

LA REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO

LEOPOLDO TOLIVAR ALAS*

SUMARIO: I. El inicio del proceso liberalizador. II. Medidas normativas para la aceleración del proceso. III. Desarrollo reglamentario. IV. Derecho comunitario, obligaciones de servicio público y subsistencia real de esta noción.

I. EL INICIO DEL PROCESO LIBERALIZADOR

Pocas leyes han tenido una vida más efímera en nuestro país que la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional¹. En efecto, una de las prioridades liberalizadoras del Gobierno entrante tras las Elecciones Generales de 1996 se centró en el sector eléctrico, que aunque no fue objeto de medidas urgentes tan drásticas como las que afectaron a los servicios funerarios, a las Telecomunicaciones o a la distribución de carburantes² pronto se concretó en un Proyecto de Ley que arrumbaba la venerable noción de servicio público, desde «*el convencimiento de que garantizar el suministro eléctrico, su calidad y su coste no requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone*».

En efecto, la Exposición de Motivos de la que sería Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de Regulación del sector eléctrico, tras proclamar como fin básico de la regulación el triple y tradicional objetivo de garantizar el suministro, su calidad y su menor coste posible, proclama, con tintes doctrinarios ultraliberales que «*se abando-*

* Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo.

¹ Sobre los principios de esta Ley, véase S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. IV. El sistema eléctrico*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 61-86.

² Reales Decretos-Leyes 6 y 7/1996, de 7 de junio. En relación a la incidencia de estas disposiciones sobre el ámbito local, me remito a lo señalado en mi artículo «Privatizaciones y servicios públicos locales», *Leviatán, Revista de Hechos e Ideas*, nº 69, 1997, págs. 45-54.

na la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica». En su lugar, el legislador de 1997 apuesta por el concepto de garantía: se trata de ofrecer a los ciudadanos de forma expresa la seguridad –diríamos que subsidiariamente con aval público– de un suministro adecuado, de calidad, al menor precio posible y extensible a todo el territorio nacional³. Esta garantía de suministro a los consumidores no requerirá ya de un servicio de titularidad pública desarrollado por el Estado mediante una sociedad de mayoría igualmente pública, sino que la explotación unificada del sistema eléctrico nacional pasa a ser gestionada por dos sociedades mercantiles⁴ y de accionariado privado, responsables respectivamente de la gestión económica y de la técnica. A estas entidades las denominarán los artículos 33 y 34 de la Ley, respectivamente, *Operador del mercado*⁵ y *Operador del sistema*⁶.

Por su parte, el art. 14 en relación con la Disposición Transitoria quinta de la Ley 54/1997 establece la llamada *separación de actividades* que, en el plano jurídico se traduce en que son actividades reguladas la gestión económica y técnica del sistema, el transporte y la distribución (art. 11.2), en tanto que se considera como actividad no regulada o libre la comercialización (art. 11.3)⁷.

En lo tocante a la reconstituida Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, como ente regulador del sistema eléctrico, la Ley señala que ajustará su actuación al orde-

³ A estas notas garantistas añade el art. 10.1 de la Ley 54/1997 «las condiciones de (...) seguridad» para todos los consumidores. En la misma línea de garantizar la seguridad se manifiesta el art. 2.28 de la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003.

⁴ En el accionariado de ambas sociedades podrá formar parte cualquier persona física o jurídica siempre que la suma de su participación directa o indirecta en el capital de esta sociedad no supere el 10%. Igualmente, la suma de participaciones, directas o indirectas, de los sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico no deberá superar el 40%, prohibiéndose la sindicación de acciones.

⁵ El Operador del mercado asume la gestión del sistema de ofertas de compra y venta y, aunque actúa conforme a principios de transparencia, objetividad e independencia, lo hace bajo la supervisión de un Comité de Agentes del Mercado donde estarán representados todos los sujetos que tengan acceso al mercado, así como los consumidores cualificados y el operador del mercado y del sistema. Entre las funciones de este Operador de la gestión económica se hallan la recepción y casación de las ofertas de los agentes; la determinación de los precios en los mercados diario e intradiario y la gestión de restricciones. Igualmente le corresponde la resolución de incidentes y conflictos durante el proceso de casación y el ajuste de todas las transacciones del mercado, así como facilitar información a todos los agentes sobre resultados de casación y la coordinación con el operador del sistema.

⁶ Al Operador del sistema, como gestor técnico, le corresponde la implantación de los resultados del mercado diario y la garantía de la demanda; temporalmente la gestión del mercado intradiario; la identificación y resolución de restricciones técnicas; la evaluación de la calidad, fiabilidad y seguridad del sistema; la coordinación con el Operador del mercado; la gestión de servicios complementarios; la coordinación de planes de desarrollo y el refuerzo de la red de transporte; la coordinación de planes y actividades de mantenimiento de Generación más red de transporte y la información a todos los agentes, entre otros cometidos.

⁷ Véase la nueva nomenclatura y las definiciones afectantes a los operadores y clientes de este sector en el art. 2 de la Directiva 2003/54/CE.

namiento administrativo cuando ejerza potestades de esta naturaleza o contrate bienes y servicios, «sometiéndose en el resto de su actividad al derecho privado». El nulo carácter independiente de este organismo viene evidenciado por el hecho de que su Presidente y sus ocho vocales son nombrados mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro competente en la materia por un período de seis años, renovable por una sola vez y con la única matización procedimental de que, el Ministro, deberá comparecer ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados para que ésta constate que los candidatos reúnen los requisitos legales de «reconocida competencia técnica y profesional» (art. 6). Como órgano de asesoramiento de la Comisión Nacional se configura un Consejo Consultivo, con un máximo de 34 miembros, en el que están presentes, además de la Administración General del Estado, el Consejo de Seguridad Nuclear, las Comunidades Autónomas⁸, las compañías del sector eléctrico, los operadores del mercado y del sistema, los consumidores y usuarios y otros agentes sociales y de defensa del medio ambiente (art. 7).

La nueva regulación, en efecto, también se presenta como protectora del medio ambiente, si bien son pocas las referencias expresas en el articulado a ese propósito tuitivo. Habrá que llegar a la Disposición Adicional duodécima para encontrar una referencia al impacto ambiental de las líneas aéreas de energía eléctrica y a la imposición a las mismas, en determinados casos, de Evaluación de Impacto Ambiental. Curiosamente, quizá tengan mayor repercusión las previsiones urbanísticas contenidas en el art. 5 acerca de la coordinación de la planificación de instalaciones eléctricas con los instrumentos de ordenación del suelo, a la que luego aludiremos, así como la prevalencia sobre otros valores paisajísticos o de ordenación del litoral de la ocupación de demanio marítimo-terrestre para líneas de alta tensión⁹.

II. MEDIDAS NORMATIVAS PARA LA ACELERACIÓN DEL PROCESO

Desde la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, son muchas las disposiciones que han afectado a la liberalización del sector eléctrico. Entre las normas con rango de ley debe citarse muy especialmente el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y

⁸ Habrá dos representantes de las Comunidades Autónomas con mayor nivel de producción eléctrica; dos representantes de las Comunidades de mayor consumo por habitante y otros dos representantes –designados cada dos años– de entre aquellas Comunidades Autónomas que no estén representadas por razón de la producción o el consumo.

⁹ Disposición Adicional segunda de la Ley 54/1997, en relación con el art. 32.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Excepcionalmente, por razones de utilidad pública debidamente acreditadas, el Consejo de Ministros, a propuesta conjunta de los ministerios con competencias en materia de infraestructuras, medio ambiente y energía, «podrá autorizar el tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión en el dominio público marítimo-terrestre, siempre que no se localicen en tramos de costa que constituyan playa u otros ámbitos de especial protección». Protección que, obviamente, puede corresponder a las Comunidades Autónomas de las que nada dice la Ley.

Servicios que, en lo tocante al sector eléctrico (arts. 16 y sigs.) tiene por objeto avanzar en la introducción de la competencia, «limitando –dice su Preámbulo– el incremento de nueva potencia instalada a los grupos eléctricos que ostentan una cuota significativa y estableciendo la obligación de que determinadas instalaciones de producción en régimen especial con derecho a incentivo acudan al mercado mayorista para verter sus excedentes». El Decreto-Ley también persigue, mediante nuevas formas de contratación de los comercializadores, una más fácil intervención de nuevos operadores y, en la línea de profundizar en la liberalización del suministro eléctrico simplificaba el acceso a la condición de consumidor cualificado (cuando éste no deseara actuar como agente del mercado, caso este último de quienes pretenden adquirir energía en el mercado de producción), bastando para acreditar esa condición privilegiada la certificación de la o las empresas distribuidoras con las que estuviera conectado, acerca de la característica de su consumo o nivel de tensión del suministro. Con respecto a los consumidores cualificados debemos recordar, no obstante, que el art. 19.1 de este Real Decreto-Ley 6/2000 impuso que, a partir del 1 de enero de 2003, todos los consumidores tuvieran la consideración de consumidores cualificados, adelantando en cuatro años la previsión contenida en la Transitoria decimotercera de la Ley 54/1997 y en el propio Derecho comunitario, que aún en la reciente Directiva 2003/54/CE fija la fecha máxima del 1 de enero de 2007 para que todos los *clientes*, (esta es la expresión comunitaria) sean considerados cualificados. La referencia al inicio de 2007 sólo es operativa para la desaparición en nuestro país de las tarifas de suministro de energía de alta tensión (art. 19.4 del Real Decreto-Ley 6/2000).

Pero esta norma de *urgencia* también busca abaratar los precios a los consumidores cualificados implantando una estructura tarifaria de acceso a las redes que beneficie a los grandes consumidores. En el deseo de evitar situaciones fraudulentas u opacidades que encubran tratos de favor la norma se preocupa de facilitar la transparencia informativa sobre estos consumidores cualificados, para que todos los agentes puedan acceder a esos datos en tanto en cuanto no se afecte a aspectos confidenciales. En esa línea el Operador del Mercado y el Operador del Sistema, en el ámbito de sus respectivas competencias, harán públicos los datos agregados comprensivos de volúmenes y precios, así como los datos relativos a las capacidades comerciales, intercambios intracomunitarios e internacionales por frontera o por país y las curvas agregadas de oferta y demanda correspondientes (art. 28). Pero quizá el aspecto más llamativo para la ciudadanía sea el que el Real Decreto-Ley 6/2000 impuso la total liberalización del suministro de energía eléctrica a partir del 1 de enero de 2003 y, como ya se ha dicho, la supresión de las tarifas de suministro de energía en alta tensión para cuatro años más tarde (1 de enero de 2007). Finalmente, y a la vista del incremento de la demanda «y el reparto de la eficiencia», la norma ve factible la reducción del cobro de la garantía de potencia de los generadores y la fijación de límites por central eléctrica para el derecho al cobro de la prima al consumo de carbón autóctono, lo que debe conllevar la bajada de los precios en el escalón productivo. Y

para el *común de los mortales*, es decir para los técnicamente considerados consumidores no cualificados, la disposición mantenía el objetivo de reducción de tarifas en el período transitorio que llegaba hasta el inicio de 2003, momento en el que la libre elección de suministrador debería favorecer la competencia y por ende la aparición de ofertas más ventajosas.

El Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, modifica otras normas dictadas a partir de la Ley 54/1997 e incluso, en dos aspectos, la Disposición transitoria octava de ésta. Pero, como curiosidad para los estudiosos del Derecho Público, entre las normas que varía esta disposición gubernativa con rango de Ley se encuentran dos reglamentos: de un lado, el aprobado por Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica y, de otro, el aprobado mediante Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre Producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración¹⁰. Es obvio que el Gobierno no necesita de la habilitación extraordinaria del art. 86 CE para modificar un reglamento en materias de su competencia. Porque el efecto, no deseado, de incluir en el paquete de reformas de este Decreto-Ley cuestiones hasta la fecha reguladas por normas meramente reglamentarias no es otro que el de legalizarlas y, en consecuencia, congelar su rango. Ello implica que, en el futuro, cualquier alteración de estas normas debe hacerse por disposición de una ley. Y justamente para evitar esta rigidez inoperativa, el mismo Decreto-Ley ordena, caso por caso, la deslegalización de lo que previamente legaliza. Y lo hace con la siguiente fórmula, un tanto eufemística: «*Se faculta al Gobierno, mediante Real Decreto, a modificar las obligaciones (...) a que se refiere este artículo*».

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, también se vio afectada, en la redacción de su Disposición Transitoria sexta, por la Ley 9/2001, de 4 de junio¹¹

III. DESARROLLO REGLAMENTARIO

Tributario de la Ley de 1997 y del Decreto-Ley de 2000, más recientemente, y formando parte de un conjunto de medidas aprobadas simultáneamente, se ha expedido el 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, que ha pretendido completar la ya prolija regulación sobre suministro

¹⁰ Véase la monografía de E. DOMINGO LÓPEZ, *Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica*, INAP, Madrid, 2000.

¹¹ La Ley 9/2001 impuso el retorno al sistema de liquidación inicial por diferencias, eliminando las cuotas sobre tarifas; reconoció los costes de transición y amplió hasta 2010 el plazo de la fijación de las retribuciones por el Gobierno. Igualmente suprimió la aplicación del coeficiente de facturación del 4,5%.

eléctrico¹², para hacerla extensiva a todos los consumidores de baja tensión y facilitarles la «plena elegibilidad» desde inicios de 2003. Conforme a esta disposición el consumidor puede optar por contratar directamente el acceso a las redes con el distribuidor¹³ y la energía con un comercializador¹⁴ o bien contratar ambas cosas a través de un comercializador, en cuyo caso éste actúa como mandatario y sustituto del consumidor. Los consumidores que opten por contratar el acceso a las redes directamente con el distribuidor están obligados a aportar a éste un documento justificativo de la existencia de un contrato de adquisición de energía con un comercializador, así como la acreditación de su duración. Diversamente, si el consumidor opta —como venía siendo habitual— por contratar conjuntamente energía y acceso a redes con un comercializador, en el contrato de suministro, formalizado por escrito, el consumidor autorizará, como se ha dicho, a la entidad suministradora para que, en su nombre, contrate con el distribuidor el acceso a las redes¹⁵. Pero el contrato también deberá incluir la aceptación del cliente para que el comercializador traspase al distribuidor los datos necesarios para el suministro, con respeto, en su tratamiento y traslado, a la normativa sobre protección de datos que sea de aplicación¹⁶. En el caso de que un consumidor cualificado opte por contratar el acceso a las redes a través de un comercializador, éste deberá informarle sobre la facturación correspondiente a la tarifa de acceso¹⁷.

El Real Decreto 1435/2002 también establece la duración de los contratos de tarifa de acceso, que será anual prorrogándose tácitamente por períodos idénticos.

¹² En este bloque regulatorio o *corpus* de la baja tensión, cabe citar el 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; el Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre, por el que se establecen tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica y el Real Decreto 2018/1997, de 26 de diciembre, modificado por Real Decreto 385/2002, de 26 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de puntos de medida de los consumos y tránsitos de energía eléctrica.

¹³ Distribuidores son aquellas sociedades mercantiles que tienen la función de distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones destinadas a situar la energía en los puntos de consumo y 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 tarifa (art. 9.1.g de la Ley 54/1997). La Directiva 2003/54/CE entiende que puede ser gestor de red de distribución —y también de transporte— tanto una persona física como jurídica (art. 2).

¹⁴ Comercializadores son aquellas personas jurídicas (no necesariamente sociedades mercantiles) que, accediendo a las redes de transporte o distribución, tienen como función la venta de energía eléctrica a los consumidores que tengan la condición de cualificados o a otros sujetos del sistema (art. 9.1.h de la Ley 54/1997).

¹⁵ El distribuidor incluso puede exigir un poder suficiente otorgado por el consumidor a favor del comercializador. De mediar esta formalidad, la posición del comercializador en el contrato de acceso será a todos los efectos el del consumidor (art. 3.3 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre).

¹⁶ Véase el art. 4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal.

¹⁷ De acuerdo con lo dispuesto en el art. 81.3 del Real Decreto 1995/2000, de 1 de diciembre.

También será de un año el plazo mínimo en el que deberán mantenerse los consumidores que opten por volver a la tarifa de suministro, prohibiéndose, antes de transcurrido dicho término, la suscripción de un nuevo contrato de adquisición de energía y acceso a redes (art. 4.2).

Dentro de las normas reglamentarias, cabe, por último, citar el Real Decreto 1747/2003, de 19 de diciembre, por el que se regulan los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares (SEIE), que establece un régimen peculiar (ya permitido por el art. 12.2 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre) para los archipiélagos y las plazas del norte de África, en atención al «aislamiento y el tamaño» de estos territorios, en los que, en lo sucesivo, no será de aplicación el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre y en los que el Operador del mercado y el Operador del sistema tendrán cometidos nuevos y diferenciados con respecto a la península¹⁸.

IV. DERECHO COMUNITARIO, OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO Y SUBSISTENCIA REAL DE ESTA NOCIÓN

Volviendo a la filosofía liberalizadora ya dijimos que el legislador de 1997, que vino a incorporar a nuestro ordenamiento las previsiones contenidas en la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre, proclamó abiertamente la abolición de la noción de servicio público en el ámbito del sector eléctrico, aludiendo a la *progresiva pérdida de trascendencia* de esta noción. Pues bien, como viene señalando la doctrina¹⁹ estamos más ante un «pretendido abandono» que ante una huida real de la idea centenaria del servicio público. Además tampoco es legítimo dar a entender que el derecho comunitario impone tal giro, ya que la Directiva incorporada no exigía tal *sacrificio* y el ordenamiento europeo reconoce para supuestos similares la noción de servicio público y, en fin, debe añadirse que, recientemente, se ha aprobado la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, que deroga la antedicha Directiva 96/92/CE con efectos 1 de julio de 2004 (art. 29), y cuyo art. 3 no puede ser más expresivo en su rúbrica: *Obligaciones de servicio público y protección del cliente* y en su ordinal 2 se precisa:

«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

¹⁸ La Disposición Adicional primera señala que de acuerdo con las Comunidades Autónomas insulares y las Ciudades de Ceuta y Melilla se designa operador del mercado en cada SEIE la Compañía Operadora del Mercado Español de Electricidad, S.A. y operador del sistema a Red Eléctrica de España, S.A.

¹⁹ Por todos, J. DE LA CRUZ FERRER (en colaboración con E. PÉREZ FERNÁNDEZ), *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 349-357.

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. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Unión Europea el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales...»

Es de suponer que la mayoría parlamentaria surgida de las urnas el pasado 14 de marzo de 2004 tenga menores escrúpulos ideológicos para reincorporar esta noción de servicio público, congruente con el doble sentido de la expresión al que ya aludía, con propósito esclarecedor la Comisión europea en su Comunicación sobre los Servicios de Interés General en Europa, de 11 de septiembre de 1996:

«Esta expresión [servicio público] tiene un doble sentido: designa tanto el organismo de producción del servicio como la misión de interés general que se confía a éste. Las obligaciones de servicio público específicas pueden ser impuestas por la autoridad pública al organismo de producción del servicio, con el fin de favorecer o permitir la realización de la misión de interés general; así por ejemplo en materia de transporte terrestre, aéreo, por vía férrea o en materia de energía. Estas obligaciones pueden desempeñarse a escala nacional o regional. Hay que señalar que a veces se confunde erróneamente servicio público con sector público (incluyendo aquí la función pública), es decir, misión y estatuto, destinatario y propietario».

En efecto, en el sector que nos ocupa, como señala DE LA CUZ FERRER, se da nítidamente el elemento objetivo del servicio público –además del subjetivo, centrado en las potestades administrativas de planificación, inspección, vigilancia, control y sanción–: la Administración impone una serie de obligaciones al gestor del servicio «para garantizar su continuidad, calidad, adaptación, igualdad de los usuarios, la estructura de tarifas o precios, etc.».

Igualmente debe recordarse el conjunto de supuestos y la batería de medidas que se contienen en el art. 10 de la Ley 54/1997, en el que se habilita al Gobierno de cara a la garantía del suministro de este servicio esencial. Gobierno que, incluso, puede, en orden a la planificación del transporte eléctrico, imponer –como en los casos más típicos de utilidad pública e interés prevalente del Estado– la modificación del planeamiento municipal a un Ayuntamiento (art. 5.2 de la Ley, en relación con el art. 244 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio). Y aún más: la Disposición Adicional primera²⁰ de la propia Ley de 1997, prevé la intervención gubernativa (estatal o autonómica, según el ámbito territorial) de las empresas eléctricas ante incumplimientos empresariales que puedan afectar a la *continuidad* y seguridad del suministro eléctrico y a fin de garantizar su mantenimiento. ¿Puede, en consecuencia, seguir manteniéndose con algún rigor la defunción del servicio público eléctrico?

²⁰ Lugar tan poco adecuado para una regulación sustantiva de tanta gravedad que tal parece que el legislador no quiso llevar al articulado y sí a un lugar más escondido y secundario esta previsión para no contrariar su declaración de fallecimiento del servicio público eléctrico.