

La desintegración vertical es, pues, una de las herramientas jurídicas de impulso a la competencia necesarias para la construcción del mercado interior de la energía eléctrica. Sin embargo, su efectividad depende de la presencia de otros elementos o herramientas de regulación también necesarias para el mismo fin (como son tanto el ATR como la institución de autoridades reguladoras nacionales independientes). El *unbundling*, por sí sólo, resulta manifiestamente insuficiente para la efectiva apertura a la competencia de los mercados de energía eléctrica.

Por otra parte, el *unbundling patrimonial* es posible respecto de grandes redes, pero su implantación resulta muy problemática o casi imposible cuando

⁵⁹⁴ Vid. art. 14.1 y 2 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. 1, apdo. cuatro, del Real Decreto-Ley 13/2012.

se pretende aplicar a la multiplicidad de redes de pequeña capacidad. Esto explica, entre otras cosas, que la Directiva 2009/72/CE haya optado finalmente por imponer el *unbundling patrimonial* únicamente en relación con la gestión de las redes de transporte⁵⁹⁵. La desintegración vertical de la propiedad puede facilitar la apertura de un mercado a la competencia – al remover barreras de entrada y posibilitar así el acceso a la red -, pero sin embargo no garantiza necesariamente la existencia de competencia.

2.5. La institución de autoridades reguladoras nacionales.

El Derecho comunitario de la energía interviene también sobre el sistema institucional de los Estados miembros y les ha impuesto la obligación de crear un organismo *ad hoc* para asegurar el buen funcionamiento del mercado. Las *comisiones reguladoras* tienen su origen en el Derecho anglosajón y, en particular, en las *Independent Regulatory Commissions* norteamericanas⁵⁹⁶. Se trata de organismos únicos, independientes y

⁵⁹⁵ Vid. art. 14 de la Directiva 2009/72/CE.

⁵⁹⁶ Vid. M. SERRANO GONZÁLEZ, *Naturaleza y funciones de la CNE: un ampliado marco de actuación*, en la obra colectiva *Energía: del monopolio al mercado. CNE, diez años en perspectiva*, Civitas, Madrid (2006), p. 390. En Estados Unidos, durante el último tercio del siglo XIX, ya surge la necesidad de regular servicios con tecnologías de red (*public utilities*) ante la tendencia a la formación de *trusts* en las compañías ferroviarias, petroleras y financieras. En 1887 nace la *Interstate Commerce Commission* para el control del transporte ferroviario. Ya en el siglo XX, en la década de los 30, surgen las comisiones reguladoras de las comunicaciones, la energía y los mercados financieros. Estos organismos nacen en los Estados Unidos porque en ningún momento se impuso en la ordenación jurídica de las *public utilities* su reserva al Estado. En cambio, la regulación en Europa tendió a intervenir o nacionalizar estas empresas. La experiencia había demostrado que el libre mercado no garantizaba siempre una competencia efectiva (*fallos de mercado*) y que la práctica totalidad de los servicios en red presentaban características de monopolio natural y, por tanto, era necesario su control. En Estados Unidos, con una estructura productiva privada, dicho control se llevó a cabo mediante organismos reguladores independientes. La reacción de Europa ante lo que tradicionalmente se han llamado *fallos de mercado* ha sido en la mayor parte de los casos la intervención estatal. En la década de los 90 del siglo XX, Europa emprende un proceso de privatización y liberalización de estos sectores, fomentando la competencia efectiva. Cfr. C. FERNÁNDEZ ROZADO, *Casos prácticos: las Comisiones Reguladoras de Energía. Aspectos institucionales y de organización. Primera Edición del Curso ARIAE de Regulación Energética*, La Antigua (Guatemala), 17 de noviembre de 2003. Presentación descargable en la dirección:

establecidos *ad hoc*, a los que se tiende a atribuir en bloque las funciones de regulación referentes a actividades o sectores de interés general.

En un primer momento, el legislador comunitario impuso a los Estados miembros de la Unión Europea la obligación de designar “*uno o varios organismos competentes con la función de autoridades reguladoras*”⁵⁹⁷. Las normas aprobadas en julio de 2009, como parte integrante del denominado *Tercer Paquete Energético*, establecen que “*cada Estado miembro designará una única autoridad reguladora a escala nacional*”⁵⁹⁸, que asumirá la responsabilidad del ejercicio de las funciones de supervisión del buen funcionamiento de los mercados energéticos y en todo caso la regulación de las tarifas de acceso a la red, si bien se reconoce la posibilidad de designar otras autoridades reguladoras a escala regional en países con organización territorial de carácter federal o autonómico⁵⁹⁹.

Estos organismos presentan una naturaleza híbrida y operan como institución nacional y al mismo tiempo como articulación administrativa de la Unión Europea: de ahí la denominación de *autoridades reguladoras nacionales*. En otros términos, se produciría una situación análoga a la que se constata – a nivel jurisdiccional – cuando el juez de un Estado miembro actúa en funciones

<http://www.cne.es/>. Vid. también S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. I, *op. cit.*, pp. 259-264.

⁵⁹⁷ Vid. art. 23 de la Directiva 2003/54/CE.

⁵⁹⁸ Vid. art. 35 de la Directiva 2009/72/CE.

⁵⁹⁹ El Real Decreto-Ley 13/2012 ha transpuesto al ordenamiento jurídico español las disposiciones del *Tercer Paquete Energético*, y en particular las relativas a la constitución de una autoridad regulatoria única a nivel nacional, jurídica y funcionalmente independiente de cualquier otra entidad pública y privada, así como los objetivos, obligaciones y competencias de esta autoridad reguladora (cfr. apdo. II de la exposición de motivos).

de juez comunitario. Cuando el organismo no actúa como autoridad de reglamentación, las funciones ejercidas constituyen también actividad administrativa de Derecho comunitario y quedan sujetas un régimen jurídico distinto del ordinario.

La tarea fundamental que las normas comunitarias encomiendan a las autoridades nacionales de reglamentación consiste en “*garantizar la ausencia de discriminación, una auténtica competencia y un funcionamiento eficaz del mercado*”⁶⁰⁰.

El análisis del texto de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad permite concluir que, con carácter general, la actuación de las autoridades reguladoras nacionales se centra en el desempeño de las siguientes funciones: función de *control*, función de *regulación* y función *jurisdiccional*.

⁶⁰⁰ Vid. art. 23.1 de la Directiva 2003/54/CE. El concepto de “*ausencia de discriminación*” se identifica con la igualdad de trato para todos los agentes en el mercado. Como veremos al tratar del principio de *no discriminación* como principio de buen funcionamiento del mercado interior de la electricidad (vid. *infra* epígrafe 3.7. de este Capítulo), el legislador comunitario establece que los Estados miembros “*no ejercerán discriminación entre aquéllas [las compañías eléctricas] en cuanto a derechos y obligaciones*” (artículo 3.1 de la Directiva 2003/54). En esta misma norma comunitaria se establece también la obligación de no discriminación en la definición de normas técnicas (art. 5) y de los criterios para la concesión de autorizaciones para la producción de energía eléctrica (art. 6.4). El concepto de “*auténtica competencia*” se puede relacionar con la competencia real: en otros términos, la autoridad tiene la tarea de hacer que la competencia sea real, no sólo aparente. En cuanto al “*funcionamiento eficaz del mercado*”, se trataría de un concepto distinto al de “*buen funcionamiento del mercado*”. Mientras esta última expresión se refiere al respeto de las reglas de funcionamiento impuestas por el ordenamiento, la primera atañe a la idoneidad para conseguir los objetivos que se persiguen a través del funcionamiento del mercado: afecta entonces a los fines para los que se impone la apertura del mercado, que deberían sintetizarse en el de mejora de las condiciones de vida (es decir, continuidad, regularidad y calidad en la prestación del servicio universal de suministro eléctrico).

Las funciones de *control*⁶⁰¹ se ejercen a través de la supervisión de una serie de aspectos directamente vinculados al *funcionamiento eficaz del mercado*⁶⁰²:

- Las normas de gestión y asignación de capacidad de interconexión.
- Los mecanismos para solventar la congestión de la capacidad en las redes.
- El tiempo empleado por transportistas y distribuidores en efectuar conexiones y reparaciones.
- La publicación de información adecuada por parte de los gestores de la red sobre las interconexiones, la utilización de la red y la asignación de capacidades a las partes interesadas, velando por las obligaciones de confidencialidad.
- La separación de cuentas para evitar subvenciones cruzadas entre actividades reguladas y no reguladas.
- Las condiciones y tarifas de conexión aplicables a los nuevos productores de electricidad para garantizar que no son discriminatorias.
- El cumplimiento de sus funciones por los gestores de las redes.
- El nivel de transparencia y de competencia del sector.

La función de *regulación*⁶⁰³ afecta a los sistemas utilizados para el cálculo de las condiciones de conexión y acceso, incluidas las tarifas de transmisión y distribución, y las condiciones de prestación de servicios de

⁶⁰¹ Vid. art. 23.1, apdos. a) - h), de la Directiva 2003/54/CE.

⁶⁰² Vid. M. BACIGALUPO SAGGESE, *El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad*, "Noticias de la Unión Europea" núm. 284 (2008), pp. 21-22.

⁶⁰³ Vid. art. 23.2 y 3 de la Directiva 2003/54/CE.

compensación. La actividad de *regulación* puede realizarse sobre la base de una previa intervención reglamentaria del Estado, o atribuyendo un poder de decisión autónomo a la autoridad reguladora nacional, o bien, como tercera alternativa, ésta puede ver limitadas sus facultades a la simple presentación de una propuesta a otro organismo nacional.

Así, los reguladores deben aprobar antes de su entrada en vigor las tarifas de transporte y distribución, o al menos deben determinar las metodologías que proceda emplear para calcular o establecer dichas tarifas. También cabe que los reguladores remitan su propuesta al órgano pertinente del Estado para que éste adopte una decisión, pudiendo apartarse de la referida propuesta de forma motivada. En todo caso, la decisión, con su motivación, debe publicarse⁶⁰⁴.

La función *jurisdiccional*⁶⁰⁵ se basa en la posibilidad de presentar reclamaciones contra las actuaciones del gestor de la red y de impugnar los actos adoptados por la autoridad en el ejercicio de la función de regulación – si bien la impugnación de un acto de regulación no tiene efecto suspensivo -. En el supuesto de controversias transfronterizas tendrá competencia la autoridad reguladora nacional que niega el uso de la red o el acceso al sistema correspondiente. Por otra parte, las normas comunitarias han aclarado que el recurso a esta función *jurisdiccional* no es incompatible con otros medios de

⁶⁰⁴ Cfr. M. BACIGALUPO SAGGESE, *El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad*, op. cit., p. 22.

⁶⁰⁵ Vid. art. 23.5 y 6 de la Directiva 2003/54/CE.

impugnación previstos por el ordenamiento de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales⁶⁰⁶.

La Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, define con mayor detalle los objetivos a los que debe tender la actuación de las autoridades reguladoras nacionales. Es posible condensar estos objetivos en tres líneas de actuación: el *funcionamiento eficaz del mercado*, la *seguridad en el abastecimiento energético* y la *tutela del consumidor-usuario* del servicio esencial de suministro eléctrico⁶⁰⁷.

Con la aprobación de la Directiva de 2009 se otorgan a las autoridades reguladoras nacionales poderes más intensos entre los cuales cabe señalar un poder decisorio vinculante autónomo, un poder de investigación, un poder de

⁶⁰⁶ En este sentido, el artículo 37.15 de la Directiva 2009/72/CE, ha señalado que “*las reclamaciones a que se hace referencia en los apartados 11 y 12 se entenderán sin perjuicio del ejercicio del derecho a interponer recurso en virtud del Derecho comunitario y/o del Derecho interno*”. Ello implica que la impugnación ante la autoridad reguladora nacional se establece como un instrumento suplementario que permite a la parte interesada acudir a más foros. Evidentemente se podría prever la alternancia de los foros, pero sobre este punto el legislador comunitario no se ha pronunciado, con lo cual hay que propender a la acumulación de los instrumentos jurisdiccionales de defensa de derechos e intereses legítimos.

⁶⁰⁷ Con respecto al *funcionamiento eficaz del mercado*, las normas comunitarias atribuyen a la actuación de las autoridades reguladoras nacionales, entre otros, los siguientes objetivos: i) cooperar con la Agencia Europea de Cooperación de los Reguladores de Energía (ACER) y las autoridades de los demás países y con la Comisión, para promover un mercado interior competitivo, seguro y sostenible ambientalmente; ii) abrir el mercado de manera efectiva a todos los clientes y suministradores comunitarios; y iii) eliminar las restricciones al comercio de energía entre Estados miembros. Por lo que se refiere a la *seguridad en el abastecimiento*, las normas comunitarias atribuyen a la actuación de las autoridades reguladoras nacionales, entre otros, los siguientes objetivos: i) contribuir a lograr el desarrollo de redes no discriminatorias, seguras, eficientes y fiables; y ii) facilitar el acceso a la red de nuevas capacidades de generación. En relación con la *tutela de los consumidores-usuarios* del servicio de suministro eléctrico, las normas comunitarias atribuyen a la actuación de las autoridades reguladoras nacionales, entre otros, los siguientes objetivos: i) asegurar el beneficio de los consumidores mediante el funcionamiento eficiente de sus mercados nacionales; ii) promover una competencia efectiva y la protección de los consumidores, especialmente de los más vulnerables; iii) contribuir a alcanzar un alto nivel de servicio universal y público; y iv) garantizar la compatibilidad de los procesos necesarios de intercambio de datos para que los consumidores puedan cambiar de suministrador. *Vid.* art. 36, apdos. a), c), d), e), g) y h), de la Directiva 2009/72/CE.

inspección y un poder sancionador que, junto con las disposiciones que definen con mayor detalle las obligaciones y las competencias, confieren a estos organismos un papel fundamental en la consecución de los objetivos de la política energética comunitaria⁶⁰⁸.

En su *Nota interpretativa sobre Autoridades Reguladoras Nacionales*⁶⁰⁹, la Comisión Europea trata de exponer y explicar las funciones y competencias que la Directiva 2009/72/CE atribuye a las autoridades reguladoras nacionales.

En primer término, se indica que mientras los gobiernos de los Estados miembros tienen el poder de decisión sobre las políticas energéticas generales, las autoridades reguladoras nacionales asumen la supervisión de todo lo relacionado con el buen funcionamiento de los mercados energéticos y en particular son los responsables de la regulación de las tarifas (de acceso a la red, transporte y distribución)⁶¹⁰. Sus decisiones deben ser directamente aplicables, sin necesidad de posteriores aprobaciones o ratificaciones por parte de los gobiernos de los Estados miembros.

Las normas comunitarias insisten en que, para realizar sus funciones, las autoridades reguladoras nacionales deben ser plenamente *independientes*,

⁶⁰⁸ Vid. art. 37.4, apdos. a), b), d) y e), de la Directiva 2009/72/CE.

⁶⁰⁹ Commission Staff Working Paper, *Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and on Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas. The regulatory authorities*. Brussels, 22 January 2010.

⁶¹⁰ Vid. art. 37.1, apdo. a), de la Directiva 2009/72/CE.

en particular - se señala expresamente - de los gobiernos de los Estados miembros⁶¹¹.

Los Estados miembros deben garantizar esta *independencia* de las autoridades reguladoras nacionales en el desempeño de todas las funciones que les atribuyen las normas comunitarias, entre las que se encuentra, por ejemplo, la designación de los TSOs (*Transport System Operators*).

La *independencia* se refiere tanto a la propia organización como al personal que trabaja en ella, y debe garantizarse tanto en relación con las compañías eléctricas como en relación con cualquier otro organismo público o privado⁶¹².

La *independencia* de las autoridades reguladoras nacionales no impide su colaboración con otras autoridades tanto nacionales, por ejemplo las de defensa de la competencia, como europeas, por ejemplo en los temas transfronterizos en los que, tal y como establecen las normas comunitarias,

⁶¹¹ Vid. art. 35.4 y 5 de la Directiva 2009/72/CE.

⁶¹² Ello implica, en primer lugar, que la autoridad reguladora nacional sea una entidad jurídicamente diferente del Ministerio competente en materia de energía, y responsable de la dirección y organización de sus tareas y de los recursos con que cuenta para su desempeño. En principio, las autoridades reguladoras nacionales no deberían compartir ni personal ni instalaciones con el Ministerio competente en materia de energía. La independencia del personal es muy importante para garantizar que sus decisiones son imparciales y no están afectadas por motivos políticos o económicos. Los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para garantizar que el personal no tenga intereses en empresas energéticas, aunque sí podría tener, por ejemplo, planes de pensiones con participación en empresas energéticas. No obstante, también sería posible que el personal de dirección trabajara parcialmente en otros ámbitos, por ejemplo en el área académica. La independencia del personal está referida a su relación con los gobiernos y también con empresas públicas o privadas. Las normas comunitarias no sólo prohíben al personal de la autoridad reguladora nacional recibir instrucciones, sino también que nadie se las dé. Los Estados miembros deberán aplicar sanciones en casos de violación de esta independencia o de posibles intentos de dar instrucciones a las autoridades reguladoras nacionales.

están obligadas a colaborar con las autoridades reguladoras nacionales de otros países⁶¹³.

Las normas comunitarias establecen medidas para garantizar la *independencia* de las autoridades reguladoras nacionales que implican:

- El poder de tomar decisiones de forma autónoma, tanto *ex ante* sin ninguna interferencia de los poderes públicos, como *ex post*, es decir, de aplicación inmediata, sin necesidad de ninguna aprobación o ratificación posterior.
- La necesidad de disponer de asignación presupuestaria independiente, que puede provenir tanto de la recaudación con cargo a los consumidores, como de los presupuestos generales⁶¹⁴.
- La necesidad de disponer de adecuados recursos humanos y financieros⁶¹⁵.

⁶¹³ Uno de los problemas que plantea el régimen jurídico de las autoridades reguladoras nacionales es el de la delimitación de sus funciones con respecto a las autoridades de defensa de la competencia. En este punto, las normas comunitarias defieren la concreta delimitación de las respectivas funciones a la decisión y consiguiente regulación de los Estados miembros: *vid.* en este sentido art. 37.1, apdos. k) y o), de la Directiva 2009/72/CE. Con respecto a la obligación de cooperación con las autoridades reguladoras de otros Estados miembros para la resolución de cuestiones transfronterizas, *vid.* art. 37.1, apdos. b) y c), de la Directiva 2009/72/CE.

⁶¹⁴ Además, la autoridad reguladora debe disponer de autonomía para administrarlo. La asignación debe ser suficiente para permitirle llevar a cabo sus competencias de forma eficiente. En ningún caso debe usarse el presupuesto para influir en la autoridad reguladora nacional. *Vid.* art. 35.5, apdo. a) del párrafo primero, de la Directiva 2009/72/CE.

⁶¹⁵ Los miembros del consejo o, a falta de éste, los altos cargos directivos de la autoridad reguladora nacional son nombrados por un período fijo de entre 5 y 7 años, y los designados pueden renovar su mandato una sola vez. Los Estados miembros deben garantizar la aplicación de un esquema de rotación entre los miembros de forma que no todos tengan su fecha de finalización de mandato al mismo tiempo. Los miembros nombrados de acuerdo con las normas comunitarias de 2003 deberían finalizar su mandato antes del 3 de marzo de 2018, aunque podrían volver a ser nombrados de acuerdo con la Directiva de 2009. Durante su mandato únicamente pueden ser cesados cuando dejen de cumplir las condiciones de independencia señaladas por las normas comunitarias o bien cuando hayan sido declarados culpables por la comisión de delitos con arreglo al Derecho interno. *Vid.* art. 35.5, apdo. b) del párrafo primero y párrafo segundo, de la Directiva 2009/72/CE.

Finalmente, la *independencia* de las autoridades reguladoras nacionales, exige la regulación de procedimientos que permitan a los agentes del sector formular reclamaciones contra las decisiones que adopten en el ejercicio de sus funciones, lo que por otra parte implica que las decisiones deberán estar plenamente justificadas – es decir, motivadas, incluyendo la exposición de las razones que constituyen su fundamento -, publicadas y accesibles. Adicionalmente, los Estados miembros deberían establecer procedimientos específicos para que en poco tiempo se resuelvan las reclamaciones y, en su caso, se suspendan las decisiones⁶¹⁶.

Las normas comunitarias establecen como otro rasgo característico de las autoridades reguladoras nacionales, además de la independencia, la *imparcialidad* en el ejercicio de sus funciones⁶¹⁷. Las autoridades reguladoras nacionales deben tomar sus decisiones de forma neutral, y los Estados miembros tienen que adoptar las medidas necesarias para evitar posibles prácticas que vulneren esta necesaria imparcialidad.

Otro elemento esencial del estatuto jurídico de las autoridades reguladoras nacionales es el principio de *transparencia* en su actuación. Las autoridades reguladoras nacionales deben desempeñar sus funciones de forma transparente, lo que significa:

⁶¹⁶ Vid. art. 37.16 y 17 de la Directiva 2009/72/CE.

⁶¹⁷ Vid. art. 35.4 de la Directiva 2009/72/CE.

- Hacer públicas sus reglas y procedimientos de toma de decisiones, tener puntos de contacto para todos los agentes y proporcionar información sobre su organización⁶¹⁸.
- Consultar con los agentes antes de la toma de decisiones⁶¹⁹.
- Hacer públicas sus decisiones y los motivos que les han llevado a tomarlas⁶²⁰.

Este refuerzo de las potestades administrativas de los reguladores nacionales se inscribe expresamente en la perspectiva de la profundización y culminación del proceso de construcción y de la plena operatividad del mercado interior de la energía eléctrica. En este sentido, se declara formalmente que las autoridades reguladoras nacionales, en el ejercicio de sus competencias, tienen la obligación de adoptar todas las medidas para cumplir con los objetivos generales establecidos por las normas comunitarias, a fin de promover un mercado interior seguro, competitivo y sostenible⁶²¹.

Las normas comunitarias efectúan una enumeración general de las obligaciones que se imponen a las autoridades reguladoras nacionales en relación con los siguientes temas: tarifas - de transporte, distribución y acceso a la red -, separación de actividades (*unbundling*), supervisión del buen funcionamiento del mercado – en relación con la actuación de las compañías

⁶¹⁸ *Vid.* art. 3.12 de la Directiva 2009/72/CE.

⁶¹⁹ Lo que, a su vez, implica hacer públicos informes antes de consultar e informar de los resultados de la consulta, incluidos los comentarios recibidos.

⁶²⁰ *Vid.* art. 37.16 de la Directiva 2009/72/CE.

⁶²¹ *Vid.* art. 36, apdo. a), de la Directiva 2009/72/CE.

eléctricas que operan en él -, protección de los consumidores-usuarios del servicio de suministro eléctrico, desempeño de las funciones de ISO (*Independent System Operator*) o ITO (*Independent Transmission Operator*), y cumplimiento de las decisiones vinculantes de la Agencia Europea de Cooperación de los Reguladores de Energía (ACER)⁶²².

En relación con las tarifas, las normas comunitarias determinan que las autoridades reguladoras nacionales son competentes para aprobarlas o, al menos, para establecer la metodología⁶²³ – los parámetros objetivos, transparentes y no discriminatorios – con arreglo a la cual deberá fijarse su importe. También se les encomienda expresamente el establecimiento de las condiciones de acceso y conexión a la red, la articulación de los *sistemas de balance*⁶²⁴ y la regulación del acceso a las interconexiones transfronterizas⁶²⁵.

⁶²² Vid. art. 37.1 de la Directiva 2009/72/CE.

⁶²³ Vid. art. 37.6 de la Directiva 2009/72/CE.

⁶²⁴ El apdo. b) del artículo 37.6 de la Directiva 2009/72/CE alude a las “*metodologías utilizadas para calcular o establecer las condiciones para: (...) la prestación de servicios de equilibrio, que deberán realizarse de la manera más económica y proporcionar incentivos adecuados para que los usuarios de la red equilibren su producción y consumo. (...)*”. El *mecanismo de balance neto* es un procedimiento de compensación de saldos de energía que permite a un consumidor que autoproduce parte de su consumo eléctrico apoyarse en el sistema para “almacenar” sus excedentes. Este mecanismo es especialmente interesante para las instalaciones de generación eléctrica a partir de fuentes renovables no gestionables, como la eólica o la solar, ya que evita la necesidad de acumulación en la propia instalación. Vid. “Boletín de Energía y Sociedad”, núm. 65, 12 de diciembre de 2011, en <http://www.energíaysociedad.es>.

⁶²⁵ Vid. art. 37.4, apdo. a), de la Directiva 2009/72/CE. Existen cuatro alternativas posibles para que las autoridades reguladoras cumplan con sus obligaciones en relación con las tarifas eléctricas: por un lado, pueden establecer las tarifas por sí mismas o limitarse a establecer la metodología de cálculo; por otra parte, pueden aprobar las tarifas o la metodología de cálculo, a propuesta de los TSOs (*Transport System Operators*) o DSOs (*Distribution System Operators*). Estas nuevas reglas constituyen un avance significativo con respecto al marco regulatorio del *Segundo Paquete Energético* (2003), en el que las autoridades reguladoras nacionales se limitaban a elaborar una propuesta y a elevarla al organismo responsable de aprobarla. Ahora, las autoridades reguladoras toman la decisión de forma autónoma y ésta, una vez adoptada, es vinculante para los organismos públicos con competencias concurrentes – singularmente, para el gobierno del Estado miembro, responsable de la dirección de la política energética general – y para todos los operadores del sector.

Las autoridades reguladoras nacionales son responsables de hacer cumplir a todos los operadores del sector las normas comunitarias sobre el mercado interior de la energía eléctrica, para lo cual deben disponer de una serie de potestades de actuación – competencias -, que les reconocen las propias normas cuyo cumplimiento deben asegurar⁶²⁶. Las normas comunitarias imponen a las autoridades reguladoras una serie de obligaciones de *control* de determinadas actividades⁶²⁷:

- Velar por que no haya subvenciones cruzadas entre las actividades de suministro, transporte y distribución.
- Controlar los planes de inversiones de los gestores de redes de transporte.
- Controlar el cumplimiento y revisar los resultados anteriores de las normas de seguridad y fiabilidad de la red.
- Controlar el nivel de transparencia, incluido el de los precios al por mayor, y velar por que las compañías eléctricas cumplan las obligaciones de transparencia.
- Controlar el grado de apertura del mercado y la efectividad de la competencia, tanto en el segmento mayorista como en el minorista, incluidos los intercambios de electricidad, los precios domésticos, los índices de cambio de compañía, los índices de desconexión, las tarifas de los servicios de mantenimiento y de su ejecución, las reclamaciones

⁶²⁶ Vid. art. 37.1, apdo. b), y 2 de la Directiva 2009/72/CE. En este sentido, se prevé que las autoridades reguladoras controlen aspectos relacionados con el acceso a la red, el buen funcionamiento del mercado, la efectividad de la competencia y la protección a los consumidores-usuarios del servicio de suministro eléctrico. Los Estados miembros, no obstante, pueden atribuir el control de alguno de estos extremos a autoridades diferentes – por ejemplo, a las de defensa de la competencia -, en cuyo caso deberán garantizar el acceso de las autoridades reguladoras nacionales a toda la información que se obtenga durante las actuaciones de control y no sólo al informe final.

⁶²⁷ Vid. art. 37.1, apdos. f), g), h), i) y j), de la Directiva 2009/72/CE.

de los consumidores domésticos, así como cualquier falseamiento o restricción de la competencia.

Entre las funciones que las normas comunitarias atribuyen a las autoridades reguladoras se recoge la potestad de realizar *investigaciones* sobre el funcionamiento de los mercados nacionales, investigaciones que pueden llevar a la imposición de medidas para promover la competencia efectiva y asegurar el adecuado funcionamiento del mercado interior de la electricidad⁶²⁸.

Con carácter general, las autoridades reguladoras nacionales, para poder ejercer correctamente sus funciones, deben disponer de acceso a la información relevante, por ejemplo, la referida a los precios de mercado de las distintas actividades vinculadas al suministro eléctrico. En este sentido, se reconoce a las autoridades reguladoras la potestad de *“recabar de las empresas eléctricas cualquier información pertinente para el desempeño de sus funciones, incluidas las justificaciones de rechazo de la concesión de acceso a un tercero, y cualquier información sobre las medidas necesarias para reforzar la red”*⁶²⁹.

⁶²⁸ En la misma línea, se reconoce también a las autoridades reguladoras la potestad de imponer *sanciones* efectivas, proporcionadas y no discriminatorias a las compañías eléctricas, por el incumplimiento de las obligaciones establecidas por las normas comunitarias o de cualquier decisión jurídicamente vinculante de las propias autoridades reguladoras o de la Agencia Europea de Cooperación de los Reguladores de Energía (ACER). Los Estados miembros, en función de su Derecho interno, pueden optar entre la atribución directa de esta potestad sancionadora a las autoridades reguladoras, o bien la articulación de mecanismos por los que éstas formulen, como resultado de previas actuaciones de investigación, la oportuna propuesta de sanción ante los tribunales u otros organismos competentes. El límite máximo establecido para las sanciones es de hasta el 10% del volumen de negocios anual del gestor de la red de transporte o de la empresa verticalmente integrada. *Vid.* art. 37.4, apdos. b) y d), de la Directiva 2009/72/CE.

⁶²⁹ *Vid.* art. 37.4, apdo. c), de la Directiva 2009/72/CE.

Finalmente, las autoridades reguladoras nacionales deben asegurar que los beneficios del mercado interior de la electricidad lleguen a los consumidores finales, instrumentando a tal fin los oportunos cauces de colaboración con las asociaciones de consumidores y las autoridades de defensa de la competencia⁶³⁰. En línea con este planteamiento, las autoridades reguladoras deben supervisar el grado de apertura efectiva del mercado a la competencia a través de indicadores apropiados⁶³¹.

En la pasada década, la ausencia de un regulador único europeo y la intención de asegurar la convergencia de los modelos regulatorios hacia una sensibilización recíproca sobre las orientaciones a adoptar en la transposición de las normas comunitarias ha llevado a buscar reglas de cooperación orgánica autónomas.

Estos mecanismos se ubican, en un primer momento, al margen del ordenamiento comunitario en un sentido jurídico estricto, ya que a pesar de responder a necesidades relacionadas con la consecución de objetivos comunitarios no constituyen una regulación jurídica *ad hoc* promovida por el legislador comunitario. Se trata de iniciativas que pueden enmarcarse en el ámbito de aplicación del principio de *subsidiariedad*, entendido en sentido *horizontal*: son manifestaciones que testifican los progresos en la integración

⁶³⁰ Cfr. Considerando (57) y art. 36, apdo. g), de la Directiva 2009/72/CE.

⁶³¹ Cuando las autoridades reguladoras no tienen atribuciones concretas – potestades administrativas – en materia de defensa de la competencia de acuerdo con el Derecho interno, quedan obligadas, por las normas comunitarias, a colaborar estrechamente con las autoridades competentes. En todo caso, deben controlar los precios del suministro eléctrico y cuando éstos resulten claramente anticompetitivos deben informar a las autoridades de defensa de la competencia. En este mismo sentido, las autoridades reguladoras deben comprobar si los precios son razonables, fácil y claramente comparables, transparentes y no discriminatorios. *Vid.* Considerando (61) *in fine* y art. 37.1, apdos. j), k) y o) de la Directiva 2009/72/CE.

del acervo comunitario energético, pero no pueden conceptualizarse como actuaciones comunitarias desde una perspectiva institucional. En este contexto, cabe inscribir fundamentalmente a los diversos *Fora* y al *Council of European Energy Regulators* (CEER).

Las experiencias del *European Electricity Regulatory Forum* de Florencia⁶³² y del *European Gas Regulatory Forum* de Madrid⁶³³ han representado dos ocasiones fundamentales para avanzar en la comunitarización de los objetivos del sector energético, y a ellas hemos de añadir, en época más reciente, la puesta en marcha del *Citizens' Energy Forum* de Londres⁶³⁴. El rasgo característico de estos foros es, sin duda, la participación de los representantes institucionales comunitarios y de las autoridades de regulación de todos los Estados miembros. Las cuestiones objeto de debate en los foros han afectado, sobre todo, a la problemática concerniente a las transacciones transfronterizas y la determinación de las tarifas.

⁶³² Este Foro se creó como marco para abordar temas relativos a la creación de un verdadero mercado interior de la electricidad. Su primera reunión tuvo lugar en 1998, y engloba a reguladores energéticos, representantes de los Estados miembros y de la Comisión Europea, operadores de redes de transporte, operadores de mercado, compañías y asociaciones eléctricas, usuarios de red y consumidores. Se reúne una o dos veces al año, generalmente en Florencia.

⁶³³ Este Foro está destinado a la discusión de aspectos relativos a la creación del mercado europeo del gas natural. Se reunió por primera vez en 1999, y en él participan reguladores de energía, representantes de los Estados miembros y de la Comisión Europea, operadores de redes de transporte, operadores del mercado, empresas distribuidoras y comercializadoras de gas natural, usuarios de red y consumidores. Se reúne en Madrid una o dos veces al año.

⁶³⁴ El *Foro de los Ciudadanos y la Energía* se ha puesto en marcha, en octubre de 2008, para ayudar a los consumidores-usuarios de los servicios energéticos a hacer valer sus derechos en toda la Unión Europea y para ofrecerles información clara y directa sobre las opciones de que disponen en cuanto al suministro de gas y electricidad. La idea del Foro se propuso en el contexto del *Tercer Paquete Energético*, y fue presentada por los comisarios KUNNEVA y PIEBALGS en la *Conferencia sobre los Derechos de los Consumidores de Energía*, que tuvo lugar en mayo de 2008. El Foro elabora recomendaciones destinadas a mejorar el ejercicio y la defensa de los derechos de los consumidores de energía, así como el funcionamiento de los mercados minoristas de gas y electricidad. La DG SANCO (Dirección General de Sanidad y Consumo) de la Comisión Europea participa en este Foro.

Con ocasión del cuarto encuentro del *European Electricity Regulatory Forum*, se propone la creación del *Council of European Energy Regulators* (CEER). Originariamente sin personalidad jurídica, el CEER a partir de 2003 se constituye como asociación sin ánimo de lucro que ofrece asesoría y asistencia a la Comisión en relación con los sectores del gas y de la electricidad⁶³⁵. Se trata de un órgano de asesoría independiente y ajeno a la estructura administrativa europea. Además, el CEER asume las tareas de sostener la cooperación entre Estados miembros, velar por la aplicación de la disciplina comunitaria y contribuir a la creación de mecanismos que permitan favorecer el desarrollo y la armonización de los mercados⁶³⁶.

En segundo término, hemos de referirnos a las experiencias de carácter institucional, es decir, a los organismos o cauces de cooperación entre autoridades reguladoras impulsados de forma directa desde las instituciones comunitarias. En este marco, cabe inscribir al *Foro Europeo de la Energía y de los Transportes* y al *European Regulators' Group for Electricity and Gas* (EREG).

La necesidad de complementar el trabajo de la Comisión por medio de un órgano consultivo que pudiese representar los intereses de los operadores económicos del sector e impulsar eficazmente las políticas de la Unión Europea

⁶³⁵ Vid. *Agreement for the incorporation of the Council of European Energy Regulators*. XXVI CEER Meeting. Brussels, 10 June 2003.

⁶³⁶ Las fórmulas de cooperación “horizontal” han interesado siempre más a las empresas, hasta el punto de que es posible enumerar variados ejemplos: UCPTE (*Union for the Coordination of Production and Transmission of Electricity*), ETSO (*Association of European Transmission System Operators*), EUROPEX (*Association of European Power Exchange*), EFET (*European Federation of Energy Traders*).

en este ámbito condujo, ya en 1996, a la constitución de un primer Comité Consultivo de Energía⁶³⁷.

En 2001, con ocasión del cese del mandato del Comité Consultivo de Energía se instituye el *Foro Europeo de la Energía y de los Transportes*⁶³⁸. Se trata de un comité consultivo que sustituye al anterior e incorpora en un único organismo expertos del sector de la energía y de los transportes. El órgano posee una estructura organizativa autónoma, incluida una presidencia, una oficina administrativa y una secretaría. Sus dictámenes siguen siendo facultativos y no vinculantes.

En 2003, se crea el *European Regulators' Group for Electricity and Gas* (EREGG)⁶³⁹. Este organismo tiene por objetivo facilitar la consolidación del mercado interior de la energía y garantizar la aplicación coherente de las normas comunitarias sobre esta materia. El EREGG actúa como organismo de conciliación entre instituciones comunitarias y nacionales - perspectiva vertical - y como instrumento de cooperación entre las varias autoridades reguladoras nacionales - perspectiva horizontal -. Actualmente cuenta con la participación

⁶³⁷ Este órgano estaba compuesto por expertos procedentes de los mercados de la producción y de la distribución de energía, así como de las asociaciones de consumidores, los sindicatos y las asociaciones ecologistas.

⁶³⁸ Vid. Decisión 2001/546/CE de la Comisión Europea, de 11 de julio de 2001, por la que se crea un Comité consultivo llamado *Foro europeo de la Energía y los Transportes* (DOUE núm. L 195, de 19.7.2001, pp. 58-60). Se trata de un foro consultivo formado por personalidades cualificadas de los sectores de la energía y los transportes cuyo objetivo es emitir dictámenes sobre cualquier iniciativa de la Comisión en materia de política de energía y transportes. Asimismo hace las veces de observatorio, especialmente en relación con la competitividad y la adaptación de las estructuras de esos sectores, sin olvidar las preocupaciones medioambientales, sociales y de seguridad.

⁶³⁹ Vid. Decisión 2003/796/CE de la Comisión Europea, de 11 de noviembre de 2003, por la que se establece el *Grupo de Reguladores Europeos de la Electricidad y del Gas* (DOUE n. L 296, de 14.11.2003, pp. 34-35).

de las autoridades reguladoras de los 27 Estados miembros de la Unión Europea y con la presencia de organismos reguladores de varios países del Espacio Económico Europeo (EEE), que asisten en calidad de observadores. Desde 2009 la estructura orgánica de CEER y ERGEG se ha unificado⁶⁴⁰.

Las experiencias de los diversos *Fora*, del CEER y del ERGEG han evidenciado, por un lado, la conveniencia de contar con la participación de las autoridades reguladoras nacionales en el proceso de elaboración e implementación de la política energética de la Unión Europea. Sin embargo, también han puesto de relieve importantes carencias a nivel institucional europeo en lo que se refiere a la regulación del mercado interior de la energía.

En este sentido, la Comisión ha señalado la imposibilidad de asumir directamente las funciones de regulación de las actividades del sector energético. Al mismo tiempo, la Comisión ha subrayado que el nivel de cooperación alcanzado como consecuencia de las iniciativas anteriormente descritas parece aconsejar la creación de un interlocutor permanente con mayores potestades de actuación. De este modo, la Comisión concluye postulando la creación de una autoridad comunitaria de la energía, dotada con

⁶⁴⁰ La sede de la secretaría permanente del ERGEG se encuentra en Bruselas. Con la creación del ERGEG se han mantenido las plataformas del *European Gas Regulatory Forum* de Madrid y del *European Electricity Regulatory Forum* de Florencia (consideradas por la Comisión todavía útiles para el proceso de integración en el sector energético), aunque por otro lado se han eliminado los comités consultivos previstos por las normas comunitarias sobre el mercado interior correspondientes a los dos primeros *Paquetes Legislativos Energéticos*. Cuando el ERGEG actúa en el desempeño de funciones consultivas, sus dictámenes son facultativos y no vinculantes; cuando ejerce funciones de conciliación en conflictos entre operadores y/o autoridades reguladoras nacionales, asume la posición de órgano extrajudicial de resolución de controversias (arbitraje); finalmente, asume también las funciones propias de un foro de debate de las autoridades reguladoras nacionales sobre cuestiones energéticas, en el marco de su carácter originario de mecanismo o cauce de cooperación orgánica de ámbito comunitario.

potestades de intervención en el sector mediante la adopción de medidas vinculantes para los Estados miembros⁶⁴¹.

En este contexto debemos inscribir la aprobación del Reglamento (CE) núm. 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la *Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía* (ACER)⁶⁴². La Agencia queda configurada como organismo comunitario, con personalidad jurídica propia, al que se atribuye el desempeño de funciones consultivas, regulatorias y jurisdiccionales. La estructura de la Agencia viene definida por un consejo de administración, un consejo de reguladores, un director, y una sala de recurso⁶⁴³.

⁶⁴¹ Vid. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la *Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía* (presentada por la Comisión). COM (2007) 530 final - 2007/0197 (COD). Bruselas, 19 de septiembre de 2007.

⁶⁴² DOUE núm. L 211, de 14.08.2009, pp. 1-14. Nótese que este Reglamento fue aprobado por el legislador comunitario en la misma fecha – 13 de julio de 2009 - que las Directivas sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas, es decir, como parte integrante del denominado *Tercer Paquete Energético*.

⁶⁴³ La estructura de la Agencia, de acuerdo con lo establecido en los arts. 3 y 12-20 del Reglamento (CE) núm. 713/2009, queda configurada en los siguientes términos:

- Un consejo de administración, compuesto por nueve miembros – nombrados, junto con sus respectivos suplentes, por el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo -, que adoptará un programa plurianual de actuaciones.
- Un consejo de reguladores, constituido por los representantes de las autoridades reguladoras nacionales y un representante de la Comisión sin derecho a voto, que presta asesoramiento al director en relación con la toma de decisiones o la adopción de medidas.
- Un director, designado por el consejo de administración, con el dictamen favorable del consejo de reguladores, por un período de cinco años, que ostenta la representación de la Agencia, y aprueba y publica los dictámenes, recomendaciones y decisiones adoptadas con el consenso del consejo de reguladores.
- Una sala de recurso, compuesta por seis miembros – con sus respectivos suplentes -, seleccionados por el consejo de administración a propuesta de la Comisión y consultado el consejo de reguladores, entre el personal directivo actual o anterior de las autoridades reguladoras nacionales, de los organismos responsables de la competencia o de otras instituciones nacionales o comunitarias, con la experiencia necesaria en el sector de la energía, para el desempeño de las funciones jurisdiccionales de la Agencia. Según el art. 16.1 del Reglamento (CE) núm. 713/2009, cualquier persona física o jurídica podría recurrir contra una decisión de la que sea destinataria o contra una decisión que, aunque tenga por destinatario otra persona, pueda afectarle directa e individualmente.

Con carácter general, la Agencia desempeña tareas de supervisión del buen funcionamiento de los mercados energéticos, en particular por lo que respecta a la evolución de los precios en el segmento minorista⁶⁴⁴.

En primer término, se atribuyen a la Agencia una serie de funciones en calidad de marco comunitario de referencia para las autoridades reguladoras nacionales⁶⁴⁵. En este sentido, constituye el cauce orgánico para la cooperación entre las mismas, habilitándosele expresamente para la emisión de recomendaciones orientadas al intercambio de buenas prácticas (*benchmarking*), también con los operadores del sector. Se dispone asimismo la participación de la Agencia en el proceso de elaboración de las directrices marco para los códigos de red⁶⁴⁶. En determinados casos, se establece la posibilidad de que Agencia emita dictámenes sobre cuestiones técnicas y en particular sobre la conformidad de cualquier decisión adoptada por una autoridad reguladora con las normas comunitarias aplicables⁶⁴⁷.

Por otra parte, la Agencia asume el desempeño de una serie de cometidos relacionados con los mecanismos de cooperación de los gestores de redes de transporte, tanto a nivel comunitario como regional⁶⁴⁸. Específicamente se le encomienda la emisión de dictamen en relación con el

⁶⁴⁴ Vid. art. 11 del Reglamento (CE) núm. 713/2009.

⁶⁴⁵ Vid. art. 7 del Reglamento (CE) núm. 713/2009.

⁶⁴⁶ Vid. *infra* epígrafe 2.2 del Capítulo IV de esta *Memoria*.

⁶⁴⁷ En caso de incumplimiento, la Agencia informará a la Comisión y al Estado miembro de que se trate.

⁶⁴⁸ Vid. art. 6 del Reglamento (CE) núm. 713/2009.

proyecto de estatutos, la lista de miembros y el proyecto de reglamento interno de la *Red Europea de Gestores de Redes de Transporte* (REGRT).

Además, la Agencia, cuando las autoridades reguladoras nacionales no hayan conseguido llegar a un acuerdo en un plazo de seis meses o previa petición conjunta de las mismas, decidirá sobre las modalidades y condiciones de acceso y seguridad operativa en relación con las interconexiones transfronterizas, lo que incluye la regulación de un procedimiento de asignación de capacidad, la determinación de plazos de asignación, el reparto de los costes derivados de la congestión y el cobro de cánones a los usuarios de las infraestructuras⁶⁴⁹.

En cuanto a los recursos financieros, se prevén como ingresos de la Agencia los procedentes de subvenciones incluidas en el presupuesto general de la Unión Europea, las tasas que se le abonen como contraprestación a sus servicios, las contribuciones voluntarias de los Estados miembros, así como los legados o donaciones⁶⁵⁰.

Finalmente, se dispone que los terceros países que hayan suscrito acuerdos en virtud de los cuales hayan adoptado y estén aplicando el acervo comunitario en materia energética, y en su caso en los ámbitos del medio ambiente y de la competencia, podrán participar en los trabajos de la Agencia⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ Vid. art. 8 del Reglamento (CE) núm. 713/2009.

⁶⁵⁰ Vid. arts. 21-26 del Reglamento (CE) núm. 713/2009.

⁶⁵¹ Vid. art. 31 del Reglamento (CE) núm. 713/2009.

Con la creación de la *Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía* culmina el proceso de institucionalización de los canales de colaboración entre autoridades reguladoras nacionales, y se pone la primera piedra para el futuro establecimiento de un regulador comunitario, figura que únicamente podrá disponer de potestades efectivas de actuación en la medida en que opere sobre la realidad de un mercado energético único e integrado de ámbito europeo.

2.6. Normas de regulación de los mercados al por menor (*retail markets*).

La Directiva 2009/72/CE introduce como novedad un capítulo X integrado únicamente por el art. 41, en el que establece, como elemento decisivo para la definitiva liberalización del sector eléctrico, “*la creación en la Comunidad de un mercado minorista transparente y eficaz en su funcionamiento*”. Este precepto, sin embargo, debe interpretarse sistemáticamente, integrando su tenor literal con las previsiones establecidas en otros incluidos en el mismo texto legislativo⁶⁵².

Con las salvedades apuntadas al inicio de la exposición en este epígrafe dedicado a las herramientas jurídicas empleadas para la construcción del mercado interior de la energía eléctrica, acudimos de nuevo a un documento

⁶⁵² Principalmente, como veremos a continuación, es preciso tener presente lo dispuesto en el art. 3 y en el Anexo I de la Directiva 2009/72/CE.

interpretativo emanado de la Comisión Europea: se trata, en este caso, de la *Nota interpretativa sobre los Mercados Minoristas*⁶⁵³.

El planteamiento de las normas comunitarias en este punto puede analizarse desde dos perspectivas: la *regulación estrictamente comercial* de los mercados minoristas de electricidad, y la *regulación de la red* en relación con el funcionamiento de tales mercados.

Desde el punto de vista *comercial*, con carácter general se establece que los Estados miembros deben definir las funciones y responsabilidades respectivas de las compañías de suministro eléctrico y de los clientes, así como en su caso de otros participantes en el mercado, en cuanto a acuerdos contractuales, compromisos con los clientes, normas sobre intercambio de datos, medición de consumos y liquidación. Estas reglas pueden ser revisadas por parte de las autoridades reguladoras u otras autoridades nacionales competentes. Se reconoce expresamente a los grandes clientes no domésticos el derecho a celebrar contratos simultáneamente con varios suministradores⁶⁵⁴.

En este marco deben inscribirse asimismo las normas relativas a la *protección del consumidor-usuario del servicio de suministro eléctrico*. En primer lugar, se señala el derecho de los consumidores de un Estado miembro a recibir el servicio de suministro eléctrico de comercializadores registrados en otro Estado miembro, sin perjuicio del necesario cumplimiento de las normas

⁶⁵³ Commission Staff Working Paper, *Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and on Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas. Retail Markets*. Brussels, 22 January 2010.

⁶⁵⁴ *Vid.* art. 41 de la Directiva 2009/72/CE.

reguladoras del ejercicio de la actividad en el país de acogida, que en ningún caso podrán ser discriminatorias en el sentido de suponer un obstáculo para las libertades comunitarias de establecimiento y prestación de servicios⁶⁵⁵.

Por otra parte, en relación con este mismo punto, se establece el derecho de los consumidores-usuarios del servicio de suministro eléctrico a recibir todos los datos pertinentes en relación con su consumo. Los usuarios del servicio deben estar informados de su consumo real y de los costes en que incurren como consecuencia de él⁶⁵⁶.

Las normas comunitarias contemplan también el establecimiento de reglas especiales de protección en relación con los *clientes vulnerables*, en el

⁶⁵⁵ Se espera que esto conduzca en la práctica a que cada Estado miembro tenga en cuenta al elaborar sus propias normas la regulación vigente en otros Estados miembros y, en definitiva, el objetivo de armonización progresiva de sus legislaciones como elemento esencial para la construcción del mercado interior. *Vid.* en este sentido arts. 114-118 TFUE. En línea con lo expuesto en el epígrafe anterior, se encomienda a la Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía (ACER) la realización de una serie de informes sobre los progresos alcanzados en esta materia.

⁶⁵⁶ La información se considera “*pertinente*” en la medida en que permite a los usuarios del servicio valorar sus pautas de consumo y comparar los costes en que incurren con las ofertas de otros comercializadores. El reconocimiento de este derecho no implica que los consumidores deban recibir en todo momento estos datos, sino únicamente cuando así lo soliciten. Los consumidores tienen también el derecho de autorizar el acceso a esta información a cualquier otra compañía de suministro eléctrico, sin que ello les pueda suponer coste adicional alguno. Las autoridades reguladoras nacionales deben definir formatos y procedimientos armonizados para proporcionar estos datos y para garantizar el acceso a ellos de suministradores y consumidores. *Vid.* Considerando (50), art. 3.4, apdo. b), y Anexo I.1, apdo. h), de la Directiva 2009/72/CE. Los consumidores tienen derecho a elegir la forma de pago, de forma que no se produzca discriminación alguna por este motivo, y a cambiar de suministrador, en un plazo de tres semanas, recibiendo la liquidación correspondiente en un plazo máximo de seis semanas. *Vid.* Anexo I.1, apdos. e), i) y j), de la Directiva 2009/72/CE. En este sentido, el art. 44.5 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. 1, apdo. nueve, del Real Decreto-Ley 13/2012, determina que “*reglamentariamente se establecerán, por las Administraciones competentes, medidas de protección al consumidor que deberán recogerse en las condiciones contractuales para los contratos de suministro de los comercializadores con aquellos consumidores que por sus características de consumo o condiciones de suministro requieran un tratamiento contractual específico. Asimismo, reglamentariamente se establecerán los mecanismos de contratación y las condiciones de facturación de los suministros, incluyendo los procedimientos de cambio de suministrador, que se realizará en un plazo de tres semanas, y de resolución de reclamaciones. En estos desarrollos, se considerará el establecimiento, por parte de las Administraciones competentes, de puntos de contacto únicos en coordinación con la Comisión Nacional de Energía, (...), para ofrecer a los consumidores toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y a los procedimientos de solución de conflictos de que disponen en caso de litigio. (...)*”.

contexto de la lucha contra el fenómeno de la *pobreza energética*⁶⁵⁷. Cada Estado miembro tiene la responsabilidad de definir el concepto de cliente vulnerable, que está referido a la pobreza energética y en particular a la prohibición de desconexión del suministro eléctrico a dichos clientes en situaciones críticas, como por ejemplo olas de frío⁶⁵⁸.

La adecuada protección del usuario del servicio de suministro eléctrico demanda también, para el legislador comunitario, la regulación de procedimientos transparentes, sencillos y poco onerosos para la tramitación de las reclamaciones que aquél pueda plantear en relación con la prestación de dicho servicio⁶⁵⁹. Para ello, los Estados miembros deben garantizar la existencia de un mecanismo independiente, como un defensor del pueblo para la energía o un órgano de los consumidores, encargado de tramitar

⁶⁵⁷ Vid. Considerando (53) de la Directiva 2009/72/CE.

⁶⁵⁸ Vid. art. 3.7 de la Directiva 2009/72/CE. El art. 44.4 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por el art. 1, apdo. nueve, del Real Decreto-Ley 13/2012, establece que “*serán considerados como consumidores vulnerables los consumidores de electricidad que cumplan con las características sociales, de consumo y de poder adquisitivo que se determinen. En todo caso, se circunscribirá a personas físicas en su vivienda habitual. Se adoptarán las medidas oportunas para garantizar una protección adecuada a los consumidores vulnerables. La definición de los consumidores vulnerables y los requisitos que deben cumplir, así como las medidas a adoptar para este colectivo, se determinarán reglamentariamente por el Gobierno*”. El art. 1, apdo. diecinueve, del Real Decreto-Ley 13/2012 introduce una nueva disposición transitoria vigésima en la Ley del Sector Eléctrico: “*Hasta que se desarrolle lo establecido en el apartado 4 del artículo 44 de la presente Ley, se considerará que un consumidor es vulnerable cuando se encuentre dentro del ámbito de aplicación del artículo 2 y la disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, así como en la disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico. (...)*”. En principio, y habida cuenta de las obligaciones de servicio público –servicio universal – que se establecen en las propias normas comunitarias, el número de consumidores a incluir en esta categoría debería ser muy bajo. Podría pensarse en grupos sociales como los ancianos y los discapacitados, si bien dado que se habla de pobreza energética es preciso establecer excepciones en atención, por ejemplo, a la disponibilidad de elevadas rentas. Las posibles ayudas o beneficios públicos para estos clientes vulnerables tienen su lugar natural, dentro de la actuación de los poderes públicos, en las denominadas políticas sociales, y dado que no pueden interferir en el correcto funcionamiento de los mecanismos del mercado es preciso comunicarlás a la Comisión, con carácter previo a su efectiva implementación. Vid., en este sentido, el art. 3 de la Directiva 2009/72/CE y los arts. 107.2, apdo. a), y 108.3 TFUE.

⁶⁵⁹ Vid. Anexo I.1, apdo. f), de la Directiva 2009/72/CE.

eficazmente las reclamaciones y la solución extrajudicial de conflictos⁶⁶⁰. Las compañías eléctricas deben poner a disposición de los usuarios del servicio procedimientos simples para la tramitación extrajudicial de sus reclamaciones, de modo que permitan una resolución equitativa y rápida – preferiblemente en el plazo de tres meses – y contemplarán, en su caso, un sistema de reembolso y/o compensación⁶⁶¹.

Finalmente, se dispone que la Comisión establecerá, en consulta con las partes interesadas, una *lista* clara y concisa para los consumidores de energía, que contenga información práctica relativa a los *derechos* de éstos⁶⁶². Los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar el acceso de todos los consumidores a esta *lista*. La *lista* no tiene carácter vinculante, pero su efectiva aplicación se revisará en el marco del *Citizens' Energy Forum* de Londres.

En otro orden de cosas, la Comisión Europea ha señalado que sigue siendo muy bajo el volumen de cambios de suministrador, lo que indica que la participación de los consumidores en el mercado es asimismo muy baja. Una

⁶⁶⁰ *Vid.* art. 3.13 de la Directiva 2009/72/CE.

⁶⁶¹ Las compañías eléctricas quedan obligadas a indicar en las facturas, o junto a ellas, y en la documentación promocional puesta a disposición de los usuarios del servicio, la información relativa a sus derechos respecto de las vías de solución de conflictos de que disponen en caso de litigio. Por otra parte, los Estados miembros deben garantizar la creación de *puntos de contacto únicos* para ofrecer a los consumidores toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y a las vías de solución de conflictos. Estos puntos de contacto podrán formar parte de los puntos generales de información de los consumidores. *Vid.* art. 3.9, apdo. c), y 12 de la Directiva 2009/72/CE.

⁶⁶² *Vid.* art. 3.16 de la Directiva 2009/72/CE.

solución adecuada sería la implantación generalizada de *contadores inteligentes*⁶⁶³.

Desde la perspectiva de la *regulación de la red* en relación con el funcionamiento de los mercados minoristas de electricidad, hay que aludir en primer término a las denominadas *redes inteligentes*⁶⁶⁴. Se trata de una medida dirigida a la modernización de las redes de distribución, a través del fomento de la generación descentralizada y la eficiencia energética. El empleo de estos sistemas puede permitir a las compañías eléctricas optimizar el uso de la energía.

El segundo aspecto a destacar desde esta perspectiva es la regulación de las denominadas *redes de distribución cerradas*. El punto de arranque de esta figura viene dado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Citiworks*⁶⁶⁵. Se trata de una decisión prejudicial sobre la interpretación del art. 20.1 de la Directiva 2003/54/CE en relación con la

⁶⁶³ Esta medida podrá ser objeto de una evaluación económica en función de criterios de análisis coste-beneficio, evaluación que deberá completarse a más tardar el 3 de septiembre de 2012. Entre los beneficios a valorar deben tenerse en cuenta los efectos en cuanto a mejora de la competencia y de la eficiencia energética en el mercado, la posibilidad de una más amplia gama de servicios para los usuarios, la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, etc. También deben valorarse los beneficios potenciales para las compañías eléctricas, como la reducción de los costes de gestión, la mejora en la operación de la red o la disminución de consumos fraudulentos. Si el resultado de la evaluación es positivo, en 2020 al menos un 80 % de los usuarios del servicio de suministro eléctrico deberán disponer de contadores inteligentes. Los Estados miembros, las autoridades reguladoras nacionales u otras autoridades competentes deberán garantizar la interoperabilidad de los sistemas de contador inteligente implantados en sus respectivos territorios, teniendo en cuenta este aspecto en la regulación de normas técnicas y acogiendo las mejores prácticas de cara al desarrollo del mercado interior de la electricidad *Vid.* Anexo I.2 de la Directiva 2009/72/CE.

⁶⁶⁴ *Vid.* Considerando (27) y art. 3.11 de la Directiva 2009/72/CE.

⁶⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 22 de mayo de 2008, en relación con la petición de decisión prejudicial planteada por el *Oberlandesgericht Dresden* (Alemania), sobre el procedimiento de gestión de la energía *Citiworks AG* en el que participan *Sächsisches Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit als Landesregulierungsbehörde, Flughafen Leipzig/Halle GmbH, Bundesnetzagentur* (Asunto C-439/2006) (DOUE núm. C 171, de 05.07.2008, pp. 6-7).

legislación alemana que excluye las redes situadas íntegramente en el área de una empresa (*betriebsnetze*) del principio de libre acceso de terceros a las redes de distribución de energía eléctrica. El fallo de la Sentencia establece que

“El artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición como el artículo 110, apartado 1, número 1, de la «Gesetz über die Elektrizitäts und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz)», [Ley sobre el suministro de electricidad y gas, denominada «Ley sobre la gestión racional de la energía»] de 7 de julio de 2005, que dispensa a determinados gestores de redes de suministro energético de la obligación de permitir a terceros el libre acceso a dichas redes, por el hecho de que éstas se encuentren en un área de explotación que constituya una unidad espacial y se dediquen principalmente al transporte de energía dentro de la propia empresa o a empresas vinculadas”.

En este sentido, el Considerando (30) de la Directiva 2009/72/CE señala lo siguiente:

“Cuando se utilice una red de distribución cerrada para garantizar la eficiencia óptima de un suministro integrado de energía que requiera normas operativas específicas, o se mantenga una red de distribución cerrada primordialmente para uso del propietario de la red, debe ser posible eximir al gestor de la red de distribución de las obligaciones que constituirían una carga administrativa innecesaria debido a la especial naturaleza de la relación entre el gestor de la red de distribución y los usuarios de la misma. Complejos industriales, comerciales o de servicios compartidos, tales como edificios de estaciones ferroviarias, aeropuertos, hospitales, grandes zonas de acampada con instalaciones integradas o complejos de la industria química pueden incluir redes de distribución cerradas, debido a la naturaleza específica de sus operaciones”.

Las redes de distribución cerrada se caracterizan, pues, por la concurrencia de una serie de elementos⁶⁶⁶:

- La red debe estar localizada en un área geográfica delimitada (“*reducida*”) y no resultar accesible a usuarios del servicio de suministro eléctrico residentes fuera de la misma.

⁶⁶⁶ Vid. art. 28.1 de la Directiva 2009/72/CE.

- La red debe destinarse al suministro de electricidad para complejos industriales, comerciales o de servicios, como son los hospitales, polígonos industriales, etc⁶⁶⁷.
- La aplicación del régimen específico de las redes de distribución cerradas se justifica por razones técnicas o de seguridad (el funcionamiento o el proceso de producción de los usuarios de la red está integrado, por ejemplo, por la existencia de plantas de cogeneración en los polígonos industriales); o bien porque se distribuye energía al propietario o gestor de la red o a sus empresas vinculadas (el ejemplo más claro es el de los centros comerciales con un único propietario que alquila locales a diversas firmas).

De acuerdo con la doctrina sentada por la jurisprudencia comunitaria, las redes de distribución cerradas no quedan excluidas con carácter general de la aplicación de las normas comunitarias sobre el mercado interior de la electricidad, ni desde luego en cualquier caso de la obligación de prestar acceso a terceros a la red (ATR). El legislador comunitario únicamente dispone que los Estados miembros deben tener en cuenta las especialidades de estas redes de distribución cerradas a la hora de elaborar las normas técnicas de seguridad o de operación específica en la conexión a la red general. En el mismo sentido, también puede variar la designación y las responsabilidades del

⁶⁶⁷ La red no presta suministro a clientes domésticos, salvo que se trate de hogares cuyos miembros tengan relaciones laborales o similares con el propietario de la red de distribución y, por este motivo, residan dentro del área geográfica de influencia de ésta.

DSO (*Distribution System Operator*) de la red cerrada con respecto a las reglas establecidas para una red común⁶⁶⁸.

Estas son las medidas más significativas que el *Tercer Paquete Energético* introduce para la regulación del segmento minorista de los mercados energéticos. El hecho de que la regulación comunitaria aborde esta cuestión da una idea del grado de avance del proceso de liberalización de estos mercados y, en general, de la cercanía al objetivo final de constituir un mercado único europeo de la energía.

3. Los principios de buen funcionamiento del mercado interior de la electricidad.

Una vez que hemos analizado la arquitectura jurídica del mercado interior de la energía, debemos ahora abordar el análisis dinámico, es decir, el estudio de las condiciones de funcionamiento que hacen que ese mercado sea competitivo, seguro y sostenible desde el punto de vista medioambiental, de modo que todos los ciudadanos puedan acceder a sus beneficios en condiciones de igualdad y no discriminación.

⁶⁶⁸ Las dos especialidades de régimen más significativas de las redes de distribución cerradas son las exenciones que los Estados miembros pueden establecer con respecto a la obligación de adquisición de la energía para cubrir pérdidas y mantener una reserva de capacidad en su red con arreglo a procedimientos transparentes, no discriminatorios y basados en el mercado (*vid.* art. 28.2. apdo. a), en relación con el art. 25.5, de la Directiva 2009/72/CE); y con respecto a la obligación de que las tarifas de acceso a la red o la metodología para su cálculo sean determinadas con anterioridad a su entrada en vigor por la autoridad reguladora nacional. En relación con este último aspecto, se dispone que las tarifas de acceso a las redes de distribución cerradas serán revisadas y, en su caso, modificadas a petición de los usuarios, por lo que las autoridades reguladoras nacionales deberán establecer un procedimiento específico a tal fin (*vid.* art. 28.2, apdo. b), en relación con el artículo 32.1 de la Directiva 2009/72/CE).

Con carácter preliminar, es necesario reparar en que el primer principio a tener en cuenta es, precisamente, el del *establecimiento y garantía de funcionamiento de un mercado interior de la energía*. De este primer principio proceden los demás y en él hallan su justificación. En consecuencia, hemos de situar la construcción del mercado interior de la energía como objetivo principal de la política energética común y fundamento de nuestro análisis de los demás principios rectores de su comportamiento dinámico óptimo.

3.1. La creación y el funcionamiento del mercado interior de la energía como principio-objetivo del Derecho comunitario de la Energía.

La *creación de un mercado interior de la energía y la garantía de su funcionamiento* tienen la condición de principios-objetivos del ordenamiento comunitario de la energía, y así ha quedado reconocido explícitamente, tras la aprobación del Tratado de Lisboa, a tenor de lo dispuesto en el art. 194 TFUE.

Por lo que respecta a la *creación del mercado interior de la energía*, durante casi dos décadas la disciplina comunitaria ha evolucionado por medio básicamente del Derecho derivado, intentando acercar las legislaciones nacionales y cuando ha sido posible armonizándolas. Aunque sea difícil determinar con certeza el grado real de consecución de este objetivo, hay que reconocer que las medidas instrumentadas por las normas comunitarias intervienen en el sector, influyen y limitan de hecho el ejercicio de la soberanía por los Estados miembros. En este sentido, la creación del mercado interior de la energía ha constituido, ya desde las primeras actuaciones de política energética emprendidas en el marco de la construcción europea, un

objetivo acerca del cual la legitimación de la Unión Europea no parecía cuestionable. Buena prueba de ello la ofrece la propia denominación de las tres Directivas sobre “*normas comunes para el mercado interior de la electricidad*”.

Como una emanación necesaria de la creación del mercado interior de la electricidad surge el principio que obliga a *garantizar su buen funcionamiento*. En efecto, una vez puesto en marcha el proceso de construcción del mercado interior de la electricidad, su propia razón de ser – los beneficios esperados de la apertura del sector energético a la competencia - demanda que se vele eficazmente por su correcta y completa implementación. La garantía de buen funcionamiento del mercado interior opera como principio general - con efectos potencialmente transversales – y también como principio informador de la regulación sectorial de la energía.

La garantía del funcionamiento del mercado interior de la electricidad actúa como límite de la actuación de los Estados miembros, los cuales tendrán la obligación de adoptar una regulación nacional de las actividades del sector atenta a las circunstancias particulares del propio sistema productivo, pero en todo caso también congruente con las normas comunitarias. Por su parte, y de modo creciente conforme se ha ido afianzando la realidad de una política energética común, la Unión Europea asume la responsabilidad de adoptar mecanismos *ad hoc* de garantía del buen funcionamiento del mercado y, en su defecto, aplicar los remedios generales establecidos en el ordenamiento

comunitario para los supuestos de incumplimiento por los Estados miembros de sus obligaciones⁶⁶⁹.

Tras la aprobación del Tratado de Lisboa, sin embargo, los principios-objetivos de creación y de garantía de buen funcionamiento del mercado interior de la electricidad han adquirido una nueva dimensión. En efecto, el artículo 194.1 TFUE no se limita a reconocerlos como objetivos de la política energética común – apdo. a) -, sino que los sitúa como marco general de operatividad de los demás principios y, en el mismo sentido, habla también del principio de *solidaridad* como justificación última de todas las actuaciones constitutivas de la política energética común:

“En el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros: ...”

Los objetivos-principios de la creación del mercado interior y de la garantía de su funcionamiento influyen notablemente sobre los derechos que los Estados podrían ejercer si no participaran en la Unión Europea. Además, no inciden sólo en las políticas económicas de los Estados miembros, sino que también lo hacen en el ejercicio de la soberanía sobre los recursos energéticos⁶⁷⁰. En definitiva, las iniciativas contrarias tanto a la construcción como al buen funcionamiento del mercado interior de la electricidad atentan

⁶⁶⁹ Vid. A. PARENTE, *Principios de Derecho Europeo de la Energía*, op. cit., pp. 82-83.

⁶⁷⁰ Sobre el ejercicio de competencias soberanas sobre los recursos o, en general, las empresas y otros activos energéticos nacionales vid. R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, *La protección de los intereses nacionales en el sector energético*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 180 (septiembre-diciembre 2006), pp. 161-200.

contra la misma razón de ser de la Unión Europea y, por tanto, deben considerarse ilegítimas⁶⁷¹.

3.2. El principio de solidaridad.

El Tratado de Maastricht introdujo el principio de *solidaridad* entre los Estados miembros como fin a promover por la Comunidad Europea en cumplimiento de su misión⁶⁷². En este contexto, el principio de *solidaridad* debe ponerse en relación con el principio de *subsidiariedad*, también introducido por el mismo Tratado⁶⁷³. Se trata, en definitiva, de dos coprincipios que presiden toda la acción comunitaria. Cada uno de ellos actúa como presupuesto de su recíproco, de modo que la acción común de la Unión Europea tiene como principio de impulso la *solidaridad* entre los Estados miembros y como límite el respeto al principio de *subsidiariedad*; al tiempo que la invocación de este último tiene, a su vez, como límite las exigencias derivadas de la *solidaridad* entre los Estados miembros, que están en la base de todo el proceso de integración europea.

Como manifestación del espíritu de *solidaridad* entre los Estados miembros, el art. 122.1 TFUE relaciona en particular con el ámbito de la energía las medidas a adoptar en los casos de graves crisis de abastecimientos:

⁶⁷¹ Sin embargo, en algunos casos será posible introducir excepciones a esta regla general, cuando concurren intereses públicos a los que el propio ordenamiento comunitario reconoce una particular relevancia, como es el caso de la seguridad del Estado.

⁶⁷² Vid. art. 2 TCE.

⁶⁷³ Vid. art. 3 B TCE.

“Sin perjuicio de los demás procedimientos establecidos en los Tratados, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá decidir, con un espíritu de solidaridad entre Estados miembros, medidas adecuadas a la situación económica, en particular si surgieren dificultades graves en el suministro de determinados productos, especialmente en el ámbito de la energía”.

A la luz de este precepto, hemos de interpretar la idéntica mención que el art. 194.1 TFUE contiene al *“espíritu de solidaridad”* como entorno inmediato de la política energética común, en el marco de la construcción del mercado interior de la electricidad, con especial atención a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente.

Por un lado, el principio de *solidaridad* se presenta como un mandato general de cooperación, incorporado al Derecho comunitario de la Energía y dirigido en primer término a todos los Estados miembros. Por otra parte, la Unión Europea declara simultáneamente su competencia para definir los concretos mecanismos de cooperación en que se materializa este principio en el ordenamiento comunitario del ámbito sectorial de la energía. En consecuencia, la Unión Europea al regular las actividades del sector de la energía podrá imponer obligaciones de *solidaridad* a los Estados miembros, y éstos, por su parte, no podrán emprender acciones que resulten manifiestamente contrarias a los deberes de *solidaridad* que el ordenamiento comunitario les impone en materia energética.

En este contexto, el principio de *solidaridad*, si bien aparece revestido de la condición de un principio general del Derecho comunitario, tiene una eficacia directa y transversal en cuanto límite al ejercicio de la soberanía de los Estados miembros sobre los recursos energéticos. De modo análogo, los mecanismos concretos de aplicación del principio de *solidaridad* podrán implementarse a

iniciativa de la Unión Europea y adquirir la condición de instrumentos jurídicos de tutela de las obligaciones de servicio público del sector de la energía⁶⁷⁴. Los mecanismos de *solidaridad* podrán revestir la forma de instrumentos financieros, o bien materializarse en obligaciones de suministro eléctrico activables a petición de un Estado miembro en situación de crisis, de acuerdo con los supuestos de hecho eventualmente descritos por las normas comunitarias⁶⁷⁵.

En el Libro Verde *Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura*⁶⁷⁶ la Comisión, refiriéndose a los deberes de *solidaridad* entre los Estados y al principio de *seguridad en el abastecimiento energético* propone:

“(…).

Establecimiento, lo antes posible, de un observatorio europeo del suministro energético que vigile los patrones de oferta y demanda de los mercados energéticos de la Unión Europea, localice las posibles deficiencias de infraestructura y oferta en una fase precoz y complemente a escala comunitaria la actividad de la Agencia Internacional de la Energía.

Aumento de la seguridad de las redes, intensificando la colaboración y el intercambio de información entre gestores de los sistemas de transporte para definir y aprobar normas comunes europeas de seguridad y fiabilidad. Una agrupación más oficial de gestores de sistemas de transporte, que daría cuenta de su actividad a las autoridades reguladoras de la energía de la Unión Europea y a la Comisión, podría proseguir la actividad iniciada a raíz de los cortes de electricidad de 2003. Esa agrupación podría evolucionar hasta convertirse en un Centro europeo de redes energéticas habilitado para recabar, analizar y publicar la información pertinente, así como para aplicar los programas aprobados por los organismos de reglamentación competentes.

En relación con la seguridad física de las infraestructuras, dos grandes intervenciones son merecedoras de consideración. En primer lugar, podría desarrollarse un mecanismo para

⁶⁷⁴ En relación con una interpretación del principio de *solidaridad* que va más allá de los mecanismos de cooperación entre Estados miembros, resultan especialmente significativas las normas relativas a la lucha contra la *pobreza energética* y la protección de los *clientes vulnerables* (art. 3.7 de la Directiva 2009/72/CE), a las que ya hemos aludido con anterioridad y que analizaremos en más detalle con ocasión de referirnos *in extenso* al principio de *seguridad del abastecimiento energético*.

⁶⁷⁵ Vid. A. PARENTE, *Principios de Derecho Europeo de la Energía*, op. cit., pp. 79-80.

⁶⁷⁶ Vid. epígrafe 2.2, apdos. i) y ii), del Libro Verde *Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura*. COM (2006) 105 final. Bruselas, 8 de marzo de 2006.

organizar y ofrecer una rápida solidaridad y una posible asistencia a los países que se hallen en dificultades a raíz de los daños sufridos en sus infraestructuras esenciales. En segundo lugar, podrían adoptarse normas o medidas comunes de protección de la infraestructura.

Redefinición de la posición de la Unión Europea acerca de las reservas estratégicas de petróleo y gas y prevención de las interrupciones del suministro.

(...)"

Los temas que apunta el Libro Verde para la reflexión permiten definir tres vertientes distintas en la instrumentación de mecanismos de *solidaridad* en materia de suministro de energía: institucional, infraestructural y operativo.

Desde la perspectiva institucional, se propone en primer lugar la creación de un observatorio europeo sobre el suministro energético que, por una parte, prestaría soporte a la Agencia Europea de Cooperación de Reguladores de Energía (ACER) en las labores de supervisión del equilibrio entre oferta y demanda en los mercados energéticos de la Unión Europea y, simultáneamente, realizaría una función similar en el mismo ámbito con respecto a la actividad de la Agencia Internacional de la Energía.

En cumplimiento de esta previsión, la Comisión Europea creó el *Observatorio del Mercado de la Energía*, que comenzó sus actividades en 2008. Adscrito a la Dirección General de Energía y Transporte, el *Observatorio* está organizado para contribuir a la formulación de una efectiva política energética común, así como a una mayor transparencia de los mercados energéticos. Su misión consiste en reunir información y analizar los mercados energéticos y algunas cuestiones transversales, como capacidad e

infraestructuras, con el fin de ayudar a los decisores políticos a evaluar, proponer o ajustar las políticas de la Unión Europea en materia de energía⁶⁷⁷.

Desde el punto de vista institucional, hay que hacer referencia en segundo término a la creación de un centro europeo de redes de energía, al que se asigna la tarea de controlar y facilitar la ejecución de las políticas relativas a la gestión de las infraestructuras. Esta previsión se materializó en la creación de una *Red Europea de Gestores de Redes de Transporte de Electricidad (REGRT-E)*⁶⁷⁸, a través de la cual se instrumenta la cooperación de todos los gestores europeos de redes de transporte en orden a garantizar la gestión óptima, el funcionamiento coordinado y la necesaria evolución técnica de la red europea de transporte de electricidad.

A nivel de infraestructuras, la Comisión observa que *“la interconexión es un mecanismo fundamental para los fines de solidaridad”*, y en particular para garantizar la seguridad de la red. Este carácter de elemento decisivo en la construcción del mercado interior de la electricidad ha quedado reflejado al más alto nivel normativo, puesto que el artículo 194.1 TFUE, apdo. d), recoge entre los objetivos de la política energética común *“fomentar la interconexión de redes energéticas”*.

⁶⁷⁷ *Commission Staff Working Document on the implementation of the Energy Markets Observation System (EMOS)*. SEC (2008) 2898 final. Brussels 20 November 2008. El *Observatorio* no supervisa los mercados energéticos con una finalidad regulatoria, sino que apoya la agenda política de la Unión Europea y ayuda a la Comisión a anticipar los problemas y proponer posibles soluciones. El *Observatorio* actúa a través de una herramienta (base de datos) conocida como *Energy Markets Observation System (EMOS)*.

⁶⁷⁸ *Vid.* Reglamento (CE) núm. 714/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1228/2003 (DOUE núm. L 211, de 14.8.2009, pp. 15-35), en particular arts. 4 y ss.

Desde un punto de vista operativo, se establecen una serie de *medidas de emergencia* destinadas a atender situaciones de crisis o daños graves en las infraestructuras energéticas de los Estados miembros, al tiempo que se adoptan modelos para la determinación de *reservas energéticas* en términos *constantes*, esto es, actualizados a las sucesivas coyunturas de la seguridad de abastecimiento energético⁶⁷⁹.

Por último, cabe señalar que la jurisprudencia comunitaria ha aludido a la eficacia del principio de *solidaridad* en el ámbito energético sólo de forma incidental. En este sentido, destacan dos pronunciamientos sobre la concesión de regímenes transitorios especiales a determinados Estados miembros de nuevo y reciente ingreso - Estonia y Eslovenia - que, de este modo, quedaban exonerados del cumplimiento riguroso de las normas comunitarias que establecen umbrales y calendarios de apertura de los mercados energéticos nacionales⁶⁸⁰. En ambos casos queda patente la vinculación que establece la

⁶⁷⁹ La mutua imbricación del principio de *solidaridad* y el principio de *seguridad del abastecimiento energético* será analizada con más detalle en el siguiente epígrafe.

⁶⁸⁰ *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de noviembre de 2006, *Parlamento europeo v. Consejo de la Unión*, Asunto C-413/04 (2006/C 331/06), relativa a la concesión de exenciones provisionales a las normas comunes para el mercado interior de la electricidad en favor de Estonia; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de noviembre de 2006, *Parlamento europeo v. Consejo de la Unión*, Asunto C-414/04 (2006/C 331/07), relativa a la aplicación de exenciones provisionales en cuanto a las condiciones de acceso a la red para comercio transfronterizo de electricidad en favor de Eslovenia (DOUE núm. C 331, de 30.12.2006, pp. 4-5). En el primer caso, el Tribunal de Justicia anuló la Directiva 2004/85/CE del Consejo, de 28 de junio de 2004, por la que se modificaba la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, en lo que se refiere a la aplicación de determinadas disposiciones a Estonia, en la medida en que establecía a favor de este Estado una exención de la aplicación del art. 21.1, apdos. b) y c), de esta última Directiva que iba más allá del 31 de diciembre de 2008, así como una obligación correlativa de garantizar la apertura sólo parcial del mercado que representase el 35 % del consumo a 1 de enero de 2009 y una obligación de comunicación anual de los umbrales de consumo que dieran derecho a optar por las subvenciones. En el segundo proceso, el Tribunal de Justicia anuló el Reglamento (CE) núm. 1223/2004 del Consejo, de 28 de junio de 2004, que modificaba el Reglamento (CE) núm. 1228/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad, en relación con la fecha de aplicación de determinadas disposiciones a Eslovenia, manteniendo provisionalmente su vigencia hasta la adopción, en un plazo razonable que no podía extenderse más allá del 1 de julio de 2007, de un nuevo Reglamento fundado en una base jurídica apropiada.

jurisprudencia comunitaria entre la plena vigencia del principio de solidaridad y el avance efectivo en el proceso de liberalización e integración de los mercados energéticos nacionales.

3.3. El principio de seguridad del abastecimiento energético.

Con carácter general, se puede afirmar que la seguridad del abastecimiento energético representa un objetivo de toda sociedad industrializada, constituyendo un servicio básico para garantizar un nivel de vida digno a los miembros de la misma.

Desde la creación de las Comunidades Europeas la seguridad en el abastecimiento ha sido uno de los temas que ha suscitado un mayor debate político. La Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) nació para dar respuesta a los conflictos inherentes al abastecimiento del carbón, que ha representado una de las fuentes energéticas fundamentales durante muchos años. La Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEAA) tuvo su razón de ser en la necesidad de gestionar el acceso a una fuente de energía considerada, por un lado, un factor que por sus potencialidades bélicas era necesario someter a un control -si bien de tipo indirecto- y, por el otro, un factor que podía ofrecer una solución al problema de la dependencia del petróleo. Con referencia a este último aspecto, las crisis energéticas que estallaron en la década de los 70 del siglo XX habían puesto de manifiesto la fragilidad del sistema de abastecimiento comunitario, revelando una preocupante dependencia respecto de los países productores.

Esta situación de partida condujo a las autoridades de los diversos países europeos a proponer planes de acción y mecanismos de protección que con los años se desarrollaron a nivel comunitario, transmutando el principio de seguridad del abastecimiento energético, que inicialmente revestía un mero carácter cautelar o provisorio, en un principio de *eficiencia* en el uso de los recursos energéticos, dotado de carácter transversal y con base en el cual se han desarrollado las intervenciones comunitarias sobre el sector.

Las normas comunitarias sobre el mercado interior de la electricidad, en efecto, han regulado lo referente al principio de seguridad en el abastecimiento energético siempre en el marco de las obligaciones de servicio público⁶⁸¹.

Tras la aprobación del Tratado de Lisboa (2007), el principio de seguridad en el abastecimiento energético se reconoce en el art. 194 TFUE al mismo nivel que el principio del buen funcionamiento del mercado de la energía, lo que denota la fuerte conexión que existe entre ambos⁶⁸².

En el marco de esta exposición, dentro de los principios relacionados con el buen funcionamiento del mercado de la energía, hay algunos que derivan directamente de las exigencias de la libre competencia – así el principio de transparencia o el de no discriminación -, mientras que otros responden a la necesidad de garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones de servicio público: este es el caso del principio de seguridad del abastecimiento, así como del principio de protección del medio ambiente. Nos encontramos así

⁶⁸¹ *Vid.*, en este sentido, art. 3.2 de las Directivas 96/92/CE, 2003/54/CE y 2009/72/CE.

⁶⁸² *Vid.* art. 194.1 TFUE, apdos. a) y b).

con una manifestación clara del paradigma subyacente de *economía social de mercado*, en el que el marco general de libre iniciativa empresarial en la actividad económica incorpora prestaciones propias de servicio público.

Por otra parte, como ya hemos apuntado, el principio de seguridad del abastecimiento guarda una estrecha relación con otros objetivos de la política energética comunitaria, como son el ahorro y la eficiencia energética, así como el del fomento de las interconexiones de las redes energéticas⁶⁸³. En este sentido, los Considerandos (25) y (44) de la Directiva 2009/72/CE señalan que:

“La seguridad del suministro de energía constituye un componente esencial de la seguridad pública y, por lo tanto, está relacionada de manera intrínseca con el funcionamiento eficiente del mercado interior de la electricidad y con la integración de los mercados aislados de la electricidad de los Estados miembros. La electricidad sólo puede llegar a los ciudadanos de la Unión a través de la red. El funcionamiento de los mercados de la electricidad resulta esencial para la seguridad pública, la competitividad de la economía y el bienestar de los ciudadanos de la Unión (...).”

“Para garantizar la seguridad del suministro es necesario supervisar el equilibrio entre la oferta y la demanda en los distintos Estados miembros y, posteriormente, elaborar un informe sobre la situación a escala comunitaria, tomando en consideración la capacidad de interconexión. (...). La creación y el mantenimiento de la infraestructura de red necesaria, incluida la capacidad de interconexión, han de contribuir a asegurar un suministro estable de electricidad. (...).”

Partiendo de tales premisas, el principio de seguridad del abastecimiento energético puede definirse como *“aquel precepto-objetivo que, en presencia de una red perfectamente operativa y eficazmente distribuida, informa el ordenamiento jurídico para que exista un equilibrio deseable entre la oferta y la demanda”*⁶⁸⁴.

Para garantizar la seguridad del abastecimiento se puede intervenir tanto por el lado de la *oferta* como por el de la *demanda*. Ciertos mecanismos de

⁶⁸³ Vid. art. 194.1 TFUE, apdos. c) y d).

⁶⁸⁴ Vid. A. PARENTE, *Principios de Derecho Europeo de la Energía*, op. cit., p. 186.

garantía del suministro de energía no actúan directamente en el lado de la demanda o en el de la oferta, sino que presentan carácter *transversal*, como es el caso de los instrumentos fiscales. Otros intervienen sobre la red entendida como infraestructura esencial – *essential facility* - para el equilibrio entre demanda y oferta.

En cuanto a la tipología de intervención, hay que distinguir entre medidas *ordinarias* y medidas de *emergencia*. Estas últimas están encaminadas a garantizar el abastecimiento energético en situaciones de crisis que desencadenan la ruptura del equilibrio entre oferta y demanda energética, cuando la segunda es - o tiende a ser - superior a la primera. Este desequilibrio puede deberse a dos razones: un aumento imprevisible de la demanda sobre la oferta o una brusca reducción de esta última.

El aumento de la demanda suele proceder de un cambio en las condiciones climáticas y/o de un cambio en los hábitos de consumo en relación con la difusión del uso de determinadas tecnologías intensivas en energía – es el caso, sin ir más lejos, de las instalaciones de aire acondicionado -.

La reducción de la oferta puede depender de factores de diverso origen: puede tratarse de actuaciones de carácter político – acuerdos de restricción de la producción del *cartel* de países productores de petróleo (OPEP), como sucedió en 1973 y 1978 -, así como de problemas técnicos relativos al acceso de las diferentes fuentes de abastecimiento a la red, que tienen mucho que ver con los fenómenos de congestión y la necesidad de desarrollar las interconexiones transfronterizas de redes de suministro eléctrico.

Los instrumentos jurídicos de intervención previstos por el ordenamiento comunitario incluyen: a) la imposición de obligaciones a los Estados y a los gestores de red para la adopción de soluciones de diversa naturaleza que puedan permitir asegurar el abastecimiento beneficiando a unos sujetos más que a otros - a fin de luchar contra la *pobreza energética*, garantizando el servicio universal -; b) la promoción de *convenios de solidaridad*⁶⁸⁵ entre distintos Estados miembros; y c) la disciplina de la formación de *reservas estratégicas*.

Desde un punto de vista práctico, se puede decir que el ordenamiento jurídico puede conseguir el objetivo de equilibrio constante entre oferta y demanda energéticas a través de diversos mecanismos, cuyo punto ineludible de partida será siempre la disponibilidad de los recursos energéticos.

Del lado de la *oferta*, la actuación comunitaria se desarrolla en torno a tres ejes: el *aumento de la oferta energética*, la *reducción de la dependencia externa* y el *reforzamiento de la seguridad jurídica en las relaciones con los países productores*.

Una primera técnica posible consiste en *aumentar la oferta de energía* incrementando el aprovechamiento de un recurso específico existente, bien un

⁶⁸⁵ Como ya hemos visto en el epígrafe 3.2 de este Capítulo, al “*espíritu de solidaridad*” alude el art. 194.1 TFUE en relación con todos los objetivos de la política energética común. Las técnicas de solidaridad se fundamentan en la cooperación entre varios Estados miembros, tanto en la fase de evaluación de la crisis como en la fase de adopción de medidas. Estas técnicas están acompañadas por la aplicación de un criterio genérico de *subsidiariedad*, según el cual la gestión de la crisis compete a la entidad más cercana a la misma: sólo en el caso de dificultad de gestión será posible la intervención de la entidad superior. Se trata de un mecanismo de definición de responsabilidades y competencias en caso de crisis energéticas. En este contexto hay que inscribir la ya citada declaración contenida en el art. 122.1 TFUE. Un ejemplo paradigmático de estas técnicas de solidaridad lo tenemos en la Directiva 2004/67/CE que, como veremos, está específicamente referida al sector del gas natural.

recurso propio o bien un recurso compartido o un recurso externo – lo que en este último caso nos remite a los instrumentos de cooperación propios del Derecho Internacional -. Si en una primera aproximación consideramos la oferta energética como una suma de energías convencionales y alternativas, el aumento puede obtenerse incrementando uno o todos los sumandos. En general, el aumento de la oferta energética debería ser una consecuencia natural de la liberalización de las actividades en los distintos sectores energéticos, pero junto a esta contribución generada por la apertura del mercado existen otras medidas específicas que es necesario considerar en relación con el principio de seguridad del abastecimiento.

En este sentido, el legislador comunitario ha instrumentado la intervención pública por el lado de la *oferta*, mediante la regulación de la *capacidad de generación*. Las normas comunitarias sobre el mercado interior de la electricidad abordan esta regulación como un punto de confluencia entre el objetivo de apertura a la competencia y la obligación de servicio público constituida por el principio de seguridad del abastecimiento⁶⁸⁶.

Por otra parte, un elemento decisivo de cara a corregir una posible insuficiencia de la oferta es la *diversificación de fuentes de energía*, aspecto

⁶⁸⁶ De este modo, como ya hemos expuesto anteriormente en este Capítulo, se ha establecido como régimen general de la actividad de generación el de *autorización* reglada – sujeta a criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios -, con el fin de posibilitar el acceso al mercado mayorista (*pool*) de nuevos productores; mientras que, cuando así lo demande la necesidad de garantizar la seguridad del suministro eléctrico, se proveerá a la adjudicación de nuevas capacidades de generación mediante procedimientos de *licitación* pública – sujetos también, como es lógico, a criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios -. *Vid.* arts. 4, 5, y 6 de la Directiva 96/92/CE, arts. 6 y 7 de la Directiva 2003/54/CE, y arts. 7 y 8 de la Directiva 2009/72/CE.

que las normas comunitarias ponen en relación con el objetivo de ahorro y eficiencia energética⁶⁸⁷.

La *reducción de la dependencia externa* mediante la intervención en la oferta se concreta en una serie de medidas que tienden a fomentar la adopción de sistemas de producción energética alternativos y a favorecer tecnologías de elevado rendimiento promoviendo acciones y proyectos de interés sectorial. Los instrumentos jurídicos utilizados son diversos: imposición de *cuotas* mínimas de producción energética mediante fuentes alternativas, procedimientos de *certificación* que garanticen el método de producción, actuaciones de racionalización y simplificación administrativa o establecimiento de *regímenes especiales*⁶⁸⁸. El razonamiento que subyace a la adopción de

⁶⁸⁷ Cfr. art. 194.1 TFUE, apdo. c). Se puede aumentar la oferta de energía, por ejemplo, imponiendo a las empresas que producen energía convencional la instalación de nuevas plantas de generación que utilicen *fuentes energéticas renovables*, de forma que aumente la producción de energía y se satisfagan al mismo tiempo otros objetivos relacionados con la eficiencia o la tutela ambiental. La técnica de diversificación puede también aplicarse en el sentido de imponer la *obligación de abastecerse mediante varios proveedores*, lo que permite reducir los riesgos vinculados a los cambios inesperados de las situaciones económicas, políticas y tecnológicas de cada uno de ellos, puesto que si por algún motivo uno de los proveedores interrumpe el suministro será posible abastecerse a través de otros, reduciendo notablemente los tiempos necesarios para las negociaciones.

⁶⁸⁸ El sistema de las *cuotas energéticas* consiste en imponer a los Estados miembros la sustitución de una cuota producida a partir de fuentes convencionales por energía producida mediante fuentes alternativas de carácter *renovable*. Energía procedente de *fuentes renovables*, según el art. 2, apdo. a), de esta Directiva es “*la energía procedente de fuentes renovables no fósiles, es decir, energía eólica, solar, aerotérmica, geotérmica, hidrotérmica y oceánica, hidráulica, biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración y biogás*”. La generación de energía renovable puede realizarse *in loco*, adoptando los procesos de producción más idóneos para utilizar y transformar los recursos naturales disponibles en el territorio de cada Estado. La disciplina fundamental se encuentra en Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de la energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE (DOUE núm. L 140, de 5.6.2009, pp. 16-62). A tal efecto, cada Estado miembro tiene que perseguir unos objetivos nacionales de sustitución según mecanismos establecidos por la misma Directiva: “*Cada Estado miembro velará por que la cuota de energía procedente de fuentes renovables, calculada de conformidad con los artículos 5 a 11, en su consumo final bruto de energía en 2020 sea equivalente como mínimo a su objetivo global nacional en cuanto a la cuota de energía procedente de fuentes renovables de ese año, tal como figura en la tercera columna del cuadro del Anexo I, parte A. Estos objetivos globales nacionales obligatorios serán coherentes con un objetivo equivalente a una cuota de un 20 % como mínimo de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía de la Comunidad para 2020. Con el fin de alcanzar más fácilmente los objetivos previstos en el presente artículo, cada Estado miembro promoverá y alentará la eficiencia energética y el ahorro de energía*” (art. 3.1). En este contexto, hay que mencionar también la Directiva 2004/8/CE CE del Parlamento

medidas de reducción de la dependencia externa es que si la energía se genera dentro de la Unión Europea, el riesgo de insuficiencia de oferta es menor y es más fácil de controlar que en las situaciones de riesgo sistémico con origen en terceros países.

Por lo que respecta al *reforzamiento de la seguridad jurídica en las relaciones con países productores* no comunitarios, se trata de medidas instrumentadas en todo caso en el ámbito del Derecho Internacional, destacando por su importancia en este sentido los Tratados de la *Carta de la Energía* y de la *Comunidad de la Energía*, en relación con los cuales nos remitimos a lo expuesto anteriormente⁶⁸⁹.

Por el lado de la *demanda*, el sistema interviene mediante disposiciones que imponen la reducción del consumo, el ahorro y la eficiencia energética de los productos, infraestructuras e instalaciones - incluidos los inmuebles

Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa al fomento de la *cogeneración* sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía y por la que se modifica la Directiva 92/42/CEE (DOUE núm. L 52, de 21.2.2004, pp. 50-60), que impone a los sistemas de cogeneración de alta eficiencia la consecución de un objetivo de ahorro de energía primaria de al menos el 10 % [Anexo III, apdo. a)]. Para que se puedan conseguir los objetivos de sustitución establecidos mediante el sistema de las cuotas, se establece que los Estados miembros adopten *sistemas de apoyo* oportunos. Para cada Estado se establece un objetivo específico denominado *objetivo global nacional*. Una vez alcanzado el nivel de sustitución establecido, estos instrumentos siguen desplegando sus efectos, ofreciéndose como medios de promoción para las fuentes energéticas renovables. El art. 2, apdo. k) de la Directiva 2009/28/CE define sistema de apoyo como “*cualquier instrumento, sistema o mecanismo aplicado por un Estado miembro o un grupo de Estados miembros, que promueve el uso de energía procedente de fuentes renovables gracias a la reducción del coste de esta energía, aumentando su precio de venta o el volumen de energía renovable adquirida, mediante una obligación de utilizar energías renovables o mediante otras medidas. Ello incluye, sin limitarse a éstos, las ayudas a la inversión, las exenciones o desgravaciones fiscales, las devoluciones de impuestos, los sistemas de apoyo a la obligación de utilizar energías renovables incluidos los que emplean los «certificados verdes», y los sistemas de apoyo directo a los precios, incluidas las tarifas reguladas y las primas*”. La Directiva 2009/28/CE deja un amplio margen de elección a los Estados miembros, para que puedan definir los sistemas y las medidas de apoyo: entre ellos cabe destacar el sistema de los *certificados verdes*, las *subvenciones a las inversiones*, las *medidas fiscales* o las *tarifas garantizadas*. En todo caso, el ámbito de actuación está sometido al control de la Comisión, que tiene la tarea de evaluar si la modalidad de promoción adoptada por el Estado miembro es compatible con las disposiciones del Tratado así como con el buen funcionamiento del mercado.

⁶⁸⁹ Vid. *supra* epígrafes 2.3 y 3.3 del Capítulo I de esta Memoria.

destinados a vivienda -. El planteamiento básico responde a dos líneas de actuación:

- La primera consiste en persuadir o, en último término, obligar a los productores de bienes de consumo a ofrecer en el mercado productos con un *elevado rendimiento energético*.
- La segunda consiste en utilizar técnicas que induzcan al consumidor final a elegir bienes que *consumen menos energía*.

Desde esta perspectiva, la intervención de la Unión Europea se estructura mediante una disciplina general relativa al *uso final de los productos*, una disciplina específica relativa a las *características tecnológicas de determinados bienes*, otra regulación inspirada en criterios de *transparencia* - que desempeña una función informativa -, y una última que tiende a la utilización del *instrumento fiscal* para influenciar los *hábitos de consumo* de los usuarios del servicio energético.

Mediante la imposición de reglas dirigidas a los operadores económicos se puede lograr alcanzar un significativo nivel de ahorro energético. El principio de seguridad en el abastecimiento energético se articula así a través del principio de *eficiencia energética*. Este último principio, cuya razón de ser es precisamente reforzar la seguridad del abastecimiento mediante el incremento del rendimiento de los recursos energéticos – es decir, de la capacidad de la oferta disponible para satisfacer la demanda de consumo -, implica que el ordenamiento tiene que instrumentar los medios oportunos para que en la elección entre dos bienes con idéntico uso final resulte preferible el bien que

presente un rendimiento energético más elevado o que, en igualdad de condiciones, consume menos energía⁶⁹⁰.

Una primera vía de intervención sobre la *demanda* viene dada por la *reducción del consumo energético*. Esto es posible, por ejemplo, mediante los *instrumentos fiscales* que actuando sobre determinadas conductas influyen en las elecciones del consumidor⁶⁹¹.

Por otra parte, como ya hemos expuesto con anterioridad, un instrumento novedoso de intervención por el lado de la *demanda* es el conjunto de medidas del *Tercer Paquete Energético* para impulsar los *mercados minoristas (retail markets)*⁶⁹².

En cuanto a las *medidas de emergencia*, el instrumento más simple consiste en la constitución de *reservas* energéticas. Esta técnica ya se ha venido utilizando en otros ámbitos como forma de defensa frente al fenómeno de la escasez de determinados recursos. A través de medidas vinculantes se impone la creación y la gestión de una cantidad de recursos suficientes como para ser utilizados durante un determinado período de tiempo en caso de

⁶⁹⁰ En virtud de esta conexión analizaremos en el epígrafe siguiente el principio de *eficiencia* como principio de funcionamiento del mercado interior de la electricidad.

⁶⁹¹ Así, introduciendo una carga fiscal elevada para los vehículos que consumen más combustible se empuja al consumidor a la adquisición de aquéllos que permiten un menor consumo energético.

⁶⁹² Si desde la perspectiva de la *oferta* la regulación de la actividad de generación es el elemento decisivo para hacer posible el acceso de nuevas compañías al mercado mayorista (*pool*), desde el punto de vista de la *demanda* la regulación de los *mercados minoristas* responde a la necesidad de garantizar a todos los consumidores-usuarios del suministro eléctrico no sólo la seguridad del abastecimiento sino también mejores condiciones de calidad y precio en la prestación del servicio, facilitando el acceso a datos e información pertinentes sobre su consumo y la elección y el cambio de proveedor, y fomentando de esta forma la competencia entre las distintas compañías suministradoras. *Vid. supra* epígrafe 2.6. de este Capítulo en relación con la regulación contenida en el art. 41 de la Directiva 2009/72/CE.

desequilibrio entre oferta y demanda. Como el riesgo de desequilibrio entre la oferta y la demanda es permanente, estas *reservas* se conocen también como *estratégicas*, puesto que son el resultado de una planificación a largo plazo.

Esta figura de las reservas estratégicas, sin embargo, se encuentra limitada en el ámbito de la energía a los productos petrolíferos y en general a los hidrocarburos⁶⁹³. La energía eléctrica presenta notables dificultades para un almacenamiento masivo y por ello no cabe hablar de reservas estratégicas, en sentido estricto, en relación con ella⁶⁹⁴.

Una serie de técnicas análogas a las *reservas*, adaptadas a las condiciones de explotación del sector eléctrico, se encuentran recogidas en la

⁶⁹³ Vid. en este sentido la Directiva 73/238/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, relativa a las medidas destinadas a atenuar los efectos producidos por las dificultades de abastecimiento de petróleo crudo y productos petrolíferos (DOCE núm. L 228, de 16.8.1973; edición especial en español: capítulo 12, tomo 1, p. 180); la Directiva 2006/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de julio de 2006, por la que se obliga a los Estados miembros a mantener un nivel mínimo de reservas de petróleo crudo y/o productos petrolíferos (DOUE núm. L 217, de 8.8.2006, pp. 8-15), recientemente sustituida por la Directiva 2009/119/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2009, por la que se obliga a los Estados miembros a mantener un nivel mínimo de reservas de petróleo crudo o productos petrolíferos (DOUE núm. L 265, de 9.10.2009, pp. 9-23); y, en el ámbito del gas natural, la Directiva 2004/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de abril de 2004, relativa a unas medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas natural (DOUE núm. L 127, de 29.4.2004, pp. 92-96).

⁶⁹⁴ “La energía eléctrica no se puede almacenar: se desplaza a la velocidad de la luz y se puede transmitir de forma instantánea a cientos de kilómetros desde las centrales de generación hasta los puntos de suministro, a través de las redes de transporte y distribución. Cada segundo la demanda tiene que ser equilibrada exactamente con la correspondiente producción. Si la producción es insuficiente cae automáticamente la tensión y la frecuencia y puede llegar a producirse el corte del suministro o apagón eléctrico. Por ello, es imprescindible asegurar la capacidad o potencia de generación disponible, de manera que el operador del sistema pueda ordenar a los generadores aumentar o reducir su producción, adaptándose a los cambios de carga. La adecuación del suministro con el consumo en el sistema de transporte debe ser programada con antelación y despachada en tiempo real para adaptarse a las circunstancias exactas en cada momento”. J. DE LA CRUZ FERRER, *El funcionamiento del sistema eléctrico. Sujetos. Separación de funciones. Planificación*, en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ, M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. III (*Energía*), tomo I, Iustel (2009), p. 284. Esta circunstancia hace que en cada momento deba circular por la red toda y solamente la energía que va a ser consumida, lo que dificulta la solución de los problemas de congestión de la red o la atención a los picos de demanda. Por otra parte, en la medida en que la práctica totalidad de las fuentes de energía renovables tienen un carácter no continuo es necesario instalar una capacidad excedentaria de generación a partir de fuentes de energía convencional, en calidad de garantía de potencia, de modo que quede asegurado en todo momento el suministro.

Directiva 2005/89/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de enero de 2006, sobre las medidas de salvaguarda del abastecimiento de electricidad y la inversión en infraestructura⁶⁹⁵. Con carácter general, esta norma comunitaria establece que

*“los Estados miembros velarán por un alto nivel de seguridad del abastecimiento de electricidad, adoptando las medidas necesarias para propiciar un clima estable en materia de inversión, definiendo las funciones y responsabilidades de las autoridades competentes, incluidas, si procede, las autoridades reguladoras y todos los agentes del mercado y publicando información al respecto. (...)”*⁶⁹⁶.

Para cumplir esta finalidad, se dispone que al aplicar estas medidas los Estados miembros tendrán en cuenta *“la necesidad de velar por una reserva de capacidad de transporte y de generación suficiente para un funcionamiento estable”*⁶⁹⁷. En línea con este planteamiento, los Estados miembros adoptarán las medidas requeridas para mantener el equilibrio entre la demanda de electricidad y la capacidad de generación disponible⁶⁹⁸. A estos efectos, se entiende por equilibrio entre la oferta y la demanda *“la capacidad para satisfacer la demanda previsible de electricidad de los consumidores sin necesidad de imponer medidas de reducción del consumo”*⁶⁹⁹.

⁶⁹⁵ DOUE núm. L 32, de 4.2.2006, pp. 22-27.

⁶⁹⁶ Vid. art. 3.1 de la Directiva 2005/89/CE. Los Estados miembros quedan obligados a fijar un marco para el mercado al por mayor que dé las señales adecuadas de precios para la generación y el consumo.

⁶⁹⁷ Vid. art. 3.2, apdo. f), de la Directiva 2005/89/CE.

⁶⁹⁸ Vid. art. 5.1 de la Directiva 2005/89/CE.

⁶⁹⁹ Vid. art. 2, apdo. d), de la Directiva 2005/89/CE.

Los Estados miembros tienen el deber de velar para que las restricciones de suministro en situaciones de emergencia se basen en criterios previamente establecidos⁷⁰⁰.

Las *medidas de salvaguarda* propiamente dichas, esto es, aquellas que se adoptan con ocasión de una crisis de abastecimiento energético, tienen un contenido y un ámbito operativo que han de definirse sólo en el momento en que se desencadena la crisis, y esto supone que no están sujetas a planificación o preparación preventiva. En estos casos, la predefinición afecta únicamente a los criterios que servirán de base en su caso para la adopción de futuras medidas. En caso de crisis de suministro eléctrico la adopción de las *medidas de salvaguarda* debe notificarse inmediatamente a los demás Estados miembros y a la Comisión.

Existe, pues, una diferencia esencial en cuanto al control ejercido sobre la actividad de los Estados miembros y/o los sujetos que gestionan la situación de emergencia: mientras que en el caso de planificación y preparación de medidas (por ejemplo, reservas de capacidad de generación para hacer frente a eventuales situaciones de desequilibrio entre oferta y demanda) el control se realiza *ex ante*, esto es, antes de que se aplique la medida, en el caso de las *medidas de salvaguarda* el control opera *ex post*, esto es, después de la aplicación de la medida. En todo caso, este control se basa en comprobar la *proporcionalidad* de la acción: las medidas de salvaguarda “*deberán causar las mínimas perturbaciones posibles en el funcionamiento del mercado interior y no*

⁷⁰⁰ Vid. art. 4.4 de la Directiva 2005/89/CE.

deberán tener un alcance mayor que el estrictamente indispensable para corregir las dificultades sobrevenidas”⁷⁰¹.

3.4. El principio de eficiencia energética.

En el artículo 194.1 TFUE, apdo. c), se afirma que “*la política energética de la Unión tendrá por objetivo... fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables*”. El objetivo de *eficiencia energética* se menciona junto al concepto de *ahorro energético* y al *desarrollo de energías nuevas y renovables*. El concepto de *ahorro energético* se refiere a la actitud de los consumidores-usuarios de energía, mientras que el concepto de *eficiencia energética* se refiere a la aptitud de los productos o servicios que consumen energía para economizarla. Se trata de conceptos complementarios, pero sin duda diferentes.

En cuanto al *desarrollo de energías nuevas y renovables*, el legislador se refiere a cuestiones que pueden incluso entrar en conflicto con el principio de *eficiencia energética*: no es cierto con carácter general que toda fuente de energía nueva o renovable sea más eficiente que una convencional, incluso en la mayoría de los casos podría ser cierto lo contrario.

El principio de *eficiencia energética* se desarrolla en dos niveles: el primero afecta a la *gestión del servicio energético* y al *uso final de energía*; el segundo alude a la *mejora del rendimiento* de todos aquellos bienes que de forma directa o indirecta causan un consumo energético.

⁷⁰¹ Vid. art. 42 de la Directiva 2009/72/CE.

Por lo que se refiere a la reglamentación del *uso final de la energía*, la Directiva 2006/32/CE⁷⁰² impone a los Estados miembros un objetivo de ahorro energético a conseguir por medio de servicios energéticos⁷⁰³ y de otras medidas de mejora de la eficiencia energética⁷⁰⁴. Se deja amplia libertad a los Estados miembros para la elección de las medidas a adoptar, aunque el legislador comunitario enumera algunos ejemplos, distinguiendo entre *medidas sectoriales* – en relación con los sectores residencial, industrial y del transporte), *medidas intersectoriales* y *medidas horizontales*⁷⁰⁵. Para el cálculo del ahorro conseguido, la Directiva define dos modalidades: las de *bottom-up* y *top-down*, que tienen la función de proporcionar informaciones sobre la eficacia de las medidas adoptadas⁷⁰⁶.

Estas normas se aplican tanto al sector público como al privado. El sector público a la hora de adoptar medidas de mejora de la eficiencia energética tiene la obligación de anteponer entre las más rentables - según el

⁷⁰² Directiva 2006/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos y por la que se deroga la Directiva 93/76/CEE del Consejo (DOUE núm. L 114, de 27.4.2006, pp. 64-85).

⁷⁰³ El art. 3, apdo. e), de la Directiva 2006/32/CE define el *servicio energético* como “*el beneficio físico, utilidad o ventaja derivados de la combinación de una energía con una tecnología eficiente en términos de energía y/o con una acción, que podrá incluir las operaciones, mantenimiento y control necesarios para prestar el servicio, que es prestado basándose en un contrato y que en circunstancias normales ha demostrado llevar a una mejora de la eficiencia energética verificable y mensurable o estimable y/o a un ahorro de energía primaria*”.

⁷⁰⁴ El art. 3, apdo. c), de la Directiva 2006/32/CE define la mejora de la *eficiencia energética* como “*el aumento de la eficiencia del uso final de la energía, como resultado de cambios tecnológicos, de comportamiento y/o económicos*”.

⁷⁰⁵ Vid. Anexo III de la Directiva 2006/32/CE.

⁷⁰⁶ Vid. Anexo IV de la Directiva 2006/32/CE.

análisis coste-beneficio - aquellas que generan el mayor ahorro energético en el menor período de tiempo⁷⁰⁷.

Para los operadores económicos en general (esto es, bien de capital privado o bien de participación pública) se establece que el Estado miembro tiene la tarea de imponer unas obligaciones de conducta que pueden aplicarse de forma alternativa o acumulativa. La Directiva 2006/32/CE menciona tres obligaciones fundamentales: i) garantizar la disponibilidad de servicios energéticos competitivos; ii) garantizar la disponibilidad para el cliente final de diagnosis energéticas asequibles y/o medidas de mejora de la eficiencia energética; y iii) contribuir a los fondos y a los demás mecanismos de financiación dirigidos a la promoción de la eficiencia energética. Como alternativa a estas medidas, se deja abierta la posibilidad de utilizar otras equivalentes, como convenios voluntarios o instrumentos de mercado (*certificados blancos*)⁷⁰⁸.

Sin embargo, para individualizar las medidas de mejora de la eficiencia energética, los Estados miembros tendrán que asegurar la disponibilidad de

⁷⁰⁷ Así, en el sector de la contratación pública se introduce una clasificación de medidas de eficiencia y se impone la adopción de al menos dos entre las siguientes: a) obligación de recurrir a los instrumentos financieros para el ahorro energético, que establecen un ahorro energético medible y predeterminado; b) obligación de adquirir equipamientos y vehículos sobre la base de listas que indican la eficiencia energética de cada una de las diversas categorías; c) obligación de adquirir equipamientos de reducido consumo energético; d) obligación de sustituir o adecuar los vehículos existentes; e) obligación de utilizar auditorías energéticas; f) obligación de adquirir o alquilar edificios o partes de edificios de bajo consumo energético; y g) obligación de sustituir o adecuar edificios o partes de edificios ya utilizados. *Vid.* art. 5.1 y Anexo VI de la Directiva 2006/32/CE.

⁷⁰⁸ *Vid.* art. 6.2 de la Directiva 2006/32/CE. Por su parte, el art. 3, apdo. s), de la misma Directiva define el *certificado blanco* como “el expedido por un organismo de certificación independiente por el que se corroboran las afirmaciones de los agentes del mercado sobre ahorro de energía como consecuencia de la aplicación de medidas de mejora de la eficiencia energética”.

sistemas de *auditoría energética*⁷⁰⁹, y con el objetivo de financiar su adopción, podrán instituir uno o más fondos a los que puedan acceder los operadores económicos y, eventualmente, también los usuarios finales⁷¹⁰.

Por lo que se refiere a la reglamentación sobre el *rendimiento energético*, el legislador comunitario ha intervenido en el sector de la edificación a través de la imposición de una serie de reglas relativas a las obras de construcción y rehabilitación. En este sentido, la Directiva 2002/91/CE impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar que se definan requisitos mínimos de rendimiento energético para los edificios⁷¹¹.

Para los bienes de consumo, el ordenamiento comunitario define una disciplina general relativa al diseño de bienes que consuman energía y unas medidas específicas relativas a determinados productos. Esta disciplina se ha regido hasta muy recientemente por la Directiva 2005/32/CE, que regulaba la definición de los requisitos que los productos tienen que presentar para que puedan ser comercializados⁷¹². El legislador comunitario no se refiere a todos

⁷⁰⁹ El art. 3, apdo. 1), de la Directiva 2006/32/CE define la *auditoría energética* como “*el procedimiento sistemático para obtener conocimientos adecuados del perfil de consumo de energía existente de un edificio o grupo de edificios, de una instalación industrial y/o de un servicio privado o público, determinar y cuantificar las posibilidades de ahorro de energía rentables y elaborar un informe al respecto*”. Su regulación *in extenso* se encuentra en el art. 12 de la Directiva 2006/32/CE.

⁷¹⁰ *Vid.* art. 11 de la Directiva 2006/32/CE.

⁷¹¹ *Vid.* Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la eficiencia energética de los edificios (DOUE núm. L 1, de 4.1.2003, pp. 65-71).

⁷¹² *Vid.* Directiva 2005/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2005, por el que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos que utilizan energía y por la que se modifican la Directiva 92/42/CEE del Consejo, y las Directivas 96/57/CE y 2000/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE núm. L 191, de 22.7.2005, pp. 29-58).

los productos que consuman energía, sino sólo a los que a nivel de la Unión Europea sean objeto de un cierto volumen de intercambios mercantiles o cuya regulación podría permitir una reducción del impacto ambiental. Los Estados miembros tienen, por un lado, la obligación de permitir la libre circulación de los productos importados que cumplan los requisitos técnicos determinados a nivel europeo y, por el otro, la función de velar por el respeto de la normativa mencionada⁷¹³.

Otro mecanismo de intervención por el lado de la demanda en relación con el fomento de la eficiencia energética y la seguridad del abastecimiento viene dado por los *instrumentos de información y certificación*.

Los mecanismos mediante los cuales se concreta la *difusión de información* pueden influir mucho en el buen funcionamiento del mercado y en la garantía del abastecimiento energético. El estudio de la regulación procedente de la Unión Europea permite afirmar que los flujos informativos afectan a toda manifestación de los agentes del sector, desde la conducta de los usuarios hasta los procesos de toma de decisiones de Estados miembros e

⁷¹³ *Vid.* arts. 3-6 de la Directiva 2005/32/CE. Así, en el caso de un producto no conforme a las especificaciones técnicas establecidas a nivel comunitario, el Estado miembro podría incluso disponer la prohibición de venta en el mercado - *vid.* la cláusula de salvaguarda contenida en el art. 7 de la Directiva 2005/32/CE -. Estas especificaciones técnicas se definen mediante medidas de ejecución adoptadas por la Comisión. En este sentido, *vid.* la regulación de la evaluación de conformidad, la presunción de conformidad, las normas armonizadas y los requisitos para componentes y subconjuntos en los arts. 8-11 de la Directiva 2005/32/CE. A pesar de haber sido dictadas con anterioridad a la Directiva 2005/32/CE, se configuran como medidas de ejecución: la Directiva 2000/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, relativa a los requisitos de eficiencia energética de los balastos de lámparas fluorescentes (DOUE núm. L 279, de 1.11.2000, pp. 33-38); la Directiva 96/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de septiembre de 1996, relativa a los requisitos de rendimiento energético de los frigoríficos, congeladores y aparatos combinados eléctricos de uso doméstico (DOUE núm. L 296, de 18.9.1996, pp. 36-43); y la Directiva 92/42/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a los requisitos de rendimiento para las calderas nuevas de agua caliente alimentadas con combustibles líquidos o gaseosos (DOCE núm. L 167, de 22.6.1992, pp. 17-28).

instituciones comunitarias. De la misma forma, algunos mecanismos como las *etiquetas* desempeñan una función de certificación de las características del producto y adquieren carácter probatorio.

La obligación de información afecta a todos los agentes del sector, desde los operadores hasta la Comisión.

Según la Directiva 2009/125/CE⁷¹⁴, por ejemplo, los fabricantes tienen que ofrecer a los consumidores *“la información necesaria sobre la función que pueden desempeñar en la utilización sostenible del producto”*⁷¹⁵. En estos supuestos, el fin de la información es ofrecer al usuario conocimientos relativos al producto y determinar las modalidades de conducta compatibles con los objetivos de eficiencia energética.

En otros casos, las obligaciones de informar pueden incumbir a los Estados miembros y a la misma Unión Europea. Según la Directiva 2006/32/CE,

*“Los Estados miembros velarán por que la información sobre mecanismos de eficiencia energética y marcos financieros y jurídicos adoptados con vistas a alcanzar el objetivo indicativo nacional de ahorro energético sea transparente y se difunda ampliamente entre los agentes del mercado pertinentes”*⁷¹⁶.

La misma relación entre los Estados miembros, y entre los Estados miembros y la Unión Europea se desarrolla mediante el intercambio de

⁷¹⁴ Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se insta un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía (DOUE núm. L 285, de 31.10.2009, pp. 10-35). Esta Directiva deroga la Directiva 2005/32/CE, junto con las modificaciones introducidas por la Directiva 2008/28/CE.

⁷¹⁵ *Vid.* art. 3, apdo. b) de la Directiva 2009/125/CE.

⁷¹⁶ *Vid.*, en este sentido, la regulación de la cláusula de salvaguarda en el art. 7 de la Directiva 2009/125/CE.

informaciones: la Directiva 2006/32/CE, por ejemplo, establece que los Estados miembros tienen que presentar a la Comisión los *planes de acción de eficiencia energética*. Sobre la base de estos *planes* la Unión Europea evalúa la actividad de los Estados miembros y puede llegar a presentar propuestas al Parlamento y al Consejo para la adopción de medidas idóneas (art. 14).

En cuanto a los mecanismos de *certificación* de las características del producto, hemos de referirnos en primer término a la figura del *mercado CE*. El mercado CE tiene la función de acreditar, salvo prueba en contrario, que un determinado producto reúne las condiciones técnicas o tecnológicas de consumo energético que establecen las normas comunitarias para su libre comercialización. La Directiva 2009/125/CE impone para los productos que consuman energía eléctrica la aplicación del mercado CE. Junto a esta marca se establece que, antes de la introducción en el mercado, el producto presente una *declaración de conformidad*: mediante esta última el fabricante (o el representante) declara que el producto se atiene a las normas comunitarias⁷¹⁷.

Otro instrumento de *certificación* de características del producto en relación con determinados aspectos técnicos o tecnológicos es la figura de la *etiqueta*. Con la Directiva 92/75/CEE se introduce en el sector energético el mecanismo de la *etiqueta de eficiencia energética*⁷¹⁸. La norma comunitaria disciplina la información acerca del consumo de energía y de otros recursos por parte de los aparatos domésticos mediante la regulación de una etiqueta

⁷¹⁷ Vid. art. 5 de la Directiva 2009/125/CE.

⁷¹⁸ Directiva 92/75/CEE del Consejo, de 22 de septiembre de 1992, relativa a la indicación del consumo de energía y de otros recursos de los aparatos domésticos, por medio del etiquetado y de una información uniforme sobre los productos (DOCE núm. L 297, de 13.10.1992, pp. 16-19).

indicativa. Según esta norma comunitaria, las informaciones relativas al consumo de energía y los datos complementarios se proporcionan al consumidor en dos modalidades: una hoja informativa y una etiqueta sobre el producto doméstico⁷¹⁹. Hay que señalar que en aplicación de esta técnica informativa se han adoptado varias Directivas de ejecución⁷²⁰.

⁷¹⁹ Vid. art. 2.1 de la Directiva 92/75/CEE.

⁷²⁰ Entre ellas destacan las siguientes: Directiva 2003/66/CE de la Comisión, de 3 de julio de 2003, por la que se modifica la Directiva 92/4, por la que se establecen las disposiciones de aplicación de la Directiva 92/75/CEE del Consejo en lo que respecta al etiquetado energético de frigoríficos, congeladores y aparatos combinados electrodomésticos (DOUE núm. L 170, de 9.7.2003, pp. 10-14); Directiva 2002/40/CE de la Comisión, de 8 de mayo de 2002, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 92/75/CEE del Consejo en lo que respecta al etiquetado energético de los hornos eléctricos de uso doméstico (DOUE núm. L 128, de 15.5.2002, pp. 45-64); Directiva 2002/31/CE de la Comisión, de 22 de marzo de 2002, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 92/75/CEE del Consejo en lo que respecta al etiquetado energético de los acondicionadores de aire de uso doméstico (DOUE núm. L 86, de 3.4.2002, pp. 26-41); Directiva 1999/9/CE de la Comisión, de 26 de febrero de 1999, que modifica la Directiva 97/17/CE por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 92/75/CEE del Consejo en lo que respecta al etiquetado energético de los lavavajillas domésticos (DOCE núm. L 56, de 4.3.1999, p. 46); Directiva 98/11/CE de la Comisión, de 27 de enero de 1998, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 92/75/CEE del Consejo en lo que respecta al etiquetado energético de las lámparas de uso doméstico (DOCE núm. L 71, de 0.3.1998, pp. 1-8); Directiva 96/60/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 1996, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 92/75/CEE del Consejo en lo que respecta al etiquetado energético de las lavadoras-secadoras combinadas domésticas (DOCE núm. L 266, de 18.10.1996, pp. 1-27); Directiva 95/13/CE de la Comisión, de 23 de mayo de 2005, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 92/75/CEE del Consejo en lo que respecta al etiquetado energético de las secadoras de ropa electrodomésticas de tambor (DOCE núm. L 136, de 21.6.1995, pp. 28-51); y Directiva 95/12/CE de la Comisión, de 23 de mayo de 1995, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 92/75/CEE del Consejo en lo que respecta al etiquetado energético de las lavadoras domésticas (DOCE núm. L 136, de 21.6.1995, pp. 1-31), modificada por la Directiva 96/89/CE (DOCE núm. L 388, de 28.12.1996, p. 85).

En este contexto, una figura relevante es la denominada etiqueta *energy star*. La etiqueta *energy star* nace en Estados Unidos, y el logotipo correspondiente es propiedad de la Agencia estadounidense para la Protección del Medio Ambiente. Según el Convenio suscrito entre los Estados Unidos y la Unión Europea, se ha disciplinado el uso del logotipo *energy star* para productos de ofimática. La etiqueta *energy star* certifica las características del producto, permitiendo la identificación de aquellos equipos informáticos de alta eficiencia energética. La adhesión al programa *energy star* tiene carácter voluntario. En la Unión Europea, la Comisión es el órgano de gestión del programa, y se ocupa de la elaboración del registro de participantes y de productos conformes. Las empresas que quieran utilizar el logotipo en la Unión Europea tienen que tramitar los procedimientos previstos para el registro ante la oficina competente de la Comisión. Sobre esta cuestión vid. la Decisión 2001/469/CE del Consejo, de 14 de mayo de 2001, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y la Comunidad Europea sobre la coordinación de los programas de etiquetado de la eficiencia energética para los equipos ofimáticos; y el Reglamento (CE) núm. 2422/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, relativo a un programa comunitario de etiquetado de la eficiencia energética para los equipos ofimáticos (DOUE núm. L 332, de 15.12.2001, p. 1-6).

En cuanto a los mecanismos de *certificación energética de las edificaciones*, se encuentran regulados en la Directiva 2002/91/CE, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto anteriormente sobre este punto.

Por lo que se refiere al *control del consumo y de los costes del suministro de energía*, hay que señalar que junto a la certificación de las características técnicas de los bienes que consumen energía, el legislador comunitario define otros mecanismos para proporcionar al usuario final informaciones útiles que puedan favorecer hábitos de consumo idóneos para la reducción de la demanda energética⁷²¹.

Debemos referirnos a continuación al *Plan de Acción para la Eficiencia Energética: Realizando el potencial*⁷²². La necesidad de aumentar la eficiencia energética forma parte de los objetivos de la iniciativa “20-20-20” para 2020, consistente en reducir un 20% el consumo de energía primaria de la Unión Europea, reducir otro 20% las emisiones de gases de efecto invernadero, y elevar la contribución de las energías renovables al 20% del consumo. La eficiencia energética contribuye a la lucha contra el cambio climático, la mejora en la seguridad del abastecimiento, la consecución de los objetivos de la

⁷²¹ En este sentido, según la Directiva 2006/32/CE los Estados miembros deberán actuar para que los clientes finales de energía para uso doméstico reciban contadores individuales a un precio competitivo, que reflejen exactamente el consumo real de energía y que proporcionen información sobre el tiempo real de uso del servicio de suministro energético. Los Estados miembros velarán para que la facturación realizada por las compañías de suministro “*se base en el consumo real de energía, y se presente en términos claros y comprensibles*”. En fin, las facturas deberán permitir al usuario una comparación entre el consumo actual y el consumo realizado durante el mismo período en el año anterior, y una comparación con los consumos del usuario medio. *Vid.* art. 13.1, 2 y 3, apdos. b) y c), de la Directiva 2006/32/CE.

⁷²² *Vid.* Communication from the Commission, *Action Plan for Energy Efficiency: Realising the potential*. COM (2006) 545 final. Brussels, 19 October 2006.

*Estrategia de Lisboa*⁷²³, y en general a la reducción de costes de producción en la Unión Europea (competitividad).

Este Plan propone una serie de medidas de diversa índole para mejorar la eficiencia energética – que básicamente son las que hemos examinado en párrafos anteriores -, y entre las que destacan: medidas para mejorar la eficiencia energética en los edificios, medidas para mejorar la eficiencia energética de los productos, y medidas de fomento de la cogeneración. El Plan prevé su propia revisión, que ha sido llevada cabo a finales de 2008, con la Comunicación de la Comisión *Eficiencia energética: alcanzando el objetivo del 20 %*⁷²⁴.

⁷²³ La *Estrategia de Lisboa* es un plan de desarrollo de la Unión Europea, aprobado en la Cumbre celebrada en Lisboa los días 23 y 24 de marzo de 2000, con implicaciones en política social, medioambiental, educación e innovación, como aspectos más significativos.

⁷²⁴ Vid. Comunicación de la Comisión, *Eficiencia energética: alcanzando el objetivo del 20 %*. COM (2008) 772 final. Bruselas, 13 de noviembre de 2008. La evaluación aborda los potenciales de ahorro energético y la relación coste-eficacia de los instrumentos estratégicos. La eficiencia energética se integra en el contexto, más amplio, de la nueva política energética [a tenor del reconocimiento expreso contenido en el art. 194.1 TFUE, apdo. c)] y en el *Paquete de Medidas sobre la Energía y el Clima* aprobado en diciembre de 2008⁷²⁴. Las normas más significativas de este *Paquete* son: el Reglamento (CE) núm. 443/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de los turismos nuevos como parte del enfoque integrado de la Comunidad para reducir las emisiones de CO₂ de los vehículos ligeros; la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE; la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero; la Directiva 2009/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por la que se modifica la Directiva 98/70/CE en relación con las especificaciones de la gasolina, el diésel y el gasóleo, se introduce un mecanismo para controlar y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, se modifica la Directiva 1999/32/CE del Consejo en relación con las especificaciones del combustible utilizado por los buques de navegación interior y se deroga la Directiva 93/12/CEE; la Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono y por la que se modifican la Directiva 85/337/CEE del Consejo, las Directivas 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/CE, 2006/12/CE, 2008/1/CE y el Reglamento (CE) núm. 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo; y la Decisión núm. 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020 (Vid. DOUE núm. L 140, de 5.6.2009). El Plan revisado se centra en la seguridad del abastecimiento, el transporte y el consumo de energía. La eficiencia energética es también un área prioritaria en las relaciones con terceros países, y singularmente por lo que se refiere a los países candidatos a la adhesión y a la *Política Regional y de Vecindad* (PEV). En junio de

No podemos concluir este epígrafe sin referirnos, aunque sea brevemente, al nuevo *Plan de Eficiencia Energética* presentado por la Comisión a principios de 2011⁷²⁵.

La eficiencia energética es un aspecto esencial en la estrategia de crecimiento planteada por la Unión Europea con el horizonte 2020⁷²⁶ y en la transición a una economía que utilice eficazmente los recursos. La eficiencia energética⁷²⁷ es una de las formas más rentables de reforzar la seguridad del abastecimiento energético y de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras sustancias contaminantes. En muchos sentidos, la eficiencia energética puede considerarse el mayor recurso energético de Europa. Por este motivo, la Unión se ha fijado como objetivo para 2020 ahorrar un 20 % de su consumo de energía primaria con respecto a las previsiones⁷²⁸, y en la Comunicación de la Comisión de 10 de noviembre de 2010 se califica este objetivo de paso fundamental hacia la consecución de las metas de la Unión Europea a largo plazo en materia de energía y clima⁷²⁹.

2008 se creó una Asociación Internacional para la Cooperación en Materia de Eficiencia Energética, en la que participan el G8 y la Unión Europea.

⁷²⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, *Plan de Eficiencia Energética 2011*. COM (2011) 109 final. Bruselas, 8 de marzo de 2011.

⁷²⁶ Comunicación de la Comisión, *EUROPA 2020 - Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*. COM (2010) 2020. Bruselas, 3 de marzo de 2010.

⁷²⁷ Desde el punto de vista técnico, *eficiencia energética* significa consumir menos energía manteniendo un nivel equivalente de actividades o prestaciones económicas; *ahorro energético* es un concepto más amplio que también incluye la reducción del consumo gracias a cambios de comportamiento de los consumidores o en los procesos de producción. En la práctica, es difícil distinguir entre ambos conceptos y, como sucede en este documento, a menudo se utilizan indistintamente.

⁷²⁸ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas (8 y 9 de marzo de 2007), 7224/1/07 REV 1 CONCL 1. Bruselas, 2 de mayo de 2007 (OR. en).

⁷²⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Energía 2020. Una estrategia para una energía competitiva*,

Son los *edificios* los que presentan el mayor potencial de ahorro de energía. El Plan se centra en instrumentos que permitirán poner en marcha el proceso de renovación de los edificios públicos y privados y mejorar la eficiencia energética de los componentes y aparatos utilizados en ellos. El Plan fomenta el papel ejemplarizante del sector público, al proponer que se acelere la tasa de renovación de los edificios públicos mediante un objetivo vinculante y que se introduzcan criterios de eficiencia energética en el gasto público. Asimismo, se establecen determinadas obligaciones para los servicios públicos de modo que permitan a los usuarios reducir su consumo de energía.

El segundo sector con mayor potencial es el *transporte* y ha sido objeto de tratamiento específico en el nuevo Libro Blanco presentado por la Comisión⁷³⁰.

sostenible y segura. COM (2010) 639 final. Bruselas, 10 de noviembre de 2010. Se han adoptado importantes medidas en pos de este objetivo, en particular en los mercados de los aparatos y los edificios. No obstante, según estimaciones recientes de la Comisión, la Unión Europea lleva camino de conseguir sólo la mitad del objetivo del 20 %. Por ello, para volver al buen camino y alcanzar su objetivo, la Unión Europea debe actuar de forma inmediata. En respuesta al Consejo Europeo de 4 de febrero de 2011 [Conclusiones del Consejo Europeo de 4 de febrero de 2011. EUCO 2/11. CO EUR 2. CONCL 1. Bruselas, 4 de febrero de 2011 (OR. en)], que instaba a “*una actuación resuelta que permita aprovechar el considerable potencial de incremento del ahorro energético que existe en los edificios, los transportes y los procesos de producción*”, la Comisión ha elaborado este nuevo plan global de eficiencia energética. El Plan se llevará a cabo en sintonía con las demás medidas de la iniciativa *Una Europa que utilice eficazmente los recursos*, enmarcada en la *Estrategia Europa 2020* (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones. COM (2020) 21 final. Bruselas, 26 de enero de 2011), así como en la *Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica en 2050* (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones. COM (2011) 112 final. Bruselas, 8 de marzo de 2011), a fin de velar por la coherencia entre las políticas, evaluar los compromisos entre ámbitos estratégicos y aprovechar las posibles sinergias. Las medidas en pro de la eficiencia energética se aplicarán en el marco del objetivo más general de la Unión Europea en relación con la eficiencia de los recursos, que contempla el uso eficiente de todos los recursos naturales y un nivel elevado de protección medioambiental. Se afirma que los efectos combinados de la plena aplicación de las nuevas medidas y de las ya existentes transformarán nuestra vida cotidiana y podrán generar ahorros de hasta 1.000 euros por hogar y año, mejorar la competitividad industrial de Europa, crear hasta dos millones de puestos de trabajo, y reducir las emisiones anuales de gases de efecto invernadero en 740 millones de toneladas. Vid. la Evaluación de impacto que acompaña al *Plan de Eficiencia Energética*. SEC (2011) 277.

⁷³⁰ Vid. Libro Blanco *Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible*. COM (2011) 144 final. Bruselas, 28 de marzo de 2011.

Por lo que se refiere a la *industria*, el Plan señala como actuaciones en materia de eficiencia energética el establecimiento de requisitos técnicos aplicables a los equipos industriales, la mejora del suministro de información a las PYME, así como las medidas destinadas a introducir auditorías energéticas y sistemas de gestión de la energía. También se proponen mejoras de la eficiencia en la producción de electricidad y calor, procurando que el Plan incluya medidas de eficiencia energética a lo largo de toda la cadena del suministro de energía.

El establecimiento de objetivos de eficiencia energética es un medio eficaz de incitar a la acción y de imprimir el impulso político necesario. La *Estrategia Europa 2020* ha instaurado, mediante la aplicación del denominado *Semestre Europeo*⁷³¹, un nuevo contexto de gobernanza y herramientas adicionales para que la Unión Europea oriente sus esfuerzos hacia la eficiencia energética. En consecuencia, la Comisión propone un enfoque en dos etapas para la fijación de objetivos.

En una primera etapa, los Estados miembros están estableciendo los objetivos y programas nacionales de eficiencia energética. Estos objetivos

⁷³¹ El Consejo de Ministros de Asuntos Económicos y Financieros (ECOFIN) lanzó el 7 de septiembre de 2010 un nuevo ciclo anual de coordinación de las políticas económicas y fiscales conocido como *Semestre Europeo*, que comenzaría a aplicarse a partir de 2011. Constituye una de las primeras iniciativas del *Grupo especial para el Gobierno Económico*, creado en marzo de 2010 a petición del Consejo Europeo presidido por H. van ROMPUY. Para alcanzar los objetivos de la *Estrategia Europa 2020* es necesario instrumentar una supervisión integrada más estrecha que atienda a los retos macroeconómicos clave. El nuevo ciclo de seis meses comenzará cada año en marzo, momento en que, sobre la base de un informe de la Comisión – encuesta de crecimiento anual –, el Consejo Europeo determinará los principales retos económicos y formulará recomendaciones estratégicas de actuación. En consonancia con dichas recomendaciones, en abril los Estados miembros revisarán sus estrategias presupuestarias a medio plazo y al mismo tiempo elaborarán sus programas nacionales de reforma, indicando las medidas que adoptarán en ámbitos tales como el empleo y la inclusión social. En junio y julio, el Consejo Europeo y el Consejo formularán recomendaciones de actuación antes de que los Estados miembros ultimen sus presupuestos para el año siguiente.

indicativos y los esfuerzos de cada Estado miembro se examinarán para evaluar si es probable que permitan alcanzar el objetivo global de la Unión Europea y en qué medida estos esfuerzos contribuyen al objetivo común. La Comisión prestará su apoyo a los Estados miembros cuando elaboren sus programas de eficiencia energética y les proporcionará herramientas adecuadas. Seguirá de cerca su aplicación mediante su marco legislativo revisado y dentro del nuevo marco que ofrece la *Estrategia Europa 2020*.

En 2013 la Comisión evaluará los resultados obtenidos y comprobará si el conjunto de los programas permite alcanzar el objetivo europeo del 20 %. Si en la evaluación de 2013 se observa que probablemente no se alcanzará el objetivo global de la Unión Europea, la Comisión propondrá, como segunda etapa, objetivos nacionales jurídicamente vinculantes para 2020. Como en el caso de las energías renovables, sería necesario entonces tener en cuenta las diferentes situaciones de partida de los Estados miembros, su situación económica y las medidas adoptadas tempranamente en este ámbito⁷³².

En definitiva, el principio de eficiencia energética es otro elemento decisivo para la configuración del nuevo marco regulatorio de las actividades del sector eléctrico, ya que pone de relieve que la promoción del correcto funcionamiento de los mecanismos de mercado tiene como finalidad la mejora

⁷³² El nuevo Plan se basa en las contribuciones del Parlamento Europeo, concretamente en su reciente informe, emitido a iniciativa propia, sobre eficiencia energética - 2010/2107 (INI): Informe de iniciativa del Parlamento Europeo sobre la *Revisión del Plan de Acción para la Eficiencia Energética*. Comité de Industria, Investigación y Energía. Estrasburgo, 14 de septiembre de 2010 -, y en las de numerosas partes interesadas, así como en la experiencia adquirida con el Plan de Acción sobre Eficiencia Energética de 2006. La Comisión considera que las medidas en vigor, combinadas con las que se proponen en el nuevo Plan, deben garantizar la plena consecución del objetivo del 20 %. El principio rector del Plan es proponer medidas vinculantes estrictas, y no objetivos nacionales vinculantes. Para que la aplicación de este Plan de la Unión sea un éxito, es imprescindible una estrecha cooperación entre las instituciones comunitarias, los Estados miembros y las partes interesadas. La Comisión cuenta con la participación y el compromiso de todos ellos para sacar adelante este ambicioso proyecto.

de las condiciones de calidad y precio en la prestación del servicio esencial de suministro eléctrico. De nuevo, el marco general de referencia de la libre iniciativa empresarial integra prestaciones de servicio público, lo que vuelve a poner de manifiesto el modelo de *economía social de mercado* que está en la base de la construcción del mercado interior de la energía eléctrica.

3.5. El principio de transparencia.

Otro de los principios relacionados con el buen funcionamiento del mercado interior de la electricidad es el de *transparencia* que, frecuentemente vinculado al principio de *no discriminación*, se traduce en la práctica en una serie de obligaciones de información. Este principio regulatorio trata de poner remedio a los problemas de *asimetría informativa* que dificultan el funcionamiento competitivo del mercado⁷³³.

Para el legislador comunitario, “*el mercado interior de la electricidad padece una falta de liquidez y transparencia que obstaculiza la asignación eficiente de recursos, la atenuación del riesgo y la entrada de nuevos operadores*”, por lo que “*es necesario reforzar y garantizar los derechos existentes de los consumidores, y se debe prever un mayor grado de transparencia*”⁷³⁴.

Por estos motivos, en el marco de las obligaciones de servicio público y de protección del consumidor-usuario del servicio de suministro eléctrico, se

⁷³³ Vid. *supra* epígrafe 2.2. B) del Capítulo II de esta *Memoria*.

⁷³⁴ Vid. Considerandos (39) y (51) de la Directiva 2009/72/CE.

dispone que los Estados miembros “*garantizarán un nivel elevado de protección del consumidor, sobre todo en lo que se refiere a la transparencia de las condiciones contractuales, la información general y los procedimientos de resolución de conflictos*”⁷³⁵. De forma análoga, se sujetan expresamente a condiciones de *transparencia* y *no discriminación* las licitaciones promovidas, en relación con la seguridad del abastecimiento, para adjudicar nuevas capacidades de generación, implementar medidas de eficiencia energética o de gestión de la demanda⁷³⁶.

En otros contextos, también se habla de separación y *transparencia* de las cuentas⁷³⁷ – apuntando la razón de ser del *unbundling* contable - y de la obligación de los Estados miembros de garantizar la independencia de las autoridades reguladoras nacionales y de velar para que ejerzan sus funciones con imparcialidad y *transparencia*⁷³⁸, en particular las consistentes en “*controlar el nivel de transparencia, incluido el de los precios al por mayor, y velar por que las empresas de electricidad cumplan las obligaciones de transparencia*”⁷³⁹.

Las disposiciones de las normas comunitarias relativas al principio de *transparencia* están orientadas a permitir el conocimiento de las dinámicas de mercado de los productos energéticos, por lo que, además de favorecer el

⁷³⁵ Vid. art. 3.7 de la Directiva 2009/72/CE.

⁷³⁶ Vid. art. 8.1 de la Directiva 2009/72/CE.

⁷³⁷ Este es el epígrafe que encabeza el capítulo VII de la Directiva 2009/72/CE.

⁷³⁸ Vid. art. 35.4 de la Directiva 2009/72/CE.

⁷³⁹ Vid. art. 37.1, apdo. i), de la Directiva 2009/72/CE.

buen funcionamiento de éste, ofrecen una serie de instrumentos de control para salvaguardar la seguridad en el abastecimiento.

De este modo, el principio de *transparencia*, postulado por el Derecho derivado en materia de energía, se moldea en un complejo de relaciones que pueden afectar a los operadores del mercado, a los consumidores, a los Estados miembros y a la Unión Europea. Las obligaciones de información se establecen en diversas direcciones, pudiendo ser bilaterales - por ejemplo, entre el prestador del servicio de suministro y el consumidor-usuario - o multilaterales – por ejemplo, entre un Estado miembro, la Unión Europea y otros Estados miembros -, y tener carácter horizontal – por ejemplo, las obligaciones que se establecen entre los gestores de red - o vertical – por ejemplo, entre los Estados miembros y la Unión Europea o entre los gestores de red y los Estados miembros -.

Por otra parte, los flujos de información en que se traducen las exigencias del principio de *transparencia* afectan a diversos agentes en función de los contenidos o condiciones de mercado a las que afectan: en algunos casos puede ocurrir que cada Estado miembro esté obligado a enviar documentación o informes a la Unión Europea y ésta a difundirlos entre los demás Estados miembros; en otros casos, la carga de suministrar informaciones útiles recae sobre las empresas que pueden estar obligadas a redactar documentos o informes y notificarlos al Estado al que pertenecen.

El ejemplo más claro del primer supuesto viene dado por la regulación contenida en el Reglamento (UE, EURATOM) núm. 617/2010 del Consejo, de

24 de junio de 2010, relativo a la comunicación a la Comisión de los proyectos de inversión en infraestructuras energéticas en la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 736/96⁷⁴⁰. Esta norma comunitaria obliga a los Estados miembros a comunicar cada año a la Comisión los proyectos de interés comunitario de inversión en infraestructuras de producción, transporte, almacenamiento o distribución de hidrocarburos o de energía eléctrica⁷⁴¹.

En cambio, las obligaciones de información se imponen directamente a las empresas del sector de la energía en la Directiva 2008/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a un procedimiento comunitario que garantice la transparencia de los precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y de electricidad⁷⁴². Esta norma comunitaria impone a las empresas dedicadas al suministro de gas o electricidad a los consumidores finales de la industria, la obligación de comunicar periódicamente a la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (EUROSTAT) y a las autoridades competentes de los Estados miembros una serie de datos relativos al proceso de formación de los precios en los mercados de gas y electricidad⁷⁴³.

⁷⁴⁰ DOUE núm. L 180, de 15.7.2010, pp. 7-14.

⁷⁴¹ Como es lógico, las comunicaciones deben efectuarse antes de que se otorgue la autorización definitiva del proyecto por parte de la autoridad competente, para lo cual también se imponen obligaciones de información a las empresas del sector de la energía – que tienen, en este contexto, la consideración de fuentes de información de los Estados miembros-, articulando un sistema de comunicaciones internas en cada Estado miembro y regulando sus respectivas fechas límite así como las fechas de cierre que se tienen en cuenta a efectos de informar sobre el estado de los respectivos proyectos de inversión. Los proyectos que a estos efectos se consideran de interés comunitario son, de conformidad con lo establecido en el art. 1.2, los enumerados en el Anexo del Reglamento (UE, EURATOM) núm. 617/2010.

⁷⁴² DOUE núm. L 298, de 17.11.2008, pp. 9-19.

⁷⁴³ En concreto, los datos que las compañías suministradoras debe proporcionar se refieren a:

En último término, es preciso aludir al Reglamento (CE) núm. 714/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1228/2003, que posteriormente analizaremos con algo más de detalle⁷⁴⁴. Al establecer el régimen jurídico aplicable a las cuestiones transfronterizas, el legislador comunitario impone a las autoridades reguladoras nacionales la obligación de cooperar, al menos a nivel regional, para coordinar el desarrollo de los *códigos de red* para los gestores de redes de transporte y otros agentes del mercado⁷⁴⁵. El Reglamento (CE) núm. 714/2009 contempla como uno de los contenidos naturales de estos *códigos de red* las normas y procedimientos relativos al principio de *transparencia*⁷⁴⁶.

3.6. El principio de confidencialidad.

En aparente antítesis con el anterior principio está el principio de *confidencialidad*, que permite evitar el traslado de información reservada o datos sensibles que podrían favorecer a determinadas empresas en relación

-
- Los precios y condiciones de venta aplicables a los consumidores industriales finales de gas y electricidad.
 - Los sistemas de precios vigentes.
 - La distribución de los consumidores y de los volúmenes correspondientes por categorías de consumo para garantizar la representatividad de dichas categorías a escala nacional.

En los Estados miembros en los que una sola empresa efectúe todas las ventas industriales de electricidad, la información podrá ser comunicada por dicha empresa. En los Estados miembros en los que intervenga en dichas ventas más de una empresa, será un organismo independiente especializado en estadísticas el que comunique la información. *Vid.* art. 1 y Anexo II - *Precios de la electricidad* -, apdo. o), de la Directiva 2008/92/CE.

⁷⁴⁴ DOUE núm. L 211, de 14.8.2009, pp. 15-35. *Vid.* epígrafe 2.2 del Capítulo IV de esta *Memoria*.

⁷⁴⁵ *Vid.* art. 38.2, apdo. b), de la Directiva 2009/72/CE.

⁷⁴⁶ *Vid.* art. 8.6, apdo. i), del Reglamento (CE) núm. 714/2009.

con potenciales competidoras. En particular, se trata de los datos e informaciones que manejan sobre todo las empresas que gestionan las redes a las que toda empresa competidora debe recurrir para el desempeño de su actividad. En este contexto, la empresa que gestiona la red recibe constantemente determinada información por parte de los usuarios de la misma, y podría sentir la tentación de utilizar estos datos para proporcionárselos a otra empresa con la que mantiene algún interés comercial común. En el sector eléctrico este fenómeno puede verificarse para las empresas que gestionan la red y que suelen estar vinculadas a otras empresas que operan también en otros segmentos del mercado – es decir, empresas en mayor o menor medida verticalmente integradas-, empresas éstas que podrían utilizar la información obtenida de forma privilegiada para alcanzar y mantener una ventaja sobre otras empresas potencialmente competidoras.

El principio de *confidencialidad* se regulaba en las primeras normas comunitarias sobre el mercado interior de la electricidad estableciendo que el gestor de la red de transmisión, así como el gestor de la red de distribución, debían mantener el secreto de las comunicaciones mercantiles reservadas adquiridas en el desarrollo de su actividad⁷⁴⁷. Con posterioridad, las normas de los sucesivos *Paquetes Legislativos Energéticos* han reiterado esta obligación cualificada de secreto de oficio para los gestores de redes⁷⁴⁸ e incluso la han extendido a las autoridades reguladoras nacionales y a la Comisión en relación

⁷⁴⁷ Vid. art. 9 de la Directiva 96/92/CE.

⁷⁴⁸ Vid. arts. 12 y 16 de la Directiva 2003/54/CE, y arts. 16 y 27 de la Directiva 2009/72/CE.

con la información sensible a efectos comerciales⁷⁴⁹. A los Estados miembros se les confiere un poder de control genérico, con la posibilidad de adoptar medidas sancionadoras o incluso penales contra las personas físicas o jurídicas responsables de la vulneración del deber de confidencialidad en relación con datos sensibles a efectos comerciales⁷⁵⁰.

El deber de respetar la *confidencialidad* de la información sensible a efectos comerciales opera también como límite respecto a la exigencia de plena motivación y puesta a disposición del público de las decisiones de las autoridades reguladoras nacionales a efectos de hacer posible su control jurisdiccional⁷⁵¹.

De modo análogo, al abordar el régimen de colaboración entre las autoridades reguladoras nacionales en relación con las cuestiones transfronterizas se dispone que la autoridad receptora de la información deberá garantizar un nivel de confidencialidad equivalente al que se exige a la autoridad de origen⁷⁵².

Finalmente, al regular las excepciones al régimen general en relación con las *microrredes aisladas*, en lo que respecta a la renovación, al incremento y a la expansión de las capacidades disponibles, se establece que la Comisión informará a los Estados miembros sobre las solicitudes recibidas en este

⁷⁴⁹ Vid. art. 10.8 de la Directiva 2009/72/CE.

⁷⁵⁰ Vid. art. 23.9 de la Directiva 2003/54/CE y art. 37.14 de la Directiva 2009/72/CE.

⁷⁵¹ Vid. art. 37.16 de la Directiva 2009/72/CE.

⁷⁵² Vid. art. 38.1 de la Directiva 2009/72/CE.

sentido, antes de adoptar la decisión y respetando en todo caso la confidencialidad⁷⁵³.

El tenor de estos preceptos lleva a concluir que la relación entre el principio de *confidencialidad* y el principio de *transparencia* no se puede resolver con la prevalencia *sic et simpliciter* de uno u otro, sino que más bien debe afirmarse que el principio de *confidencialidad* se combina con el de *transparencia*, siendo dos coprincipios que se complementan en orden a lograr el objetivo general del buen funcionamiento del mercado interior de la electricidad⁷⁵⁴.

3.7. El principio de no discriminación.

Otro principio que el legislador comunitario ha ido reconociendo, paulatinamente con mayor énfasis, como necesario para el buen funcionamiento del mercado interior de la electricidad es el principio de *no discriminación*. El reconocimiento del derecho de acceso a la red, la aplicación del *unbundling* y todas las herramientas jurídicas que hemos analizado en su condición de elementos esenciales para la construcción del mercado interior de la electricidad perderían su razón de ser si no vinieran acompañadas por disposiciones oportunas que impongan la garantía de igualdad de trato para todos los agentes que operan en dicho mercado.

⁷⁵³ Vid. art. 44.1 de la Directiva 2009/72/CE.

⁷⁵⁴ Vid. A. PARENTE, *Principios de Derecho Europeo de la Energía*, op. cit., p. 153.

De hecho, el legislador comunitario justifica en muchas ocasiones su intervención sobre la base de que existen obstáculos para la venta de electricidad en condiciones de igualdad, sin discriminación ni desventaja de ningún tipo dentro de la Unión Europea, y en particular por lo que se refiere al acceso a la red y al nivel efectivo de supervisión regulatoria en cada Estado miembro⁷⁵⁵.

En línea con este planteamiento, se llega a afirmar que sin una separación efectiva entre la gestión de las redes y las actividades de generación y suministro existe un riesgo intrínseco de discriminación, no sólo en la explotación de la red sino también en lo que se refiere a los incentivos de las empresas verticalmente integradas para invertir adecuadamente en sus redes⁷⁵⁶, y que el acceso no discriminatorio a la red de distribución determina el acceso de los consumidores al nivel minorista, por lo que resulta necesario adoptar nuevas medidas a fin de garantizar tarifas transparentes y no discriminatorias de acceso a las redes, que deben poder aplicarse sin discriminación a todos los usuarios⁷⁵⁷.

En este sentido, la prohibición de discriminación se impone con carácter general a los Estados miembros a la hora de velar por el cumplimiento de las normas comunes sobre el mercado interior de la electricidad, en relación con los derechos y obligaciones de las compañías eléctricas, y en particular por lo que respecta a obligaciones de servicio público, protección del consumidor y

⁷⁵⁵ *Vid.* Considerando (4) de la Directiva 2009/72/CE.

⁷⁵⁶ *Vid.* Considerando (9) de la Directiva 2009/72/CE.

⁷⁵⁷ *Vid.* Considerandos (26) y (32) de la Directiva 2009/72/CE.

tutela ambiental⁷⁵⁸. También se impone a los Estados miembros la obligación de evitar cualquier discriminación entre los consumidores-usuarios del servicio de suministro eléctrico, en cuanto a costes, esfuerzo o tiempo, a la hora de cambiar de proveedor o de recibir todos los datos pertinentes sobre su consumo⁷⁵⁹.

En el marco de las obligaciones impuestas a las operadoras del mercado de la electricidad, el *unbundling* contable se vincula expresamente al principio de *no discriminación* y la preceptiva auditoría anual de las compañías eléctricas debe verificar en particular el cumplimiento de esta obligación⁷⁶⁰.

Un aspecto decisivo sobre el que se proyecta el principio de *no discriminación* es precisamente la regulación del *acceso de la red*. Los Estados miembros deben garantizar la aplicación de un sistema de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución basado en tarifas publicadas, aplicadas a todos los consumidores-usuarios del servicio de suministro eléctrico de forma objetiva y *no discriminatoria*. Sin perjuicio de reconocer a los gestores la posibilidad de denegar el acceso en caso de falta de disponibilidad de la capacidad necesaria, se sujeta el ejercicio de esta facultad a la exigencia de la debida motivación, en particular por lo que respecta al cumplimiento de las

⁷⁵⁸ Vid. art. 3.1 y 2 de la Directiva 2009/72/CE.

⁷⁵⁹ Vid. art. 3.5 de la Directiva 2009/72/CE. De forma análoga, como ya hemos señalado anteriormente, se sujetan expresamente a condiciones de *transparencia* y *no discriminación* las licitaciones promovidas por los Estados miembros, en relación con la seguridad del abastecimiento, para adjudicar nuevas capacidades de generación, implementar medidas de eficiencia energética o de gestión de la demanda - vid. art. 8.1 y 3 de la Directiva 2009/72/CE -.

⁷⁶⁰ Vid. art. 31.3 y 4 de la Directiva 2009/72/CE.

obligaciones de servicio público y protección del consumidor, con base en criterios objetivos y justificados desde el punto de vista técnico y económico⁷⁶¹.

En congruencia con este planteamiento, entre las funciones de los gestores de redes de transporte se establece expresamente la de garantizar la *no discriminación* entre usuarios o categorías de usuarios de la red, en particular en favor de sus empresas vinculadas, y al abordar la regulación del sistema de gestor independiente de la red de transporte se le atribuye expresamente la concesión y gestión del acceso de terceros sin discriminación entre usuarios o categorías de usuarios de la red⁷⁶².

En consecuencia, y por lo que respecta a la garantía del derecho de acceso de terceros a la red, la aplicación del principio de *no discriminación* tiene que evaluarse en relación con la posición de las empresas vinculadas a aquellas otras titulares y/o gestoras de la infraestructura, habitualmente en virtud de la común pertenencia a una empresa verticalmente integrada que a través de sus empresas partícipes interviene en diversas fases del ciclo de explotación del suministro eléctrico, afectadas en mayor o menor medida por la estructura industrial de monopolio natural de la red.

⁷⁶¹ Vid. art. 32.1 y 2 de la Directiva 2009/72/CE.

⁷⁶² Vid. art. 12, apdo. f), de la Directiva 2009/72/CE. En el desempeño de sus funciones, los gestores de redes de transporte no ejercerán discriminación alguna respecto de personas o entidades ni restringirán, falsearán o impedirán la competencia en materia de generación o suministro. Por otra parte, como ya hemos visto, se impone a los gestores de redes de transporte la obligación de establecer un *programa de cumplimiento* en el que se expongan las medidas adoptadas para asegurar la exclusión de conductas discriminatorias y que asimismo deberá garantizar el adecuado control de este cumplimiento. Similares obligaciones se imponen a los gestores de redes de distribución - vid. arts. 14.2, 17.2, apdo. c), 18.5 y 25.2 de la Directiva 2009/72/CE -. Por su parte, las autoridades reguladoras nacionales están facultadas para exigir a los gestores de las redes de transporte y distribución que modifiquen en caso necesario las condiciones de acceso, incluidas las tarifas o la metodología para su determinación, a fin de garantizar que sean proporcionadas y que se apliquen de manera no discriminatoria - vid. art. 37.10 de la Directiva 2009/72/CE -.

El mandato del legislador comunitario es, en este sentido, inequívoco: estas empresas vinculadas no pueden gozar de un trato de favor respecto de otras empresas solicitantes de acceso a la red y en caso de capacidad insuficiente de la infraestructura o congestión el gestor de la red no puede sin más otorgarles preferencia frente a las demás, sino que a través del *programa de cumplimiento* debe garantizar que estos conflictos hallan solución con arreglo a criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios adoptados con carácter previo y general.

En relación con el régimen de las cuestiones transfronterizas, se establece la necesidad de cooperación entre las autoridades reguladoras nacionales, al menos a nivel regional, para promover la aplicación de medidas operativas, a fin de permitir una gestión óptima de la red y fomentar los intercambios conjuntos de electricidad y la asignación de capacidad transfronteriza, así como para facilitar un nivel adecuado de capacidad de interconexión, con el objetivo último de lograr una competencia efectiva y mejorar la seguridad del suministro, sin que haya discriminación entre empresas pertenecientes a diferentes Estados miembros⁷⁶³.

Finalmente, hay que referirse de nuevo al Reglamento (CE) núm. 714/2009. En esta norma comunitaria se establece expresamente que los problemas de congestión se abordarán mediante soluciones *no discriminatorias* y conformes a la lógica de los mecanismos del mercado que sirvan de

⁷⁶³ Vid. art. 38.2 de la Directiva 2009/72/CE.

indicadores económicos a los operadores del sector y a los gestores de las redes⁷⁶⁴.

3.8. El principio de reciprocidad.

Es cierto que la lógica propia de la construcción europea como proceso de integración excluye *a priori* la aplicación generalizada del principio de *reciprocidad*. Un Estado miembro no puede exigir a otro que adapte su ordenamiento nacional a las reglas de política económica que él sigue⁷⁶⁵, singularmente en cuanto al régimen de propiedad, por ser un aspecto integrado en el ámbito de la soberanía estatal (*ex art. 295 TCE y actual 345 TFUE*).

Las normas comunitarias sobre el mercado interior de la energía eléctrica han concebido el principio de *reciprocidad* como modulador del proceso de apertura a la competencia, es decir, destinado a evitar la producción de desequilibrios en este proceso⁷⁶⁶.

En las primeras normas comunitarias sobre el mercado interior de la energía eléctrica, a pesar de la definición de unos objetivos comunes, se

⁷⁶⁴ Los problemas de congestión de la red se resolverán preferentemente mediante métodos no basados en transacciones, es decir, métodos que no impliquen una selección entre los contratos de los distintos operadores del mercado. Sólo se utilizarán procedimientos de restricción de las transacciones en situaciones de emergencia en las que el gestor de la red de transporte deba actuar de manera expeditiva y no sea posible la redistribución de la carga o el intercambio compensatorio. Todo procedimiento de este tipo se aplicará de forma no discriminatoria. Salvo en caso de fuerza mayor, los operadores del mercado a los que se haya asignado capacidad deberán ser compensados por toda restricción (art. 16.1 y 2 del Reglamento (CE) núm. 714/2009).

⁷⁶⁵ Cosa bien distinta son las exigencias derivadas de las políticas comunes definidas por los Tratados y, de modo especial, los requerimientos macroeconómicos del *Pacto de Estabilidad y Crecimiento* anejo a la Unión Económica y Monetaria.

⁷⁶⁶ *Vid.* art. 19.5 de la Directiva 96/92/CE, art. 21 de la Directiva 2003/54/CE y art. 33 de la Directiva 2009/72/CE.

concedía a los Estados miembros una cierta libertad para definir el concepto de “*cliente cualificado*” y para determinar, en consecuencia, el grado de apertura del mercado nacional. Este mecanismo, que encuentra su *ratio* en el principio de *subsidiariedad* y en la consiguiente exigencia de salvaguardar las diversidades estructurales de los mercados nacionales que no resulten – en sí mismas – contrarias a los principios del mercado interior, tiene como consecuencia evidente que el proceso de liberalización sigue, al menos hasta 2007, *velocidades* diferentes en cada Estado miembro.

En línea con este planteamiento, para evitar que se causasen desequilibrios en los mercados nacionales, los Estados podían aplicar el principio de *reciprocidad*, lo que se concretaba en que la conclusión de un contrato de suministro entre una empresa de un Estado miembro y un *cliente cualificado* de otro Estado miembro no podía prohibirse si el cliente era considerado *cualificado* y el nivel de apertura de mercado era equivalente en los dos Estados⁷⁶⁷.

Las normas comunitarias, sin embargo, en ningún caso han legitimado una invocación genérica o incondicional de este principio de *reciprocidad* que, por sí mismo, no es sino una excepción al principio general de libre competencia y al desarrollo de las actividades económicas del sector de la energía en condiciones de mercado. Así, en el caso de que se hubiera

⁷⁶⁷ “El profesor José María GIMENO FELIÚ insistía ya entonces en los principios generales comunitarios en esta materia como fuente de inspiración y orientación necesaria para edificar jurídicamente el mercado interior eléctrico, asegurar su cumplimiento, y al mismo tiempo advertía de la capacidad de los órganos e instituciones europeas, y particularmente de la Comisión, para iniciar procedimientos por incumplimiento cuando estimara injustificada la falta de acuerdo en los intercambios intracomunitarios a través de las redes”. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *La problemática jurídica del Sector Eléctrico*, op. cit., p. 290.

denegado una determinada transacción por causa de que el cliente sólo tuviera la consideración legal de *cualificado* en uno de los dos Estados miembros, se habilitaba a la Comisión para que, habida cuenta de “*la situación del mercado y el interés común*”, pudiera obligar a la parte denegante a efectuar el suministro solicitado a petición del Estado miembro de residencia del cliente. Dado que el principio de *reciprocidad* tenía su última *ratio*, al igual que los demás principios que estamos analizando en este epígrafe, en el buen funcionamiento del mercado interior de la electricidad, la intervención de la Comisión en este sentido no vulneraría las exigencias del principio de *subsidiariedad*, siempre que estuviese enderezada a la consecución de ese interés común.

Con la apertura total del mercado por el lado de la demanda, es decir, a partir del 1 de julio de 2007⁷⁶⁸, todos los consumidores europeos adquieren la condición de *clientes cualificados* a efectos del servicio de suministro eléctrico, por lo que podría pensarse que desde ese momento este concreto mecanismo de reciprocidad carecería de operatividad. Sin embargo, la Directiva 2009/72/CE sigue recogiendo un precepto encabezado por el epígrafe “*Apertura del mercado y reciprocidad*”. No olvidemos que en esta misma norma el legislador comunitario reconoce que “*en la actualidad – es decir, literalmente a 13 de julio de 2009 -, existen obstáculos para la venta de la electricidad en condiciones de igualdad, sin discriminación ni desventaja de ningún tipo en la Comunidad*”⁷⁶⁹ y, partiendo de esta constatación, se encomienda a las autoridades reguladoras nacionales la función de

⁷⁶⁸ Ex art. 21.1, apdo c), de la Directiva 2003/54/CE, y art. 33.1, apdo. c), de la Directiva 2009/72/CE.

⁷⁶⁹ Vid. Considerando (4) de la Directiva 2009/72/CE.

“controlar el grado y la efectividad de apertura del mercado y de competencia, tanto en el mercado mayorista como minorista, incluidos los intercambios de electricidad, los precios domésticos, incluidos los sistemas de pago anticipado, los índices de cambio de compañía, los índices de desconexión, las tarifas de los servicios de mantenimiento y de su ejecución, y las reclamaciones de los consumidores domésticos así como cualquier falseamiento o restricción de la competencia, por ejemplo, aportando toda información pertinente y poniendo en conocimiento de los organismos competentes los casos que surjan”⁷⁷⁰.

En varios casos se ha intentado extender la aplicación del principio de *reciprocidad* a otras situaciones jurídicas, pero la jurisprudencia comunitaria ha sido siempre unánime a la hora de acoger su invocación sólo cuando existe una previsión legal expresa. El principio de *reciprocidad* no puede aplicarse de forma generalizada en el ámbito europeo, porque entraría en conflicto con los principios de *solidaridad* y leal cooperación y, en definitiva, como ya hemos apuntado, con los principios que históricamente han constituido la base del proceso de integración europea, cuya virtualidad ha operado desde siempre sobre un marco de responsabilidades y objetivos comunes y modalidades de actuación diferenciadas según las circunstancias de partida de cada Estado miembro.

3.9. El principio de protección del medio ambiente.

El principio de *tutela ambiental* encontró su primer reconocimiento en el art. 3 del Tratado de Maastricht, según el cual, en orden a promover la consecución de los objetivos enunciados en el art. 2 del antiguo Tratado de Roma, se establecía una política medioambiental comunitaria. La redacción de este art. 3 se mantuvo con el Tratado de Ámsterdam, cuyo art. 2.4, afirmaba que

⁷⁷⁰ Vid. art. 37.1, apdo. j), de la Directiva 2009/72/CE.

“las exigencias de protección del medioambiente deben integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión Europea a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”.

Con la aprobación del Acta Única Europea se definieron tres de los cuatro objetivos actuales de la política medioambiental: 1) la conservación, la protección y mejora de la calidad del medio ambiente; 2) la protección de la salud de las personas; 3) el uso prudente y racional de los recursos. El cuarto objetivo, identificado con el llamado principio de *globalidad*, se ha introducido con el Tratado de Maastricht y consiste en la promoción de medidas a nivel internacional para enfrentarse a los problemas regionales y mundiales del medio ambiente⁷⁷¹.

En la actualidad, esta materia tiene su primer referente normativo a nivel comunitario en el art. 191 TFUE (antiguo art. 174 TCE), que en su párrafo 2 enuncia los principios fundamentales del Derecho medioambiental comunitario: el principio de *prevención*, el principio de *precaución* - que se incorpora con el Tratado de Maastricht, a diferencia de los demás que se introdujeron en el ámbito comunitario con el Acta Única Europea -, el principio de *quien contamina paga* y el principio de *reparación* de los daños al medio ambiente preferiblemente *en la fuente*:

- El principio *preventivo* se materializa habitualmente en la adopción de medidas dirigidas a promover el abandono de sistemas y tecnologías obsoletas y nocivas para el medio ambiente, para pasar a sistemas y tecnologías eco-compatibles.

⁷⁷¹ Vid. A. PARENTE, *Principios de Derecho Europeo de la Energía*, op. cit., p. 83.

- El principio de *precaución* opera – según la doctrina mayoritaria- cuando no existe la certeza científica de que una determinada acción pueda causar un daño al medio ambiente⁷⁷².
- El principio *quien contamina paga* representa el precepto inspirador de las sanciones ambientales y del tributo ambiental⁷⁷³.
- El principio de *reparación en la fuente* se traduce en la adopción de medidas que afectan a una fase específica de la conducta que incide directamente sobre el entorno natural⁷⁷⁴.

El legislador comunitario, consciente de los posibles efectos de las medidas de protección ambiental sobre el sector energético, ha previsto, además, en el art. 191.2 TFUE (antiguo 174.2 TCE) un procedimiento específico para la adopción de *“las medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura de su abastecimiento energético”*. En todo caso, conviene no olvidar

⁷⁷² Este principio habilita a la Unión Europea para adoptar medidas en el sector energético cuando, por ejemplo, la utilización de una determinada fuente o el sistema de abastecimiento existente puedan representar un riesgo de daño medioambiental grave e irreversible.

⁷⁷³ Siguiendo este punto de vista y para el sector de la energía, el art. 191 TFUE puede constituir una base jurídica idónea que, en combinación con otras, puede permitir la definición de impuestos especiales que, gravando determinados ámbitos del sector energético, permitan determinar indirectamente nuevas orientaciones en la elección de sistemas eco-compatibles. El principio realiza una doble función: una contributiva y otra disuasiva. La función contributiva se traduce en la participación en los gastos públicos generados por la gestión de una determinada fuente energética particularmente perjudicial para el medio ambiente. La función disuasiva se impone con respecto a los consumidores o empresarios que, por la actividad a la que se dedican, tienen la opción de efectuar elecciones operativas menos contaminantes.

⁷⁷⁴ En el caso del sector eléctrico la aplicación de este principio no debe producirse en términos absolutos, esto es, ciñendo su ámbito objetivo a las actividades de extracción de recursos energéticos o de generación de energía eléctrica. Por el contrario, el principio tiene aplicación a cada fase de la cadena de valor propia de la industria eléctrica (generación, transporte, distribución, suministro y consumo), en la que es posible identificar un momento en que la elección operativa puede ser determinante en cuanto a sus efectos sobre el medio ambiente. En la fase de generación, este principio se traduce en la preferencia por las energías renovables. En las fases de transporte y distribución, el principio se podría materializar en la construcción de redes con el mínimo impacto ambiental. En cuanto a la fase de consumo, el principio se concretaría, por ejemplo, en las medidas de fomento del uso de electrodomésticos de bajo consumo energético.

que el art. 194.1 TFUE incluye “*la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente*” entre los principios fundamentales de la política energética común que sirven de marco para la construcción del mercado interior de la electricidad.

Las normas comunitarias más recientes que regulan el mercado interior de la electricidad establecen como objetivo adicional a los ya tradicionales de competitividad y seguridad del abastecimiento, el de *sostenibilidad* desde el punto de vista medioambiental⁷⁷⁵.

A nivel comunitario, ya en el Tratado de Maastricht se incluía entre los objetivos de la Unión Europea el de promover un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas y un crecimiento sostenible no inflacionista⁷⁷⁶. Con el Tratado de Ámsterdam se establece que

*“la Unión Europea tendrá por misión promover (...) un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas (...), un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”*⁷⁷⁷.

En el ámbito concreto de la política energética comunitaria, es preciso recordar que el artículo 194.1 TFUE, apdo. c), incluye entre sus objetivos

⁷⁷⁵ Vid. art. 3.1 de la Directiva 2009/72/CE. El origen histórico del concepto de “*desarrollo sostenible*” se remonta al Informe *BRUTLAND*, publicado en 1987 por la Comisión de Medio Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas con el título *Our common future*. En este Informe se define el *desarrollo sostenible* como la única vía para que “*se puedan satisfacer las necesidades de la generación actual sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer las propias*”. Vid. World Commission on Environment and Development, *Our Common Future* (“*The BRUTLAND Report*”), Oxford (1987).

⁷⁷⁶ Vid. art. 2 TCE.

⁷⁷⁷ Vid. art. 1.5 del Tratado de Ámsterdam, por el que se introduce una nueva redacción del art. B del Tratado de la Unión Europea.

“fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables”.

En este contexto, es preciso definir el papel de la Unión Europea en la regulación de las modalidades aplicativas del principio de *desarrollo sostenible* en el sector energético y su relación con los problemas que plantean la escasez de los recursos y los derechos de las generaciones futuras.

La Comunicación de la Comisión *Towards a global partnership for sustainable development*⁷⁷⁸ contempla la constitución de un partenariado mundial para el desarrollo sostenible con varios objetivos alcanzables a través de instrumentos de política exterior o, más en general, mediante la representación de estos intereses en las sedes internacionales correspondientes. En este contexto se alude expresamente a una iniciativa comunitaria de cooperación en el ámbito de la energía y el desarrollo en el marco más amplio definido por los esfuerzos de lucha por la erradicación de la pobreza, con un énfasis particular en el acceso a fuentes de energía fiables, la mejora de la eficiencia energética mediante el ahorro de energía, las tecnologías limpias y el desarrollo de fuentes de energía renovables, así como en general el aumento de la capacidad de generación disponible y el desarrollo de la cooperación institucional⁷⁷⁹.

⁷⁷⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee, and the Committee of Regions. *Towards a global partnership for sustainable development*. COM (2002) 82. Brussels, 13 February 2002.

⁷⁷⁹ *Vid.* segundo punto de la *Acción Comunitaria* en el epígrafe 3.3 de la Comunicación COM (2002) 82 antes citada.

De modo análogo, en la Comunicación sobre la *Estrategia de uso sostenible de los recursos naturales* se afirma que

“para poder invertir esas tendencias insostenibles, detener la degradación del medio ambiente y preservar los servicios esenciales que brindan los recursos naturales, la política ambiental tiene que hacer algo más que controlar las emisiones y los residuos. Es necesario encontrar medios para identificar los impactos ambientales negativos que provoca el uso de materiales y energía a lo largo de ciclos de vida y determinar su importancia”⁷⁸⁰.

Una iniciativa comunitaria muy significativa en el campo de la sostenibilidad energética es el programa *Energía Inteligente-Europa*⁷⁸¹. Sus objetivos básicos son tres:

- Proporcionar los elementos necesarios para la promoción de la eficiencia energética y la mayor utilización de las fuentes de energía renovables, con miras a reducir el consumo de energía y las emisiones de CO₂.
- Desarrollar instrumentos y medios, que podrán emplear la Comisión y los Estados miembros, para realizar la supervisión y evaluación del impacto de las medidas adoptadas por los Estados miembros.
- Promover modelos eficientes e inteligentes de producción y consumo de energía fundamentados en bases sólidas y sostenibles, fomentando la sensibilización a través sobre todo del sistema educativo.

⁷⁸⁰ Vid. epígrafe 2 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, *Estrategia temática sobre el uso sostenible de los recursos naturales*. COM (2005) 670 final. Bruselas, 21 de diciembre de 2005. En el sector energético la técnica del *ciclo de vida* se ha aplicado, por ejemplo, en la edificación y el transporte.

⁷⁸¹ Este programa comunitario se pone en marcha en virtud de la Decisión 1230/2003/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, por la que se adopta un programa plurianual de acciones en el ámbito de la energía *Energía Inteligente-Europa* (2003-2006) [DOUE núm. L 176, de 15.7.2003]. Actualmente, la regulación de este programa comunitario se ha reconducido al ámbito de los programas marco de innovación, como uno de los tres programas específicos diseñados para cumplir los objetivos comunes: *vid.* en este sentido la Decisión 1639/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006, por el que se establece un programa marco para la innovación y la competitividad (2007-2013) [DOUE núm. L 310, de 9.11.2006, pp. 15-40].

Por otra parte, se establecen una serie de ámbitos de actuación del programa: eficiencia y utilización racional de los recursos (SAVE), promoción de fuentes de energía nuevas y renovables (ALTENER), energía en el transporte (STEER), y promoción de la eficiencia energética y las fuentes de energía renovables en los países en vías de desarrollo de África, Asia, Iberoamérica y el Pacífico (COOPENER)⁷⁸².

Finalmente, el legislador comunitario en el *Tercer Paquete Energético* ha continuado aprobando normas para el *fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables*⁷⁸³. Cada Estado miembro tiene fijado un objetivo relativo a la cuota de energía obtenida de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía para 2020. Este objetivo se ajusta al objetivo global “20-20-20” de la Unión Europea⁷⁸⁴.

⁷⁸² Este último ámbito ha sido reconducido al ámbito de la política comunitaria de cooperación al desarrollo, por lo que actualmente no forma parte ya del programa *Energía Inteligente-Europa*. El programa se estructura en acciones clave para cada ámbito de actuación, y la financiación se destina a las acciones o proyectos relativos a:

- La promoción del desarrollo sostenible, la seguridad del abastecimiento de energía, la competitividad y la protección del medio ambiente.
- La creación, la ampliación y el fomento de estructuras e instrumentos destinados al desarrollo de sistemas energéticos sostenibles.
- La promoción de sistemas y equipos para acelerar la penetración en los mercados de las mejores tecnologías disponibles.
- El desarrollo de estructuras de información, educación y formación que faciliten la concienciación de los ciudadanos y la difusión de conocimientos técnicos y mejores prácticas.
- El control de la aplicación y el impacto de la política de energía sostenible en la Unión Europea.
- El análisis del impacto de los proyectos financiados en el marco del programa.

⁷⁸³ *Vid.* la ya citada Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y derogan las Directivas 2001/77/CE y 2000/30/CE.

⁷⁸⁴ Como ya hemos visto anteriormente, la necesidad de aumentar la eficiencia energética forma parte de los objetivos de la iniciativa “20-20-20” para 2020, consistente en reducir un 20% el consumo de energía primaria de la Unión Europea, reducir otro 20% las emisiones de gases de efecto invernadero, y elevar la contribución de las energías renovables al 20% del consumo. *Vid.* en este sentido la reiteradamente citada Comunicación de la Comisión, *Eficiencia energética: alcanzando el objetivo del 20 %*. COM (2008) 772 final. Por otra parte, antes de 2020, la cuota de energía procedente de fuentes renovables en el sector del transporte debe alcanzar al menos el 10 % del consumo final de energía en este sector (art. 3 de la Directiva 2009/20/CE).

Los Estados miembros deben establecer un plan de acción nacional para 2020 que determine la cuota de energía procedente de fuentes renovables consumida en el transporte, la electricidad y la producción de calor. Estos planes de acción deben tener en cuenta los efectos de otras medidas relativas a la eficiencia energética en el consumo final de energía. Estos planes deben establecer asimismo modalidades para reformar las normativas de planificación y tarificación así como el acceso a las redes de electricidad, en favor de energías generadas a partir de fuentes renovables⁷⁸⁵.

Actualmente, el principio de *desarrollo sostenible* constituye un precepto de *soft law* que está en la base de estrategias políticas y no llega a ser un principio estructural del ordenamiento comunitario. Dicho de otro modo, constituiría un principio que, en ausencia de una disciplina específica, no podría permitir una reacción jurídica ante su posible vulneración⁷⁸⁶.

4. Coda: a modo de recapitulación.

Desde el punto de vista energético, Europa ha sido tradicionalmente un conjunto de mercados controlados por monopolios aislados y con importantes restricciones a los intercambios. Esta estructura se ha justificado por la

⁷⁸⁵ Vid. art. 4 de la Directiva 2009/28/CE. Cada Estado miembro debe poder garantizar tanto el origen de la electricidad como el de la calefacción y la refrigeración procedentes de fuentes de energía renovables. La información contenida en dichas garantías de origen está normalizada y debe ser reconocida en todos los Estados miembros, pudiendo ser también utilizada para facilitar a los consumidores datos sobre la composición de las distintas fuentes de electricidad. En la misma línea de trabajo, los Estados miembros adoptarán medidas adecuadas para promover la implantación y despliegue de redes de transporte y distribución, redes inteligentes e instalaciones de almacenamiento, a fin de hacer posible el funcionamiento seguro del sistema eléctrico, teniendo en cuenta el futuro desarrollo de la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, incluidas las interconexiones entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países. Vid. arts. 15 y 16.2 de la Directiva 2009/28/CE.

⁷⁸⁶ Vid. A. PARENTE, *Principios de Derecho Europeo de la Energía*, op. cit., p. 88.

relevancia estratégica que tiene el sector energético, y en particular el suministro eléctrico, para el desarrollo económico y el progreso social. Los Estados, como garantes del bienestar de sus poblaciones respectivas, han mostrado una fuerte reticencia a ceder sus competencias regulatorias sobre este sector estratégico, tan vinculado a su soberanía.

El hito decisivo que consigue abrir brecha en este planteamiento tradicional es el lanzamiento del *mercado interior*. El objetivo del mercado interior debía abarcar también a las actividades del sector energético, puesto que se trata de un *input* fundamental para muchas industrias.

Se consideraba que la liberalización debía ser gradual y respetuosa en lo posible con objetivos nacionales de interés general, por lo que se adoptó un enfoque progresivo por etapas, introduciendo además una serie de mecanismos de flexibilización que permitieran evitar situaciones de bloqueo ocasionadas por diferencias irreductibles entre los Estados miembros. Estas etapas vienen señaladas básicamente por la aprobación sucesiva de tres Directivas sobre *normas comunes para el mercado interior de la electricidad*⁷⁸⁷.

En el marco del proceso descrito hemos de contextualizar asimismo las disposiciones del Tratado de Lisboa, y en particular el art. 194 que introduce en el texto del TFUE. Este precepto inscribe expresamente la definición de la

⁷⁸⁷ Como ya hemos indicado, estas Directivas son las siguientes: la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad; la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE; y la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

política energética común “en el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior”. Con ello se reconoce al máximo nivel normativo - Derecho originario o de los Tratados- que *la construcción del mercado interior de la energía es el eje principal de desarrollo de una política energética común.*

Desde una perspectiva estructural o estática, hemos procedido al análisis de las *herramientas jurídicas* empleadas para la construcción del mercado interior de la electricidad.

En primer lugar, destaca la regulación de las actividades vinculadas al suministro eléctrico: *generación, transporte, distribución y comercialización.*

Por lo que se refiere a la *generación*, se reconoce como actividad libre o competitiva, sometida al régimen de *autorización* administrativa reglada, sin perjuicio de la posibilidad de arbitrar procedimientos de *licitación* de capacidad adicional para la atención de determinadas obligaciones de servicio público. El objetivo inmediato que se persigue es la constitución de un mercado de producción organizado (*pool*) de energía eléctrica, en el que se lleva a cabo una contratación multilateral, al contado y con formación de precios marginales del sistema, todo ello en orden a la liberalización del segmento mayorista.

El *transporte* y la *distribución* tienen el carácter de actividades reguladas por su estricta dependencia de la red para la conducción de la energía hasta el consumidor final, lo que a su vez determina su estructura industrial de monopolio natural a causa de las elevadas inversiones en construcción y

mantenimiento de la infraestructura que exige su correcto desempeño. Las normas comunitarias tratan de restringir los efectos del monopolio natural de la red mediante una serie de disposiciones destinadas a lograr su *gestión neutral* y la garantía del *acceso para terceros* (ATR).

Finalmente, el proceso culmina con la liberalización del segmento minorista y el desarrollo de la actividad de *comercialización* en régimen de libre competencia, reconociéndose a todos los consumidores el derecho de elegir a su proveedor de suministro eléctrico.

Desde un punto de vista institucional, el mercado de la electricidad se apoya en último término en dos organismos que desempeñan actividades de coordinación imprescindibles para asegurar el correcto funcionamiento del sistema eléctrico: el *operador del mercado* y el *operador del sistema*. En atención a la relevancia de estas funciones para todo el sistema, tienen la consideración legal de actividades reguladas y su desempeño se atribuye a sociedades mercantiles con ese objeto social exclusivo, sujetas también al *unbundling* con respecto a las actividades de producción y comercialización.

La herramienta clave en la arquitectura jurídica del mercado interior de la electricidad es, sin duda, el derecho de *acceso de terceros a la red* (ATR). El acceso de terceros a la red tiene la virtualidad de hacer efectiva la libertad de establecimiento y de prestación de servicios de suministro y, en consecuencia, el funcionamiento del mercado interior de la electricidad. Las normas comunitarias habían previsto en un primer momento tres posibles instrumentaciones del acceso a la red: los sistemas de *comprador único* (CU),

acceso negociado y *acceso regulado*. Finalmente, se ha impuesto el sistema de acceso a la red *regulado* como el más idóneo para promover una efectiva apertura del mercado a la competencia.

Una condición necesaria para el ejercicio del derecho de acceso a la red es lograr que la gestión de ésta se desarrolle en términos de *neutralidad e independencia*. Con esta finalidad, la regulación comunitaria establece dos herramientas jurídicas adicionales: la *separación de actividades (unbundling)* y la institución de *autoridades reguladoras nacionales*.

Una empresa operante en todas las fases del ciclo de explotación de la energía eléctrica (empresa verticalmente integrada), con el propósito de obtener beneficios monopolísticos, tiende a recurrir a la práctica de las *subvenciones cruzadas* y a emprender acciones discriminatorias con respecto a las demás operadoras. Con el fin de evitar esta contaminación de costes, se establece, en primer lugar, el *unbundling contable* entre las distintas actividades desarrolladas por estas compañías. En una segunda etapa, se establece el *unbundling jurídico y funcional* para impedir actuaciones discriminatorias en la gestión de la red, de modo que ésta se lleve a cabo por personas jurídicas diferenciadas y dotadas de autonomía operativa en el desempeño de sus cometidos. Por último, se llega a exigir el *unbundling patrimonial* o de la propiedad, separando la titularidad de la gestión de la red con el fin de evitar los conflictos de intereses que se encuentran en la raíz de las prácticas discriminatorias frente a terceros operadores que solicitan el acceso a la red.

De modo similar, las normas comunitarias sobre el mercado interior de la energía eléctrica han promovido la institución de *autoridades reguladoras nacionales*, organismos únicos, independientes y establecidos *ad hoc*, a los que se encomiendan funciones de supervisión del buen funcionamiento del mercado y en todo caso la regulación de las tarifas de acceso a la red. Estos organismos presentan una naturaleza híbrida, operando simultáneamente como institución nacional y como articulación administrativa de la Unión Europea; con la aprobación del último *Paquete Energético* se ha reforzado este esquema de actuación en virtud de la creación de la *Agencia Europea de Cooperación de Reguladores de Energía* (ACER).

Por último, el *Tercer Paquete Energético* aprobado en julio de 2009 introduce una serie de medidas destinadas a la profundización del proceso liberalizador en el segmento *minorista* de los mercados energéticos (*retail markets*). Estas normas contienen, por una parte, la regulación estrictamente comercial de los mercados minoristas de electricidad y, por otra, la regulación de la red en relación con el funcionamiento de tales mercados.

A continuación, hemos emprendido el *análisis dinámico*, es decir, el estudio de las condiciones de funcionamiento que hacen que el mercado europeo de la energía sea competitivo, seguro y sostenible desde el punto de vista medioambiental, de modo que todos los ciudadanos puedan acceder a sus beneficios en condiciones de igualdad y no discriminación. El principio básico, fundamento de todos los demás, es el del *establecimiento y garantía de funcionamiento de un mercado interior de la energía eléctrica*. Los principios que garantizan un correcto funcionamiento del mercado interior de electricidad

son los de *solidaridad, seguridad del suministro, eficiencia energética, transparencia, no discriminación, confidencialidad, reciprocidad y protección ambiental – sostenibilidad* -.

En el sector de la energía la infraestructura de soporte esencial para la prestación del servicio de suministro es la red. La estructura industrial de monopolio natural constituye la principal barrera de entrada al mercado de la energía, por lo que la efectiva apertura de éste a la competencia exige ineluctablemente el reconocimiento del derecho de cualquier operador a *acceder a la red (ATR)*, así como la correlativa obligación legal de su propietario y/o gestor de facilitar dicho acceso.

En atención al papel decisivo que desempeña el ATR en el proceso de construcción del mercado interior de la energía eléctrica, se lleva a cabo un análisis más detallado de su regulación, naturaleza jurídica y alcance en el Capítulo IV.

CAPÍTULO IV: EL ACCESO DE TERCEROS A LA RED Y LA INTERCONEXIÓN: LAS CLAVES DE LA CONSTRUCCIÓN DE UN MERCADO EUROPEO DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA

1. La regulación del acceso a la red en el Derecho derivado de la Unión Europea.

En este epígrafe vamos a abordar el análisis de la regulación del acceso de terceros a la red (ATR) desde el punto de vista del Derecho positivo promulgado sucesivamente por las instituciones comunitarias. Trataremos con ello de ilustrar la idea de que el ATR constituye el instrumento clave para la construcción del mercado interior de la electricidad. Al mismo tiempo, este punto de vista implica un análisis contextualizado, enmarcado en la perspectiva del fin último que se persigue, y que atienda en este sentido a la mutua interacción entre las diversas herramientas jurídicas (regulación de actividades, *unbundling*, institución de autoridades reguladoras nacionales,...) en orden al buen funcionamiento del mercado interior de la electricidad.

El esquema que seguiremos vendrá marcado por el lanzamiento de los tres sucesivos *Paquetes Energéticos* de la Unión Europea, cuya exposición analítica completaremos con la evaluación intermedia de impacto llevada a cabo por la propia Comisión Europea.

El *Primer Paquete* se lanzó a partir del año 1996 y trataba de sentar las bases del proceso de liberalización de los mercados. Se materializó en la aprobación de las Directivas 96/92/CE y 98/39/CE del Parlamento Europeo y

del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas⁷⁸⁸, y culminó en el caso español con la promulgación de las Leyes 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico⁷⁸⁹ y 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. La experiencia adquirida con la aplicación de este *Primer Paquete* permitió identificar los obstáculos al funcionamiento competitivo de los mercados así como las necesidades inmediatas de reforma de la regulación.

⁷⁸⁸ “La Directiva 96/92 pone en conexión las libertades de circulación comunitarias con la necesidad de reorganización del sector eléctrico hacia un mercado competitivo; reconociendo por tanto en el sector, la necesidad del derecho de establecimiento; la libre circulación de mercancías, y con ello la supresión de los obstáculos a la importación y exportación, y la libertad de acceso como elemento necesario para garantizar la competencia en la industria de red, tal y como había sido reconocido para el sector de las telecomunicaciones, y luego se hiciera en el transporte aéreo o los servicios postales, entre otros. La configuración de las libertades comunitarias de circulación y el derecho de competencia, bajo la excepción singular prevista en los servicios económicos de interés general, fueron los pilares jurídicos del modelo. Asimismo, se inició la senda de organización del citado acceso en mercados mayoristas e instituyó la separación de actividades como presupuesto necesario del acceso en igualdad de condiciones, evitando la transferencia de rentas en empresas verticalmente integradas y, con ello, la distorsión de los mecanismos competitivos en tales actividades. La Directiva eléctrica corrió en paralelo a la redacción de la Directiva gasista, inspiradas en idéntico objetivo y animadas en su materialización por principios jurídicos y técnicas de regulación similares, cuando no idénticos. Este fenómeno de proximidad material de los dos principales textos comunitarios de liberalización energética (Directivas eléctrica y gasista) no ha hecho más que acentuarse en los dos paquetes legislativos subsiguientes, el del 2003 y, el actualmente vigente de 2009. Aunque las primeras Directivas requerían únicamente un determinado nivel de apertura en función de las opciones y umbrales de elegibilidad que determinaba, del orden del 41 % del mercado, la realidad mostró que una buena parte de los Estados miembros superaron las previsiones de mínimos y siete de ellos llevaron a cabo una liberalización más amplia, al menos en su configuración formal, que la requerida por la norma europea”. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, ¿Hacia una Directiva del Mercado Interior de la Energía?, *op. cit.*, pp. 8-9.

⁷⁸⁹ “La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, constituye o tiene como fin básico establecer una transposición completa de la Directiva comunitaria y por tanto del modelo liberalizador previsto en el ámbito de la Unión Europea, tras la incompleta transposición operada con la LOSEN. Así, como señala el propio texto «se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, sustituyéndola por la expresa garantía de suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional. La explotación unificada del sistema eléctrico deja de ser un servicio de titularidad estatal desarrollado por el Estado mediante una sociedad de mayoría pública y sus funciones son asumidas por dos sociedades mercantiles y privadas, responsables respectivamente de la gestión económica y técnica del sistema». En conclusión, se configura un nuevo modelo eléctrico basado en: a) la libertad de entrada en el sector, vía derecho de establecimiento y liberalización de las actividades de producción y comercialización; b) el reconocimiento de la libre contratación del suministro de electricidad; c) el establecimiento de la apertura jurídica de las redes a través de mecanismos jurídicos que habiliten a terceros operadores a acceder al paso por las infraestructuras de transporte y distribución, a cambio de un peaje o precio administrativo”. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *La problemática jurídica del Sector Eléctrico*, *op. cit.*, pp. 291-292.

El *Segundo Paquete* fue lanzado en el año 2003 y pretendía profundizar en la apertura de los mercados energéticos. Se tradujo en la aprobación de las Directivas 2003/54/CE y 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas, que a su vez derogaban las Directivas del *Primer Paquete*; el Reglamento (CE) núm. 1228/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad; y el Reglamento (CE) núm. 1775/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural. Este *Segundo Paquete* se transpuso al ordenamiento jurídico español con la promulgación de las Leyes 17/2007 y 12/2007, que reformaban las Leyes del Sector Eléctrico y del Sector de Hidrocarburos⁷⁹⁰.

El *Tercer Paquete* constituye la última reforma – hasta la fecha - de la regulación comunitaria sobre el mercado interior de la energía (13 de julio de 2009), dirigida a la remoción de los obstáculos persistentes al logro de este

⁷⁹⁰ “En el segundo proyecto liberalizador, el de 2003, nos encontramos ante una novedad formal. No estamos ante una nueva revisión de una Directiva, sino ante un conjunto normativo formado por una Directiva y un Reglamento o dos Directivas y dos Reglamentos, si sumamos la regulación gasista a la eléctrica. Este punto no es banal, ya que no se trata tan sólo de una recomposición formal del cuadro de regulación energético en estas materias, sino de una intencionada reordenación, por un lado revisora de la Directiva precedente, y por otro, impulsora de tres elementos principales: el acceso a las redes; la resolución de las congestiones (ad extra del marco de la Directiva); y el reforzamiento de las competencias y funciones de las autoridades independientes de regulación, pero a través de normas de distinta naturaleza, caracteres y efectos. (...). Por otro lado, debemos recordar que la Directiva del 2003, a cuya transposición responden las leyes energéticas hoy aún vigentes a nivel nacional, insiste en dos ideas principales: la remoción de obstáculos «preexistentes», y el objetivo de realización «plena» y «efectiva», es decir, sin asimetrías, del mercado interior eléctrico. Desde la perspectiva técnico-jurídica, avanzó en algunos extremos, como la consolidación de la técnica autorizatoria en relación al concurso a la hora de proceder a la asignación de nueva capacidad, estableciendo, a tales efectos, un procedimiento reglado en el que aspectos relativos a la ordenación del territorio, defensa del medio ambiente o eficiencia energética, ganan protagonismo. (...). Cabe afirmar que ni la Directiva 2003/54/CE ni la Ley 17/2007 han supuesto un cambio radical respecto a las bases para la creación del mercado interior de la electricidad, ya recogidas en la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo. Y que tampoco se han cumplido plenamente los objetivos que se habían marcado, habiéndose abierto más de cincuenta expedientes de infracción a nivel comunitario durante este período. Existiendo, a su vez, graves defectos de transposición en nuestro ordenamiento, como la figura de los clientes vulnerables”. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *¿Hacia una Directiva del Mercado Interior de la Energía?*”, op. cit., pp. 9-10.

objetivo. En su virtud, se han aprobado las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural, que a su vez derogan las Directivas del *Segundo Paquete*; el Reglamento (CE) núm. 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía (ACER); el Reglamento (CE) núm. 714/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad, que a su vez deroga el Reglamento (CE) núm. 1228/2003; y el Reglamento (CE) núm. 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural, que a su vez deroga el Reglamento (CE) núm. 1775/2005⁷⁹¹. La transposición de este *Tercer Paquete* al ordenamiento jurídico español se ha llevado a cabo recientemente en virtud de la aprobación del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen Directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista⁷⁹².

⁷⁹¹ “El tercer paquete de medidas liberalizadoras lo integran no dos, como el anterior, sino tres normas: la Directiva 2009/72/CEC, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la anterior de 2003, y los Reglamentos de condiciones de acceso y el que regula las autoridades independientes de supervisión. En este nuevo bloque destaca la regulación de la separación de actividades; el reforzamiento de los poderes e independencia de los reguladores nacionales; la coordinación de los reguladores nacionales y los operadores de redes; la mejora de la transparencia en las transacciones en el mercado. Pero también se abordan otros muchos temas, desde la organización de mercados, los procedimientos autorizatorios, o los clientes vulnerables, hasta la creación de la figura del Defensor del Pueblo para el sector, los «smart meters», o la irrupción del concepto de «pobreza energética»”. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *¿Hacia una Directiva del Mercado Interior de la Energía?*”, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁹² V. LÓPEZ-IBOR MAYOR ya había alertado en su conferencia de reiterada cita *¿Hacia una Directiva del Mercado Interior de la Energía?* – 4 de mayo de 2011 –, p. 12, sobre este punto de la necesaria transposición en un plazo hábil, es decir, en el señalado en la propia Directiva: “Las Directivas correspondientes al tercer paquete no se han transpuesto aún a nuestro ordenamiento – ni la relativa al

En este mismo Capítulo, continuaremos la exposición con el análisis de la regulación comunitaria de la interconexión, entendida como modalidad del acceso a la red destinada específicamente al comercio transfronterizo de electricidad. Todo ello nos permitirá abordar la cuestión de la naturaleza jurídica del acceso a la red para poder finalmente extraer conclusiones sobre la función primordial que desempeña este instrumento en el proceso de construcción de un mercado interior europeo de la electricidad.

1.1. El debate sobre los mecanismos de liberalización: los sistemas de acceso de terceros a la red (ATR) y comprador único (CU).

En el Consejo Europeo de Energía de 2 de junio de 1984 se acordó incluir las reglamentaciones vigentes en materia de energía en la lista de obstáculos a vencer con vistas a la realización del mercado interior el 1 de enero de 1993. En consecuencia, el 18 de febrero de 1986, cuando los Estados miembros de la Comunidad Europea decidieron, por la firma del Acta Única, finalizar la realización del mercado interior antes del 31 de diciembre de 1992 para aquellos productos o servicios donde no existiera todavía, el sector eléctrico era uno de los sectores afectados. Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Acta Única, y con el fin de avanzar en la realización del mercado interior eléctrico, se aprobaron dos Directivas, bajo el impulso del comisario CARDOSO, la Directiva 90/377/CEE del Consejo, de 29 de junio de

régimen renovable -, a pesar de haber vencido el plazo establecido para ello, lo que no sólo es criticable, sino sancionable. No podemos ignorar que aunque, como en el caso de las Directivas anteriores, hubiera razones que explicaban el retraso en la transposición, ello no habilitaba el que estuviera justificado, pudiéndose activar el correspondiente recurso de incumplimiento. La transposición es condición de eficacia de las normas, y por tanto alguien puede pensar, en sintonía con la doctrina FACCINI DORI, que «el Estado puede sacar ventaja de haber ignorado el Derecho comunitario, y activar la reclamación correspondiente»”.

1990, relativa a un procedimiento comunitario que garantice la transparencia de los precios aplicables a los consumidores finales industriales de gas y electricidad, y la Directiva 90/547/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1990, relativa al tránsito de electricidad por las grandes redes, que constituyen el primer paso efectivo hacia un mercado europeo de la electricidad. Simultáneamente, a finales de 1989, la Comisión decidió la creación de dos comités consultivos para el sector eléctrico⁷⁹³.

Uno de los puntos decisivos en las negociaciones entre la Comisión y los Estados miembros fue precisamente el relativo a los concretos mecanismos jurídicos de liberalización del sector eléctrico.

La Comisión Europea apostó, en un primer momento, por un sistema de *acceso de los terceros a la red negociado* (ATR negociado). Este sistema comportaba la creación de un operador del sistema responsable de la gestión y del correcto funcionamiento del mismo. Los productores podrían vender directamente a los consumidores negociando el acceso a la red con el operador para determinar el peaje a pagar. Los consumidores cualificados⁷⁹⁴ podían así buscar las mejores ofertas dentro y fuera del sistema eléctrico nacional heredado del modelo tradicional de regulación.

⁷⁹³ Vid. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *La liberalización del Sector Eléctrico: perspectiva jurídica*, op. cit., pp. 195-197

⁷⁹⁴ Los consumidores *cualificados*, como ya hemos señalado reiteradamente, son aquellos que superan un determinado umbral de consumo y pueden contratar libremente, sin sujeción obligatoria al contrato de suministro integrado o *a tarifa*, todo ello en tanto no culmine el proceso de liberalización, momento en que todos los consumidores adquieren la condición de cualificados y pueden contratar libremente el suministro con cualquier operador.

Francia defendió la pervivencia de un sistema alternativo de *comprador único* (CU). En este sistema se parte de la creación de una única entidad encargada de gestionar y garantizar la seguridad de la red y de realizar todas las operaciones de compra y venta de energía que implicase el área de cobertura de la red, dejando un ámbito muy reducido a la contratación de suministradores extranjeros o independientes⁷⁹⁵. Todos los productores venden al CU mediante un sistema de ofertas competitivas, al tiempo que todos los consumidores compran al CU. Con ello se permitía una cierta competencia entre productores, pero se negaba a los consumidores la posibilidad de elección de proveedor.

Con el fin de adoptar una decisión definitiva se recabaron dos informes. Por parte de la Comisión se solicitó informe al *Energiewirtschaftliches Institut* de la Universidad de Colonia, mientras que la industria eléctrica británica acudió al *National Economic Research*. La conclusión de ambos informes es clara e inequívoca: el ATR y el CU no son modelos equivalentes de apertura del mercado eléctrico, ya que el CU impone graves restricciones a la competencia⁷⁹⁶.

⁷⁹⁵ El CU tenía como funciones la planificación de las necesidades de producción y transporte, la contratación a largo plazo de la capacidad de producción para cubrir la demanda futura mediante licitación y el control de la entrada en funcionamiento de las diversas centrales mediante criterios económicos. El CU ostentaba además la potestad de ordenación de la política energética nacional, las exportaciones, las importaciones y la actividad de producción eléctrica.

⁷⁹⁶ El informe del *National Economic Research* manifestaba que el sistema de CU consagraba en la práctica un *monopsonio*, esto es, una situación comercial en que hay un solo comprador para un determinado producto o servicio, que carecía de toda justificación. Desde el punto de vista económico, se producía un nivel de eficiencia inferior en la asignación de los recursos al eliminar la libertad de elección de los consumidores. Por otra parte, los Gobiernos podían introducir, excusándose en los requerimientos de este sistema, medidas de política energética que fuesen más allá de la garantía de la seguridad y la calidad del suministro, favoreciendo por ejemplo la producción nacional y obstaculizando la creación de un auténtico mercado interior de la energía. El sistema de CU restringe la competencia, salvo en relación con la actividad de generación. Sin embargo, la plena efectividad de la apertura del mercado de generación depende del acceso de todos los productores a los servicios de transporte y distribución de la

Partiendo de estas premisas, la Comisión postuló la necesidad de introducir algunos elementos correctivos en el modelo de CU para compatibilizarlo con la garantía de las libertades del Tratado y permitir la reciprocidad con el ATR. Entre otros aspectos, la Comisión hizo hincapié en la necesidad de garantizar la libertad de los consumidores para concluir contratos de suministro, la transparencia y la apertura en relación con la importación y la exportación de electricidad, la separación (*unbundling*) de las actividades desarrolladas por el CU, con el fin de evitar decisiones discriminatorias, así como la libertad de construcción de líneas eléctricas.

1.2. Regulación del acceso a la red en la Directiva 96/92/CE: una solución de compromiso.

La apertura del sector eléctrico a la competencia tiene como punto de partida la liberalización de la actividad de generación. La Directiva 96/92/CE señala que “*para la construcción de nuevas instalaciones generadoras, los*

energía en condiciones de igualdad. La competencia en la actividad de generación trata de garantizarse mediante la articulación de un procedimiento concurrencial de ofertas en el que el acceso al mercado sólo puede darse cuando el CU ha establecido la capacidad necesaria. La libertad de establecimiento queda igualmente mediatizada al restringir la producción con la previa determinación de capacidad y la organización centralizada del procedimiento de oferta. Nada impide, por otro lado, que el operador de la red forme parte de una empresa verticalmente integrada, por lo que no existen garantías eficaces de que el CU opere de forma imparcial. Las actividades de generación y suministro se canalizan íntegramente a través del CU y se elimina cualquier tipo de competencia en la actividad de distribución, impidiendo la negociación entre distribuidores y suministradores y, por ende, la posibilidad de elección de los consumidores. El CU asume simultáneamente funciones comerciales - que dan lugar, como ya se ha señalado, a un auténtico *monopsonio* - y regulatorias, como la determinación de la capacidad necesaria o de los combustibles admisibles para la actividad de generación. El CU ostenta asimismo el monopolio sobre las importaciones y las exportaciones de energía eléctrica, por lo que es difícil evitar posibles decisiones discriminatorias que favorezcan la producción nacional. La coexistencia de los modelos de CU y ATR, concluye el informe de *National Economic Research*, sólo sería posible si existiese reciprocidad entre ellos, lo que a su vez exigía que el sistema de CU garantizase la libertad de establecimiento para todos los productores de la Unión Europea y la libertad de cualquier productor de elegir y aprovisionar a sus clientes, así como la libertad de cualquier distribuidor o gran consumidor de elegir sus fuentes de aprovisionamiento. Vid. J. DE LA CRUZ FERRER, *El mercado interior de la electricidad: perspectiva jurídica*, op. cit., pp. 37-40.

Estados miembros podrán optar entre un procedimiento de autorización o de licitación”, si bien “tanto las autorizaciones como las licitaciones deberán seguir criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios”⁷⁹⁷. La eficacia de esta medida liberalizadora depende, no obstante, del acceso de los nuevos productores a las redes de transporte y distribución en condiciones tales que permitan la libre elección de suministrador por parte de los consumidores, para lo cual es preciso garantizar la gestión independiente de dichas redes y la separación entre las diversas fases del suministro en las empresas verticalmente integradas.

Por otra parte, la Directiva 96/92/CE consagra el principio de *gestión independiente* de las redes de transmisión y distribución de energía eléctrica, con el fin de garantizar simultáneamente el derecho de los sujetos o empresas de acceder –mediante el pago del correspondiente precio- a las redes y la seguridad y calidad del suministro de energía eléctrica⁷⁹⁸. En virtud de este principio, se encomienda a los gestores de las redes de transmisión y distribución de energía eléctrica *“la explotación, el mantenimiento y, en su caso, el desarrollo de la red de transmisión/distribución en una zona determinada, así como de sus interconexiones con otras redes, para garantizar la seguridad del abastecimiento”*.

Por otro lado, la Directiva 96/92/CE establece que

“las empresas eléctricas integradas llevarán en su contabilidad interna cuentas separadas para sus actividades de generación, transmisión y distribución y, en su caso, de

⁷⁹⁷ Vid. art. 4 de la Directiva 96/92/CE.

⁷⁹⁸ Vid. arts. 7.1 y 10.2 de la Directiva 96/92/CE.

*forma consolidada para otras actividades no eléctricas tal como se les exigiría si dichas actividades fueran realizadas por empresas distintas, a fin de evitar las discriminaciones, las subvenciones cruzadas y los falseamientos de la competencia. Incluirán un balance y una cuenta de resultados por cada actividad*⁷⁹⁹.

La Directiva comunitaria opta en este punto por un compromiso de mínimos, exigiendo el *unbundling* contable entre actividades libres y actividades reguladas, muy lejos todavía de las propuestas de separación jurídica o incluso patrimonial que se barajaron durante las negociaciones y que fueron adoptadas por la legislación de algunos Estados miembros.

En el capítulo VII de la Directiva 96/92/CE se regula la organización del *acceso a la red*. Dicha organización puede responder a los siguientes modelos:

-*Acceso negociado*: las compañías eléctricas y los clientes cualificados, interiores y exteriores al territorio que abarque la red, negocian el acceso a ésta para celebrar contratos de suministro entre sí mediante acuerdos voluntarios.

-*Acceso mediante sistema de comprador único*: los Estados miembros designarán una persona jurídica en calidad de comprador único dentro del territorio que abarque la red, que asumirá “*la responsabilidad de la gestión unificada de las redes de transmisión y/o de la compra y de la venta centralizadas de la electricidad*”⁸⁰⁰.

- *Acceso a la red regulado*: procedimiento que reconoce a los clientes cualificados un derecho de acceso, con arreglo a las tarifas publicadas para la utilización de las redes de transmisión y de distribución, en términos como mínimo equivalentes a los de los otros procedimientos de acceso.

⁷⁹⁹ *Vid.* art. 14.3 de la Directiva 96/92/CE.

⁸⁰⁰ *Cfr.* art. 2, apdo. 22, de la Directiva 96/92/CE.

En consecuencia, el régimen jurídico del acceso de terceros a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica se articuló en torno a una solución de compromiso, que permitía la coexistencia de los dos modelos de ATR y CU sobre la base de que debían *“dar lugar a resultados económicos equivalentes y, por consiguiente, a un nivel directamente comparable de apertura de mercados y un grado directamente comparable de acceso a los mercados de la electricidad”*⁸⁰¹.

Para todos los supuestos, la Directiva 96/92/CE dispone que *“el gestor de la red de transmisión o de distribución podrá denegar el acceso en caso de que no se disponga de la capacidad necesaria. La denegación deberá motivarse y justificarse, en particular por lo que respecta al artículo 3”* (arts. 17.5 y 18.4). El acceso de terceros a la red sólo puede ser denegado, en consecuencia, por imposibilidad material de evacuación o saturación de las líneas existentes⁸⁰².

Finalmente, la Directiva 96/92/CE dispone, con carácter provisorio, que

*“la Comisión revisará la aplicación de la presente Directiva y presentará un informe sobre la experiencia adquirida, en cuanto al funcionamiento del mercado interior de la electricidad y la aplicación de las normas generales mencionadas en el artículo 3, con objeto de que el Consejo y el Parlamento Europeo, a la vista de la experiencia obtenida, puedan considerar, en su momento, la posibilidad de una mayor apertura del mercado a los nueve años de la entrada en vigor de la Directiva, teniendo en cuenta la coexistencia de los sistemas a que se refieren los artículos 17 y 18”*⁸⁰³.

⁸⁰¹ Vid. 3.1 de la Directiva 96/92/CE.

⁸⁰² Esta cláusula no deja de ser razonable, pero dado que se parte de un monopolio de la red por parte de empresas verticalmente integradas existe un peligro cierto de bloqueo de la competencia en la actividad de generación en la medida en que dichas empresas se resistan a asumir compromisos de desarrollo y ampliación de las infraestructuras existentes. Por este motivo, la Directiva establece como obligación de los gestores de las redes de transporte y distribución el desarrollo de las mismas en una zona determinada (arts. 7.1 y 10.2).

⁸⁰³ Vid. art. 26 de la Directiva 96/92/CE.

Este precepto no hace sino poner de relieve el carácter continuo y progresivo del proceso de construcción del mercado interior de la energía. Las normas comunes del mercado interior de la electricidad establecen siempre mecanismos de *feed back* con el fin de evaluar el impacto de las sucesivas regulaciones y contar con los datos necesarios para ajustarlas o rectificarlas en un sentido de mayor eficacia⁸⁰⁴.

1.3. Un primer balance de la regulación del acceso a la red en relación con la construcción del mercado interior de la electricidad.

Con fecha de 13 de marzo de 2001 la Comisión de las Comunidades Europeas aprobó una Comunicación sobre la realización del mercado interior de la energía dirigida al Parlamento Europeo y al Consejo junto con dos propuestas, una de Directiva por la que se modificaban las Directivas 96/92/CEE y 98/30/CEE sobre normas comunes para los mercados interiores de la electricidad y del gas natural, y otra de Reglamento relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴ Sobre el análisis económico del impacto normativo *vid.* C. PAZ-ARES, *La Economía Política como jurisprudencia racional*, *op. cit.*, pp. 610, 624 y ss.; S. PASTOR PRIETO, *Sistema jurídico y Ciencias Sociales: Análisis Económico del Derecho y jurimetría*, *op. cit.*, pp. 275 y ss; y también J. PONCE SOLÉ, *¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial*, *op. cit.*, pp. 211 y ss.

⁸⁰⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Realización del mercado interior de la energía*. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 96/92/CE y 98/30/CE sobre normas comunes para los mercados interiores de la electricidad y del gas natural. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad (presentados por la Comisión). COM (2001) 125 final [2001/0077 (COD) y 2001/0078 (COD)]. Bruselas, 13 de marzo de 2001.

En dicha Comunicación la Comisión efectuaba un balance del período de vigencia de las Directivas 96/92/CE y 98/30/CE, a partir del cual proponía una serie de pautas para la plena liberalización de los sectores de la electricidad y el gas natural y la consolidación del mercado interior europeo de la energía.

En relación con las actividades del sector eléctrico, se constató que la gran mayoría de los Estados miembros superaba los umbrales mínimos de apertura fijados en la Directiva 96/92/CEE y que algunos habían apostado decididamente por la apertura total del mercado (Alemania, Finlandia, Reino Unido y Suecia), si bien se constataban diferencias considerables en el grado de apertura que dificultaban el establecimiento de condiciones de mercado verdaderamente equitativas.

Por otra parte, la Comisión señalaba que una clara mayoría de los Estados miembros había optado por las medidas estructurales de acompañamiento de la apertura que mejor se compaginaban con el fomento de una auténtica competencia: sistema de ATR regulado, procedimiento de autorización para las nuevas instalaciones de generación, separación jurídica total de los gestores de la red de transporte y creación de autoridades reguladoras independientes.

La apertura del mercado es importante, pero para que sea eficaz en la práctica es necesario garantizar el acceso equitativo y no discriminatorio a la red. En este sentido, la Comisión afirma que la opción por el acceso de terceros a la red sobre la base de tarifas publicadas y no discriminatorias (ATR

regulado) no solo es favorable, sino necesaria para garantizar una competencia eficaz. El sistema de CU restringe abiertamente la competencia, mientras que en el sistema de ATR negociado no queda suficientemente garantizado el acceso en condiciones objetivas y no discriminatorias, puesto que la contratación libre de las condiciones de acceso a la red se produce en el marco de la posición de dominio ostentada por las empresas verticalmente integradas titulares de la red.

En relación con la actividad de generación, la Comisión indicaba que el procedimiento de autorización reglada se ajusta mejor a la idea de liberalización, mientras que el procedimiento de licitación resulta más restrictivo, salvo como medida de apoyo por motivos de seguridad del suministro.

Por otra parte, el acceso equitativo se consideraba más probable si se garantizaba una separación funcional entre la explotación de los sistemas de transporte y distribución (que hasta ese momento correspondía a empresas verticalmente integradas) y los demás intereses comerciales, en particular los aspectos de producción y suministro. La Comisión propuso que los Estados miembros garantizaran, como mínimo, que el transporte se efectuara por medio de una filial, independiente desde el punto de vista jurídico y funcional de las actividades de producción y venta de la empresa matriz. Las personas responsables de la gestión de la red de transporte no podrían participar en estructuras de la empresa responsables, directa o indirectamente, de la gestión de las actividades de producción y suministro del grupo integrado. El gestor de la red de transporte debía establecer un *programa de cumplimiento* en el que

se recogieran las medidas adoptadas para garantizar que se excluían en todo caso las conductas discriminatorias.

También se apuntó la conveniencia de establecer una separación similar en relación con la actividad de distribución. En la medida en que se avanzase en la apertura del mercado, la independencia en la gestión de las redes de distribución iba a cobrar tanta o más importancia que la independencia en la gestión de las redes de transporte⁸⁰⁶.

Por último, la Comisión insistió en el papel fundamental que las autoridades reguladoras nacionales estaban llamadas a desempeñar en relación con la garantía de un acceso no discriminatorio a la red, mediante la fijación y/o aprobación de las condiciones de dicho acceso y en particular de las tarifas por los servicios de transporte y distribución antes de su entrada en vigor. Dicha aprobación podía efectuarse a propuesta de los gestores de las redes de transporte y distribución, o en función de una propuesta acordada entre éstos y los usuarios de la red.

1.4. Avance y profundización en el proceso de liberalización: la regulación del acceso a la red en la Directiva 2003/54/CE.

La experiencia adquirida con la aplicación de la Directiva 96/92/CE puso de manifiesto las ventajas que podían derivarse del mercado interior de la electricidad, en lo que se refiere a mayor eficacia, reducciones de los precios,

⁸⁰⁶ En este punto, la Comisión señaló el año 2003 como límite para la separación jurídica de los gestores de las redes de distribución, sin perjuicio de la posibilidad de los Estados miembros de establecer un umbral *de minimis*, ya que podría resultar desproporcionado imponer esta obligación de separación a las pequeñas empresas locales de distribución.

mejora de la calidad del servicio y mayor competitividad. Sin embargo, subsistían deficiencias importantes y era posible mejorar el funcionamiento de este mercado, siendo en particular necesarias medidas concretas para garantizar unas condiciones equitativas en el ámbito de la generación y para reducir el riesgo de que apareciesen posiciones dominantes y comportamientos abusivos. En este contexto, era necesario establecer una regulación básica de las tarifas de transporte y distribución, de modo que fueran aprobadas y publicadas con carácter previo a su entrada en vigor con el fin de asegurar un acceso no discriminatorio a la red. En la misma línea, esta regulación debía velar de modo particular por la protección de los clientes vulnerables y promover la publicación de la información disponible sobre las fuentes de energía empleadas para la producción de electricidad, así como sobre su impacto medioambiental⁸⁰⁷.

Los principales obstáculos para la realización de un mercado interior plenamente operativo y competitivo estaban relacionados, entre otros aspectos, con el acceso a la red, las cuestiones de tarificación y los distintos grados de apertura de los mercados entre los Estados miembros⁸⁰⁸.

⁸⁰⁷ El Consejo Europeo, reunido en Lisboa los días 23 y 24 de marzo de 2000, solicitó medidas urgentes para la aceleración del proceso liberalizador con vistas a la plena realización de los mercados interiores de la electricidad y el gas. En su resolución sobre el segundo informe de la Comisión acerca de la liberalización de los mercados de la energía, el Parlamento Europeo solicitó de la Comisión que adoptara un calendario detallado para el cumplimiento de unos objetivos rigurosamente definidos, destinados a alcanzar, de forma progresiva pero total, dicho objetivo. Cfr. Considerandos (2) y (3) de la Directiva 2003/54/CE.

⁸⁰⁸ Cfr. Considerandos (5) y ss. de la Directiva 2003/54/CE.

Para que los mecanismos de la competencia funcionasen correctamente era preciso instrumentar y garantizar un *acceso a la red* no discriminatorio, transparente y a precios razonables.

Con el fin de lograr la culminación del proceso de construcción del mercado interior de la electricidad, se consideraba primordial que los gestores de redes de transporte y distribución permitieran el acceso a éstas en condiciones no discriminatorias. A fin de garantizar un acceso eficaz y no discriminatorio a la red, es conveniente que, en caso de que existan empresas verticalmente integradas, las redes de distribución y transporte se gestionen a través de entidades jurídicamente independientes⁸⁰⁹.

En este sentido, era preciso garantizar la independencia de los gestores de redes de transporte y distribución, especialmente respecto a intereses de generación y de suministro. En consecuencia, debían establecerse estructuras de gestión independientes entre los gestores de redes de transporte y distribución y las compañías dedicadas a actividades de generación o de suministro eléctrico⁸¹⁰.

⁸⁰⁹ En este contexto, se consideraba útil que los gestores de redes de transporte y de distribución tuvieran poder efectivo de decisión sobre los activos necesarios para gestionar, mantener y desarrollar las redes cuando la propiedad y la gestión de los activos correspondieran a una empresa verticalmente integrada. En línea con este planteamiento, se postulaba un mecanismo en virtud del cual la Comisión debía evaluar las medidas de efecto equivalente desarrolladas por los Estados miembros para alcanzar estos objetivos y en su caso presentar propuestas para la modificación de la regulación establecida por las normas comunitarias.

⁸¹⁰ Es importante distinguir entre esta separación jurídica y la separación en un sentido fuerte, es decir, el *unbundling* patrimonial o de la propiedad. La separación jurídica no implica un cambio en la propiedad de los activos y nada impide el empleo de condiciones similares o idénticas que se apliquen en toda la empresa verticalmente integrada. Para que todo el proceso sea efectivamente no discriminatorio es necesario arbitrar medidas organizativas respecto de la independencia de los responsables de la adopción de decisiones - cfr. Considerandos (7) y (8) de la Directiva 2003/54/CE -. Aunque la Directiva 2003/54/CE no se ocupa en general de cuestiones de propiedad, se dispone expresamente que cuando una empresa lleve a cabo actividades de transporte o distribución y esté separada en su forma jurídica de las

La existencia de una regulación eficaz, aplicada por una o más autoridades reguladoras nacionales, constituye un elemento importante para garantizar la existencia de condiciones no discriminatorias de acceso a la red. Por esta razón, se encomendaba a los Estados miembros la definición concreta de las funciones, competencias y potestades administrativas de las autoridades reguladoras. En este sentido, era importante que las autoridades reguladoras en todos los Estados miembros compartieran un mismo conjunto de competencias básicas. Las competencias de estas autoridades debían incluir la determinación o aprobación de las tarifas de transporte y distribución o, al menos, de la metodología de cálculo de su importe. Para evitar la incertidumbre y la pérdida de tiempo y dinero en litigios, dichas tarifas debían publicarse en todo caso antes de su entrada en vigor⁸¹¹.

La nueva Directiva 2003/54/CE se inscribía así en el marco del proceso de construcción del mercado interior de la electricidad, consolidando las etapas anteriores y apuntando a una más profunda liberalización, sin perjuicio del reconocimiento de obligaciones de servicio público en relación con la seguridad, regularidad, calidad y precio del suministro, así como de la incorporación de los requerimientos de la sostenibilidad medioambiental:

empresas que realizan actividades de generación o suministro dentro del grupo integrado, el gestor de la red designado podrá ser la misma empresa propietaria de la infraestructura – cfr. Considerando (10) de la Directiva 2003/54/CE -. El Considerando (11) dispone que, para evitar imponer una carga administrativa y financiera desproporcionada a las pequeñas empresas de distribución, los Estados miembros podían eximirlos, cuando fuera necesario, de los requisitos de separación jurídica.

⁸¹¹ En esta línea de trabajo, la Comisión había anunciado ya su intención de crear un grupo de autoridades reguladoras europeas que constituiría un mecanismo consultivo adecuado para fomentar la cooperación y la coordinación entre ellas, con el fin de promover el desarrollo del mercado interior de la energía y de contribuir a una aplicación coherente, en todos los Estados miembros, de las disposiciones de la Directiva 2003/54/CE y del Reglamento (CE) núm. 1228/2003, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad.

“... los Estados miembros, de conformidad con su organización institucional y cumpliendo el principio de subsidiariedad, velarán por que las empresas eléctricas operen con arreglo a los principios de la presente Directiva, con miras a la consecución de un mercado competitivo, seguro y sostenible desde el punto de vista medioambiental de la electricidad, (...). Dentro del pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluida la eficiencia energética y la protección del clima. (...)”⁸¹².

En cuanto a la actividad de producción o generación de energía eléctrica, la Directiva 2003/54/CE establece como norma general la sujeción de los proyectos de construcción de nuevas instalaciones a un procedimiento de *autorización reglada*. Los Estados miembros debían fijar los criterios – objetivos, transparentes y no discriminatorios – para la construcción de instalaciones de generación de energía eléctrica en sus respectivos territorios⁸¹³.

La Directiva 2003/54/CE contempla, no obstante, la posibilidad de que los Estados miembros, por razones de seguridad del suministro, prevean nuevas capacidades o medidas de eficiencia energética y gestión de la demanda a través de un procedimiento de *licitación* o cualquier procedimiento equivalente en cuanto a transparencia y no discriminación con arreglo a criterios publicados⁸¹⁴. De igual forma, los Estados miembros podrán disponer

⁸¹² Vid. art. 3 de la Directiva 2003/54/CE.

⁸¹³ Estos criterios, que deberán hacerse públicos, podrán ir referidos a: i) la seguridad y la protección de las redes y de los equipos asociados; ii) la protección de la salud y la seguridad públicas; iii) la protección del medio ambiente; iv) la ordenación del territorio y la elección de los emplazamientos; v) la utilización del suelo público; vi) la eficiencia energética; vii) la naturaleza de las fuentes primarias; viii) las características particulares del solicitante, tales como capacidades técnicas, económicas y financieras; y ix) el cumplimiento de las medidas adoptadas en relación con el cumplimiento de obligaciones de servicio público. Vid. art. 6 de la Directiva 2003/54/CE.

⁸¹⁴ Sin embargo, y como muestra del avance y la profundización en el proceso de liberalización y de apertura del mercado a la competencia, se dispone expresamente que sólo podrá recurrirse a tales procedimientos de licitación si, mediante la aplicación del procedimiento de autorización, la capacidad de generación obtenida o las medidas de eficiencia energética y gestión de la demanda adoptadas no son suficientes para garantizar la seguridad del suministro.

que, por razones de protección del medio ambiente y promoción de nuevas tecnologías emergentes, se puedan adjudicar nuevas capacidades con arreglo a criterios publicados, siempre que mediante la aplicación del procedimiento de autorización la capacidad de generación obtenida o las medidas adoptadas no resulten suficientes para lograr estos objetivos⁸¹⁵.

Con respecto a los *gestores de redes de transporte y distribución* de energía eléctrica, se establece que los Estados miembros designarán o pedirán a las empresas propietarias de las redes que designen, por un período de tiempo a determinar en función de criterios de eficiencia y de equilibrio económico, uno o varios gestores de redes, que velarán por la seguridad, la fiabilidad y la eficiencia del acceso a la red, respetando el medio ambiente⁸¹⁶.

Con el fin de evitar la discriminación entre usuarios o categorías de usuarios de la red, las subvenciones cruzadas y la distorsión de la competencia, se establece, además de la *separación contable*⁸¹⁷, la *separación jurídica y funcional*, es decir, la plena independencia en cuanto a personalidad jurídica, organización y toma de decisiones entre las actividades de producción, transporte y distribución de energía eléctrica⁸¹⁸.

La regulación del *acceso a la red* alcanza un punto de inflexión con la aprobación de la Directiva 2003/54/CE. La experiencia en la aplicación de la

⁸¹⁵ Vid. art. 7 de la Directiva 2003/54/CE.

⁸¹⁶ Vid. arts. 8 y 13 de la Directiva 2003/54/CE.

⁸¹⁷ Vid. art. 19 de la Directiva 2003/54/CE.

⁸¹⁸ Vid. arts. 10 y 15 de la Directiva 2003/54/CE.

Directiva 96/92/CE había puesto de manifiesto que el sistema de *comprador único* (CU) restringía abiertamente la competencia, mientras que en el sistema de *ATR negociado* no quedaba suficientemente garantizado el acceso en condiciones objetivas y no discriminatorias, puesto que la contratación supuestamente libre de las condiciones de acceso se producía en realidad en un contexto de posición de dominio derivada del monopolio natural ostentado por las empresas verticalmente integradas titulares de la red. Por estas razones, en la Directiva 2003/54/CE el legislador comunitario opta decididamente por un sistema de *ATR regulado*, como el más acorde con el objetivo de construcción de un mercado europeo de la electricidad:

*“Los Estados miembros garantizarán la aplicación de un sistema de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución basado en tarifas publicadas, aplicables a todos los clientes cualificados de forma objetiva y sin discriminación entre usuarios de la red. (...)”*⁸¹⁹.

Se mantiene como única causa legal de denegación de acceso la falta de capacidad disponible. En línea con este planteamiento, la denegación deberá motivarse, en particular cuando se invoque el cumplimiento de obligaciones de servicio público como razón de necesaria reserva de capacidad.

La Directiva 2003/54/CE, en línea con los planteamientos esgrimidos por la Comisión como arquitectura institucional del mercado interior de la electricidad, regula con cierta extensión el régimen jurídico de las *autoridades reguladoras nacionales*⁸²⁰. Se trata de organismos designados por los Estados

⁸¹⁹ Vid. art. 20.1 de la Directiva 2003/54/CE.

⁸²⁰ Vid. art. 23 de la Directiva 2003/54/CE.

miembros, con un estatuto de completa independencia de los intereses de la industria eléctrica, que tienen como misión específica garantizar la ausencia de discriminación, una auténtica competencia y un funcionamiento eficaz del mercado, ejerciendo a tal fin una serie de funciones de supervisión.

Finalmente, la Directiva 2003/54/CE establece la revisión, con periodicidad anual, de los avances logrados en el proceso de liberalización y apertura a la competencia de los mercados eléctricos, mediante la emisión por parte de la Comisión de informes generales de situación dirigidos al Parlamento Europeo y al Consejo. Adicionalmente, se dispone que dichos informes incluirán, con periodicidad bianual, un análisis de las medidas adoptadas en los Estados miembros para cumplir las obligaciones de servicio público y una evaluación de su eficacia, especialmente por lo que respecta a sus efectos en la competencia en el mercado de la electricidad⁸²¹.

1.5. Evaluación intermedia de la regulación del acceso a la red en el Segundo Paquete Energético de la Unión Europea.

En su Comunicación de 10 de enero de 2007, titulada *Perspectivas del mercado interior del gas y la electricidad*⁸²², la Comisión señalaba que aunque el mercado interior de la energía era ya una realidad persistían numerosas disfunciones que impedían tanto a los consumidores como a las economías de los Estados miembros beneficiarse plenamente de sus ventajas.

⁸²¹ Vid. art. 28 de la Directiva 2003/54/CE.

⁸²² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Perspectivas de los mercados interiores del gas y la electricidad*. COM (2006) 841 final. Bruselas, 10 de enero de 2007.

En la práctica, la Unión Europea todavía está lejos de alcanzar el objetivo de un auténtico mercado interior en el que los consumidores comunitarios no sólo tengan el derecho teórico a elegir libremente a su proveedor de suministro eléctrico, sino que además puedan ejercer ese derecho de manera fácil y efectiva.

La separación jurídica y funcional de los gestores de redes, que en la práctica se encuentran todavía vinculados a empresas de producción y abastecimiento de energía eléctrica, no consigue asegurar la igualdad de condiciones en el acceso a la red. Los operadores históricos mantienen su posición dominante y las nuevas empresas que desean acceder al mercado se enfrentan a numerosas dificultades debido a condiciones de acceso discriminatorias, falta de capacidad de red disponible, ausencia de transparencia de datos sobre la situación de la red y escasez de inversiones.

Los reguladores nacionales no disponen de las potestades administrativas ni de la independencia funcional que necesitan para desempeñar correctamente su misión de velar por el buen funcionamiento del mercado interior de la energía. Sus competencias varían considerablemente de un Estado miembro a otro, lo que dificulta el comercio transfronterizo y el acceso a los consumidores de otros Estados miembros.

Partiendo de la constatación de estas disfunciones, la Comisión propone una serie de líneas de actuación para la reforma de la legislación comunitaria en una dirección que permita implementar plenamente el proceso liberalizador y culminar la construcción del mercado interior de la energía eléctrica.

En primer término, la Comisión apunta a la necesidad de asegurar un acceso no discriminatorio a las redes mediante la separación (*unbundling*) entre compañías operadoras en las distintas fases del ciclo de explotación del suministro eléctrico. El régimen de separación jurídica y funcional establecido por la Directiva 2003/54/CE resultó a la postre insuficiente para eliminar el conflicto de intereses que surge de la integración vertical. Debía establecerse, pues, una separación más rigurosa entre la gestión de las redes de transporte y las actividades de producción y de suministro para garantizar que los gestores mantienen, explotan y desarrollan las redes al servicio del interés general de los usuarios del servicio.

La separación puede basarse bien en una *disociación total de la propiedad* - modelo en el que los gestores de las redes de transporte son al mismo tiempo explotadores y propietarios de estas redes -; bien en el establecimiento de *gestores independientes de las redes de transporte*, que garanticen el mantenimiento, la explotación y el desarrollo de éstas, de las que siguen siendo propietarias las empresas verticalmente integradas.

Desde un punto de vista económico, la separación total de la propiedad (*unbundling* patrimonial) es el medio más eficaz para garantizar el desarrollo de un auténtico mercado interior de la energía. No sólo permite eliminar los intereses divergentes de los gestores de redes con respecto a la apertura del mercado en cuanto a producción y suministro, sino que contribuye asimismo a evitar una reglamentación excesivamente detallada y compleja para garantizar la independencia de aquellos gestores que forman parte de empresas verticalmente integradas.

En segundo lugar, la Comisión señala la necesidad de *reforzar el papel de los reguladores nacionales y comunitarios*. El marco reglamentario y, por tanto, las potestades de los reguladores deben reforzarse para garantizar las condiciones de transparencia, estabilidad y no discriminación, de modo que la competencia pueda desarrollarse y las inversiones realizarse. Además, es preciso lograr una mayor coordinación de las actuaciones de las autoridades reguladoras nacionales a escala europea para poner fin a la segmentación del mercado derivada de las diferencias regulatorias existentes entre Estados miembros. En relación con este último punto, se plantean tres posibles alternativas: el simple refuerzo de los mecanismos existentes de cooperación entre autoridades reguladoras nacionales, la constitución, sobre la base del ERGEG, de una *Red Europea de Reguladores de Energía (ERGEG +)*, y finalmente la creación de un organismo regulador nuevo y único a nivel comunitario⁸²³.

En tercer lugar, la Comisión insiste en el papel decisivo de la *cooperación entre los gestores de redes de transporte (GRT)*. Para permitir la libre circulación del gas y la electricidad en la Unión Europea es indispensable establecer normas técnicas compatibles (armonizadas) y un intercambio de información más regular, aumentar las inversiones en las redes – de modo particular en las interconexiones transfronterizas -, y asumir con decisión un enfoque dirigido a la configuración de gestores de redes de ámbito regional.

Como cuarta pauta de reforma, la Comisión apunta a la necesidad de *reducir el margen para la competencia desleal*. Debido a los monopolios de los

⁸²³ *Vid. supra* epígrafe 2.4.4 del Capítulo I de esta *Memoria*.

operadores históricos existentes con anterioridad al inicio del proceso de liberalización del sector, a la ausencia de integración transfronteriza y a otras características de los mercados nacionales, en particular la escasa elasticidad de la demanda, existe una elevada exposición al riesgo de abuso de posición dominante. Una mayor transparencia, el recurso al principio de utilización obligatoria de las capacidades so pena de perderlas - *use-it-or-lose-it* -, un acceso efectivo y no discriminatorio a las infraestructuras de transporte y distribución, junto con el mantenimiento de los mecanismos específicos de financiación para el despliegue de redes transeuropeas, facilitarían la transición hacia un mercado europeo de la energía más competitivo.

Un quinto vector de desarrollo vendría dado, según el planteamiento de la Comisión, por la *necesidad de favorecer las inversiones en nuevas plantas de producción* de energía eléctrica. La creación de un entorno estable y atractivo para la inversión debe ser una prioridad⁸²⁴.

Finalmente, la Comisión señala que la protección de los consumidores y las obligaciones de servicio público deben formar parte del proceso de apertura de los mercados energéticos europeos. En este sentido, se postula la elaboración de una *Carta de los Consumidores de Energía* para proteger sus derechos esenciales: derecho a la información oportuna sobre los diferentes proveedores y posibilidades de abastecimiento, derecho a un procedimiento ágil y eficaz para cambiar de proveedor, protección de los consumidores más

⁸²⁴ La Comisión alude a otros factores que también pueden facilitar las inversiones en nueva capacidad de producción, como la asignación de certificados de emisiones o la aplicación de incentivos específicos, por ejemplo en el caso de la generación de electricidad a partir de energías renovables.

vulnerables frente a la pobreza energética y las prácticas comerciales abusivas, etc.

Con esta perspectiva, la Comisión Europea anunciaba el inminente lanzamiento de un *Tercer Paquete Energético* para el mismo año 2007. No hay que olvidar que para entonces se encontraba considerablemente avanzada la negociación del Tratado de Lisboa, que sería aprobado también a finales de 2007 y en el que acabó por reconocerse a la política energética como política común de la Unión Europea. Este nuevo contexto reforzó la capacidad de actuación de la Comunidad y permitió la adopción de nuevas medidas más comprometidas con el objetivo de plena liberalización de los mercados energéticos.

1.6. La regulación del acceso a la red en el *Tercer Paquete Energético* de la Unión Europea.

El 19 de septiembre de 2007 la Comisión presentó sus propuestas legislativas para el *Tercer Paquete* de normas sobre el mercado europeo de la energía. Sobre la base de esta propuesta se ha adoptado, entre otras disposiciones, la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, cuyas prescripciones se aplicarán parcialmente a partir del 3 de marzo de 2011, y en su totalidad a partir del 3 de marzo de 2013⁸²⁵.

⁸²⁵ Vid. art. 49 de la Directiva 2009/72/CE.

En cuanto a las medidas de impulso del proceso de liberalización, su objetivo común no es sino la remoción de los obstáculos persistentes a la plena apertura de los mercados eléctricos a la competencia. Puede formularse un intento de exposición sistemática sobre la base de su concreta afección a una u otra fase del ciclo de explotación característico del sector eléctrico. Las novedades afectan fundamentalmente a las siguientes fases: actividad de generación, actividad de transporte y actividad de distribución.

En cuanto a la actividad de generación eléctrica se mantiene la regla general de la *autorización*⁸²⁶ y, de forma subsidiaria, se aplica el mecanismo de la *licitación*, de acuerdo con el marco ya establecido por la Directiva 2003/54/CE. Es importante subrayar que la Directiva 2009/72/CE especifica las razones por las cuales se puede acudir al mecanismo de licitación: seguridad del suministro, protección del medio ambiente y promoción de nuevas tecnologías emergentes⁸²⁷.

Para el transporte de energía eléctrica, la Directiva 2009/72/CE dispone que la actividad de gestión de la red correspondiente, con carácter general, sea realizada por parte de la empresa propietaria de la misma⁸²⁸. Junto a esta regla

⁸²⁶ Cfr. art. 7 de la Directiva 2009/72/CE, que obliga a los Estados miembros a fijar unos criterios para la concesión de la autorización que tengan en consideración los siguientes elementos. Como novedades respecto a la regulación contenida en relación con este punto en la Directiva 2003/54/CE destacan dos criterios de carácter medioambiental: la contribución de las instalaciones de generación en orden a cumplir el objetivo comunitario general de alcanzar una cuota de un 20 % como mínimo de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía de la Comunidad para 2020, y la contribución de las instalaciones generadoras a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero.

⁸²⁷ En todo caso, sólo podrá iniciarse un procedimiento de licitación si mediante la aplicación del procedimiento de autorización la capacidad de generación obtenida o las medidas adoptadas no son suficientes para lograr los objetivos mencionados. *Vid.* art. 8.1 y 2 de la Directiva 2009/72/CE.

⁸²⁸ *Vid.* art. 9 de la Directiva 2009/72/CE.

general, la Directiva introduce también la posibilidad de encomendar la gestión de la red a un sujeto independiente distinto del propietario siempre que concurren determinadas condiciones⁸²⁹. En todo caso, la gestión de la red resulta ser una actividad tendencialmente reservada y excluyente o *regulada*⁸³⁰: en otras palabras, *el operador responsable de la gestión de la red no puede emprender otras actividades en el ciclo de explotación del suministro eléctrico (producción y/o comercialización)*.

En relación con la actividad de distribución, la Directiva dispone que *“los Estados miembros designarán o pedirán a las empresas propietarias o encargadas de las redes de distribución que designen, por un período de tiempo que determinarán los Estados miembros en función de criterios de eficiencia y de equilibrio económico, uno o varios gestores de redes de distribución”*⁸³¹.

⁸²⁹ Según el art. 13.1 de la Directiva 2009/72/CE *“si la red de transporte pertenece a una empresa integrada verticalmente el 3 de septiembre de 2009, los Estados miembros podrán decidir no aplicar el artículo 9.1 y designar a un gestor de la red independiente a propuesta del propietario de la red de transporte. Dicha designación estará supeditada a la aprobación de la Comisión”*. La Directiva regula en detalle las condiciones y los criterios a seguir para que la designación de un gestor independiente sea posible. En este punto, nos remitimos a la exposición contenida en el epígrafe 2.4 del Capítulo III sobre los modelos TSO, ITO e ISO.

⁸³⁰ Vid. epígrafe 2.2 B) del Capítulo II. En realidad, como ya hemos visto, todas las actividades vinculadas al suministro eléctrico son actividades reguladas en alguna medida, si bien aquellas actividades sobre las que recae directamente el monopolio natural de la red (transporte y distribución) junto con las que tratan de articular su gestión independiente con el fin de superar los efectos anticompetitivos derivados de esta estructura industrial (operación del sistema y del mercado eléctricos) están sujetas a una regulación más intensa, por cuanto constituyen el presupuesto ineludible para la libre competencia en las actividades de producción y comercialización. Por este motivo, resulta más clarificador hablar de actividades competitivas y no competitivas, englobando en estas últimas a aquellas que consisten en la gestión de redes únicas. Vid. J. DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997, op. cit.*, p. 357.

⁸³¹ Vid. art. 24 de la Directiva 2009/72/CE.

En síntesis, se confirman las grandes líneas del marco general establecido ya por la Directiva 2003/54/CE, profundizando o en su caso rectificando la articulación de los diversos instrumentos jurídicos para soslayar posibles insuficiencias o limitaciones puestas de manifiesto por la experiencia en la aplicación de las sucesivas regulaciones.

Por otra parte, la Directiva 2009/72/CE introduce el mecanismo del *unbundling* patrimonial, pero únicamente en relación con la gestión de las redes de transporte. En virtud de este principio de separación de la propiedad, los Estados miembros están obligados a velar a fin de evitar que la misma persona o personas puedan ejercer control sobre una compañía de generación o suministro y, simultáneamente, ejercer control o cualquier derecho sobre un gestor de la red de transporte o una red de transporte. Para las demás actividades el legislador ha optado por la mera separación jurídico-funcional, que considera de momento adecuada a los progresos en la apertura del mercado que se pretenden lograr⁸³².

⁸³² Cfr. Considerando (11) de la Directiva 2009/72/CE. Desde un punto de vista práctico, la separación patrimonial puede realizarse bien mediante enajenación directa o bien mediante el fraccionamiento de las acciones de la empresa integrada entre acciones de la empresa de red y acciones de la empresa de suministro y generación restante, siempre y cuando se cumplan las exigencias que impone la separación patrimonial - cfr. Considerando (18) de la Directiva 2009/72/CE -. Conviene apuntar aquí que la solución de la separación patrimonial puede conllevar problemas y conflictos con el derecho de propiedad: los accionistas de la empresa verticalmente integrada, en el caso de *unbundling* de la propiedad, podrían ver prejuzgados sus intereses. Por eso, junto a la técnica del *unbundling* de la propiedad, el legislador introduce una modalidad alternativa, que se concreta en la institución de un *gestor independiente*. Esta técnica permitiría a las empresas verticalmente integradas seguir teniendo la propiedad de la red, la cual sería gestionada por un operador imparcial. Hay que advertir, no obstante, que en este caso se impone una reglamentación y un sistema de control que conlleva costes más elevados en cómputo global que la solución del *unbundling* de la propiedad. Por otra parte, y con la finalidad de garantizar las condiciones para una efectiva competencia, se instrumenta un procedimiento de *certificación* de los *gestores de redes de transporte*, que tiene la función de acreditar fehacientemente que éstos cumplen de manera constante las normas estatutarias antes mencionadas - cfr. art. 10 de la Directiva 2009/72/CE -. El legislador de la Unión introduce normas más estrictas en caso de que la certificación sea solicitada por un propietario/gestor de la red de transporte controlado por una o varias personas de uno o más terceros países - *vid.* art. 11 de la Directiva 2009/72/CE -.

La Directiva 2009/72/CE establece también reglas de desarrollo del principio de *confidencialidad*⁸³³, afirmando el deber de preservar la información sensible a efectos comerciales con el fin de evitar la revelación de aquellos datos que puedan proporcionar alguna ventaja competitiva⁸³⁴.

El principio de confidencialidad se complementa con el de *transparencia*: la Directiva sigue este criterio e introduce varias disposiciones mediante las cuales obliga a los operadores a comunicar aquellos datos que facilitan el buen funcionamiento del mercado. De este modo, se consolida y profundiza una línea de trabajo ya apuntada en la Directiva 2003/54/CE⁸³⁵.

Otro aspecto novedoso afecta al desarrollo de la red. Como se ha indicado anteriormente, el gestor de la red –como cualquier otro empresario– toma decisiones teniendo en cuenta más que la seguridad del suministro la seguridad de obtención de beneficios económicos. Este criterio puede llevar al gestor a no invertir en el desarrollo de la red, bien porque quiere favorecer a determinadas empresas o bien porque considera poco beneficioso el desarrollo de la infraestructura en función de la evolución del mercado que prevé a corto y medio plazo. Con el fin de evitar situaciones de este tipo, el legislador comunitario ha introducido la obligación de presentar a la autoridad reguladora un *plan decenal de desarrollo* basado en la oferta y la demanda existentes y

⁸³³ Vid. *supra* epígrafe 3.6 del Capítulo III de esta *Memoria*.

⁸³⁴ En este sentido, los Estados miembros deberán asegurar que “*el propietario de la red de transporte, incluido en el caso de una explotación combinada el gestor de la red de distribución, y el resto de la empresa no utilizan servicios comunes, tales como los servicios jurídicos comunes, aparte de los puramente administrativos o los servicios informáticos*” (art. 16 de la Directiva 2009/72/CE).

⁸³⁵ Vid. art. 12 de la Directiva 2003/54/CE. Sobre el principio de *transparencia* como principio vinculado al buen funcionamiento del mercado interior de la energía vid. *supra* epígrafe 3.5 del Capítulo III de esta *Memoria*.

previstas “*después de consultar a todos los interesados pertinentes*”⁸³⁶. El plan debe contener medidas eficaces para garantizar la adecuación de la red y la seguridad del suministro, sin perder de vista una razonable viabilidad económica de los proyectos incluidos.

Centrándonos en la disciplina del *acceso a la red*, se confirma la opción irrevocable por el mecanismo de *acceso regulado*, por ser el más conforme con el objetivo de construcción de un mercado integrado de la electricidad de ámbito europeo. Se reproduce en este sentido la regulación contenida en la Directiva 2003/54/CE, disponiendo con carácter general que los Estados miembros deben garantizar el acceso a la red mediante un sistema basado en tarifas publicadas, aplicables a todos los clientes cualificados de forma objetiva y no discriminatoria entre usuarios de la red⁸³⁷.

Esta regulación general se complementa con una disciplina específica para determinadas situaciones que pueden darse en el mercado, como es el caso de las líneas directas⁸³⁸, de las redes de distribución cerradas y de las pequeñas redes aisladas⁸³⁹.

⁸³⁶ Vid. art. 22 de la Directiva 2009/72/CE.

⁸³⁷ Vid. art. 32 de la Directiva 2009/72/CE.

⁸³⁸ Vid. art. 34 de la Directiva 2009/72/CE. En relación con la regulación de las líneas directas en el ordenamiento jurídico español, vid. P. SALA ATIENZA, *Régimen de las acometidas y de las líneas directas*, en S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ, M. BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho de la regulación económica*, vol. III (Energía), tomo I, Iustel (2009), pp. 679 y ss.

⁸³⁹ Vid. arts. 28 y 44 de la Directiva 2009/72/CE. Sobre el régimen jurídico de las redes de distribución cerradas y las microrredes aisladas vid. epígrafe 2.6 del Capítulo III de esta *Memoria*.

Por último, pero no de menor importancia, las Directivas contienen una disciplina más atenta a la protección de los consumidores-usuarios del suministro eléctrico, introduciendo mecanismos de tutela más intensos con respecto a las intervenciones comunitarias precedentes⁸⁴⁰.

La reforma legislativa podría quedar enervada en su eficacia sin la previsión de una nueva estructura administrativa *ad hoc*. A tal efecto, la Directiva 2009/72/CE regula las relaciones entre acción nacional y acción comunitaria, tratando de establecer una sinergia entre Comisión, Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía (ACER) y autoridades nacionales de regulación⁸⁴¹.

Con carácter general, la Directiva 2009/72/CE refuerza el papel de las *autoridades reguladoras nacionales*, previendo la creación de una única autoridad reguladora nacional, jurídica y funcionalmente independiente de cualquier otra entidad pública o privada, y estableciendo sus objetivos, obligaciones y competencias⁸⁴².

Las nuevas disposiciones de este *Tercer Paquete Energético* no hacen sino poner de manifiesto el papel determinante que las autoridades

⁸⁴⁰ Nos remitimos en este punto a la exposición, también contenida en el epígrafe 2.6 del Capítulo III de esta *Memoria*, sobre las nuevas medidas de regulación de los mercados minoristas (*retail markets*) contempladas en el capítulo X, art. 41, de la Directiva 2009/72/CE.

⁸⁴¹ *Vid.* en este sentido arts. 11.10, 14.3, 38.5, 39.9 y 40.4 de la Directiva 2009/72/CE.

⁸⁴² Este reforzamiento del protagonismo de las autoridades reguladoras nacionales en la garantía del buen funcionamiento del mercado interior de la electricidad salta a la vista habida cuenta de la extensa y prolija regulación expresamente referida a ellas en la Directiva 2009/72/CE - capítulo IX, arts. 35-40 -. En línea con este planteamiento, se impone expresamente a los Estados miembros la obligación de introducir procedimientos nacionales adecuados, mediante los cuales una parte afectada por una decisión pueda ejercer el derecho de recurrir ante un organismo independiente de las demás partes implicadas y de cualquier gobierno - *vid.* art. 37.17 de la Directiva 2009/72/CE -.

comunitarias conceden a la regulación del *acceso a la red* dentro del proceso de construcción del mercado interior de la electricidad. Los retoques o ajustes que sufren las demás herramientas jurídicas tienen siempre como fin último garantizar un acceso equitativo a la red para todos los operadores. En la medida en que se logre este objetivo, las fuerzas del mercado cobrarán auténtico protagonismo en la provisión del servicio de suministro eléctrico, de modo que se impulsará el crecimiento de la actividad económica en Europa y, al mismo tiempo, la elevación del nivel de vida de los ciudadanos europeos, a través de la reducción de los costes y la mejora de la calidad de una prestación básica para todos ellos.

La propia naturaleza del objetivo perseguido, la construcción de un mercado interior de la energía eléctrica, demanda que el acceso a la red despliegue su eficacia también en el ámbito comunitario *stricto sensu*, es decir, con un alcance paneuropeo, lo que nos conduce al análisis de la interconexión de redes eléctricas.

2. La interconexión de redes eléctricas. Redes transeuropeas.

2.1. Concepto y justificación de la interconexión de redes eléctricas.

Desde la perspectiva del mercado interior de la electricidad, la *interconexión* es el acceso a la red destinado al comercio transfronterizo de electricidad.

Un importante obstáculo para el avance del mercado interior de la electricidad es una deficiente interconexión entre las redes de los distintos Estados miembros, por cuanto limita los intercambios de electricidad intracomunitarios. Esta deficiente interconexión viene heredada de la situación anterior, en la cual las empresas verticalmente integradas operaban en régimen de monopolio en las diversas zonas. En este contexto, no se planteaba la construcción de un gran mercado con sistemas eléctricos interconectados. Por la misma razón, las interconexiones con terceros Estados no pertenecientes a la Unión Europea estaban todavía menos desarrolladas⁸⁴³.

En realidad, la creación de un mercado único de energía eléctrica en Europa dotaría a los sistemas nacionales de mayor seguridad de suministro eléctrico. La Unión Europea es consciente de lo difícil y complejo que es este objetivo de construir un mercado único para la energía eléctrica. Por este motivo, el planteamiento que ha presidido en todo momento este proceso de integración del mercado de la electricidad está orientado al largo plazo y parte, a corto y medio plazo, de una mejora de las interconexiones que permita la formación de mercados regionales.

⁸⁴³ Analizando la ya citada Comunicación de la Comisión *El mercado interior de la energía* [COM (88) 238 final], J. M^a. GIMENO FELIÚ, en *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, op. cit., p. 63, ya apuntaba: “*A nuestro juicio, uno de los principales obstáculos es el de la existencia de estructuras nacionales ya que, lógicamente, pretenden satisfacer objetivos nacionales. La consecución de un auténtico mercado interior eléctrico pasa por la integración de las estructuras de distribución de alta tensión, es decir, por una «comunitarización» de los distintos sistemas nacionales de transporte y, todo ello, bajo la óptica de conseguir una optimización comunitaria – y no solamente nacional – de los recursos eléctricos. Comunitarización que debe conducir a realizar las interconexiones necesarias y, por otro lado, a favorecer, conforme al principio de libre competencia, el libre tránsito de electricidad. Sólo así se podrá conseguir el objetivo de un mercado interior eléctrico, por cuanto será posible la realización sin obstáculos de intercambios de electricidad, ...*”.

Un *interconector* es una línea de transporte que cruza una frontera entre Estados miembros o se extiende a lo largo de ella y conecta los sistemas nacionales de transporte de los Estados miembros⁸⁴⁴. A través de los interconectores transitan los flujos transfronterizos, que son los flujos físicos de electricidad en una red de transporte de un Estado miembro que proceden de la incidencia de la actividad de productores y/o consumidores que operan o residen habitualmente en otro Estado miembro⁸⁴⁵. La red es el lugar físico de confluencia entre la oferta y demanda de energía eléctrica, por lo que la interconexión de las redes constituye el elemento de infraestructura necesario para posibilitar los intercambios de energía eléctrica entre Estados miembros.

La existencia de interconexiones reviste una especial relevancia desde el punto de vista de la seguridad del suministro. La electricidad es un producto que no se puede almacenar en grandes cantidades, lo que exige un perfecto equilibrio entre oferta y demanda en cada momento. En la práctica, esto significa que para garantizar el suministro es necesario sobredimensionar la capacidad de generación en relación a la demanda razonablemente previsible. A su vez, este exceso de capacidad del parque de generación implica unos sobrecostes y no garantiza absolutamente la disponibilidad de unas reservas que permitan atender excesos puntuales de demanda no previstos, teniendo en cuenta factores como las decisiones de inversión de los operadores privados, fenómenos naturales - singularmente climáticos: olas de frío o calor -, etc.

⁸⁴⁴ Cfr. art. 2.1 del Reglamento (CE) núm. 714/2009.

⁸⁴⁵ Cfr. art. 2.2, apdo. b), del Reglamento (CE) núm. 714/2009.

La disponibilidad de interconexiones permite recibir energía de otros sistemas cuando los medios propios de producción de electricidad sean insuficientes para atender la demanda. Además, las interconexiones también mejoran la operación del sistema, pues un sistema interconectado de forma significativa tiene menor necesidad de crear y mantener una garantía adicional de potencia instalada para asegurar el equilibrio entre oferta y demanda, ya cualquier eventual necesidad de energía puede subsanarse a través de dicha conexión internacional⁸⁴⁶.

Por el contrario, la insuficiencia de interconexiones entre los diversos sistemas eléctricos nacionales dificulta la construcción de mercados competitivos. En estas condiciones, la energía eléctrica se genera en los lugares donde las condiciones de producción resultan más favorables, y se transporta y distribuye hasta los puntos de consumo final. Si la capacidad de transporte es insuficiente, la producción no se desarrolla en términos de eficiencia y consiguientemente el precio del suministro se eleva. La interconexión insuficiente de los sistemas nacionales da lugar a mercados pequeños y/o aislados. Se priva así al consumidor de los beneficios de la libre competencia y se favorece la concentración del poder de mercado en un número reducido de empresas oligopolísticas⁸⁴⁷.

Esta situación de partida trae causa del desarrollo histórico de las redes eléctricas en Europa, dirigido a lograr ante todo el objetivo de la autosuficiencia

⁸⁴⁶ En este sentido, *vid.* C. SOLÉ MARTÍN, *El papel de las interconexiones eléctricas. Operación, gestión de las congestiones y mecanismos de asignación de capacidad*, en la obra colectiva *Energía y Regulación en Iberoamérica*, Thomson Reuters-Civitas (2008), p. 274.

⁸⁴⁷ C. SOLÉ MARTÍN, *El papel de las interconexiones eléctricas ...*, *op. cit.*, p. 276.

en el suministro de cada país. Esta pretensión de “*autarquía eléctrica*” se tradujo en un modelo de industria basado en empresas verticalmente integradas que actuaban en régimen de monopolio sobre una determinada zona geográfica.

En este contexto, las interconexiones existentes cumplían un mero papel auxiliar de apoyo puntual en situaciones de emergencia o grave desequilibrio entre oferta y demanda dentro de cada Estado. La capacidad adicional que aportan las interconexiones no se tomaba en consideración desde un punto de vista comercial, a no ser en el marco de contratos a largo plazo suscritos entre las compañías responsables de la gestión y explotación de los respectivos sistemas eléctricos nacionales.

El proyecto de construcción de un mercado interior de la electricidad impulsado por la Unión Europea se tradujo en un notable incremento de los flujos energéticos transfronterizos, y el volumen creciente de éstos dio lugar a la *congestión* de los escasos interconectores disponibles y en general de las redes de transporte concebidas para atender la demanda existente en los mercados nacionales. Así pues, cuando la interconexión que enlaza redes de transporte nacionales no puede acoger todos los flujos físicos resultantes del comercio internacional solicitado por los participantes en el mercado, debido a la falta de capacidad de los interconectores o de las redes de transporte, se produce una *congestión*⁸⁴⁸.

⁸⁴⁸ Cfr. art. 2.2, apdo. c), del Reglamento (CE) núm. 714/2009.

Existen medidas de regulación que pretenden evitar las congestiones antes de que se produzcan. Entre estas medidas puede citarse la armonización tarifaria entre sistemas interconectados – deseable pero difícil de lograr –, el uso de señales de localización para la instalación en la red de nuevos productores y consumidores, la compensación económica entre sistemas o gestores de redes de transporte o las normas para reinvertir las rentas derivadas de la gestión de la congestión⁸⁴⁹.

A pesar de todo, los fenómenos de congestión se siguen produciendo: las redes desplegadas no están preparadas para asumir el volumen creciente de intercambios energéticos entre distintos Estados. En consecuencia, la regulación de la interconexión de sistemas eléctricos debe contemplar criterios y métodos para la resolución de los conflictos que se suscitan a causa de la congestión de las redes.

Expuestos ya el sentido y el alcance de la noción de interconexión de redes eléctricas, podemos ya emprender el análisis de la regulación comunitaria de este mecanismo en el contexto de la creación de un mercado interior de la energía eléctrica.

2.2. La regulación de la interconexión por el Derecho comunitario.

En Europa, el desarrollo de las interconexiones es todavía muy deficiente, y este hecho constituye un obstáculo muy significativo para la

⁸⁴⁹ Vid. A. ESTOA PÉREZ, *Los intercambios intracomunitarios e internacionales de electricidad*, en S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ, M. BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho de la regulación económica*, vol. III (Energía), tomo I, Iustel (2009), pp. 493-535.

construcción del mercado interior de la electricidad. En este sentido, el caso de España resulta paradigmático: su situación geográfica (separada de la Europa continental por la Cordillera Pirenaica y rodeada de agua en el resto de su perímetro) la configura como una auténtica “*isla energética*”. El desarrollo de las interconexiones transfronterizas se presenta como la única vía razonable de actuación a emprender para tratar de superar esta situación de aislamiento energético⁸⁵⁰. El legislador comunitario trata pues de apuntalar la construcción del mercado interior de la energía eléctrica mediante la regulación de las interconexiones entre los sistemas nacionales.

La prehistoria de la regulación de las interconexiones en el ámbito de la Unión Europea tiene como hito más significativo la aprobación de la ya citada Directiva 90/547/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1990, relativa al tránsito de electricidad por grandes redes. La disposiciones de la Directiva eran aplicables a las grandes redes de transporte de electricidad de alta tensión y a las entidades responsables de las mismas en los Estados miembros⁸⁵¹.

⁸⁵⁰ Este es el propósito que ha llevado a la creación del *Mercado Ibérico de la Electricidad* (MIBEL), marco de colaboración con Portugal, y al desarrollo de las interconexiones con Francia. El artículo 13.6 de la Ley del Sector Eléctrico, remite a la regulación reglamentaria la determinación del régimen jurídico y económico al que deberán someterse los intercambios intracomunitarios e internacionales. La ejecución de este mandato normativo está contenida en el capítulo VII del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica. A su vez, las prescripciones de esta última norma reglamentaria fueron objeto de un nuevo desarrollo mediante la aprobación de la Orden ITC/4112/2005, de 30 de diciembre, sobre régimen aplicable a los intercambios comunitarios e internacionales de energía eléctrica (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2005, pp. 43323-43327).

⁸⁵¹ Por “*tránsito de electricidad entre grandes redes*” se entendía toda operación de transporte de electricidad que cumpliera los siguientes requisitos:

- a) que el transporte se efectuase por la entidad o las entidades responsables en cada Estado miembro de una gran red eléctrica de alta tensión, con exclusión de las redes de distribución, por el territorio de un Estado miembro y que contribuyese al buen funcionamiento de las interconexiones europeas de alta tensión;
- b) que la red de origen o de destino final estuviera situada en el territorio de la Comunidad;
- c) que el transporte implicase el cruce de al menos una frontera intracomunitaria.

Los contratos relativos al tránsito de electricidad entre grandes redes se negociarían entre los gestores de las redes implicadas y en su caso las compañías o entidades responsables de la importación y la exportación de electricidad en cada Estado miembro.

De acuerdo con las normas del Tratado, las condiciones de tránsito debían ser no discriminatorias y equitativas para todas las partes interesadas, y no podían incluir disposiciones abusivas o restricciones injustificadas ni poner en peligro la seguridad del suministro ni la calidad del servicio, teniendo en cuenta especialmente la utilización óptima de las capacidades de reserva de producción y la explotación óptima de los sistemas existentes.

Esta temprana y todavía genérica regulación de la interconexión de redes de transporte nacionales en relación con intercambios transfronterizos de energía eléctrica debe enmarcarse en las medidas auspiciadas por el Acta Única Europea destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en un período que concluía el 31 de diciembre de 1992. En reuniones sucesivas, en concreto en la que tuvo lugar en la ciudad griega de Rodas⁸⁵², el Consejo Europeo había llegado a la conclusión de que era necesario realizar un mercado interior único en el sector de la energía, como contribución decisiva al desarrollo ulterior de los objetivos de la por entonces todavía incipiente política energética comunitaria.

Vigente ya el marco regulatorio definido por las Directivas sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, se promulgó el

⁸⁵² La Cumbre de Rodas tuvo lugar los días 2 y 3 de diciembre de 1988.

Reglamento (CE) núm. 1228/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad. Esta norma trataba de estimular el comercio transfronterizo de electricidad mediante el establecimiento de un mecanismo de compensación por los flujos eléctricos transfronterizos, la fijación de principios armonizados sobre tarifas de transporte transfronterizo y la asignación de las capacidades de interconexión disponibles entre las redes nacionales de transporte⁸⁵³.

Los gestores de redes de transporte (GRT) son compensados por los costes que les supone acoger flujos eléctricos transfronterizos en su red. Dicha compensación es abonada por los gestores de las redes nacionales de transporte de las que proceden los flujos transfronterizos y de las redes donde los flujos terminan. Las compensaciones percibidas por los GRT por la acogida de flujos transfronterizos se calculan sobre la base de los costes de la infraestructura “*utilizada*” por dichos flujos⁸⁵⁴.

⁸⁵³ Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Informe sobre la experiencia obtenida en la aplicación del Reglamento (CE) núm. 1228/2003 relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad*. COM (2007) 250 final. Bruselas, 15 de mayo de 2007.

⁸⁵⁴ Las compensaciones serán periódicas y corresponderán a períodos de tiempo ya transcurridos. Las compensaciones abonadas serán objeto de ajustes *a posteriori* cuando sea necesario para incorporar los costes realmente soportados. El sistema de compensación por el uso de las redes de otros Estados miembros limítrofes no se basa en tasas explícitas para intercambios individuales (tasas transfronterizas o tasas de tránsito), sino en un mecanismo de compensación global basado en los flujos físicos. El progreso en el mecanismo de compensación entre los gestores de redes de transporte se ha realizado de forma voluntaria a través del *European Electricity Regulatory Forum* de Florencia (*vid. supra* epígrafe 2.5 del Capítulo III de esta *Memoria*). El primer acuerdo voluntario se celebró en marzo de 2002 entre los miembros de ETSO. ETSO es el acrónimo de *European Transmission Operation System Operators*, asociación de operadores de redes de transporte europeos con el propósito de lograr la armonización del acceso y el uso de las redes, especialmente en intercambios transfronterizos. Al ETSO pertenecen operadores de la Unión Europea y de otros Estados europeos (Suiza, Noruega) El acuerdo voluntario entre los gestores de redes de transporte se basa en un método que es una simplificación de la realidad de los flujos transfronterizos, pero esta simplificación da lugar a algunos fallos. ETSO trabajó para mejorar esta metodología y ha presentado un modelo llamado IMICA (*Improved Modelling for Infrastructure Cost Allocation*) que es capaz de resolver alguno de estos fallos. El Reglamento habilita a la Comisión

Las *tarifas* de acceso a las redes nacionales aplicadas por los gestores de las redes deberán sujetarse a los principios de transparencia y no discriminación, tener en cuenta la necesidad de seguridad en las redes y ajustarse a los costes reales⁸⁵⁵. Las tarifas “*en ningún caso podrán estar en función de las distancias*”, es decir, no podrán establecerse en función de la distancia existente entre los agentes que realizan una transacción, sino que el pago de la tarifa de acceso da derecho al uso de la red europea para realizar cualquier transacción de energía eléctrica⁸⁵⁶. Por último, se determina que no existirán tarifas específicas para tránsitos de electricidad desde un país a otro⁸⁵⁷. De este modo, el mercado interior se hace realidad al equiparar los costes de los tránsitos de electricidad entre Estados miembros a los que tienen lugar dentro del territorio de cualquiera de ellos.

para adoptar directrices sobre el mecanismo de compensación entre gestores de redes de transporte conjuntamente con las disposiciones sobre armonización de tarifas de acceso a la red – *vid.* art. 8 del Reglamento (CE) núm. 1228/2003 -.

⁸⁵⁵ *Vid.* art. 4 del Reglamento (CE) núm. 1228/2003.

⁸⁵⁶ Además, “*la proporción de la cuantía total de las tarifas de acceso a la red a cargo de los productores debe ser inferior a la proporción a cargo de los distribuidores*” y “*cuando corresponda, la cuantía de las tarifas aplicadas a los productores y/o consumidores proporcionará incentivos de ubicación a nivel europeo*”. Las tarifas deben incluir como conceptos los relativos al propio coste de las infraestructuras de red, a las pérdidas de energía que se producen en la red y a los costes asociados a las congestiones. También se incluirá como un coste o un ingreso el resultado del sistema de compensación entre operadores por los flujos transfronterizos.

⁸⁵⁷ Las tarifas para acceder a la red de transporte varían mucho entre los distintos Estados miembros. Estas diferencias hallan su explicación en varios factores. Además de los diferentes costes de despliegue, operación y mantenimiento de las infraestructuras, las tarifas pueden o no incluir pérdidas, incentivos de ubicación, servicios o cargas del sistema no directamente relacionados con actividades del gestor de la red (apoyo a las fuentes de energía renovables y a la cogeneración, etc). La armonización de las tarifas resulta, sin embargo, necesaria para poder ofrecer las mismas condiciones a los operadores de los mercados de la electricidad. Desde hace varios años están en preparación, dentro del *Foro de Florencia*, unas directrices vinculantes sobre el nivel de las tarifas. Dichas directrices no han podido aprobarse porque, según el Reglamento, deben tratar conjuntamente la armonización tarifaria y el mecanismo de compensación entre gestores (art. 8) y no se ha alcanzado un acuerdo sobre esto último. *Vid.* A. ESTOA PÉREZ, *Los intercambios intracomunitarios e internacionales de electricidad*, *op. cit.*, pp. 507-508.

Por otra parte, los GRT deberán crear mecanismos de coordinación e intercambio de información a fin de garantizar la seguridad de las redes en relación con la *gestión de la congestión*⁸⁵⁸.

Los problemas de congestión de la red se abordarán mediante soluciones no discriminatorias, es decir, con métodos que no impliquen una selección entre los contratos de las distintas operadoras del mercado. Estos informarán a los gestores de las redes de transporte, con la suficiente antelación con respecto al período de actividad pertinente, de su intención de utilizar la capacidad asignada⁸⁵⁹. Toda capacidad asignada y no utilizada deberá reasignarse al mercado, con arreglo a un procedimiento abierto, transparente y no discriminatorio⁸⁶⁰.

⁸⁵⁸ Vid. art. 5 del Reglamento (CE) núm. 1228/2003.

⁸⁵⁹ El cálculo de la capacidad transfronteriza se basaba en la mayoría de los casos en la *metodología de la capacidad de transferencia neta* (NTC), desarrollada por los gestores de las redes de transporte europeos (ETSO). Recientemente se han propuesto métodos de cálculo de la capacidad más sofisticados, integrados con la asignación de capacidad, y conformes con las *Directrices modificadas* sobre gestión de la congestión. Entre ellos cabe destacar el llamado *método basado en los flujos*. Este método cuenta con medios para garantizar que los flujos físicos resultantes de todos los gestores de redes de transporte participantes mantienen a la red dentro de sus límites de seguridad. Presenta grandes ventajas potenciales si se utiliza en una red de transporte de gran complejidad. Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Informe sobre la experiencia obtenida en la aplicación del Reglamento (CE) núm. 1228/2003 relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad* [COM (2007) 250 final], p. 5.

⁸⁶⁰ El artículo 6 establece los principios generales de la gestión de la congestión que, además de los ya indicados, pueden sintetizarse en los siguientes:

- Los problemas de congestión se abordarán mediante soluciones no discriminatorias y conformes con la lógica del mercado, que sirvan de indicadores económicos eficaces a los operadores del mercado y a los gestores de las redes de transporte interesados.
- Los operadores del mercado a los que se haya asignado capacidad deberán ser compensados por toda restricción.
- Dentro del respeto de las normas de seguridad de funcionamiento de la red debe ponerse a disposición de los participantes en el mercado el máximo de capacidad de interconexiones y/o de las redes de transporte que afecten a los flujos transfronterizos.
- Nunca se denegarán transacciones que vayan en sentido contrario a aquél en que se produce la congestión y que, por consiguiente, contribuyan a aliviarla.
- Los ingresos derivados de la asignación de capacidad de interconexión sólo podrán destinarse a garantizar la capacidad, invertir en las infraestructuras o reducir la tarifa de la red.

Las *Directrices sobre la gestión de la congestión y asignación de la capacidad de transmisión disponible en las interconexiones entre redes nacionales*, recogidas en el Anexo del Reglamento (CE) núm. 1228/2003 y posteriormente reformadas por la Comisión y aplicadas como *Directrices modificadas*⁸⁶¹, determinan normas prácticas para la aplicación de los principios establecidos en el articulado. Los principales elementos de las *Directrices* son la división de la Unión Europea a estos efectos en ocho regiones, la obligación de que los gestores de las redes de transporte utilicen un sistema común y coordinado de cálculo y asignación de capacidad y, por último, una serie de normas en materia de transparencia⁸⁶².

La Comunicación de la Comisión *Una Política Energética para Europa*⁸⁶³ destacaba la importancia de completar el mercado interior de la electricidad y de crear condiciones de igualdad para todos los gestores de redes. Dado que las normas y medidas vigentes no permitían alcanzar estos objetivos, era preciso adoptar nuevas disposiciones, y en particular adoptar una nueva regulación de las interconexiones entre los sistemas eléctricos nacionales.

Los nuevos interconectores de corriente continua podrán, bajo determinadas condiciones estrictas, acogerse a algunas exenciones. En este contexto, la Comisión deberá controlar las decisiones de los Estados miembros en materia de exenciones y el modo restrictivo en que éstas se interpretan en relación con los intercambios transfronterizos que tengan lugar entre operadoras establecidas en distintos Estados miembros.

⁸⁶¹ Decisión núm. 2006/770/CE de la Comisión Europea, de 9 de noviembre de 2006, por la que se modifica el Anexo del Reglamento (CE) n° 1228/2003 relativo a las condiciones de acceso a la red para los intercambios transfronterizos de electricidad (DOUE L 312, de 11.11. 2006, pp. 59-65).

⁸⁶² Los Estados miembros y las autoridades reguladoras proporcionarán a la Comisión, cuando ésta lo solicite, toda la información necesaria. La Comisión fijará un plazo razonable para que se facilite la información, teniendo en cuenta la complejidad de la información requerida y la urgencia que revista su obtención. La Comisión no divulgará la información que obtenga, en cumplimiento de una obligación de secreto de oficio. Los Estados miembros debían, finalmente, determinar el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones del Reglamento (CE) núm. 1228/2003, adoptando todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución.

⁸⁶³ Vid. epígrafe 2.4.3 del Capítulo I de esta *Memoria*.

Es preciso, pues, referirse ahora al ya citado Reglamento (CE) núm. 714/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativo a las *condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad* y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1228/2003⁸⁶⁴.

En primer término se regula la *certificación de los gestores de redes de transporte*. Las autoridades reguladoras nacionales enviarán a la Comisión Europea la notificación de la decisión relativa a la certificación de un gestor de la red de transporte. Después, la Comisión remitirá a la autoridad reguladora nacional que corresponda su dictamen en un plazo de dos meses. Esta última adoptará una decisión firme y definitiva sobre la certificación del gestor de la red de transporte. Dicha decisión y el dictamen de la Comisión serán publicados.

El Reglamento (CE) núm. 714/2009 crea la *Red Europea de Gestores de Redes de Transporte de Electricidad* (REGRT-E), con el fin de impulsar la asunción de un enfoque comunitario en la gestión de la red de transporte y promover el comercio transfronterizo de electricidad⁸⁶⁵.

Previa consulta a la ACER y a la REGRT-E, la Comisión establecerá una lista anual de prioridades que contribuirán al desarrollo de los *códigos de*

⁸⁶⁴ El Reglamento (CE) núm. 714/2009 deroga el Reglamento (CE) núm. 1228/2003 a partir del 3 de marzo de 2011.

⁸⁶⁵ Los gestores de redes de transporte de electricidad entregarán a la Comisión y a la Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía (ACER) el proyecto de estatutos de la REGRT-E, la lista de sus miembros y el proyecto de reglamento interno a más tardar el 3 de marzo de 2011. Los costes relacionados con las actividades de la REGRT-E correrán a cargo de los gestores de redes de transporte. Éstos mantendrán una cooperación regional en la REGRT-E, y cada dos años publicarán un plan regional de inversiones en el que podrán basar sus decisiones a este respecto (arts. 11 y 12.1 del Reglamento (CE) núm. 714/2009).

*red*⁸⁶⁶. Estos códigos se crearán mediante una directriz marco no vinculante que la ACER transmitirá a la Comisión. Los *códigos de red* establecerán normas y procedimientos relativos a la seguridad y fiabilidad de la red, el intercambio de datos, las transacciones técnicas y operativas, las normas de transparencia, las estructuras tarifarias de transporte armonizadas y la eficiencia energética.

Por otra parte, la REGRT-E adoptará herramientas de gestión de la red comunes, un plan decenal de desarrollo de la red, recomendaciones sobre la coordinación de la cooperación técnica entre los gestores de redes de transporte comunitarios, un programa de trabajo anual, un informe anual y perspectivas anuales de la adecuación de la capacidad de generación para invierno y verano⁸⁶⁷.

Los GRT aplicarán de forma no discriminatoria *tarifas* de acceso a las redes que deberán ser transparentes, tener en cuenta la necesidad de seguridad en las redes y ajustarse a los costes reales, entendiendo por tales los correspondientes a un gestor eficiente de redes estructuralmente comparable. Como ya hemos señalado, en ningún caso podrá fijarse el importe de estas tarifas en función de las distancias⁸⁶⁸. Con respecto a la compensación a los GRT por los costes que les suponga acoger en su red

⁸⁶⁶ Vid. arts. 6, 7 y 8.1, 2 y 6 del Reglamento (CE) núm. 714/2009. Vid. también las menciones a los *códigos de red* incluidas en los epígrafes 2.5 y 3.5 del Capítulo III de esta *Memoria*.

⁸⁶⁷ Vid. art. 8.3 del Reglamento (CE) núm. 714/2009.

⁸⁶⁸ Vid. art. 14 del Reglamento (CE) núm. 714/2009.

flujos eléctricos transfronterizos, su abono corresponderá a los gestores de las redes nacionales de transporte de las que procedan dichos flujos⁸⁶⁹.

Los GRT crearán mecanismos de intercambio de información a fin de garantizar la seguridad de las redes en relación con la *gestión de la congestión*. Se reitera que los problemas de congestión se abordarán mediante soluciones no discriminatorias y conformes a la lógica de los mecanismos del mercado que sirvan de indicadores económicos a las operadoras del sector y a los gestores de las diversas redes⁸⁷⁰.

Tras la firma del Tratado de Lisboa, el nuevo art. 194.1 TFUE contempla entre los objetivos de la política energética de la Unión: “... d) *fomentar la interconexión de las redes energéticas*”. La Unión Europea asume de este modo, al máximo nivel normativo – Derecho de los Tratados u originario -, la tarea de promocionar la interconexión, que consiste en la integración entre diversas redes e infraestructuras, esto es, la conexión física entre redes distintas. El concepto de promoción o la condición de promotor permite imputar a la Unión Europea una función de dirección y de control en la realización de las interconexiones. Las redes representan un elemento esencial para la consecución de los fines del mercado interior y de la seguridad en el

⁸⁶⁹ *Vid.* art. 13 del Reglamento (CE) núm. 714/2009. Su importe se establecerá sobre la base de costes marginales medios prospectivos a largo plazo, teniendo en cuenta las pérdidas, las inversiones en infraestructuras nuevas y un porcentaje adecuado de los costes de explotación y mantenimiento de las infraestructuras existentes.

⁸⁷⁰ Previa solicitud, los nuevos interconectores podrán quedar exentos de la aplicación de los principios generales sobre la gestión de la congestión bajo las siguientes condiciones: i) su instalación deberá impulsar la competencia en el suministro eléctrico; ii) el nivel de riesgo deberá ser tal que requiera la exención; iii) el propietario del interconector deberá ser una persona física o jurídica independiente; iv) se cobrarán cánones a los usuarios de dicho interconector; y v) la exención no debe perjudicar a la competencia, a la buena marcha del mercado interior o al correcto funcionamiento de la red regulada a la que está vinculada la interconexión (cfr. art. 17.1 del Reglamento (CE) núm. 714/2009).

abastecimiento energético, y en consecuencia la Unión Europea incorpora explícitamente el fomento de la interconexión como contenido de la política energética común⁸⁷¹.

El encuadramiento de la interconexión dentro del marco general definido por la construcción del mercado interior de la energía eléctrica nos conduce a considerar otro aspecto significativo desde la misma perspectiva: la política de redes transeuropeas.

2.3. Redes transeuropeas.

Retomando un concepto formulado en algunos documentos comunitarios a principios de los 90, el Tratado de Maastricht impuso a la Comunidad la tarea de contribuir a la creación y al desarrollo de redes transeuropeas de infraestructuras de transporte, telecomunicaciones y energía. Estas redes se insertan en el objetivo general de la cohesión económica y social y persiguen, entre otros, el fin de *“establecer enlaces entre las regiones insulares, sin litoral y periféricas y las regiones centrales de la Comunidad”*. A tal efecto, parten de la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales⁸⁷².

⁸⁷¹ Vid. A. PARENTE, *Principios de Derecho Europeo de la Energía*, op. cit., p. 47.

⁸⁷² Cfr. art. 170.2 TFUE. La interconexión, la interoperabilidad y el desarrollo de redes transeuropeas de transporte de electricidad y de gas constituyen mecanismos imprescindibles en orden a garantizar un funcionamiento adecuado del mercado interior de la energía y del mercado interior en general. Los usuarios pueden optar por servicios de mayor calidad y una oferta más amplia, merced a la diversificación de las fuentes de energía, todo ello a precios más competitivos.

Las ideas básicas están contenidas en el Libro Blanco de la Comisión sobre *Crecimiento, Competitividad y Empleo*⁸⁷³. Dicho texto, que concede una relevancia decisiva a las infraestructuras en general, define la misión de la Comunidad en términos de integración de las actuaciones nacionales en el marco más amplio del interés comunitario, insistiendo en la contribución que el despliegue de redes supone para el fomento de la actividad económica y la creación de empleo (tanto por la propia construcción de infraestructuras como por su ulterior papel en el desarrollo económico)⁸⁷⁴.

En primer término, conviene destacar la regulación contenida en el Reglamento (CE) núm. 2236/95 del Consejo, de 18 de septiembre de 1995, por el que se determinan las normas generales para la concesión de ayudas financieras comunitarias en el ámbito de las redes transeuropeas⁸⁷⁵. Este Reglamento determina las condiciones, modalidades y procedimientos de ejecución de las ayudas comunitarias en favor de proyectos de interés común en el sector de las redes transeuropeas de infraestructuras de transporte, energía y telecomunicaciones.

En el marco establecido por el Reglamento (CE) núm. 2236/95, se han aprobado diversos actos legislativos de definición de orientaciones sobre redes

⁸⁷³ Vid. el ya citado Libro Blanco de la Comisión *Growth, Competitiveness and Employment. The Challenges and Ways Forward into the 21st Century* [COM (93) 700].

⁸⁷⁴ El impulso político provino del Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 1993, que aprobó el Libro Blanco de la Comisión y encargó a dos grupos de trabajo (Grupo CHRISTOPHERSEN y Grupo BANGEMANN) los estudios previos y la definición de los proyectos que habían de financiarse. En este sentido, se identifican 26 proyectos prioritarios en el ámbito de los transportes y 8 en el de la energía, así como 9 sectores de actuación en relación con un sistema de autopistas de la información.

⁸⁷⁵ DOUE L 228, de 23.9.1995, pp. 1-7.

europas del sector de la energía. La actualmente vigente es la Decisión núm. 1364/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se establecen orientaciones sobre las redes transeuropeas en el sector de la energía y por la que se derogan la Decisión núm. 391/96/CE y la Decisión núm. 1229/2003/CE⁸⁷⁶.

Las nuevas directrices para las *redes transeuropeas de energía* (RTE-E) establecen una lista jerárquica -en función de los objetivos y prioridades definidos- de los proyectos que pueden acogerse a financiación comunitaria. Introducen, en particular, el concepto de *proyecto de interés europeo*, que comprende los proyectos prioritarios de carácter transfronterizo o con un impacto significativo en la capacidad de transporte transfronterizo.

Las RTE-E desempeñan un papel fundamental para garantizar la seguridad y la diversificación del suministro. Resulta determinante la interoperabilidad con las redes energéticas de terceros países (países adherentes o candidatos, países de Europa, de Oriente Medio o de la región del Golfo). Los nuevos Estados miembros quedan incorporados, desde el momento de su adhesión, a las orientaciones comunitarias sobre las RTE-E. Por otra parte, el acceso a las RTE-E contribuye a reducir el aislamiento de las regiones menos favorecidas, insulares, sin litoral y periféricas, con lo que se refuerza la cohesión territorial dentro de la Unión Europea. Finalmente, la interconexión de las RTE-E favorece el desarrollo sostenible, especialmente mediante una mejor conexión de las instalaciones de producción de energías

⁸⁷⁶ DOUE L 262, de 22.9.2006, pp. 1-23. Las nuevas orientaciones comunitarias actualizan las orientaciones adoptadas en 2003, que a su vez actualizaron las primeras orientaciones adoptadas en 1996.

renovables, así como mediante la utilización de tecnologías más eficaces que limiten las pérdidas y los riesgos ambientales vinculados al transporte y a la distribución de energía.

La Decisión núm. 1364/2006/CE establece una lista de los proyectos que pueden acogerse a financiación comunitaria en virtud del Reglamento (CE) núm. 2236/95 con una jerarquía de tres categorías.

Los *proyectos de interés común* se refieren a las redes de electricidad y de gas mencionadas por la Decisión, y cumplen sus objetivos y prioridades. Estos proyectos deben acreditar perspectivas suficientes de viabilidad económica. Un análisis de costes y beneficios, en el que se tienen en cuenta los aspectos medioambientales, la seguridad del suministro y la contribución a la cohesión territorial, permite evaluar la viabilidad económica de estos proyectos. Los *proyectos de interés común* (PIC) se recogen en los Anexos II y III de la Decisión núm. 1364/2006/CE.

Se definen *proyectos prioritarios* entre los proyectos de interés común, que se caracterizan por un impacto significativo en el funcionamiento adecuado del mercado interior, en la seguridad del suministro y en la utilización de las energías renovables. Los *proyectos prioritarios*, enumerados en el Anexo I de la Decisión núm. 1364/2006/CE, reciben un trato preferente a la hora de obtener apoyo financiero comunitario.

Algunos proyectos prioritarios, con carácter transfronterizo o impacto significativo en la capacidad de transporte transfronterizo, se declaran

proyectos de interés europeo. Esos proyectos, que también figuran en el Anexo I, son prioritarios para acogerse a financiación comunitaria con cargo al presupuesto asignado a las RTE-E y serán objeto también de una atención especial para su financiación con cargo a otras dotaciones de los presupuestos comunitarios⁸⁷⁷.

Con la aprobación del Tratado de Lisboa, el régimen jurídico aplicable a la política de redes transeuropeas está contenido en el título XVI del TFUE (arts. 170-172):

“TÍTULO XVI

REDES TRANSEUROPEAS

Artículo 170.

(antiguo artículo 154 TCE)

1. *A fin de contribuir a la realización de los objetivos contemplados en los artículos 26 y 174 y de permitir que los ciudadanos de la Unión, los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores, la Unión contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía.*

⁸⁷⁷ Las orientaciones comunitarias sobre las RTE-E subrayan la importancia de facilitar y acelerar la realización de los proyectos y, en particular, de los *proyectos de interés europeo*. Los Estados miembros deben aplicar las medidas necesarias para reducir todo lo posible los retrasos en la ejecución de estos proyectos, sin perjuicio del pleno respeto a las normas de protección ambiental. En particular, deben tramitarse con diligencia los procedimientos de autorización para la instalación de redes de transporte de alcance transeuropeo. Los terceros países también han de facilitar la ejecución de los proyectos que transcurran por parte de su territorio, con arreglo a las disposiciones del Tratado de la *Carta de la Energía*. Las nuevas orientaciones establecen asimismo el marco de una cooperación reforzada, especialmente para los proyectos de interés europeo. Por ejemplo, prevén el intercambio de información y la organización de reuniones de coordinación entre Estados miembros para ejecutar los tramos transfronterizos de las redes de transporte. En este sentido, se prevé la intervención de un coordinador europeo si un proyecto de interés europeo registra un retraso significativo o dificultades de ejecución. Su misión consiste en facilitar la coordinación entre las distintas partes involucradas en la realización del tramo transfronterizo de la red, así como en garantizar un adecuado seguimiento de la ejecución del proyecto. Un coordinador europeo también puede intervenir en otros proyectos relacionados con las RTE-E a instancias de los Estados miembros interesados. El presupuesto destinado a las RTE-E (unos 20 millones de euros anuales) suele dedicarse a los estudios de viabilidad. Otros instrumentos comunitarios pueden tomar el relevo para cofinanciar las inversiones, por ejemplo los *Fondos Estructurales* en las regiones de convergencia. Ahora bien, este apoyo financiero tiene un carácter excepcional y no ha de provocar ningún falseamiento de la competencia. La regla general sigue siendo que la construcción y el mantenimiento de las infraestructuras energéticas deben estar sujetos a las leyes del mercado.

2. En el contexto de un sistema de mercados abiertos y competitivos, la acción de la Unión tendrá por objetivo favorecer la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales, así como el acceso a dichas redes. Tendrá en cuenta, en particular, la necesidad de establecer enlaces entre las regiones insulares, sin litoral y periféricas y las regiones centrales de la Unión.

Artículo 171.

(antiguo artículo 151 TCE)

1. A fin de alcanzar los objetivos mencionados en el artículo 170, la Unión:

- elaborará un conjunto de orientaciones relativas a los objetivos, prioridades y grandes líneas de las acciones previstas en el ámbito de las redes transeuropeas; estas orientaciones identificarán proyectos de interés común,
- realizará las acciones que puedan resultar necesarias para garantizar la interoperabilidad de las redes, especialmente en el ámbito de la armonización de las normas técnicas,
- podrá apoyar proyectos de interés común apoyados por Estados miembros y determinados de acuerdo con las orientaciones mencionadas en el primer guión, especialmente mediante estudios de viabilidad, de garantías de crédito o de bonificaciones de interés; la Unión podrá aportar también una contribución financiera por medio del Fondo de Cohesión creado conforme a lo dispuesto en el artículo 177 a proyectos específicos en los Estados miembros en el ámbito de las infraestructuras del transporte.

La acción de la Unión tendrá en cuenta la viabilidad económica potencial de los proyectos.

2. Los Estados miembros coordinarán entre sí, en colaboración con la Comisión, las políticas que apliquen a escala nacional y que puedan tener una influencia significativa en la realización de los objetivos previstos en el artículo 170. La Comisión, en estrecha colaboración con los Estados miembros, podrá tomar cualquier iniciativa útil para fomentar dicha coordinación.

3. La Unión podrá decidir cooperar con terceros países para el fomento de proyectos de interés común y para garantizar la interoperabilidad de las redes.

Artículo 172.

(antiguo artículo 156 TCE)

El Parlamento Europeo y el Consejo, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptarán con arreglo al procedimiento legislativo ordinario las orientaciones y las restantes medidas previstas en el apartado 1 del artículo 171.

Las orientaciones y proyectos de interés común relativos al territorio de un Estado miembro requerirán la aprobación del Estado miembro de que se trate”.

Las iniciativas encaminadas a la elaboración de una nueva estrategia de infraestructuras energéticas gozan del pleno apoyo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea. En marzo de 2009 el Consejo Europeo pidió

una revisión completa del marco de las redes transeuropeas de energía eléctrica (RTE-E), con el fin de adaptarlo a los nuevos desafíos y a las nuevas competencias que otorga a la Unión el artículo 194 TFUE⁸⁷⁸.

En esta línea de trabajo, la Comisión presentó a finales de 2010 una Comunicación sobre las prioridades de la infraestructura energética a largo plazo en la perspectiva de configuración de una red de energía europea integrada⁸⁷⁹.

La Comisión afirma que es necesario mejorar y modernizar las redes eléctricas para hacer frente a la creciente demanda, consecuencia del importante cambio registrado tanto en la cadena de valor como en el *mix* energético, pero también de la multiplicación de aplicaciones y tecnologías que

⁸⁷⁸ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 19-20 de marzo de 2009, 7880/09.

⁸⁷⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Las prioridades de la infraestructura energética a partir de 2020. Esquema para una red europea de energía integrada*. COM (2010) 677 final. Bruselas, 17 de noviembre de 2010. Destacan por su novedad y por la importancia que revisten de cara al despliegue de las redes transeuropeas, las referencias de la Comunicación a las *redes inteligentes* y a las *autopistas eléctricas*. Con respecto a las primeras, se pretende brindar el marco necesario y los incentivos iniciales para unas rápidas inversiones en una nueva infraestructura de *redes inteligentes* a fin de apoyar: i) un mercado minorista en régimen de competencia; ii) un mercado de servicios energéticos que funcione adecuadamente y ofrezca opciones reales en materia de ahorro y eficiencia energética; iii) la integración de la generación de energías renovables con la actividad de distribución; y iv) la satisfacción de los nuevos tipos de demanda, por ejemplo la procedente de los vehículos eléctricos. La Comisión valorará también la necesidad de nuevas medidas legislativas para garantizar que la implantación de las redes inteligentes siga el ritmo previsto. En particular, el fomento de la inversión en redes y contadores inteligentes requerirá una evaluación exhaustiva de los aspectos que deberán ser reglamentados o normalizados y los que podrán dejarse en manos del mercado. La Comisión considerará también otras medidas para garantizar que las redes y los contadores inteligentes aporten los beneficios deseados a consumidores, productores y otros operadores, así como otras ventajas desde el punto de vista de la eficiencia energética. Sobre redes y contadores inteligentes *vid.* epígrafe 2.6 del Capítulo III de esta *Memoria*. En cuanto a las futuras *autopistas eléctricas*, éstas deberán estar en condiciones de: i) acoger los excedentes cada vez mayores de generación eólica de los mares septentrionales y el Báltico y su entorno, e incrementar la generación en el sur de Europa y norte de África; ii) conectar estas nuevas plataformas de generación con grandes instalaciones de almacenamiento en los países nórdicos y los Alpes, y con los grandes centros de consumo de Europa central; y iii) afrontar una demanda y una oferta de electricidad cada vez más flexibles y descentralizadas. La Comisión Europea propone iniciar inmediatamente los trabajos para la elaboración de un plan de desarrollo modular que permita la puesta en servicio de las primeras autopistas no más tarde de 2020.

utilizan la electricidad como fuente de energía (bombas de calor, vehículos eléctricos, pilas de hidrógeno y de combustible, dispositivos de información y comunicación, etc.).

Las redes se deben también ampliar y mejorar urgentemente para favorecer la integración del mercado y conservar los actuales niveles de seguridad del sistema, y muy especialmente para transportar y equilibrar la aportación de electricidad procedente de fuentes renovables que, según se prevé, duplicará como mínimo su importancia relativa en el período 2007-2020⁸⁸⁰.

Al mismo tiempo, las redes deberán volverse más *inteligentes*. Alcanzar los objetivos en materia de eficiencia energética y energías renovables fijados por la Unión Europea para 2020 no será posible sin una mayor innovación e inteligencia en las redes en los niveles tanto del transporte como de la distribución, en especial mediante el recurso a las tecnologías de la información y la comunicación. Éstas resultarán esenciales para la asimilación de la gestión de la demanda y de otros servicios de las redes inteligentes. Las redes eléctricas inteligentes facilitarán la transparencia y permitirán a los consumidores controlar sus electrodomésticos para ahorrar energía, generar

⁸⁸⁰ Una significativa proporción de la capacidad de generación se concentrará en lugares distantes de los centros principales de almacenamiento y consumo. Se prevé que hasta un 12 % de la generación de energías renovables en 2020 provendrá de instalaciones marítimas, situadas principalmente en los mares septentrionales. Una aportación relevante se originará en los parques solares y eólicos terrestres del sur de Europa y en las instalaciones de biomasa de Europa central y oriental, al tiempo que aumentará la importancia de la generación descentralizada en todo el continente. Con una red bien interconectada e inteligente con posibilidades de almacenamiento a gran escala, se puede reducir el coste de despliegue de las energías renovables, ya que las mayores eficiencias potenciales se producen a escala paneuropea. Más allá de estas necesidades a corto plazo, las redes eléctricas deberán evolucionar más radicalmente para permitir el tránsito al sistema eléctrico descarbonizado que ha de producirse en torno a 2050, apoyado por las nuevas tecnologías de transporte de alta tensión a larga distancia y almacenamiento de electricidad que puedan acoger una proporción cada vez mayor de la energía renovable procedente del interior y del exterior de la Unión Europea.

electricidad a nivel doméstico para autoconsumo y reducir costes. Esas tecnologías permitirán también impulsar la competitividad y el liderazgo tecnológico mundial de la industria de la Unión Europea, incluidas las PYME.

Para garantizar que las capacidades de generación de energías renovables del norte y sur de Europa se incorporan según un calendario satisfactorio y que además se produce una mayor integración del mercado, la Comisión Europea propone dirigir la atención a una serie de corredores prioritarios, que deberán preparar las redes europeas de transporte de electricidad para el año 2020⁸⁸¹.

El 29 de junio de 2011, la Comisión adoptó la Comunicación titulada *Un presupuesto para Europa 2020* sobre el próximo marco financiero plurianual (2014-2020), que propone la creación de un mecanismo llamado *Conectar Europa* para impulsar la completa ejecución de infraestructuras prioritarias de

⁸⁸¹ Estos corredores prioritarios son:

1. *Red marítima en los mares septentrionales y conexión con Europa septentrional y central*, para integrar y conectar las capacidades de producción de energía de los mares septentrionales con los centros de consumo de Europa central y las instalaciones de almacenamiento hidroeléctrico de la región alpina y los países nórdicos.
2. *Interconexiones en Europa sudoccidental*, que puedan acoger la electricidad de origen eólico, hidroeléctrico y solar, en particular la que circule entre la Península Ibérica y Francia y hacia Europa central, a fin de aprovechar al máximo las fuentes de energías renovables africanas y la infraestructura existente entre el norte de África y Europa.
3. *Conexiones en Europa central, oriental y sudoriental*, para reforzar la red regional en los ejes norte-sur y este-oeste, a fin de contribuir a la integración de los mercados – incluidas las “islas energéticas” como la Península Ibérica - y a la extensión de las energías renovables, con una especial atención a las conexiones con instalaciones de almacenamiento.
4. *Finalización del BEMIP* (Plan de Interconexión del Mercado Báltico de la Energía): integración en el mercado europeo de los Estados bálticos potenciando sus redes interiores y fortaleciendo las interconexiones con Finlandia, Suecia y Polonia, y reforzando la red de transporte interna de Polonia y las interconexiones hacia el este y el oeste.

energía, transporte y telecomunicaciones, con un fondo único de 40.000.000 €, de los cuales 9.100.000 € se destinan a energía⁸⁸².

Finalmente, con fecha 19 de octubre de 2011 el Parlamento Europeo y el Consejo han presentado una *Propuesta de regulación de orientaciones relativas a infraestructura de redes transeuropeas de energía y para la derogación de la Decisión núm. 1364/2006/CE de la Comisión*⁸⁸³. El Reglamento propuesto concede prioridad a 12 corredores y áreas estratégicos de la infraestructura energética transeuropea, y establece normas para determinar, dentro de una serie de categorías e infraestructuras energéticas definidas, los *proyectos de interés común* (PIC) que son necesarios para implementar dichas prioridades⁸⁸⁴.

Examinados ya los registros históricos de la regulación comunitaria del acceso y la interconexión a la red, debemos abordar sin más dilación el análisis de la naturaleza jurídica de este mecanismo, de modo que partiendo de una correcta caracterización de ésta podamos valorar adecuadamente y exponer

⁸⁸² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Un presupuesto para Europa 2020-Parte II: Fichas sobre políticas*. COM (2011) 500 final [SEC (2011) 867 final y SEC (2011) 868 final]. Bruselas, 29 de junio de 2011.

⁸⁸³ *Propuesta para una regulación del Parlamento Europeo y del Consejo de orientaciones relativas a infraestructura de redes transeuropeas de energía y para la derogación de la Decisión núm. 1364/2006/CE*. COM (2011) 658 final [SEC (2011) 1233 final y SEC (2011) 1234 final]- 2011/0300 (COD). Bruselas, 19 de octubre de 2011.

⁸⁸⁴ Con esta finalidad, se establece un proceso de selección basado en grupos de expertos regionales, otorgando una función asesora a la ACER en materia de electricidad y gas; la Comisión es quien toma la decisión final, que ha de actualizarse cada dos años, sobre una lista de PIC a escala de la Unión Europea. Los grupos de expertos regionales y la ACER son los responsables del seguimiento y la evaluación de la implementación de los PIC. La Comisión puede nombrar coordinadores europeos para los PIC que presenten especiales dificultades.

las opciones de política económica que subyacen a su concreta instrumentación.

3. La naturaleza jurídica del ATR.

El ATR continúa siendo una figura de contornos jurídicos imprecisos para la mayor parte de la doctrina⁸⁸⁵. La normativa reguladora del sector eléctrico se limita a establecerlo como un derecho de los productores, comercializadores, distribuidores y consumidores cualificados, y como una obligación correlativa para los titulares de las redes de transporte y distribución. Se trata en cualquier caso de la pieza clave del proceso de apertura a la competencia de las denominadas *industrias de red*, por cuanto su objeto reside precisamente en la ruptura de los efectos del monopolio natural mediante la puesta a disposición de las redes con el fin de que por ellas pueda efectuarse el tránsito de la energía objeto de contratación entre los sujetos del mercado de producción organizado.

J. M^a. NEBREDÁ PÉREZ caracteriza el ATR como una servidumbre de paso de energía eléctrica⁸⁸⁶. Esta denominación se ha venido reservando tradicionalmente para el derecho real que grava los fundos por los que discurre el tendido eléctrico y cuyo contenido comprende el vuelo sobre el predio sirviente y el establecimiento de postes, torres o apoyos fijos para la

⁸⁸⁵ Todo lo que aquí se diga sobre la naturaleza jurídica del ATR hay que entenderlo como extensible al derecho de interconexión de redes eléctricas, puesto que éste no es sino el derecho de acceso a la red destinado al comercio transfronterizo de electricidad.

⁸⁸⁶ Vid. J. M^a. NEBREDÁ PÉREZ, *Distribución eléctrica: concurrencia de disciplinas jurídicas*, Civitas, Madrid (1999), p. 194.

sustentación de los cables conductores de energía - servidumbre de paso aéreo - o la ocupación del subsuelo por los cables conductores a la profundidad y con las demás características que señale la legislación urbanística aplicable – servidumbre de paso subterráneo -⁸⁸⁷. El autor citado entiende que en este segundo supuesto debe hablarse más bien de servidumbre de instalaciones eléctricas, ya que en él lo realmente significativo es la implantación de instalaciones sobre el predio sirviente. Por el contrario, en el ATR, según señala el mismo autor, el aspecto significativo que determina la imposición de la servidumbre es precisamente el paso de energía eléctrica por una red ajena que, a estos efectos, revestiría los caracteres de un auténtico *inmueble*.

Existen, sin embargo, determinados rasgos que hacen pensar en el carácter *obligacional* más que *real* del instituto jurídico del ATR⁸⁸⁸:

- El *sujeto*: los derechos reales carecen de un sujeto pasivo determinado y concreto. Para su existencia basta, por lo general, con el sujeto activo, titular del derecho, que no lo ejercita contra una persona determinada, aunque dicho ejercicio exija el respeto y abstención de la colectividad. En el derecho de crédito, por el contrario, existe un sujeto pasivo, el deudor, titular de la obligación cuyo cumplimiento supone la satisfacción del crédito. Esta distinción se atenúa en aquellos derechos reales que exigen una conducta por parte de una persona determinada, y singularmente en las denominadas obligaciones *propter rem*. El ATR

⁸⁸⁷ Vid. art. 56 de la Ley del Sector Eléctrico.

⁸⁸⁸ Una exposición sistemática de la evolución de la doctrina científica en relación con la distinción entre derechos reales y derechos de crédito puede hallarse en L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Patrimonial Civil I: Introducción. Teoría del Contrato*, Civitas, Madrid (1993), pp. 58-71.

tiene un sujeto pasivo determinado y concreto, el titular de la red, mientras que el sujeto activo es relativamente determinado, ya que abarca a una colectividad integrada por productores, comercializadores y consumidores cualificados que irá ampliando su alcance conforme se profundice en la apertura del mercado.

- El *objeto*: los derechos reales se caracterizan porque el poder jurídico del titular recae sobre la cosa (*inmediatividad*), mientras que los derechos de crédito tienen por objeto una conducta del deudor, es decir, una *prestación*. El ATR se define precisamente como el acceso de terceros a una red ajena cuya finalidad es el transporte o la distribución de la energía objeto de contratación en el mercado de producción organizado y en consecuencia no atribuye un poder directo sobre la red, sino un derecho a obtener un servicio de transporte y/o distribución, mediante la conclusión del oportuno contrato y previo abono del peaje correspondiente.
- El *vínculo*: es un elemento esencial del derecho de crédito y consiste en la relación jurídica que liga a la persona del deudor con la del acreedor, obligándole al cumplimiento de la obligación. Por el contrario, en los derechos reales no puede hablarse con propiedad de un vínculo o relación jurídica especial del titular con el objeto. El ATR supone el derecho de determinados sujetos a acceder a los servicios de transporte y distribución de energía eléctrica y el correlativo deber de facilitar dichos servicios de los titulares de las redes, así como el derecho de estos últimos a percibir el correspondiente peaje por el uso de la red con

la correlativa obligación de los sujetos titulares del derecho de ATR de satisfacer el importe de dicho peaje.

- El *contenido*: en los derechos reales el contenido típico queda definido por las facultades que el titular puede ejercitar sobre la cosa, mientras que en los derechos de crédito el contenido se confunde con el objeto, la prestación, ya que es el deber jurídico o conjunto de deberes jurídicos que pesan sobre el deudor y que representan para el acreedor un correlativo derecho. Abundando en lo expresado en los apartados anteriores, es claro que el contenido del ATR se concreta en una serie de derechos y obligaciones correspectivas entre los titulares del derecho y los titulares de las redes.
- La *duración*: los derechos reales tienden a perpetuarse con su ejercicio, por lo que en principio su duración es ilimitada. Los derechos de crédito al ser ejercitados, esto es, al cumplirse la prestación del deudor, se extinguen. El ATR, como ya se ha indicado, no otorga un poder directo de disposición sobre la red, sino que su ejercicio se concreta mediante la conclusión del contrato correspondiente en el que se debe consignar expresamente la duración⁸⁸⁹.
- El *modo de adquisición del derecho*: en los ordenamientos jurídicos, como el español, que aceptan la doctrina del *título* y el *modo* los derechos de crédito se adquieren por el simple acuerdo de voluntades (*título*), mientras que los derechos reales exigen, además, un acto formal de entrega de la cosa (*modo de adquirir*). El ejercicio del ATR se hace

⁸⁸⁹ Así lo impone expresamente, en el caso español, el art. 81.3 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 instalaciones de energía eléctrica.

efectivo mediante la conclusión del correspondiente contrato, con el contenido mínimo señalado reglamentariamente⁸⁹⁰, si bien se trata de una obligación de origen legal y por tanto la celebración del contrato resulta forzosa para los titulares de las redes, salvo en el supuesto de falta de disposición de la capacidad necesaria.

- La *tutela*: la protección del derecho real se instrumenta a través de acciones reales, ejercitables *erga omnes*; en cambio, los derechos de crédito están amparados por acciones personales que el acreedor sólo puede hacer valer frente al deudor. En las obligaciones de origen legal, como es el caso del ATR, el acreedor puede instar la actuación de la Administración competente para que imponga al deudor el cumplimiento de la obligación.

Por otro lado, la normativa civil reguladora de las servidumbres configura estos derechos reales en torno a una serie de rasgos característicos en los que difícilmente encaja la funcionalidad propia del ATR.

El Código Civil, al regular las servidumbres de paso⁸⁹¹, impone a los beneficiarios la obligación de abonar al titular del inmueble sirviente una indemnización cuantificada en función del valor de los terrenos afectados y de los demás perjuicios que se le irroguen. Podría pensarse en este sentido que la indemnización o justiprecio es el peaje a satisfacer por el acceso a la red.

⁸⁹⁰ Vid. arts. 58, 59 y 81 del Real Decreto 1955/2000.

⁸⁹¹ Vid. arts. 564-570 del Código Civil.

Pero esto o no es posible o no resulta equitativo, ya que el ATR en el ordenamiento jurídico español es *regulado*, de forma que la cuantía de los peajes de acceso es aprobada por el Gobierno con carácter único, atendiendo a los niveles de tensión y a las características de los consumos indicados por horario y potencia⁸⁹².

La caracterización del peaje del ATR como indemnización de una servidumbre de paso choca con la realidad de una tarifa única con independencia de la distancia que cubre el servicio de transporte. Esta configuración de las tarifas del peaje de ATR viene exigida por las propias características de la actividad de transporte de la energía eléctrica⁸⁹³.

Por otra parte, el Código Civil clasifica las servidumbres en continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes, positivas y negativas, legales y voluntarias⁸⁹⁴. Las servidumbres impuestas por la ley tienen por objeto la utilidad pública o el interés de los particulares⁸⁹⁵. La Ley del Sector Eléctrico y sus normas de desarrollo establecen la contratación privada como mecanismo de articulación del acceso a la red – como no podía ser de otro modo, tratándose de un mercado liberalizado -, por lo que surge la duda de si el ATR

⁸⁹² *Vid.* art. 18 de la Ley del Sector Eléctrico.

⁸⁹³ La energía eléctrica no es almacenable, por lo que su consumo debe ser inmediato. No puede determinarse el origen de todos los kilovatios que son objeto de transporte, ya que se trata de un producto homogéneo y en consecuencia la energía que entra en la red forma un conjunto único que con posterioridad se destina a fines diversos. *Vid.* E. COLOM PIAZUELO, *El transporte de energía eléctrica (Régimen jurídico de la nueva regulación de la electricidad)*, Civitas, Madrid (1997), pp. 38-39. Como hemos visto a lo largo de este Capítulo, las normas comunitarias también establecen que el importe de los peajes de acceso a la red no debe fijarse en función de las distancias (cfr. Considerando (15) y art. 14.1 del Reglamento (CE) 714/2009).

⁸⁹⁴ *Vid.* arts. 532, 533 y 536 del Código Civil.

⁸⁹⁵ *Vid.* arts. 536 y 549 del Código Civil.

constituye una servidumbre por causa de utilidad privada o en interés de los particulares, ya que sólo en este supuesto el Código Civil permite la modificación por convenio entre los interesados, siempre que no lo prohíba la ley, ni produzca perjuicio a terceros⁸⁹⁶.

La Ley del Sector Eléctrico y sus normas de desarrollo configuran el ATR no como un derecho real, sino como una relación obligacional que supone el derecho de los productores, comercializadores y consumidores⁸⁹⁷ a acceder a las redes de transporte y distribución, y el deber de abonar el peaje correspondiente, así como el derecho de los transportistas y distribuidores a percibir dicho peaje como contraprestación de la puesta a disposición de la red.

Por otra parte, el ATR no es una mera relación obligacional contraída en el marco de la libertad de contratación propia del Derecho privado⁸⁹⁸, sino que constituye una obligación de origen legal⁸⁹⁹. Es preciso distinguir entre la obligación impuesta por la Ley del Sector Eléctrico – y definida por el Derecho comunitario - a los titulares de las redes de ponerlas a disposición de determinados sujetos y los contratos privados que se suscriben entre ambas

⁸⁹⁶ Art. 551 *in fine* del Código Civil. Sobre la problemática de la naturaleza jurídica del ATR *vid.* A. SÁNCHEZ BUSTAMANTE, *El derecho de acceso de terceros a las redes eléctricas*, *op. cit.*, pp. 125-141.

⁸⁹⁷ Como ya hemos indicado en los epígrafes 2.2 A) y C) del Capítulo III, a partir del 1 de enero de 2003 todos los consumidores adquieren la condición de *cualificados* en el mercado eléctrico español, de conformidad con lo dispuesto por el art. 19, apdo. uno, del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes en materia de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios. En el ámbito comunitario, se dispuso la apertura completa del mercado por el lado de la demanda en dos fases: a partir del 1 de julio de 2004 se garantiza la libertad de elección de todos los clientes no domésticos y a partir del 1 de julio de 2007 el mercado queda abierto para todos los clientes (*vid.* art. 21.1 de la Directiva 2003/54/CE).

⁸⁹⁸ Cfr. arts. 1255 del Código Civil y 53 del Código de Comercio.

⁸⁹⁹ *Vid.* art. 1089 del Código Civil.

partes para hacer efectivo el contenido del ATR, en los que sobre la base de aquella obligación legal la autonomía de la voluntad está fuertemente limitada por la definición reglamentaria del contenido del contrato, la determinación administrativa de las tarifas del peaje y las garantías de acceso no discriminatorio. Estos últimos aspectos constituyen el contenido mínimo de la obligación legal de ATR y vienen impuestos por las propias normas que regulan dicha obligación: las Directivas comunitarias sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, la Ley del Sector Eléctrico y sus disposiciones de desarrollo.

Como ya hemos expuesto con anterioridad, la Comisión ha ido construyendo paulatinamente un significativo acervo comunitario relativo a los *servicios de interés económico general*⁹⁰⁰. A partir de la reforma operada en virtud de la aprobación del Tratado de Ámsterdam, el Tratado de la Comunidad Europea reconocía el carácter fundamental de los valores subyacentes a los servicios de interés general y la necesidad de que la Comunidad tuviera en cuenta su función en la concepción y aplicación de todas sus políticas⁹⁰¹. El Tratado de Lisboa no ha hecho sino confirmar y reforzar la condición de principio del Derecho comunitario primario del instituto de los servicios de interés general⁹⁰². De esta forma, el Derecho comunitario ha consagrado al más alto nivel normativo los servicios de interés económico general como elemento fundamental del modelo europeo de sociedad. Su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, su contribución a la competitividad

⁹⁰⁰ Vid. epígrafe 3.2 del Capítulo II de esta *Memoria*.

⁹⁰¹ Vid. en este sentido el antiguo art. 16 TCE.

⁹⁰² Vid. en este sentido el art. 14 TFUE.

general de la economía europea, así como la evolución de su entorno, caracterizada por la globalización de la actividad económica, la plena realización del mercado interior y el veloz desarrollo tecnológico, han impulsado el proceso de apertura de nuevos sectores a la competencia.

Las sucesivas intervenciones de la Comisión han materializado el carácter de servicio de interés económico general de una determinada actividad en la imposición a sus prestadores de *obligaciones de servicio público*, solución que resulta coherente con la configuración del ATR como mecanismo de liberalización de los monopolios tradicionales basados en infraestructuras de red única. De este modo, el interés general que se predica de determinadas actividades económicas supone que, sin merma del funcionamiento de los mecanismos de mercado, se garantice simultáneamente la prestación universal de una serie de servicios considerados como básicos y vinculados a las mismas.

Desde el punto de vista de los consumidores, el ATR se concreta en el derecho a estar conectado a la red⁹⁰³, que por otra parte trae causa de una obligación de servicio público reconocida como tal por la legislación comunitaria: la garantía de suministro o *servicio universal*⁹⁰⁴.

La razón de ser de la caracterización de determinadas actividades como servicios de interés económico general, una vez superada la concepción

⁹⁰³ Las condiciones de esta conexión a la red se regulan a través de los denominados *derechos de acometida*, cuyo régimen jurídico en España se encuentra contenido actualmente en el capítulo II del título III del Real Decreto 1955/2000.

⁹⁰⁴ *Vid. supra* epígrafe 3.3 del Capítulo II de esta *Memoria*.

tradicional del servicio público, reside precisamente en que los poderes públicos estiman que dichas actividades son de interés general para la sociedad y las fuerzas del mercado pueden no prestarlos satisfactoriamente, por exclusión automática de la demanda no competitiva, por lo que, en atención a que son servicios básicos para todos los ciudadanos y a que condicionan el desarrollo de otras muchas actividades, se imponen en forma de obligaciones de servicio público diversas prestaciones concretas que tratan de satisfacer dichas necesidades. El caso clásico de obligación de servicio público es el *servicio universal*, es decir, la obligación de prestar cierto servicio en todo el territorio a precios asequibles y en condiciones similares de calidad. Por consiguiente, el derecho de ATR constituye indudablemente una *obligación de servicio público* para los titulares de las redes.

En este sentido, la ya citada Comunicación de la Comisión de 20 de septiembre de 2000⁹⁰⁵, al definir la misión de los servicios de interés general, señala entre los principios que pueden ayudar a determinar su ámbito subjetivo la elección del servicio y en su caso del proveedor y la competencia efectiva entre proveedores. Una vez que se liberaliza el suministro para todos los consumidores, los titulares de las redes continúan obligados a proporcionar la conexión universal. De ahí que *el derecho de ATR pueda calificarse* también, partiendo de su finalidad dentro de un mercado de producción organizado, *como un elemento inseparable de la propia garantía de suministro que, en consecuencia, participa de su naturaleza de obligación de servicio público.*

⁹⁰⁵ Vid. *supra* epígrafe 3.2 del Capítulo II de esta *Memoria*.

Con ello queda aclarada y superada la posible objeción de que el ATR impone obligaciones a las empresas, en favor de la libre competencia, y no a favor de los ciudadanos, como es de esperar en un servicio público. El ATR se impone a las empresas para garantizar el servicio universal de suministro eléctrico en adecuadas condiciones de regularidad, calidad y precio. Como el proceso de liberalización del sector ha alcanzado ya la última etapa, todos los consumidores tienen que contar con la posibilidad de elegir a su proveedor de suministro eléctrico, y esa posibilidad pasa por reconocerles también el derecho de acceso a la red, que pueden ejercer directamente o a través de una empresa comercializadora, tal y como se establece en el art. 42.1 de la Ley del Sector Eléctrico y en el art. 3 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión. En consecuencia, *el ATR puede caracterizarse como obligación de servicio público en cuanto trae causa de la necesidad de garantizar en favor de todos los ciudadanos (servicio universal) la prestación del servicio esencial de suministro eléctrico, en el marco de la libre iniciativa empresarial en el que se desarrollan las actividades de generación y comercialización en el mercado.*

Por otra parte, incluso el autor que defiende la caracterización del ATR como servidumbre de paso de energía eléctrica, J. M^a. NEBREDÁ PÉREZ, ha definido el ATR como *“la expresión de la prestación obligatoria del suministro, para el caso de que no sea el titular de la red quien venda la energía”,* o

también como “*la obligación de todo titular de red, incorporada al servicio de interés económico general que es la distribución*”⁹⁰⁶.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al definir el ámbito de aplicación del artículo 90.2 TCE (actual 106.2 TFUE), ha afirmado la necesidad de relación directa entre las obligaciones de servicio público impuestas, la misión específica encomendada y el servicio de interés económico general de que se trate⁹⁰⁷. Para considerar que las obligaciones de servicio público impuestas a las empresas del sector forman parte de la misión de interés general encomendada, es necesario que aquéllas guarden relación con el objeto del servicio de que se trate y “*que tengan como objetivo directo contribuir a satisfacer ese interés*”⁹⁰⁸.

En la base del servicio universal puede contemplarse además una exigencia mínima de garantía para el individuo y una exigencia más general de cohesión para toda la comunidad, que puede manifestarse en una misión específicamente social (proporcionar a los grupos sociales más vulnerables determinadas prestaciones) o bien en una misión económica y social de mayor amplitud (por ejemplo, acabar con el aislamiento de determinadas zonas,

⁹⁰⁶ Vid. J. M^a. NEBREDA PÉREZ, *La liberalización de las actividades eléctricas de distribución y comercialización*, en la obra colectiva *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, Madrid (1998), pp. 242-244.

⁹⁰⁷ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de octubre de 1997, dictada en el asunto C-159/1994, *Comisión v. República Francesa*. Rec. 1997, p. I-05815. Incumplimiento de Estado. Derechos exclusivos de importación y exportación de gas y de electricidad.

⁹⁰⁸ Vid. F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Alcance y aplicación del artículo 90.2 (nuevo 86.2) del Tratado de la Comunidad Europea en la jurisprudencia comunitaria*, “*Revista Española de Derecho Administrativo*”, núm. 102 (1999), pp. 297-314. Este mismo planteamiento se recoge en el epígrafe 14 de la Comunicación de la Comisión sobre los *Servicios de interés general* de 20 de septiembre de 2000. Nos remitimos a las observaciones hechas en este sentido en el epígrafe 3.2 del Capítulo II de esta Memoria.

incentivar pautas de conducta respetuosas con el medio ambiente, implantar una determinada estrategia de ordenación del territorio, etc.)⁹⁰⁹.

La auténtica naturaleza jurídica del ATR sólo puede alcanzarse a la luz de una correcta caracterización de los servicios que se prestan a través de las redes y en el contexto de los principios básicos de la construcción del mercado interior europeo de la electricidad.

Por un lado, hemos convenido ya en que la función de la red es el transporte de energía, entendido en un sentido amplio como la actividad consistente en hacer transitar la energía eléctrica a través de la red, elemento esencial para la prestación del servicio de suministro eléctrico por la imposibilidad de almacenamiento y la necesidad de conducir el fluido desde los lugares donde se genera hasta los puntos en que se consume.

En un contexto definido por la constitución de un mercado de producción organizado de energía eléctrica el titular de una red asume precisamente la función de *common carrier*, es decir, literalmente “*transportista común*”, ofertando un servicio de transporte de la energía que es objeto de contratación en el *pool*. Por tanto, puede concluirse que con base en el ATR se impone a las compañías titulares de las redes la obligación de actuar como simples transportistas de otros productores situados en el mismo país o en otro Estado miembro de la Unión Europea. Dicho servicio de transporte ya no constituye un servicio público monopolizado, sino una función de transporte reglamentada

⁹⁰⁹ F. SALVIA, *El servicio público en Italia*, en “Revista Aragonesa de Administración Pública”, núm. 18 (2001), p. 395.

por la Administración, en la que la única obligación consiste en servir a cualquier cliente en base a la orden del pedido – obligación de servicio público - a cambio de una retribución no discriminatoria, hasta el agotamiento del exceso de su capacidad de transporte⁹¹⁰.

Las normas comunitarias al contemplar la posibilidad de que los Estados miembros impongan a las compañías eléctricas obligaciones de servicio público no proceden a enumerarlas exhaustivamente, sino que se limitan a señalar que tales obligaciones deberán referirse a *la seguridad, la regularidad, la calidad, el precio del suministro y la protección del medio ambiente*⁹¹¹.

⁹¹⁰ J. M^a. GIMENO FELIÚ, en *Reflexiones sobre el mercado interior eléctrico: a propósito del “common carrier”*, op. cit., defiende - como ya señalamos con anterioridad, vid. supra epígrafe 2.3 del Capítulo II de esta Memoria - que el paradigma seguido por la Comisión en la construcción del mercado interior eléctrico es precisamente el del *common carrier*, aunque admite que se trata de una de las posibles modalidades de articulación del ATR, que es en definitiva el instrumento decisivo para la liberalización de las actividades del sector: “De estos objetivos destaca, sobre todo, el de acceso de terceros a las redes (TPA), - del que el «common carrier» es una variante – ya que la Comunidad se ha pronunciado siempre en favor de la posibilidad de que se pueda acceder, mediante pago de canon o tarifa, a la red de transporte existente como medida necesaria de cara a la liberalización de este mercado, (...). Este es el momento, por tanto, de hacer referencia al contenido del acceso de terceros – especialmente [por tanto, no exclusivamente] a través de la modalidad del «common carrier» -, así como a su viabilidad en el sector de la electricidad comunitaria”. De hecho, la caracterización que realiza este autor vincula también expresamente el principio de *common carrier* con la defensa de la competencia, y en particular con la proscripción de la negativa a facilitar el uso de las infraestructuras imprescindibles para operar en un mercado, cuya titularidad confiere por eso mismo una posición de dominio al operador ya establecido, perspectiva esta última propia de la doctrina de las *essential facilities*: “A través de este principio, de origen anglosajón, se pretende una apertura de mercados monopolísticos, de tal manera que una negativa a la cesión del uso a los competidores de las instalaciones o medios físicos de acceso al mercado por que ostenta en el mismo una situación monopolística, de derecho o de hecho, pueda ser calificada como atentatoria a las normas comunitarias sobre competencia” (p. 56). Entiendo que este posicionamiento no responde sino a la intención de dejar claro que la liberalización del sector eléctrico no supone en ningún caso abandonar o postergar su condición de servicio público; antes bien, lo que se pretende es promover las condiciones para incorporar a la garantía de suministro la posibilidad de una mejor prestación del servicio mediante una efectiva apertura a la competencia y una consiguiente capacidad de elección de proveedor por parte de los consumidores-usuarios. De hecho, el mismo autor en la obra reiteradamente citada *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo* (p. 91), define los elementos constitutivos del principio del *common carrier* en términos muy similares a los que nosotros hemos empleado para definir la doctrina de las *essential facilities*: control de una instalación o sistema de transporte, sin el cual es imposible cualquier tipo de intercambio, por una empresa con poder de mercado; imposibilidad práctica o razonable, por cuestiones técnicas o económicas, de que los competidores puedan duplicar la instalación; negativa por la empresa distribuidora a permitir el uso de sus instalaciones a otras empresas; y posibilidad real de que se pueda permitir la cesión del uso de las instalaciones.

⁹¹¹ Cfr. art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE.

Pues bien, en un mercado de producción organizado podemos afirmar que el ATR está estrechamente relacionado con todos y cada uno de estos aspectos:

- Por lo que respecta a la *seguridad, regularidad y calidad* del suministro, despublicada la explotación unificada del sistema la garantía de suministro descansa únicamente sobre la actividad de producción desarrollada por las operadoras del sector en régimen de libre iniciativa empresarial. La imposibilidad física de almacenamiento del producto y la consiguiente necesidad de casación previa de oferta y demanda hacen que la garantía de suministro sólo se alcance en este nuevo marco si los productores pueden evacuar su energía a la red, los distribuidores y comercializadores pueden adquirirla para sus clientes y éstos están conectados y tienen capacidad de elección. La puesta a disposición de las redes por transportistas y distribuidores permite, en el primer caso, la evacuación de la energía producida y, en el segundo, la efectiva liberalización de la actividad de producción y el eficaz ejercicio de la actividad de comercialización, puesto que con ella la red ya no supone un obstáculo para la libertad de elección, sino el medio físico que la posibilita en los más amplios términos, debido fundamentalmente a la realidad de la interconexión.
- En relación con el *precio* del suministro, es obvio que el ATR, en cuanto posibilita el transporte por redes ajenas de la energía adquirida, estimula la eficiencia en la actividad de generación. El ATR es, como ya hemos visto, *regulado* y por tanto se traduce en un coste fijo. Las empresas dedicadas a la producción eléctrica sólo pueden competir, por

consiguiente, a través de la mejora de la relación calidad-precio de los servicios ofertados. La disponibilidad de las redes para el transporte y la distribución les permite planificar su actividad en relación con todo el mercado europeo, en el que las ventajas competitivas residen únicamente en la reducción de los costes de producción y la mejora de la calidad del servicio.

- Por último, en relación con la *protección del medio ambiente*, conviene reparar en que la apertura de las redes al acceso de terceros implica el reconocimiento del monopolio natural en las actividades de transporte y distribución y de la inconveniencia, no sólo económica sino también ecológica, de la duplicación de infraestructuras por el enorme impacto ambiental que produce su implantación. La efectiva competencia en generación puede lograrse a través del ATR sin necesidad de instalar varias redes en paralelo.

La naturaleza jurídica del ATR puede definirse pues en términos de *obligación de servicio público*. Como ya hemos visto, así resultaba de la confrontación de los dos enfoques con que la tradición jurídica anglosajona abordaba la regulación de los monopolios naturales de red: la doctrina del *common carrier* y la doctrina de las *essential facilities*⁹¹².

Existen puntos de similitud y diferencias sustanciales entre ambas doctrinas. La distinción fundamental venía referida al bien jurídico cuya protección justificaba la aplicación de cada una de ellas. En el caso del *common carrier* ese bien es la efectividad del servicio universal, mientras que

⁹¹² Vid. *supra* epígrafe 2.3 *in fine* del Capítulo II de esta *Memoria*.

en la doctrina de las *essential facilities* el bien a proteger es la competencia en los segmentos del mercado situados aguas arriba o aguas abajo de las fases del ciclo de explotación sujetas a una estructura industrial de monopolio natural.

La cuestión es si esas obligaciones de prestar acceso a la infraestructura que la regulación de estos servicios impone deben ser consideradas como obligaciones de servicio público, siguiendo la lógica del *common carrier*, o como obligaciones a favor de las empresas potencialmente competidoras conforme a la doctrina de las *essential facilities*. Las primeras tienden a asegurar unas condiciones de prestación (regularidad, calidad, precio, etc.) en favor de los usuarios finales, mientras que las segundas pretenden hacer posible la concurrencia y con ello la entrada de nuevas empresas en el mercado.

Como ya observamos, la distinción entre los planteamientos propios del *common carrier* y de las *essential facilities* no es en modo alguno una cuestión bizantina. En apoyo de esta afirmación señalábamos los frecuentes y agudos conflictos entre los reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia al enjuiciar unos mismos hechos⁹¹³.

La virtualidad de la regulación comunitaria reside precisamente en asumir estos dos enfoques en una síntesis integradora y superadora: la configuración jurídica de las actividades del sector energético, que pasan a

⁹¹³ Vid. *supra* epígrafe 2.3 del Capítulo II de esta *Memoria*.

desarrollarse en condiciones de libre iniciativa empresarial, como *servicios de interés general*, y la de los mecanismos destinados a garantizar en todo caso la prestación del servicio esencial de suministro eléctrico como *obligaciones de servicio público*. En línea con este planteamiento, podemos entender que la obligación que se impone a las compañías eléctricas de facilitar el ATR tiene como causa la necesidad de garantizar el acceso al servicio esencial de suministro eléctrico en condiciones de regularidad, calidad y precio razonable a todos los ciudadanos, y por tanto reviste los caracteres de una auténtica *obligación de servicio público*⁹¹⁴.

La consecuencia lógica e inmediata de considerar la obligación de facilitar el acceso a la red como obligación de servicio público en el sentido en el que el Derecho comunitario emplea esta expresión es la sujeción a las reglas y principios propios de esta última institución: *“relación directa con la misión de interés general, objetividad, transparencia y no discriminación en su definición y*

⁹¹⁴ Así F. J. VILLAR ROJAS entiende que las obligaciones por razón de la libre competencia que se imponen a dichas instalaciones deben ser consideradas como obligaciones de servicio público, puesto que la causa de unas y de otras es una razón o motivo de interés público o general cuya satisfacción requiere limitar la libertad empresarial; *vid. Las instalaciones esenciales para la competencia, op. cit.*, p. 388. En este sentido, V. LÓPEZ-IBOR MAYOR indica que *“el paso de un sistema de intenso control con reconocimiento legal de inversiones a largo plazo por un sistema de mercado imperfecto pero progresivo, que abandona el concepto de sistema unificado y servicio público, por el de sector coordinado y servicio esencial universal, tiene muchas consecuencias. Entre otras, una muy importante que se deriva del análisis de esa misma transformación del concepto de servicio público en su conexión comunitaria con el Derecho de la competencia. Desde la reforma del concepto de servicio de interés general en su interacción entre los fines de la defensa de la competencia y la protección de obligaciones de servicio público, (...)”*; *vid. La problemática jurídica del Sector Eléctrico, op. cit.*, p. 293. Entre las razones que abonan este planteamiento podemos enunciar adicionalmente las siguientes: i) la defensa de la competencia es de interés general en los servicios en red; ii) la integración de las distintas fases que componen el ciclo de explotación de un servicio en red hace que la imposición de obligaciones a favor de la competencia produzca casi necesariamente efectos beneficiosos para los usuarios finales en relación con las condiciones de regularidad, calidad y precio en la prestación del servicio; y iii) las obligaciones de acceso e interconexión se establecen con independencia de cuál sea la concreta situación empresarial o el grado de desintegración vertical alcanzado y no dependen ni de una ni de otra. *Vid. F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, Técnicas específicas de los servicios en red, op. cit.*, pp. 797-811.

posibilidad de establecer medidas restrictivas y mecanismos de compensación económica⁹¹⁵.

Esta caracterización del ATR como obligación de servicio público tiene también importantes consecuencias de cara a los mecanismos de tutela. La Directiva 2009/72/CE dispone en este sentido:

“El gestor de la red de transporte o de distribución podrá denegar el acceso en caso de que no se disponga de la capacidad necesaria. La denegación deberá motivarse debidamente, en particular por lo que respecta al artículo 3, y deberá basarse en criterios objetivos y justificados desde el punto de vista técnico y económico. Las autoridades reguladoras, cuando los Estados miembros así lo hayan dispuesto, o los Estados miembros garantizarán que dichos criterios se aplican de manera coherente y que el usuario de la red al que se ha denegado el acceso puede recurrir a un procedimiento de solución de conflictos. Cuando se deniegue el acceso, las autoridades reguladoras garantizarán también, si procede, que el gestor de la red de transporte o distribución proporcione la información oportuna sobre las medidas necesarias para reforzar la red. Podrá solicitarse a quien pida dicha información el pago de una cantidad razonable que refleje el coste del suministro de tal información”⁹¹⁶.

En primer término, la garantía del derecho de acceso a la red comienza con el reconocimiento legal de un *procedimiento de conflicto de acceso a la red*, cuya resolución se atribuye a la autoridad reguladora nacional - en el Reino de España, la Comisión Nacional de Energía (CNE) -⁹¹⁷. Es decir, la autoridad reguladora nacional tutela el ejercicio del acceso a la red en el mercado, de modo que no es necesario que el agente interesado acuda a los órganos jurisdiccionales para que declaren su derecho frente a los gestores de las redes⁹¹⁸.

⁹¹⁵ F. J. VILLAR ROJAS, *Las instalaciones esenciales para la competencia*, op. cit., p. 388.

⁹¹⁶ Vid. art. 32.2 de la Directiva 2009/72/CE.

⁹¹⁷ Vid. arts. 8.1., mención decimocuarta, 38.3 y 42.4 de la Ley del Sector Eléctrico.

⁹¹⁸ La denegación injustificada de acceso a la red de transporte o de distribución constituye, de acuerdo con el artículo 60 a), apdo. 7, de la Ley del Sector Eléctrico, una infracción administrativa muy grave, sancionable con multa de hasta 3.005.060,52 euros. A través de esta vía, los titulares del derecho de ATR pueden también reclamar la tutela de la Administración, sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que declaren su derecho frente a los gestores de las redes.

El ejercicio del derecho de ATR se concreta en la conclusión de contratos privados, en los que debemos distinguir entre el contenido mínimo reglamentario y el contenido propiamente negocial. En relación con el contenido mínimo⁹¹⁹, las normas reglamentarias establecen las causas de resolución de los contratos de acceso a la red⁹²⁰. Con respecto al contenido que emane exclusivamente del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, el resarcimiento de los posibles perjuicios irrogados a cualquiera de ellas por incumplimiento de la otra deberá hacerse efectivo a través de las acciones que el Código Civil prevé en relación con la responsabilidad contractual⁹²¹.

Desde un punto de vista ya estrictamente jurisdiccional, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2007 define el *concepto legal del derecho de acceso a la red*, entendiendo que engloba tanto el acceso para el tránsito de la energía eléctrica entre un agente comprador y uno vendedor, como el acceso para el establecimiento de nuevas instalaciones, y afirma que no existe

⁹¹⁹ En este sentido, *vid.* arts. 58 y 59 del Real Decreto 1955/2000. El art. 58, bajo el epígrafe *contratos técnicos de acceso a la red de transporte*, establece como contenido mínimo la identificación del usuario y del representante – en su caso – que contrata el acceso, la identificación de la empresa propietaria del punto de acceso con la que se contrata, el punto de acceso a la red, la duración del contrato, la potencia máxima contratada - identificando períodos de aplicación, en su caso -, el sometimiento a la normativa aplicable sobre condiciones técnicas de conexión e intercambios de información, las condiciones específicas de restricción temporal del servicio y las causas de rescisión. El art. 59, bajo el epígrafe *contratos económicos de acceso a la red de transporte*, determina que en el caso de las conexiones internacionales, el contrato incluirá las condiciones económicas de cobro de las tarifas de acceso aplicables según la normativa vigente. Los consumidores conectados a las redes de transporte suscribirán el contrato de acceso económico, directamente o a través de comercializadores, con el distribuidor cuyas instalaciones se encuentren más próximas al punto de conexión con el transportista y de acuerdo con las tarifas vigentes. Para ello deberán acreditar al distribuidor la existencia del contrato técnico con el transportista.

⁹²⁰ *Vid.* arts. 90 y 91 del Real Decreto 1955/2000.

⁹²¹ *Vid.* arts. 1101 y ss. del Código Civil.

base legal que justifique la diferencia en el tratamiento jurídico de ambos supuestos. En particular, se afirma que

“... existe un derecho de acceso a la red reconocido por la Ley a favor de los distribuidores, y que tal derecho no se limita a operaciones de transporte de electricidad, sino que comprende la posibilidad de establecimiento de redes de distribución de diferente titularidad. (...) todo ello lo es sin perjuicio de las necesarias autorizaciones para realizar la concreta conexión y de las facultades de oposición al acceso del titular de la red en los supuestos previstos en la Ley (...)”⁹²².

Por otra parte, tanto la jurisprudencia como las resoluciones dictadas por la CNE en el curso de procedimientos de conflictos de acceso han puesto de manifiesto la relación y la diferencia esencial que existe entre acceso y conexión a la red. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2008 declara:

“Los artículos 38.3 y 42.3 de la Ley del Sector Eléctrico confieren competencia a la Comisión Nacional de Energía para el conocimiento y resolución de los conflictos respecto a los contratos de acceso a la red de transporte y distribución (ATR). Ello es consecuencia de ... la decisiva influencia que los mismos tienen en relación con la ordenación del sector, con el mercado eléctrico y con las condiciones de competencia en el mismo, cuestión que trasciende los límites territoriales de una Comunidad Autónoma y afecta a la integridad del sistema, siendo independiente del estricto problema de conexión, en el que se supervisan las condiciones técnicas de seguridad, calidad y salubridad de la instalación”⁹²³.

En términos similares se manifiesta la doctrina administrativa establecida en materia de conflictos de acceso. A título de ejemplo, la Resolución de 4 de diciembre de 2000 del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que resuelve el recurso de alzada contra la Resolución de la CNE de 3 de mayo de 2000 (CATR 1/2000) señala:

⁹²² Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2007. ROJ 2007/7441. Ponente: J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT. Conviene reiterar que la única causa legal de denegación del acceso a la red, y por consiguiente de oposición a la conexión, es la falta de capacidad suficiente en el punto de que se trate. En este sentido, *vid.* arts. 52.2 y 3, 53.6, 57.1, 60.2, 62.2, 65 y 66.1 del Real Decreto 1955/2000.

⁹²³ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2008. ROJ 5213/2008. Ponente: J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT.

“La decisión sobre acceso, mediante la que se resuelve un conflicto de ATR, es siempre una decisión relativa al mercado eléctrico y a las condiciones de concurrencia en el mismo (...). Por el contrario, en la decisión sobre conexión, el interés público a proteger es la seguridad y calidad de las instalaciones (...). La primera declarará el derecho del sujeto solicitante a transitar su energía por las redes de otro. La segunda declarará la aptitud técnica de las instalaciones y posibilitará su puesta en marcha y la ejecución de la conexión física”⁹²⁴.

En definitiva, podemos concluir que el ATR es el mecanismo jurídico que posibilita en último término la construcción del mercado interior de la electricidad, tanto en su segmento mayorista (producción) como en el minorista (comercialización y consumo). Sin embargo, para que el ejercicio de este derecho se haga efectivo se requiere de la *conexión física a la red*, que se relaciona más directamente con la gestión *técnica* del sistema eléctrico que con la gestión *económica* del mercado eléctrico. Desde el punto de vista regulatorio, está claro que el ATR, en cuanto obligación de servicio público, debe garantizar una efectiva apertura del mercado eléctrico a la competencia, mientras que la conexión física posibilita el ejercicio del ATR velando por el mantenimiento de la seguridad, regularidad y calidad del suministro, es decir, por la garantía del servicio universal en virtud del buen funcionamiento del sistema eléctrico.

4. Corolarios.

En el sector eléctrico, la infraestructura esencial por antonomasia es la red, en cuanto representa el soporte físico imprescindible para transmitir la energía eléctrica desde las plantas donde se produce hasta los lugares en que se consume. Cualquier regulación económica que pretenda establecer un

⁹²⁴ *Vid.* la Resolución de la Comisión Nacional de Energía (CNE) por la que se resuelve el conflicto de acceso a la red de distribución de IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A., planteado por COOPERATIVA “SAN FRANCISCO DE ASÍS” (CATR 1/2000) – texto accesible en <http://www.cne.es>, apartado “Publicaciones” -.

mercado libre de producción y consumo de energía eléctrica tiene, como objetivo inmediato, lograr que la gestión de la red se produzca en términos de neutralidad, permitiendo el acceso en condiciones de transparencia y no discriminación.

La gestión neutral de la red descansa, por un lado, en la separación (*unbundling*) entre las diversas actividades del ciclo de explotación de la energía eléctrica – calificadas como *reguladas* (transporte y distribución) o *libres* (producción y comercialización) en función de su mayor o menor dependencia de la red -, así como con respecto a la gestión económica del mercado y la operación técnica del sistema eléctrico – consideradas como actividades *reguladas* -; y por el otro, en la institución de autoridades reguladoras independientes que supervisen la vigencia efectiva de las reglas de la competencia en el sector. Desde el punto de vista organizativo, la neutralidad se promueve mediante la configuración de gestores *independientes* de la red, es decir, dotados de las potestades de actuación y de los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para asegurar la autonomía operativa en el ejercicio de sus funciones.

La garantía de un libre acceso a la red constituye el instrumento jurídico decisivo para la creación de un auténtico mercado interior europeo de la energía eléctrica. El acceso a la red de transporte es condición *sine qua non* para la constitución de un mercado de producción organizado de energía eléctrica, mientras que el acceso a la red de distribución resulta imprescindible para la liberalización del segmento minorista del mercado, posibilitando la

elección de proveedor de suministro por los consumidores y dando paso al desarrollo de la actividad de comercialización de energía eléctrica.

El reconocimiento del derecho de acceso a la red está naturalmente ordenado a lograr la apertura de los mercados energéticos a la competencia. Al mismo tiempo, partiendo de la consideración del suministro eléctrico como servicio básico o *esencial*, es necesario garantizar su efectiva provisión en favor de todos los ciudadanos – *servicio universal* -, lo que ha sido reconocido por el Derecho comunitario en concepto de obligación de servicio público. En este sentido, se entiende que el acceso a la red, al permitir el desarrollo de un mercado europeo de la energía, facilita la prestación del servicio universal de suministro eléctrico en condiciones de mayor eficiencia y calidad. Por tanto, el acceso a la red tiene la naturaleza jurídica de *obligación de servicio público* en el contexto de la caracterización del suministro eléctrico como *servicio de interés económico general*.

De este modo, el Derecho comunitario ha acuñado una institución jurídica apta para afrontar los retos planteados por la regulación de aquellos servicios esenciales cuya prestación se articula necesariamente a través de una estructura industrial de monopolio natural de la red. Las cargas financieras derivadas del sistema tradicional de servicio público monopolizado - sistema que implicaba la creación, el mantenimiento y la constante ampliación de enormes estructuras burocráticas estatales o paraestatales de prestación – han puesto en evidencia la inviabilidad de este modelo económico de explotación a medio y largo plazo, dando paso a una nueva formulación que, con las aportaciones de las doctrinas del *common carrier* y las *essential facilities* -

precedentes de la tradición jurídica del *Common Law* -, constituye una síntesis integradora y superadora, al tiempo que propia y original del Derecho comunitario.

La política energética comunitaria se ha ido elaborando gradualmente en torno al objetivo básico de construcción de un mercado interior de la energía. Este objetivo implica que el protagonismo en la provisión del servicio de suministro eléctrico se traslada del sector público al mercado, sin perjuicio de la necesidad de garantizar en todo caso determinadas prestaciones consideradas esenciales en favor de todos los ciudadanos.

Para que el mercado pueda asumir este protagonismo es preciso facilitar la entrada de nuevos operadores. Sin embargo, la situación de partida viene dada por la presencia en el mercado de una serie de organismos y empresas dependientes de una u otra forma del sector público – en su caso por la encomienda de prestación de un servicio público y la paralela concesión de derechos exclusivos - que a su vez disponen de la propiedad y/o de las facultades de gestión de la infraestructura imprescindible para el ejercicio de actividades vinculadas al suministro eléctrico – la red -.

La principal *barrera de entrada* a los mercados energéticos se deriva del dominio que ostentan las empresas ya establecidas sobre la red necesaria para el transporte y la distribución de la electricidad. Por tanto, la construcción de un auténtico mercado europeo de la energía, objetivo central de la política energética comunitaria, requiere del reconocimiento y garantía de un *derecho de acceso de terceros a la red* (ATR), basado en tarifas aprobadas y

publicadas bajo la supervisión de la autoridad reguladora nacional, y aplicables de forma objetiva y no discriminatoria a todos los usuarios de la red (*acceso regulado*).

En otras palabras, el ATR constituye la clave de bóveda del proceso de construcción del mercado interior de la electricidad y, por eso mismo, un instrumento jurídico que compendia los rasgos esenciales de la política energética comunitaria, *quod erat demonstrandum*.

5. Prospectiva: la necesaria codificación del Derecho energético.

En este contexto, y desde una óptica dogmática de política legislativa moderna, cabe postular la conveniencia, incluso la necesidad, de proceder a la codificación de la ordenación general del sector energético, así como de la programación y planificación del mismo, mediante la promulgación de una *Directiva de mercado interior de la energía*⁹²⁵. La seguridad jurídica demanda un marco regulatorio estable, que facilite las decisiones e inversiones de los operadores del sector.

El Derecho – en particular el Derecho Administrativo, del que el Derecho energético forma parte – intenta abarcar una realidad en constante cambio, para encauzarla y ordenarla en el sentido del interés general. En el Derecho Administrativo inciden, desde luego, los cambios políticos y constitucionales (a

⁹²⁵ En relación con este punto me remito al planteamiento mantenido por J. M^a. GIMENO FELIÚ y V. LÓPEZ-IBOR MAYOR en las conferencias reiteradamente citadas y pronunciadas durante la Jornada celebrada el 4 de mayo de 2011 a iniciativa de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y la Comisión Nacional de Energía, bajo el significativo título de *¿Hacia una Directiva del Mercado Interior de la Energía?*.

través del Derecho Político o Constitucional, cuya conexión con el Derecho Administrativo es inmediata), pero también las profundas transformaciones sociales y económicas que se producen con el transcurso del tiempo y que acaban afectando decisivamente al mismo Estado.

En este sentido, las implicaciones de la pertenencia a la Unión Europea son de tal relevancia que se habla de un *Derecho Administrativo Europeo*, formado a partir de los principios generales y comunes del Derecho Público de los Estados miembros, en el que opera con importantísimos efectos transformadores⁹²⁶. La regulación económica del sector eléctrico constituye un caso paradigmático de este fenómeno, y su trayectoria y situación actual demanda un tránsito de la mera armonización a la uniformización del marco regulatorio a escala comunitaria.

Desde la aprobación del Tratado de Lisboa, el art. 194 TFUE reconoce la política común energética, y esto no es un puro ajuste formal, sino que reordena todo el bloque normativo en esta materia, alterando el sistema de fuentes energético. Este nuevo título sobre política energética incide, naturalmente, en la relación e incardinación de ésta con otras políticas conexas, así como con las normas sobre el mercado interior, aconsejando un esfuerzo codificador.

⁹²⁶ Vid. en este sentido la recensión del libro de J. SCHWARZE, *Europäische Verwaltungsrecht, Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäische Gemeinschaft*, 2 vols., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (1988), realizada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA en “Revista de Administración Pública, núm. 119 (1989), pp. 536-539.

Como hemos podido comprobar en el análisis de la evolución del instituto del servicio público, la necesidad de integración jurídica a través de un marco regulatorio común para todos los Estados miembros deriva del hecho de que los grandes servicios públicos tradicionales están adquiriendo una dimensión internacional, al verse afectados de modo singular por la globalización de la economía⁹²⁷.

En cuanto a los contenidos de este futuro “*Código Europeo de la Energía*”, corresponden básicamente a los elementos que se han puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo de investigación como pilares fundamentales para la construcción del mercado interior de la energía, y la doctrina los cifra en los siguientes:

a) *Definición como actividad económica de interés general de todos los mercados energéticos*, declaración que debe completarse con *la regulación de las obligaciones de servicio público*, incluido el *servicio universal*: regularidad, continuidad, calidad, neutralidad y protección ambiental⁹²⁸.

b) *Regulación de la seguridad del suministro de energía* en cuanto componente esencial de la seguridad pública y elemento imprescindible para el funcionamiento eficiente del mercado interior de la energía, con especial atención a la reducción de la dependencia de la Comunidad y de los Estados miembros con respecto a terceros países y a la regulación de las condiciones

⁹²⁷ Vid. en este sentido S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. I, *op. cit.*, en particular el capítulo III *Las reglas del mercado libre y otras modulaciones comunitarias europeas al establecimiento, organización y régimen de los servicios públicos*, pp. 139-217.

⁹²⁸ En este sentido, J. M^a. GIMENO FELIÚ ha defendido siempre la necesidad de configurar el suministro de energía como un servicio público a escala comunitaria. Esta idea aparece ya en la tesis doctoral que defendió en la Universidad de Zaragoza en marzo de 1993 y que dio lugar a la publicación de la obra reiteradamente citada *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*; *vid.* en este sentido pp. 155-197.

en las que empresas de éstos pueden acceder al control de las redes de transporte.

c) Fomento y regulación de la obligación de atender a la *modernización de las redes de distribución*, mediante la introducción de *redes inteligentes* que promuevan la generación descentralizada y la eficiencia energética, siempre desde una perspectiva de escala comunitaria.

d) Establecimiento de principios regulatorios que garanticen un *sistema de tarifas transparentes y no discriminatorias de acceso a la red*, aplicables a todos los usuarios, reforzando la figura del *Observatorio Europeo de la Energía* a fin de convertirlo en un auténtico *regulador a escala comunitaria*, que culmine la fecunda trayectoria de cooperación entre reguladores nacionales a la que ya hemos hecho referencia.

e) Regulación de los *aspectos ambientales* de las actividades del sector energético, arbitrando medidas tanto *preventivas* como de *fomento* de energías limpias, con especial atención a los instrumentos internacionales de *reducción de las emisiones contaminantes* (Kyoto y post-Kyoto), el apoyo a las *energías renovables* y las *nuevas tecnologías* tanto de *fisión* como de *fusión nuclear*.

Por otra parte, la codificación del Derecho energético comunitario permitiría afrontar los efectos perversos de la *"multinomia"* o masiva proliferación normativa que amenaza permanentemente la seguridad jurídica en este ámbito regulatorio.

El sistema de fuentes del Derecho europeo se caracteriza por la flexibilidad, de manera que la forma de un acto no determina necesariamente

su contenido material, ni permite diferenciar con nitidez una jerarquía de actos o de fuentes. La fragmentación legislativa no es coherente con el principio de creación de un mercado único, ni con un sistema económico que le sirva de apoyo. La diversidad, en algunos casos falta de adaptación, y multiplicidad de fuentes jurídicas, su carácter segmentado y, en ocasiones redundante, refleja una articulación excesivamente densa, no pocas veces contradictoria, y de difícil aplicación por gobiernos y autoridades de regulación.

Las instituciones comunitarias deben tomar conciencia de la relevancia de este problema, porque en la legislación se materializan los objetivos sectoriales de la Unión Europea. En este sentido, no hay que olvidar que la técnica legislativa es el conjunto de mecanismos y medidas que facilitan que las disposiciones jurídicas se ajusten a determinados criterios previos para favorecer de este modo el respeto a ciertos valores como, entre otros, la seguridad jurídica, la claridad y certidumbre de las normas⁹²⁹.

La Unión Europea no puede soslayar los retos que le plantea la nueva economía global basada en el conocimiento, y la energía es un elemento clave en este escenario. Disponer de precios energéticos competitivos es para las empresas europeas un elemento esencial de su competitividad, y para los consumidores de su bienestar. Para alcanzar este objetivo es preciso contar

⁹²⁹ Los principales objetivos y medidas para legislar mejor en las instituciones de la Unión Europea se recogen fundamentalmente en dos documentos, además del Informe *SUTHERLAND*, que formuló treinta recomendaciones en relación con la transparencia normativa, para impulsar la simplificación, poniendo el acento en la subsidiariedad y protección de los consumidores. Estos documentos son el Acuerdo Interinstitucional *Legislar mejor*, adoptado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea en diciembre de 2003; y el Plan de Acción *Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea* [Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. COM (2005) 97 final. Bruselas, 16 de marzo de 2005], que actualiza y completa el anterior de 2002 *Simplificar y mejorar el marco regulador* [Comunicación de la Comisión. COM (2002) 278 final. Bruselas, 5 de junio de 2002].

con un mercado energético efectivamente integrado y eficiente, no segmentado ni territorial, ni económica ni jurídicamente. La consolidación normativa energética cobra especial sentido al orientar el proceso a un común objetivo: el mercado de la energía, no los mercados subsectoriales. Este enfoque permite abordar la ordenación del sector en su integridad, estableciendo los cauces necesarios de interdependencia y correlación entre sus actividades y tecnologías, evitando adicionalmente el riesgo de “sobreregulación”.

En definitiva, se propone la formulación de un texto refundido de las disposiciones vigentes, lo que necesariamente conlleva la adopción de un nuevo acto jurídico que integre, deseablemente en un único texto, las modificaciones sustanciales que aporta al acto precedente o a otros equivalentes o análogos, así como las disposiciones de estos últimos que permanezcan sin alteraciones. Existe, pues, una necesidad de consolidación normativa del sistema fuente básico del ordenamiento jurídico europeo, que se traduzca en un instrumento jurídico concreto, una *Directiva-marco*, como ámbito de ulterior transposición en leyes de energía nacionales.

El Reino de España, en su condición de Estado miembro de pleno derecho, no puede quedarse a la zaga en esta nueva etapa. Indudablemente ello supone plantearse una nueva cesión de soberanía, con la consiguiente pérdida de capacidad de intervención directa y, por tanto, de protagonismo en la definición de la política energética. Ahora bien, como siempre ha sucedido a lo largo de todo el proceso de construcción europea, esta cesión no es gratuita o incondicionada, sino que va enderezada a abrir a todos los Estados miembros una serie de nuevas posibilidades de progreso y bienestar social,

que se derivan de la pertenencia a un mercado más amplio y, por ello precisamente, más eficiente y seguro.

En congruencia con este escenario, no cabe duda de que será necesario realizar ciertos ajustes en la reglamentación nacional, en la línea ya apuntada de que existe no sólo una necesidad de adecuación jurídico-formal (es decir, una obligación de transponer o aplicar directamente, según los casos, el Derecho comunitario al ordenamiento interno), sino también una sintonía en cuanto al modelo económico inherente al marco regulatorio tanto comunitario como nacional.

Partiendo de tales premisas, cabe plantear la conveniencia de la elaboración de una *Ley de cabecera del grupo normativo de la energía* en España.

La doctrina de los grupos normativos arranca de la preocupación por garantizar la seguridad jurídica en sectores del ordenamiento caracterizados por una ingente y continuamente renovada producción normativa. El ordenamiento jurídico tiene una estructura solidaria y, cuando se opera con él, es preciso hacerlo mediante grupos normativos, que podríamos definir como aquellas agrupaciones normativas dotadas de coherencia interna y conexas unas con otras. Cada grupo tiene una cabecera (compuesta por una o varias leyes o por partes de una o varias leyes), y cumple, respecto del grupo considerado, una función orientadora (contiene los criterios para ser desarrollado o interpretado), lo preserva frente a posibles modificaciones (tiene

una mayor resistencia frente a la derogación) y lo economiza (pues las restantes normas del grupo pueden remitirse a ella).

La operación mediante grupos normativos nos proporciona el contexto mediato para la interpretación de las normas que forman parte de ese grupo (cfr. art. 3.1 CC). Igualmente, tal operación relativiza el principio *lex posterior derogat anteriorem*, puesto que es exigible que la derogación de la norma o normas que forman la cabecera del grupo normativo sea expresa o, si no lo es, la norma debe ser flagrantemente contradictoria, de manera que no quepan dudas acerca de que la norma de cabecera ha sido derogada. El grupo es algo distinto al conjunto que forman una ley y las normas que la desarrollan, porque, entre otras cosas, los grupos pueden estar formados por varias leyes y reglamentos, o por partes de varias leyes y reglamentos. Este es el caso de los grupos normativos relativos a los subsistemas energéticos⁹³⁰.

Esta *Ley energética* española, en línea con lo señalado en relación con la *Directiva-marco* sobre el mercado interior de la energía, responde a un propósito codificador, que a su vez remite en última instancia a la necesidad de garantizar a los operadores del sector un marco regulatorio estable - *seguridad jurídica* -, en el ámbito más limitado del mercado energético español, en atención a las implicaciones del principio de *subsidiariedad* pero siempre en la perspectiva de la común pertenencia al mercado interior europeo de la energía.

⁹³⁰ Vid. en este sentido I. DEL GUAYO CASTIELLA, *A propósito de un Tratado de Derecho del Gas Natural*, “Papeles de Cuadernos de Energía”, separata del núm. 30 de “Cuadernos de Energía” (febrero 2011), Club Español de la Energía, - artículo accesible en la dirección <http://www.enerclub.es> - p. 9.

Expuesta ya la necesidad de promulgación de estas normas, no queda sino apuntar que los procesos inevitables o se acometen y ordenan en el momento oportuno o acaban imponiéndose por la natural fuerza de las cosas, con el riesgo de llevarlas a cabo de forma precipitada o desordenada. La Ley general energética es ya una realidad en diversos países comunitarios: Alemania, Reino Unido, Lituania, Letonia, Polonia, Bulgaria o la República Checa. En España, hemos transpuesto ya de forma precipitada el *Tercer Paquete Energético*, en virtud del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo. Nos encontramos al inicio de una nueva legislatura y ésta puede ser una magnífica oportunidad para regular, a través de una depurada técnica normativa, el marco jurídico de las actividades del sector de la energía en España, siempre en la perspectiva del mercado interior europeo⁹³¹.

Entendemos que un esfuerzo de estas dimensiones estaría plenamente justificado, tanto por la relevancia económica del sector en sí mismo considerado, como por el efecto de arrastre que su crecimiento produciría en otros sectores en los que participa como *input* básico e imprescindible. Por eso precisamente, quizás algún día pueda afirmarse que éste ha sido uno de los hitos que han marcado el inicio de la recuperación económica en España.

⁹³¹ Vid. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, ¿Hacia una Directiva del Mercado Interior de la Energía?, op. cit., p. 16.

CONCLUSIONES

1. La *política energética común* es un elemento imprescindible para la construcción del mercado interior, tanto desde un punto de vista constitucional como desde la perspectiva de los retos que plantea la nueva economía global.

El carácter *estratégico* del sector energético para todo el sistema económico lo ha vinculado históricamente al ejercicio de la soberanía, de modo que éste era sin duda uno de los principales obstáculos al proceso de integración europea. Sin embargo, la *globalización* de la economía ha puesto en un primer plano la cuestión de la *seguridad del abastecimiento energético*, objetivo que ahora no puede alcanzarse si no es haciendo valer el peso de la Unión Europea, como mercado relevante a nivel mundial, en las negociaciones comerciales. En la misma línea, una política energética común es necesaria para garantizar la *competitividad global* de la economía europea, lo que enlaza con el tradicional carácter estratégico atribuido a este sector en relación con el crecimiento y el desarrollo económico. Finalmente, los objetivos de *sostenibilidad* y de lucha contra el cambio climático sólo pueden hacerse realidad a través de la formulación de una política energética europea que establezca un marco de referencia capaz de generar economías de escala que permitan a los agentes del sector internalizar progresivamente los costes ambientales de su actividad.

La política energética común se ha construido en torno al objetivo de la creación y la garantía de buen funcionamiento de un *mercado interior de la*

energía. Es éste un imperativo constitucional para el Derecho comunitario, ya que, como no podría ser de otro modo, también en el sector eléctrico debe garantizarse la plena vigencia de las libertades de establecimiento y prestación de servicios.

Con esta finalidad, las instituciones comunitarias han diseñado e implementado paulatinamente objetivos, instrumentos y líneas de actuación sobre las que se ha ido construyendo un nuevo marco regulatorio, siguiendo un enfoque *bottom-up* – congruente con el principio de *subsidiariedad* -, a partir de la liberalización de la estructura monopolística existente de mercados segmentados, caracterizados por la presencia de derechos especiales o exclusivos de explotación por zonas de distribución, estructura como hemos visto implícitamente orientada hacia la consecución de una cierta autarquía energética.

La política energética comunitaria se ha articulado en torno a los principios de *libre competencia*, *respeto al medio ambiente*, *seguridad del suministro* y garantía de las *obligaciones de servicio público*. Estos principios conllevan asimismo el reconocimiento del carácter *esencial* que el suministro de energía cumple para todos los ciudadanos, lo que implica que la eficacia económica debe estar condicionada o subordinada a la satisfacción de un interés público como es el suministro regular y continuo de energía, objetivo irrenunciable desde la óptica del Estado *social*.

No hay que olvidar que el objetivo de la construcción de un mercado interior de la energía eléctrica, basado en la libre iniciativa empresarial, no

constituye un fin en sí mismo, sino un medio para lograr una mejor y más adecuada distribución del sistema energético comunitario, promoviendo aquellas aportaciones susceptibles de contribuir a la optimización de la relación calidad-precio en la prestación del suministro.

Partiendo, pues, de la consideración del suministro eléctrico como servicio público en sentido amplio – *servicio de interés económico general* -, se trataría de armonizar eficiencia y equidad social y de que no desaparezca esta última, de modo que el principio de *solidaridad* funciona como mecanismo corrector del principio de *eficiencia*, a fin de evitar perjuicios a determinados sujetos más vulnerables, sin “*ahogar*” a la iniciativa privada y garantizando en todo caso la continuidad y regularidad en la prestación del servicio.

En el sector de las actividades energéticas la apertura del mercado, necesaria, debe respetar un límite muy concreto, como es el de la garantía de un suministro continuo, regular y de calidad, y esta garantía, por el carácter esencial, o dicho en términos comunitarios por el interés general del servicio, es una misión de los poderes públicos.

En definitiva, la Unión Europea debe asumir como principio básico en el diseño de una política energética la obligación de regular y asegurar, a través de todos los medios a su alcance y con la colaboración de los Estados miembros, la continuidad y regularidad de la provisión del suministro eléctrico en las condiciones de máxima eficacia y eficiencia posibles, lo que demanda indudablemente una liberalización del mercado y una apertura a la

competencia que tienen, como objetivo principal, garantizar el mejor servicio al menor precio para todos los ciudadanos.

2. Partiendo del paradigma propio de la política económica de la Unión Europea, la *economía social de mercado*, la construcción de un mercado único europeo de la energía responde a la necesidad de ordenar o regular la actividad económica a partir de la garantía simultánea de la competencia y el servicio público.

El modelo europeo de sociedad tiene como referencia fundamental el paradigma de la *economía social de mercado*. Desde esta perspectiva, la política económica se fundamenta en la libre iniciativa empresarial y en la ordenación general de la economía con vistas a garantizar en todo caso aquellos servicios o prestaciones básicas que revisten un interés general para toda la sociedad. Con tal configuración del sistema económico se afirma el doble fundamento de éste en la libertad de empresa y en la ordenación de la actividad económica y la corrección social de los *fallos del mercado* por los poderes públicos, a través de su función de *regulación*.

La *economía social de mercado* reivindica la necesidad insustituible y la importancia decisiva de la intervención de la autoridad pública, de la regulación y de una política económica inflexible que no ceda en la promoción del bien común y en la garantía de la igualdad fundamental de todos los ciudadanos frente a las presiones de intereses particulares más o menos organizados en grupos de presión.

En este contexto, mercado y servicio público no constituyen fenómenos irreconciliables y opuestos, sino *órdenes* distintos pero *interdependientes* de la misma realidad social. *El mercado no surge como un orden espontáneo*, tal y como planteaba el liberalismo clásico, sino que sólo podrá desarrollarse en el marco de un orden jurídico instrumentado con la precisa finalidad de establecerlo y tutelar su buen funcionamiento, es decir, *el mercado constituye un orden regulado*.

Una economía de mercado no se realiza por sí misma ni a partir de sí misma. Su consecución es una tarea de la autoridad pública, que no puede limitarse a eliminar viejas estructuras, liberalizar sectores y actividades, y suprimir controles de precios y subvenciones. No se trata simplemente, como a veces se da entender, de tener valor para *“saltar al agua fría de la economía de mercado”*. Aunque, al mismo tiempo, hay que apuntar que tampoco resultan eficaces las reformas que comienzan con decisiones fundamentales de economía de mercado y terminan desembocando en nuevas regulaciones que limitan, modifican o contradicen las decisiones iniciales y, por ende, en un desmesurado intervencionismo público.

Partiendo de las premisas de la *economía social de mercado*, los poderes públicos tienen como tarea fundamental la actividad de *regulación*, es decir, de sometimiento de las relaciones económicas a reglas de Derecho. Frente a planteamientos extremos de corte estatista o *paleoliberal*, que incurren en errores consistentes en identificar unívocamente bien la regulación con la iniciativa pública en la actividad económica o bien la libertad económica con la ausencia de regulación, se emplea en este sentido el concepto de

neorregulación para aclarar que la actividad regulatoria de los poderes públicos está orientada a la tutela del orden económico de mercado con vistas a la satisfacción del interés general, lo que conlleva la necesaria salvaguarda de una serie de prestaciones de *servicio público* en favor de todos los ciudadanos.

Por tanto, la regulación y tutela por los poderes públicos de un orden económico libre debe constituir el fin de la política económica: esta misión se concreta en la garantía de una competencia efectiva en el mercado, la corrección de las externalidades negativas, el control de los fenómenos de concentración y la lucha contra monopolios y cárteles.

La autoridad pública debe asumir como tarea propia, pues, la decisión política sobre el establecimiento y la tutela de un orden social basado en principios de justicia, abandonando actitudes de reglamentación omnicomprendensiva de la vida social: partiendo de la interdependencia de los órdenes en los que ésta se desarrolla, una economía libre sólo es posible en una sociedad libre.

El orden de la economía de mercado es un orden constitucional y, en cuanto tal, está sujeto explícita o implícitamente a una decisión constitucional. Se asume, en consecuencia, que las propiedades funcionales de los procesos de mercado dependen de la naturaleza de los marcos legales e institucionales en los que tienen lugar, por lo que la decisión sobre qué reglas son

convenientes para configurar tales marcos debe adoptarse en los términos propios de una cuestión constitucional⁹³².

Ésta parece ser la apuesta de la Unión Europea, con la firma del Tratado de Lisboa y el reconocimiento jurídico al más alto nivel de una *política energética común*. En estos momentos, más que nunca, necesitamos *más Europa* para afrontar con esperanza y con fuerzas renovadas los desafíos que nos plantea la nueva economía global basada en el conocimiento.

3. La creación y la tutela del correcto funcionamiento del mercado interior de la energía se han instrumentado mediante la paulatina elaboración de un marco regulatorio integrado por nuevas instituciones jurídicas destinadas a garantizar la plena vigencia de las libertades económicas y a configurar el suministro eléctrico como servicio público de ámbito comunitario.

El Derecho comunitario de la Energía manifiesta en sus rasgos definitorios la aplicación del modelo de *economía social de mercado* a un ámbito fundamental de la política económica como es la política energética.

El Derecho comunitario ha caracterizado a las actividades del sector eléctrico como *servicios de interés económico general*, regulando en garantía de la satisfacción de dicho interés la imposición de determinadas *obligaciones de servicio público* a los operadores del sector. Entre estas últimas destaca la

⁹³² Vid. en este sentido V. J. VANBERG, *Walter EUCKEN and ordoliberalism*, Freiburg discussion papers on constitutional economics, n. 04/11 (2004), p. 8 - artículo accesible en la dirección <http://hdl.handle.net/10419/4343> -.

consistente en facilitar el *acceso de terceros a la red (ATR)*, institución jurídica en la que confluyen la defensa de la competencia y la garantía del servicio público en una síntesis original del Derecho comunitario que ilustra empíricamente los rasgos esenciales del modelo económico subyacente al proceso de construcción europea.

La virtualidad de la regulación comunitaria reside precisamente en asumir estos dos enfoques – garantía simultánea del servicio público y de una efectiva competencia en el mercado - en una síntesis integradora y superadora: la configuración jurídica de las actividades del sector energético, que pasan a desarrollarse en condiciones de libre iniciativa empresarial, como *servicios de interés general*, y la de los mecanismos destinados a garantizar en todo caso la prestación del servicio esencial de suministro eléctrico como *obligaciones de servicio público*.

En mérito a los resultados de la investigación realizada, podemos concluir que la obligación que se impone a las compañías eléctricas de facilitar el ATR trae causa de la necesidad de garantizar el acceso al servicio esencial de suministro eléctrico en condiciones de regularidad, calidad y precio razonable a todos los ciudadanos, y por tanto reviste los caracteres de una auténtica *obligación de servicio público*.

De esta forma, el Derecho comunitario ha configurado las actividades del ciclo productivo del suministro eléctrico como *servicio público* en sentido material a nivel de toda la Unión Europea y, por tanto, es ésta la que asume en última instancia la responsabilidad de garantizar su prestación en tales

términos en todos y cada uno de los Estados miembros. Congruentemente con el modelo de *economía social de mercado*, el instituto jurídico del servicio público se convierte así en uno de los pilares básicos de la construcción del mercado interior de la energía.

4. El *servicio público*, en consecuencia, constituye una institución de referencia permanente para el “*Derecho público común*” que se está formando en torno al proceso histórico de construcción europea.

Evidentemente, la caracterización tradicional del servicio público, basada en el binomio servicio público-monopolio, y que supone la asunción con “*exclusividad regalista*” por los poderes públicos de un determinado sector de la actividad económica, en la que por tanto no hay lugar para la libre iniciativa empresarial, resulta a todas luces incompatible con el modelo de *economía social de mercado* que ha inspirado el proceso de integración comunitaria ya desde los Tratados constitutivos. En este sentido, la declaración de las actividades del sector eléctrico como servicio público comunitario no significa ni puede significar una *publicatio* en el sentido estricto de una reserva de su ejercicio en favor de la Comunidad con exclusión de la iniciativa privada.

En la reactualización del instituto jurídico del servicio público dentro del marco comunitario el factor realmente decisivo es la función social, la *causa* o finalidad objetiva de las obligaciones que se establecen (cfr. art. 1261, apdo. 3º, CC)⁹³³. En este sentido, el fin que se persigue con la definición legal del

⁹³³ Sobre la *causa* como *finalidad objetiva* cuyo interés social o general es merecedor de la tutela del ordenamiento jurídico *vid.* J. L. LACRUZ BERDEJO, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO

suministro eléctrico como servicio público comunitario se concreta en la asunción por la Comunidad de la responsabilidad de garantizar la prestación de dicho servicio, en régimen de libre iniciativa empresarial y en condiciones de continuidad, regularidad, calidad e igualdad de acceso, en atención al interés general que reviste para los ciudadanos de todos y cada uno de los Estados miembros.

En el contexto de este nuevo marco regulatorio, las compañías eléctricas europeas adoptan con plena libertad sus decisiones de negocio con el objetivo de maximizar la eficiencia económica en la prestación del servicio, pero en todo caso deben sujetarse en el ejercicio de su actividad a los requerimientos impuestos por el ordenamiento jurídico comunitario en calidad de obligaciones de servicio público.

En definitiva, a través del *nuevo servicio público o servicio de interés económico general* se pretende conseguir una integración jurídica que permita mejorar las condiciones de acceso universal al servicio esencial de suministro eléctrico, una gestión de éste que responda simultáneamente a principios de eficacia y de justicia y, en definitiva, la efectiva prevalencia de los intereses comunitarios y generales sobre los intereses nacionales y particulares.

Como hemos tenido ocasión de constatar a lo largo de este trabajo de investigación, la regulación comunitaria de diversos sectores de actividad económica está siendo cada vez más necesaria de cara a articular un marco

ECHEVARRÍA y F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, vol. II *Teoría general del contrato*, Bosch, 2ª ed., Barcelona (1987), pp. 143-144.

jurídico uniforme que garantice el correcto funcionamiento del mercado interior en términos de una competencia eficaz o practicable (*workable competition*). A satisfacer esta necesidad contribuye el instituto jurídico del servicio público, en su nueva formulación como servicio de interés económico general, ya que en su virtud se asegura una convergencia efectiva de los sistemas eléctricos de los Estados miembros, en orden a alcanzar un grado suficiente de afinidad sustancial mediante el ejercicio de las potestades de regulación sobre los efectos potencialmente distorsionadores de la competencia de la diversidad propia de los ordenamientos jurídicos estatales o nacionales.

De esta forma, con la plena incorporación de la institución del servicio público al acervo comunitario de la energía, la centralización de las decisiones regulatorias básicas en sede comunitaria y la consiguiente aplicación de este régimen jurídico a toda la Comunidad, se evitan desigualdades de trato entre las diferentes compañías eléctricas y los ciudadanos-consumidores europeos, injustificables desde la perspectiva propia de un mercado interior único de la electricidad.

En consecuencia, podemos afirmar que la declaración de las actividades del sector eléctrico como servicios de interés económico general constituye una manifestación singularmente significativa de la incorporación de la institución del servicio público al ámbito del Derecho público de la Unión Europea, entendido éste como tendencial nuevo *Derecho común* de Europa. En otras palabras, el servicio público forma ya parte del *ius cogens* de la Unión Europea y no sólo genéricamente del acervo comunitario en función de su procedencia de las tradiciones constitucionales comunes a los diferentes Estados miembros.

5. La renovación del servicio público, en el marco del tránsito del binomio servicio público-monopolio al binomio servicio público-competencia, se fundamenta en el ámbito de las actividades vinculadas al suministro eléctrico en el reconocimiento y garantía del derecho de acceso de terceros a la red (ATR), mecanismo jurídico de liberalización de las infraestructuras necesarias para el desarrollo de dichas actividades que permite superar los efectos restrictivos de la competencia derivados de la estructura industrial de monopolio natural de la red.

La política energética comunitaria se ha ido elaborando gradualmente en torno al objetivo básico de construcción de un mercado interior de la energía. Este objetivo implica que el protagonismo en la provisión del servicio de suministro eléctrico se traslada del sector público al mercado, sin perjuicio de la necesidad de garantizar determinadas prestaciones consideradas esenciales en favor de todos los ciudadanos.

Para que el mercado asuma este protagonismo es preciso facilitar la entrada de nuevos operadores. Sin embargo, la situación de partida viene dada por la presencia en el mercado de una serie de organismos y empresas dependientes de una u otra forma del sector público que, a su vez, disponen de la propiedad y/o de las facultades de gestión de la red.

Para superar estas limitaciones derivadas de la presencia de una estructura industrial de monopolio natural, el Derecho comunitario ha impuesto a las compañías titulares y/o gestoras de las redes la obligación consistente en facilitar el *acceso de terceros a la red* (ATR), lo que ha posibilitado la apertura a

la competencia tanto del segmento mayorista, mediante la puesta en marcha de un mercado organizado de producción, como del segmento minorista, mediante la garantía a los consumidores de una efectiva posibilidad de elección del proveedor de suministro a través del desarrollo de la actividad de comercialización.

De este modo, se ha neutralizado la principal barrera de entrada al mercado, limitando las exigencias derivadas de la estructura industrial de monopolio natural a las actividades de transporte, distribución, gestión técnica del sistema y gestión económica del mercado.

En cambio, las actividades de producción y comercialización de energía eléctrica han quedado finalmente abiertas a la libre iniciativa empresarial, lo que ha permitido alcanzar mayores cotas de eficiencia y calidad en su prestación: los comercializadores desarrollan su negocio a partir de las economías de escala que generan mediante la agregación de los consumos de sus clientes, trasladando así la presión competitiva desde los consumidores finales (segmento minorista) a los productores (segmento mayorista), que son quienes están en condiciones de ofrecer un mejor servicio a un mejor precio en virtud de la innovación y de la reducción de los costes de explotación.

En consecuencia, podemos concluir que el funcionamiento eficaz de un auténtico mercado europeo de la energía, objetivo central de la política energética comunitaria, requiere del reconocimiento y garantía de un *derecho de acceso de terceros a la red* (ATR), basado en tarifas aprobadas y publicadas por la autoridad reguladora nacional (*acceso regulado*).

En definitiva, *el ATR constituye el instrumento jurídico clave para la construcción del mercado interior de la electricidad y, por eso mismo, compendia los rasgos esenciales de la política energética común: competencia y servicio público, eficiencia y equidad, subsidiariedad y solidaridad.*

ANEXOS.

ANEXO I: BIBLIOGRAFÍA.

- E. ÁLVAREZ PELEGRY, *Economía industrial del Sector Eléctrico: estructura y regulación*, Civitas, Madrid (1997).
- M. ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, *Energía y Derecho: El sometimiento de los poderes públicos al imperio de la Ley*, en la obra colectiva *Regulación sectorial y competencia*, Civitas, Madrid (1999).
- E. ANZÓN DUCH, *Canon sobre la producción de energía eléctrica*, en “Hacienda Pública Española”, núm. 71 (1981).
- M. ARAGÓN REYES, *Del Estado intervencionista al Estado regulador*, en la obra colectiva *Tratado de regulación del sector eléctrico*, vol. I, *Aspectos jurídicos*, Iberdrola-Thomson Aranzadi, Cizur Menor (2009).
- G. ARIÑO ORTIZ, *Constitución. Modelo económico y nacionalización*, en “Revista de Derecho Bancario y Bursátil”, núm. 9 (1983).
- G. ARIÑO ORTIZ, *Sobre el significado actual de la noción de servicio público*, en la obra colectiva G. ARIÑO ORTIZ, J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ y J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (dirs.), *El nuevo servicio público*, Marcial Pons-UAM, Madrid (1997).

- G. ARIÑO ORTIZ y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *El sistema eléctrico español, regulación y competencia*, ICO-Montecorvo Madrid (1998).
- G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico*, FER-Comares, Granada (1999).
- G. ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid (1999).
- G. ARIÑO ORTIZ e I. DEL GUAYO CASTIELLA, *La regulación de las actividades gasistas*, en “Documentación administrativa”, núm. 256 (enero-abril de 2000) – monográfico dedicado a *El Derecho de la Energía en España* -.
- G. ARIÑO ORTIZ y J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos*, en “Cuadernos de Derecho Público”, núm. 9 (2000).
- G. ARIÑO ORTIZ, *Los servicios energéticos: organización y garantía de la competencia*, en *XV Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla (2004).
- G. ARIÑO ORTIZ y J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión*, “Working Paper” núm. 42 (18 de abril de 2012), documento accesible en la dirección <http://www.arinoyvillar.com>.

- L. ARROYO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (2004).
- AAVV, J. R. CUADRADO ROURA (dir.), *Política Económica. Elaboración, objetivos e instrumentos*, McGraw-Hill, 3ª ed., Madrid (2006).
- M. BACIGALUPO SAGGESE, *El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad*, en “Noticias de la Unión Europea”, núm. 284 (2008).
- O. BAJO y Mª A. MONÉS, *Curso de macroeconomía*, 2ª ed., Bosch, Barcelona (2000).
- D. BARON & R. MYERSON, *Regulating a monopolist with unknown costs*, “Econometrica”, n. 50 (1982)⁹³⁴.
- W. J. BAUMOL, *On the proper tests for natural monopoly in a multiproduct industry*, “American Economic Review”, n. 67 (1977)⁹³⁵.
- W. J. BAUMOL & R. D. WILLING, *Fixed Costs, Sunk Costs, Entry Barriers, and Sustainability of Monopoly*, “The Quarterly Journal of Economics”, vol. 96 (1981)⁹³⁶.
- W. J. BAUMOL, *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industrial Structure*, “American Economic Review”, vol. 72 (1982)⁹³⁷.

⁹³⁴ Artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org>.

⁹³⁵ Artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org>.

⁹³⁶ Artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org>.

- G. BEL, J. CALZADA y A. ESTRUCH MANJÓN, *Economía y regulación de los servicios en red*, en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, Vol. I (*Fundamentos e instituciones de la regulación*), Iustel (2009).
- JOSÉ BERMEJO VERA (coord.), *Derecho Administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (2009).
- M. BOITEAUX, *On the management of public monopolies subject to budgetary constraints*, "Journal of Economic Theory", n. 3 (1971)⁹³⁸.
- J. M. BUCHANAN, *BARRO on the Ricardian Equivalence Theorem*, "Journal of Political Economy", vol. 84 (April 1976)⁹³⁹.
- R. CABALLERO SÁNCHEZ, *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid (2003).
- L. CABRAL, *Economía industrial*, McGraw-Hill, Aravaca (2010).
- G. CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ariel, Barcelona (1981).
- M. CARLÓN RUIZ, *Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal* en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la regulación*, Vol. I (*Fundamentos e instituciones de la regulación*), Iustel (2009).

⁹³⁷ Artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org>.

⁹³⁸ Artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org>.

⁹³⁹ Artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org>.

- R. H. COASE, *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Editorial, Madrid (1994).
- J. R. COKER, *Saving «Otter Tail»: The Essential Facilities doctrine and Electric Power Post-Trinko*, “Florida State University Law Review”, n. 33 (2005-2006)⁹⁴⁰.
- E. COLOM PIAZUELO, *El transporte de energía eléctrica (Régimen jurídico de la nueva regulación de la electricidad)*, Civitas, Madrid (1997).
- E. CONGREGADO RAMÍREZ DE AGUILERA, I. J. POMARES HERNÁNDEZ y E. RAMA MATÍAS, *Análisis Económico del Derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente*, en “Derecho y conocimiento”, en “Anuario Jurídico de la Sociedad de la Información y el Conocimiento”, vol. I, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva (2000)⁹⁴¹.
- S. COWAN, *Price-cap regulation*, “Swedish Economic Policy Review”, vol. 9 (2002)⁹⁴².
- J. DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid (1999).

⁹⁴⁰ Artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org>.

⁹⁴¹ Artículo accesible en la dirección: www.uhu.es/derechoyconocimiento/.

⁹⁴² Artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org>.

- J. DE LA CRUZ FERRER, *El mercado interior de la electricidad: perspectiva jurídica*, en la obra colectiva *Regulación sectorial y competencia*, Civitas, Madrid (1999).
- J. DE LA CRUZ FERRER, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid (2002).
- J. DE LA CRUZ FERRER, *El mercado interior europeo de la electricidad*, en “Noticias de la Unión Europea” núm. 284 (2008).
- J. DE LA CRUZ FERRER, *El funcionamiento del sistema eléctrico. Sujetos. Separación de funciones. Planificación*, en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ, M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. III (*Energía*), tomo I, Iustel (2009).
- I. DEL GUAYO CASTIELLA, *A propósito de un Tratado de Derecho del Gas Natural*, “Papeles de Cuadernos de Energía”, separata del núm. 30 de “Cuadernos de Energía” (febrero 2011), Club Español de la Energía⁹⁴³.
- H. DEMSETZ, *Why regulate utilities?*, “Journal of Law and Economics” Vol. 11, n. 1 (April 1968)⁹⁴⁴.
- F. DÍEZ ESTELLA, *Política de competencia*, en la obra colectiva L. GÁMIR (dir.), J. CASARES y C. VELASCO (coords.), *Política económica de España*, 8ª ed., Alianza Editorial, Madrid (2008).

⁹⁴³ Artículo accesible en la dirección: <http://www.cne.es>.

⁹⁴⁴ Artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org>.

- L. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Patrimonial Civil I: Introducción. Teoría del Contrato*, Civitas, Madrid (1993).
- Th. J. DiLORENZO, *The Natural Monopoly Myth*, “The Review of Austrian Economics” Vol. 9, n. 2 (1996)⁹⁴⁵.
- P. DURÁ, *Política industrial*, en la obra colectiva L. GÁMIR (dir.), J. CASARES y C. VELASCO (coords.), *Política económica de España*, Alianza Editorial, 8ª ed., Madrid (2008).
- P. DURÁN Y LA LAGUNA, *Una aproximación al Análisis Económico del Derecho*, Comares, Granada (1992).
- L. ERHARD, *Bienestar para todos – Wohlstand für alle -*, traducción del profesor E. TIERNO GALVÁN, Editorial Fundación Ignacio Villalonga, Valencia (1957).
- L. ERHARD, *Economía social de mercado. Su valor permanente*, col. “Empresa y Humanismo”, Rialp, Madrid (1994).
- A. ESTOA PÉREZ, *El acceso a las redes de transporte y distribución*, en S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ, M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la regulación*, vol. III (*Energía*), tomo I, Iustel (2009).
- A. ESTOA PÉREZ, *Los intercambios intracomunitarios e internacionales de electricidad*, en S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ,

⁹⁴⁵ Artículo accesible en la dirección: <http://www.mises.org/Literature>.

- M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. III (Energía), tomo I, Iustel (2009).
- J. FABRA UTRAY, *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad*, Marcial Pons, Madrid (2004).
 - M^a. Y. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Estatuto jurídico de los servicios esenciales en red*, INAP-Ciudad Argentina, Madrid-Buenos Aires (2003).
 - T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Empresa pública y servicio público: el final de una época*, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 92 (1996).
 - C. FERNÁNDEZ ROZADO, *Casos prácticos: las Comisiones Reguladoras de Energía. Aspectos institucionales y de organización. Primera Edición del Curso ARIAE de Regulación Energética*, La Antigua (Guatemala), 17 de noviembre de 2003⁹⁴⁶.
 - L. FERNÁNDEZ-VILLADANGOS, *Una panorámica sobre la estructura del sector eléctrico en España*, en “Revista Aragonesa de Administración Pública”, núm. 34 (junio 2009).
 - M. FRIEDMAN, *La Metodología de la Economía Positiva*, en la obra colectiva F. HAHN y M. HOLLIS, *Filosofía y Teoría Económica*, traducción española de L. SUÁREZ, Ed. Fondo de Cultura Económica, México (1986).

⁹⁴⁶ Presentación accesible en la dirección: <http://www.cne.es>.

- E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 17 (1955).
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA, recensión del libro J. SCHWARZE, *Europäische Verwaltungsrecht, Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäische Gemeinschaft*, 2 vols., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (1988), en “Revista de Administración Pública”, núm. 119 (1989).
- M^a. Y. GARCÍA MEZQUITA, *El mercado de energía en la Unión Europea*, en revista “Economía” de la UNAM, (septiembre-diciembre 2006)⁹⁴⁷.
- J. GARCÍA-VERDUGO SALES, *Política energética*, en la obra colectiva L. GÁMIR (dir.), J. CASARES y C. VELASCO (coords.), *Política económica de España*, Alianza Editorial, 8^a ed., Madrid (2008).
- F. GARRIDO FALLA, *El concepto de servicio público en Derecho español*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 135 (septiembre-diciembre 1994).
- J. M^a. GIMENO FELIÚ, *Reflexiones sobre el mercado interior eléctrico: a propósito del «common carrier»*, en “Noticias de la Unión Europea”, núm. 115-116 (agosto-septiembre de 1994).
- J. M^a. GIMENO FELIÚ, *Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas*,

⁹⁴⁷ Artículo accesible en la dirección: <http://journals.unam.mx>.

- en “Revista de Administración Pública” núm. 135 (septiembre-diciembre 1994).
- J. M^a. GIMENO FELIÚ, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, Civitas, Madrid (1994).
 - J. M^a. GIMENO FELIÚ, *Reflexiones sobre el diseño de una política energética comunitaria*, en “Noticias de la Unión Europea”, núm. 148 (1997).
 - J. M^a. GIMENO FELIÚ y J. SANAÚ VILLARROYA, *La liberalización del sector eléctrico y sus consecuencias en Aragón (Diversificación del negocio, escisión e integración de las actividades de ERZ en ENDESA)*, en “Revista Aragonesa de Administración Pública”, núm. 18 (2001).
 - J. M^a. GIMENO FELIÚ, *¿Hacia una Directiva del Mercado Interior de la Energía?*, conferencia pronunciada el 4 de mayo de 2011 dentro del Ciclo “Energía y Sociedad”, organizado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y la Comisión Nacional de la Energía; publicada en “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 153 (enero-marzo 2012).
 - E. GIPPINI FOURNIER, «*Essential facilities*» y aplicación del artículo 82 TCE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia BRONNER, en “Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia”, núm. 205 (enero-febrero 2000).

- M. GÓMEZ DE PABLOS, *Un servicio eléctrico competitivo en Europa cualitativa y cuantitativamente*, en “Economía Industrial”, núm. 261 (mayo-junio 1988).
- R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, *El déficit de ingresos en el sector eléctrico*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 162 (septiembre-diciembre 2003).
- R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, *La protección de los intereses nacionales en el sector energético*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 180 (septiembre-diciembre 2006).
- C. GONZÁLEZ RABANAL, *La Política Energética*, en la obra colectiva E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., Colex (2008).
- S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo Privado*, Montecorvo, Madrid (1996).
- A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, *Servicio público, interés general, monopolio: Recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)*, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 84 (1994).
- P. L. JOSKOW & R. SCHMALENSEE, *Incentive Regulation for Electric Utilities*, “Yale Journal on Regulation”, vol. 4 (1) [1986]⁹⁴⁸.

⁹⁴⁸ Artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org>.

- P. L. JOSKOW, *Incentive Regulation in Theory and Practice: Electricity distribution and transmission networks*, “AEI-Brookings Joint Center Working Paper”, nn. 5-18 (2006)⁹⁴⁹.
- A. JUNCO FERNÁNDEZ, *Comentario del artículo 44 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico*, en la obra colectiva V. LÓPEZ-IBOR MAYOR y J. M. BENEYTO PÉREZ (dirs.), *Comentarios a las Leyes Energéticas*, tomo I, *Ley del Sector Eléctrico*, Thompson-Civitas (2006).
- P. R. KRUGMAN y M. OBSTFELD, *Economía internacional. Teoría y política*, 7ª ed., Pearson, Madrid (2006).
- J. L. LACRUZ BERDEJO, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVARRÍA y F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, vol. II *Teoría general del contrato*, 2ª ed., Bosch, Barcelona (1987).
- R. G. LIPSEY, *Introducción a la Economía positiva*, 10ª ed., traducción de J. HORTALA ARAU, Vicens Vives, Barcelona (1981).
- R. G. LIPSEY y C. HARBURY, *Principios de Economía*, traducción de J. TUGORES, M. OLIVA, P. GARCÍA, A. COLOM, G. BERNARDOS y colaboradores (Departamento de Teoría Económica de la Universidad de Barcelona), Vicens Vives, Barcelona (1994).
- L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *La nueva configuración jurídica del sector eléctrico tras la Ley 54/1997*, en “Documentación

⁹⁴⁹ Artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org>.

Administrativa”, núm. 256 (enero-abril 2000) – monográfico dedicado a *El Derecho de la Energía en España* -.

- V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *Política energética comunitaria: ¿una nueva política común?*, en “Comunidad Europea” núm. 10 (1994).
- V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *La liberalización del Sector Eléctrico: perspectiva jurídica*, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 98 (1998).
- V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *El Tratado de la Carta Europea de la Energía*, en la obra colectiva *Tratado de regulación del Sector Eléctrico*, vol. I, *Aspectos jurídicos*, Iberdrola-Thompson Aranzadi, Cizur Menor (2009).
- V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *La problemática jurídica del Sector Eléctrico*, en “Revista Aragonesa de Administración Pública”, núm. 34 (junio 2009).
- V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *¿Hacia una Directiva del Mercado Interior de la Energía?*, conferencia pronunciada el 4 de mayo de 2011 dentro del Ciclo “*Energía y Sociedad*”, organizado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y la Comisión Nacional de la Energía⁹⁵⁰.
- V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *Política energética*, artículo publicado en el suplemento *Empresa* del diario ABC, domingo 30 de octubre de 2011, núm. 150.
- F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Alcance y aplicación del artículo 90.2 (nuevo 86.2) del Tratado de la Comunidad Europea en la*

⁹⁵⁰ Texto accesible en la dirección: <http://www.cne.es>.

- jurisprudencia comunitaria*, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 102 (1999).
- F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Técnicas específicas de los servicios en red*, en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. I (*Fundamentos e instituciones de la regulación*), Iustel (2009).
 - J. M^a. MARÍN QUEMADA y J. GARCÍA-VERDUGO SALES, *Bienes públicos globales, política económica y globalización*, Ariel, Barcelona (2003).
 - J. M^a. MARÍN QUEMADA, *Política energética en la Unión Europea: el debate entre la timidez y el atrevimiento*, en “ICE” (Información Comercial Española), núm. 842 (mayo-junio de 2008) - monográfico dedicado a *Economía de la Energía* -.
 - R. MARTÍN MATEO, *Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*, Trivium, Madrid (1988).
 - R. MARTÍN MATEO, *Larga marcha hacia la liberalización de la economía española*, en el libro *Homenaje al profesor VILLAR PALASÍ*, Civitas, Madrid (1988).
 - L. MARTÍN REBOLLO, *De nuevo sobre el servicio público: planteamiento ideológico y funcionalidad*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 100-103 (1983), vol. III *in totum*.

- L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de «Daseinvorsorge»*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 38 (1962).
- L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La reforma de la Constitución. Una llamada a la responsabilidad*, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 153 (enero-marzo 2012).
- L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Crisis económica y transformaciones administrativas*, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 153 (enero-marzo 2012).
- S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, Madrid (1989).
- S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Reflexiones sobre las privatizaciones*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 144 (1997).
- J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red*, en la obra colectiva F. SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón MARTÍN MATEO*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia (2000).
- R. MATEU DE ROS CEREZO, *El déficit de la tarifa eléctrica: origen y regulación por el derecho positivo*, en la obra colectiva *Tratado de regulación del Sector Eléctrico*, vol. I, Aspectos jurídicos, Iberdrola-Thomson Aranzadi, Cizur Menor (2009).

- J. L. MEILÁN GIL, *El servicio público como categoría*, en “Cuadernos de Derecho Público”, núm. 2 (1997).
- P. MERCADO PACHECO, *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (1994).
- W. A. MOGEL & J. P. GREGG, *Appropriateness of imposing Common Carrier Status on Interstate Natural Gas Pipelines*, “Energy Law Journal”, n. 25 (2004)⁹⁵¹.
- J. MOLINA CANO, *La tercera vía en Wilhelm RÖPKE*, en “Cuadernos Empresa y Humanismo” núm. 82 (abril 2001), Instituto “Empresa y Humanismo”, Universidad de Navarra.
- A. MONTORO BALLESTEROS, *Incidencia del Análisis Económico del Derecho en la Teoría Jurídica: la reducción del Derecho a regla técnica*, en “Persona y Derecho”, núm. 40, Universidad de Navarra (1999).
- S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado, vol. I, Los fundamentos*, Civitas, Madrid (1998).
- S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, 2ª ed., Iustel, Madrid (2006).
- R. A. y P. B. MUSGRAVE, *Hacienda Pública, Teórica y Aplicada*, McGraw-Hill, 5ª ed., Madrid (1992).

⁹⁵¹ Artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org>.

- J. M^a. NEBOT LOZANO, *Competencia y servicio público en la actividad eléctrica, en la obra colectiva Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, Madrid (1998).
- J. M^a. NEBRED A PÉREZ, *La liberalización de las actividades eléctricas de distribución y comercialización*, en la obra colectiva *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, Madrid (1998).
- J. M^a. NEBRED A PÉREZ, *Distribución eléctrica: concurrencia de disciplinas jurídicas*, Civitas, Madrid (1999).
- B. PAJUELO IGLESIAS, *Transporte de energía eléctrica*, en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ, M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. III (*Energía*), tomo I, Iustel (2009).
- L. PAREJO ALFONSO, *Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros*, en "Revista de Derecho de la Unión Europea", núm. 7 (2004).
- A. PARENTE, *Principios de Derecho Europeo de la Energía*, Aranzadi - Thompson Reuters, Cizur Menor (2010).
- S. PASTOR PRIETO, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid (1989).
- S. PASTOR PRIETO, *Sistema jurídico y Ciencias Sociales: Análisis Económico del Derecho y jurimetría*, en la obra colectiva *Derecho y Sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia (1998).

- C. PAZ-ARES, *La Economía Política como jurisprudencia racional. Aproximación a la Teoría Económica del Derecho*, en “Anuario de Derecho Civil”, Universidad Autónoma de Madrid, tomo 34, fascículo III (julio-septiembre 1981).
- J. PÉREZ SERRANO, *De la CECA al Mercado Común: transformaciones jurídico-políticas e institucionales*, en “Revista de Estudios Europeos”, núm. 46-47 (2007).
- J. C. PIELOW y E. EHLERS, *Desagregación de propiedad y dudas de constitucionalidad: algo más que un debate típicamente alemán*, en “Noticias de la Unión Europea”, núm. 284 (2008).
- J. PONCE SOLÉ, *La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 162 (septiembre-diciembre 2003).
- J. PONCE SOLÉ, *¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al Gobierno? El traslado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a Barcelona y las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2006*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 173 (mayo-agosto 2007).
- J. PONCE SOLÉ, *¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control*

judicial, en “Revista de Administración Pública”, núm. 180 (septiembre-diciembre 2009).

- J. PONCE SOLÉ, *Crisis económica, deberes jurídicos de economía y eficiencia y Derecho Administrativo*, en *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011⁹⁵².
- R. RAMOS GIL, *La producción de energía eléctrica en régimen ordinario. El mercado diario e intradiario de electricidad y su gestión económica por OMEL. Los otros mercados eléctricos*, en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ, M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. III (*Energía*), tomo I, Iustel (2009).
- L. A. RASINES GARCÍA, *La política energética de la Unión Europea*, en “Noticias de la Unión Europea”, núm. 187-188 (agosto-septiembre 2000).
- M^a. ÁNGELES RODRÍGUEZ PARAJA, *La actividad de distribución eléctrica*, en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ, M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. III (*Energía*), tomo I, Iustel (2009).
- D. ROMER, *Macroeconomía Avanzada*, 3^a ed., McGraw-Hill, Madrid (2006).

⁹⁵² Artículo accesible en la dirección: <http://www.aepda.es>.

- P. SALA ATIENZA, *Régimen de las acometidas y de las líneas directas*, en S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ, M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. III (Energía), tomo I, Iustel (2009).
- E. SALINAS LA CASTA, *La actividad del comercializador. El paso de la tarifa regulada al suministro de último recurso. La Oficina de Cambios de Suministrador*, en la obra colectiva S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO GONZÁLEZ, M. BACIGALUPO SAGGESE (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. III (Energía), tomo I, Iustel (2009).
- F. SALVIA, *El servicio público en Italia*, en “Revista Aragonesa de Administración Pública”, núm. 18 (2001).
- A. SÁNCHEZ BUSTAMANTE, *El derecho de acceso de terceros a las redes eléctricas*, en la obra colectiva *Regulación sectorial y competencia*, Civitas, Madrid (1999).
- J. SEGURA SÁNCHEZ, *Análisis microeconómico*, Alianza Universidad Textos, 3ª ed., Madrid (2006).
- J. SELLARÉS SERRA, *El EURATOM subsiste, invisible e incompatible con el tinglado comunitario*, en la obra colectiva J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional (Madrid, 17 y 18 de noviembre de 2007), Iustel (2008).

- M. SERRANO GONZÁLEZ, *Naturaleza y funciones de la CNE: un ampliado marco de actuación*, en la obra colectiva *Energía: del monopolio al mercado. CNE, diez años en perspectiva*, Civitas, Madrid (2006).
- J. SIERRA LÓPEZ, *Una historia atormentada: la energía en Europa*, en “ICE” (Información Comercial Española), núm. 831 (julio-agosto 2006) – monográfico dedicado a *Políticas comunitarias: una visión interna* -.
- F. SIMÓN SEGURA, *Lecciones de historia económica mundial*, Ediciones Académicas S.A., Madrid (2002).
- C. SOLÉ MARTÍN, *El papel de las interconexiones eléctricas. Operación, gestión de las congestiones y mecanismos de asignación de capacidad*, en la obra colectiva *Energía y Regulación en Iberoamérica*, Thompson Reuters-Civitas (2008).
- J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho público de la competencia*, Edelco-Marcial Pons, Madrid (1998).
- G. STIGLER, *Economies of Scale*, “Journal of Law and Economics”, n. 1 (1958)⁹⁵³.
- G. STIGLER & C. FRIEDLAND, *What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity*, “Journal of Law and Economics”, vol. 5 (October 1962)⁹⁵⁴.

⁹⁵³ Artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org>.

⁹⁵⁴ Artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org>.

- J. SUÁREZ SARO, *El acceso de terceros a las redes de gas y electricidad*, en la obra colectiva *El Derecho de la Energía*, La Ley (2006).
- J. TORRES LÓPEZ, *Análisis Económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid (1987).
- M^a. A. TORRES LÓPEZ, *La separación de actividades y el régimen de actividades reguladas* en “Noticias de la Unión Europea”, núm. 284 (2008).
- M^a A. TORRES LÓPEZ, *Las actividades reguladas y su régimen jurídico tras la Directiva 2009/72*, en “Noticias de la Unión Europea”, núm. 322 (noviembre 2011).
- J. TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE y F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *La Regulación del Sector Eléctrico*, Civitas, Madrid (1996).
- J. TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, *La verdad sobre los monopolios naturales*, en “Nueva Revista de Política, Cultura y Arte”, núm. 51 (junio 1997).
- H. VARIAN, *Microeconomía intermedia*, 5^a ed., Bosch, Barcelona (2001).
- V. J. VANBERG, *Walter EUCKEN and ordoliberalism*, Freiburg discussion papers on constitutional economics, n. 04/11 (2004)⁹⁵⁵.

⁹⁵⁵ Artículo accesible en la dirección <http://hdl.handle.net/10419/4343>.

- J. L. VEGA, *Market contestability*, en “Punto y coma”, Boletín de las Unidades Españolas de Traducción de la Comisión Europea, núm. 78 (noviembre-diciembre de 2002)⁹⁵⁶.
- J. VELARDE FUERTES, *El modelo económico de la Constitución española de 1978 y el inherente a la Unión Europea*, en “Noticias de la Unión Europea”, núm. 143 (diciembre 1996).
- J. L. VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 3 (1950).
- F. J. VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid (1993).
- F. J. VILLAR ROJAS, *Las instalaciones esenciales para la competencia*, FER-Comares, Granada (2004).
- O. E. WILLIAMSON, *Economies as an Antitrust Defense*, “American Economic Review”, n. 58 (1968)⁹⁵⁷.
- F. YBARRA, *La demanda eléctrica y su atención: algunos aspectos de su problemática*, en “Economía Industrial”, núm. 261 (mayo-junio 1988).
- E. ZAPATER DUQUE, *La Unión Europea y la cooperación energética internacional*, Dykinson, Madrid (2002).

⁹⁵⁶ Artículo accesible en la dirección: <http://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/>.

⁹⁵⁷ Artículo accesible en la dirección: <http://www.jstor.org>.

ANEXO II: DOCUMENTACIÓN CONSULTADA.

1. Documentación accesible en la dirección

<http://europa.eu/documentation/official-docs/> :

- Comunicación de la Comisión, *El mercado interior de la energía*. COM (88) 238 final. Bruselas, 2 de mayo de 1988.
- Comunicación de la Comisión sobre la *Carta Europea de la Energía*. COM (91) 36 final. Bruselas, 14 de febrero de 1991.
- Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde *Por una Política Energética para la Unión Europea*. COM (94) 659 final/ 2. Bruselas, 23 de febrero de 1995.
- Commission of the European Communities, White Paper *Growth, Competitiveness and Employment. The Challenges and Ways Forward into the 21st Century*. COM (93) 700. Brussels, 5 December 1993.
- Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Blanco *Una Política* Commission of the European Communities, *Group of Independent Experts for Administrative and Legislative Simplification*. COM (95) 288 final. Brussels, 21 June 1995.
- Communication from the European Commission, *Review of Community Energy Legislation*. COM (95) 391 final. Brussels, 26 July 1995.
- Communication from the European Commission, *European Community Gas Supply and Prospects*, COM (95) 478. Brussels, 18 October 1995.

- Commission of the European Communities, *White Paper on preparation of the Associated Countries of Central and Eastern Europe for integration into the internal market of the Union*. COM (95) 163. Brussels, 3 May 1995.
- Comunicación de la Comisión Europea, *Energía para el futuro: fuentes de energía renovables. Libro Verde para una estrategia comunitaria*. COM (96) 576 final. Bruselas, 20 de noviembre de 1996.
- Comunicación de la Comisión Europea, *Visión global de la política y las actuaciones en el campo de la energía*. COM (97) 167 final. Bruselas, 23 de abril de 1997.
- Comunicación de la Comisión Europea, *Energía para el futuro: fuentes de energía renovables. Libro Blanco para una estrategia y un Plan de Acción comunitarios*. COM (97) 599 final. Bruselas, 26 de noviembre de 1997.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Plan de acción para mejorar la eficiencia energética en la Comunidad Europea*. COM (2000) 247 final. Bruselas, 26 de abril de 2000.
- Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde *Hacia una estrategia europea de seguridad del abastecimiento energético*. COM (2000) 769 final. Bruselas, 29 de noviembre de 2000.
- Propuesta de *Decisión del Consejo por la que se establecen nuevas orientaciones para el programa plurianual destinado a fomentar la*

cooperación internacional en el sector de la energía. COM (2001) 58 final. Bruselas, 2 de febrero de 2001.

- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Realización del mercado interior de la energía*. Propuesta de *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 96/92/CE y 98/30/CE sobre normas comunes para los mercados interiores de la electricidad y del gas natural*. Propuesta de *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad* (presentados por la Comisión). COM (2001) 125 final [2001/0077 (COD) y 2001/0078 (COD)]. Bruselas, 13 de marzo de 2001.
- Comisión de las Comunidades Europeas, *Informe al Consejo Europeo de Laeken. Los servicios de interés general* (Presentado por la Comisión). COM (2001) 598 final. Bruselas, 17 de octubre de 2001.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, and the Committee of Regions, *Towards a global partnership for sustainable development*. COM (2002) 82. Brussels, 13 February 2002.
- Comunicación de la Comisión, *Simplificar y mejorar el marco regulador*. COM (2002) 278 final. Bruselas, 5 de junio de 2002.
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Informe final sobre el Libro Verde "Hacia una estrategia europea de*

- seguridad del abastecimiento energético*". COM (2002) 321 final. Bruselas, 26 de junio de 2002.
- Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde sobre *Los servicios de interés general*. COM (2003) 270 final. Bruselas, 21 de mayo de 2003.
 - Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Libro Blanco sobre *Los servicios de interés general*. COM (2004) 374 final. Bruselas, 12 de mayo de 2004.
 - Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea*. COM (2005) 97 final. Bruselas, 16 de marzo de 2005.
 - Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde sobre *La eficiencia energética o cómo hacer más con menos*. COM (2005) 265 final. Bruselas, 22 de junio de 2005.
 - Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Estrategia temática sobre el uso sostenible de los recursos naturales*. COM (2005) 670 final. Bruselas, 21 de diciembre de 2005.
 - Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde *Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura*. COM (2006) 105 final. Bruselas, 8 de marzo de 2006.

- Communication from the Commission, *Action Plan for Energy efficiency: Realising the potential*. COM (2006) 545 final. Brussels, 19 October 2006.
- Documento de la Comisión y el Alto Representante de la Unión Europea, *Una política exterior al servicio de los intereses energéticos de Europa*, junio de 2006, S 160/06; seguido por *Relaciones exteriores en materia de energía- de los principios a la acción*. COM (2006) 590 final. Bruselas, 12 de octubre de 2006.
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Consolidación de la Política Europea de Vecindad*. COM (2006) 726 final. Bruselas, 4 de diciembre de 2006.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Perspectivas de los mercados interiores del gas y la electricidad*. COM (2006) 841 final. Bruselas, 10 de enero de 2007.
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Producción sostenible de electricidad a partir de combustibles fósiles: conseguir centrales eléctricas de carbón con emisiones próximas a cero después de 2020*. COM (2006) 843 final. Bruselas, 10 de enero de 2007.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Plan Prioritario de Interconexión*. COM (2006) 846. Bruselas, 10 de enero de 2007.
- Comunicación de la Comisión Europea, *Programa de trabajo de la energía renovable- Las energías renovables en el siglo XXI*:

- construcción de un futuro más sostenible*. COM (2006) 848. Bruselas, 10 de enero de 2007.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Acción de seguimiento del Libro Verde: Informe sobre el progreso de la electricidad renovable*. COM (2006) 849 final. Bruselas, 10 de enero de 2007.
 - Comunicación de la Comisión Europea, *Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 en los sectores europeos del gas y de la electricidad (Informe final)*. COM (2006) 851 final. Bruselas, 10 de enero de 2007.
 - Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo, *Una Política Energética para Europa*. COM (2007) 1 final. Bruselas, 10 de enero de 2007.
 - Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas (8 y 9 de marzo de 2007), 7224/1/07 REV 1 CONCL 1. Bruselas, 2 de mayo de 2007 (OR. en).
 - Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Informe sobre la experiencia obtenida en la aplicación del Reglamento (CE) núm. 1228/2003 relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad*. COM (2007) 250 final. Bruselas, 15 de mayo de 2007.
 - Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la *Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía*

(presentada por la Comisión). COM (2007) 530 final -2007/0197 (COD).
Bruselas, 19 de septiembre de 2007.

- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Plan Estratégico Europeo de Tecnología Energética (Plan EETE). Hacia un futuro con baja emisión de carbono*. COM (2007) 723 final. Bruselas, 22 de noviembre de 2007.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones que acompaña a la Comunicación *Un mercado único para la Europa del siglo XXI. Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo*. COM (2007) 725 final. Bruselas, 20 de noviembre de 2007.
- Comunicación de la Comisión, *Eficiencia energética: alcanzando el objetivo del 20 %*. COM (2008) 772 final. Bruselas, 13 de noviembre de 2008.
- Commission Staff Working Document, *Implementation of the Energy Markets Observation System (EMOS)*. SEC (2008) 2898 final. Brussels, 20 November 2008.
- Commission Staff Working Paper, *Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and on Directive 2009/73/EC concerning common rules for the*

- internal market in natural gas. The unbundling regime.* Brussels, 22 January 2010.
- Commission Staff Working Paper, *Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and on Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas. The regulatory authorities.* Brussels, 22 January 2010.
 - Commission Staff Working Paper, *Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and on Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas. Retail Markets.* Brussels, 22 January 2010.
 - Comunicación de la Comisión Europea, *Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.* COM (2010) 2020 final. Bruselas, 3 de marzo de 2010.
 - Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, *Report on progress in creating the internal gas and electricity market.* COM (2010) 84 final. Brussels, 11 March 2010.
 - Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Agenda Digital para Europa.* COM (2010) 245 final/2. Bruselas, 26 de agosto de 2010.

- 2010/2107 (INI): Informe de iniciativa del Parlamento Europeo sobre la *Revisión del Plan de Acción para la Eficiencia energética*. Comité de Industria, Investigación y Energía. Estrasburgo, 14 de septiembre de 2010.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una política industrial integrada para la era de la globalización. Poniendo la competitividad y la sostenibilidad en el centro del escenario*. COM (2010) 614. Bruselas, 28 de octubre de 2010.
- Comisión Europea, Libro Verde sobre *Política de desarrollo de la Unión Europea en apoyo del crecimiento integrador y el desarrollo sostenible. Mejorar el impacto de la política de desarrollo de la Unión Europea*. COM (2010) 629 final. Bruselas, 10 de noviembre de 2010.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Energía 2020: Estrategia para una energía competitiva, sostenible y segura*. COM (2010) 639 final. Bruselas, 10 de noviembre de 2010.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Las prioridades de la infraestructura energética a partir de 2020. Esquema para una red europea de energía integrada*. COM (2010) 677 final. Bruselas, 17 de noviembre de 2010.

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Europa que utilice eficazmente los recursos-Iniciativa emblemática con arreglo a la Estrategia Europea 2020*. COM (2020) 21 final. Bruselas, 26 de enero de 2011.
- Conclusiones del Consejo Europeo de 4 de febrero de 2011. EUCO 2/11. CO EUR 2. CONCL 1. Bruselas, 4 de febrero de 2011 (OR. en).
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, *Plan de Eficiencia Energética 2011*. COM (2011) 109 final. Bruselas, 8 de marzo de 2011.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050*. COM (2011) 112 final. Bruselas, 8 de marzo de 2011.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Reforma de las normas de la Unión Europea en materia de normas estatales aplicables a los servicios de interés económico general*. COM (2011) 146 final. Bruselas, 23 de marzo de 2011.
- Comisión Europea, Libro Blanco *Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible*. COM (2011) 144 final. Bruselas, 28 de marzo de 2011.

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Un presupuesto para Europa 2020-Parte II: Fichas sobre políticas*. COM (2011) 500 final [SEC (2011) 867 final y SEC (2011) 868 final]. Bruselas, 29 de junio de 2011.
- Propuesta para una *regulación del Parlamento Europeo y del Consejo de orientaciones relativas a infraestructura de redes transeuropeas de energía y para la derogación de la Decisión núm. 1364/2006/CE*. COM (2011) 658 final [SEC (2011) 1233 final y SEC (2011) 1234 final]-2011/0300 (COD). Bruselas, 19 de octubre de 2011.

2. Documentación accesible en la dirección

<http://www.energiaysociedad.es/> :

- Material didáctico: *Las subastas de emisiones de energía primaria* [EPEs o VPPs (*Virtual Power Plant Auctions*)].
- Documentos: Tema 5 - *Los contratos de energía para el suministro de último recurso (CESUR)*.
- “Boletín de Energía y Sociedad”, núm. 65, 12 de diciembre de 2011. *Novedades en el sector. Plan de Energías Renovables 2011-2020*.

3. Documentación accesible en la dirección: <http://www.cne.es/> :

- Resolución de la Comisión Nacional de Energía (CNE) por la que se resuelve el conflicto de acceso a la red de distribución de IBERDROLA

DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A., planteado por COOPERATIVA “SAN FRANCISCO DE ASÍS” (CATR 1/2000).

- Resolución de la Comisión Nacional de Energía (CNE) por la que se resuelve el conflicto de acceso a la red de distribución de IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A., planteado por TEYSERC, S.A. (CATR 31/2007).
- Resolución de la Comisión Nacional de la Energía (CNE) por la que se resuelve el conflicto de acceso a la red de distribución de UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A., planteado por TADESA, S.A. (CATR 56/2007).

4. Documentación accesible en la dirección: <http://www.cmt.es/> :

- Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) sobre la revisión de precios de la oferta de referencia para el acceso a los centros emisores de televisión (ORAC) sobre la base de los resultados del ejercicio 2009 de la contabilidad de costes de ABERTIS TELECOM, S.A.U. (DT 2011/1328).

5. Documentación accesible en la dirección:

<http://www.cncompetencia.es/> :

- Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en el expediente sancionador S/0207/09 TRANSPORTE TELEVISIÓN, incoado a ABERTIS TELECOM S.A.U. por la Dirección de Investigación de la CNC (DI), por considerar que ha llevado a cabo prácticas

restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

ANEXO III: JURISPRUDENCIA.

1. Jurisprudencia de los Tribunales de los Estados Unidos accesible en la dirección <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/>:

- United States Supreme Court, *Propeller Niagara v. Cordes*, 62 U.S. 21 How. 7 7 (1858). Appeals from the District Court of the United States for the District of Wisconsin.
- United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. 444 F.2d 931, *Norman F. HECHT, Harry Kagan, Marc A. Miller, Appellants, Washington Federals, Inc., et al. v. PRO-FOOTBALL, INC., et al.* nº. 24446. Argued January 27, 1971. Decided April 27, 1971.

2. Jurisprudencia comunitaria accesible en la dirección: <http://curia.europa.eu/juris/>:

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 19 de febrero de 1993, Asunto C-320/91, *Régie des postes v. Paul Corbeau*. Rec. 1993, p. I- 2533. Decisión prejudicial sobre la interpretación de los arts. 86 y 90 del Tratado CEE planteada por el *Tribunal Correctionnel de Liège*.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 27 de abril de 1994, Asunto C-393/92, *Comuna de Almelo y otros v. NV Energiebedrijf Ijsselmij NV*. Rec. 1994, p. I-01477. Decisión prejudicial sobre la interpretación de los arts. 37, 85, 86, 90 y 177 del Tratado CEE, planteada por el *Gerechtshof te Arnhem* (Países Bajos).

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de octubre de 1997, dictada en el Asunto C-159/1994, *Comisión de las Comunidades Europeas v. República Francesa*. Rec. 1997, p. I-05815. Incumplimiento de Estado. Derechos exclusivos de importación y exportación de gas y de electricidad.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de julio de 2003 en el Asunto C-280/00, *Altmark Trans GMBH y Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GMBH*. Rec. 2002, I-7747. Decisión prejudicial sobre subvenciones destinadas a compensar el coste de las obligaciones de servicio público en relación con el servicio regional de transportes de viajeros, planteada por el *Bundesverwaltungsgericht* (Alemania). Procedimiento de Ayudas de Estado.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de noviembre de 2006, en el Asunto C-413/04 (2006/C 331/06), *Parlamento europeo v. Consejo de la Unión*. Rec. 2006, I-11221. Concesión de exenciones provisionales a las normas comunes para el mercado interior de la electricidad en favor de Estonia.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de noviembre de 2006, *Parlamento europeo v. Consejo de la Unión*, Asunto C-414/04 (2006/C 331/07). Rec. 2006, I-11279. Aplicación de exenciones provisionales en cuanto a las condiciones de acceso a la red para comercio transfronterizo de electricidad en favor de Eslovenia.

3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo accesible en la dirección <http://www.poderjudicial.es/>, Centro de Documentación Judicial (CENDOJ):

- Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2001. Ponente: S. MENÉNDEZ PÉREZ. ROJ nº 4414/2001. Energía eléctrica. Actividades de transporte y distribución. Red. Tensión.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2004. Ponente: M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA. ROJ nº 4592/2004. Condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de baja tensión.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2007. Ponente: J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT. ROJ nº 5196/2007. Energía eléctrica. Derecho de acceso de terceros a la red para distribuir energía.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2008. Ponente: J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT. ROJ nº 5213/2008. Reconocimiento del derecho de HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A., al acceso a la red de distribución de IBERDROLA, S.A., condicionada la efectividad de dicho derecho al otorgamiento de las autorizaciones de las instalaciones por los órganos competentes de la Generalitat Valenciana.