

La nueva configuración jurídica del sector eléctrico tras la Ley 54/1997

SUMARIO: I. EL CAMBIO EN EL MODELO DE REGULACIÓN DE LA ELECTRICIDAD. 1. CARACTERÍSTICAS DE LA ELECTRICIDAD Y EL MODELO TRADICIONAL. 2. RAZONES DEL CAMBIO DE MODELO. 3. EL MODELO DE REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA: NUEVO SENTIDO DE LA REGULACIÓN Y PRINCIPIOS BÁSICOS. 4. EL CAMBIO RADICAL EN EL MODELO DE REGULACIÓN ELÉCTRICA. II. ELEMENTOS BÁSICOS DE LA LEY 54/1997 DEL SECTOR ELÉCTRICO. III. VALORACIÓN DE LA LEY DEL SECTOR ELÉCTRICO. 1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL SECTOR: LA TRANSFORMACIÓN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO. 2. ORGANIZACIÓN DEL MERCADO ELÉCTRICO. 3. OBSTÁCULOS AL DESARROLLO DEL MERCADO Y LA TRANSICIÓN. 4. EL MARCO INSTITUCIONAL: EL REGULADOR Y LA CULTURA REGULATORIA.

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, realiza una transformación profunda en la configuración jurídica de las actividades destinadas al suministro de electricidad. En este artículo se pretende analizar brevemente la nueva configuración jurídica del sector¹: como punto de partida se destaca el cambio radical en el modelo de regulación de la electricidad, en segundo lugar se exponen los elementos básicos de la Ley 54/1997 y, finalmente, se realizará una valoración global de la reforma legislativa señalando algunos de los desafíos pendientes.

¹ Este artículo recoge gran parte (y, en su caso, actualiza) del análisis relativo al sector eléctrico realizado por G. ARIÑO ORTIZ y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO en «Regulación del sector de la energía» (L-18°), en G. ARIÑO y otros, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada 1999. Además, puede encontrarse un análisis más amplio de la transformación profunda en la regulación eléctrica que supone la Ley 54/1997, en G. ARIÑO ORTIZ y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Montecorvo, Madrid, 1998.

I. EL CAMBIO EN EL MODELO DE REGULACIÓN DE LA ELECTRICIDAD

1. CARACTERÍSTICAS DE LA ELECTRICIDAD Y EL MODELO TRADICIONAL

Vivimos un proceso de cambio profundo en el modelo de regulación del sector eléctrico. La apertura ha llegado al sector de la electricidad, por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre. Con ello se ha adoptado el nuevo modelo de regulación para la competencia que hoy se aplica a sectores económicos que suministran servicios esenciales a través de grandes redes, como es también el caso de las telecomunicaciones (Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones), o el sector gasista (Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos)². Recordemos brevemente algunas características del sector de electricidad, que han exigido durante décadas su sometimiento a regulación³.

1. La actividad se desarrolla en *fases* sucesivas: generación, transporte, distribución y suministro. Como en algunas de estas fases existen elementos de *monopolio natural* (en redes de transporte y distribución), la solución tradicional fue la explotación de dichas actividades por una empresa *integrada* verticalmente, que asumía la obligación de invertir y de suministrar la electricidad o el gas, y asimismo los derechos exclusivos de suministro sobre una zona.

2. Suministra servicios *esenciales* para la comunidad, lo que tradicionalmente ha dado lugar a la declaración de servicio público de la actividad (desde el Decreto de 10 de abril de 1924) y a una regulación típica de servicio público, en particular a una retribución basada en costes⁴.

3. Es un sector *estratégico* para la economía y es necesario adoptar una visión global a medio plazo. Por ello, y por el carácter cerrado del sector tradicionalmente se ha sometido a técnicas de planificación conjunta de carácter vinculante para los agentes en el denominado Plan Energético Nacional. En la planificación se han asumido objetivos de política energética muy diversos: garantía del suministro, racionalidad

² Sobre la aplicación del nuevo modelo de regulación para la competencia en estos sectores, véase J. M. DE LA CUÉTARA, «La regulación de las telecomunicaciones», en G. ARIÑO ORTIZ y otros, *Principios...*, cit., y G. ARIÑO ORTIZ e I. DEL GUAYO CASTIELLA, «La nueva regulación de las instalaciones en la Ley de Hidrocarburos y en la Directiva Europea del Gas», *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI)*, vol. 3, año 1998, pp. 11-39.

³ Sobre las características económicas y técnicas del sector eléctrico, puede consultarse, entre otros, E. ÁLVAREZ PELEGRY, *Economía industrial del sector eléctrico: estructura y regulación*, Civitas, Madrid, 1997.

⁴ Sobre el régimen jurídico tradicional del suministro de electricidad y su evolución, *vid.* nuestra monografía citada, *El sistema eléctrico...*, y asimismo J. TRILLO-FIGUEROA y F. de B. LÓPEZ-JURADO, *La regulación del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 1996.

económica, abastecimiento con energías autóctonas (carbón nacional), eficiencia energética y efectos sobre el medio ambiente (promoción de cogeneración y fuentes de energías renovables).

4. Son actividades intensivas en capital y de gran complejidad técnica, lo que conlleva barreras de entrada y exige cierta *coordinación técnica* en la operación. Esto ha dado lugar a la regulación para mantener la seguridad de la red y del servicio. En particular, como la electricidad no es almacenable y la demanda varía cada instante, en todo momento la oferta debe igualarse a la demanda, manteniendo los parámetros de seguridad de la Red. Esto dio lugar a diversos mecanismos de explotación conjunta de todas las instalaciones de generación y transporte que culminaron en la Ley de Explotación Unificada de 1984.

5. Existe una *integración entre los subsectores energéticos*: la electricidad es una energía final que utiliza diversas fuentes de energías primarias como el gas, el carbón, el petróleo, el uranio, el agua, el viento, etc., (a través respectivamente de las centrales de generación térmicas, nucleares, hidroeléctricas, eólicas, etc...) Por otra parte, gas y electricidad son energías sustitutivas, que compiten entre sí en el suministro final de energía a los consumidores. Para evitar disfunciones dicha integración de los subsectores energéticos debe tenerse en cuenta en el modelo de regulación (abierto o cerrado, planificación global, competencias reguladoras en el mismo ente regulador...)⁵.

Dadas estas características, durante años se adoptó en el sector eléctrico el modelo de *regulación tradicional*: un modelo cerrado, con derechos de exclusiva, con una regulación exhaustiva, con integración vertical de actividades, y presidido por los principios de planificación conjunta vinculante, explotación centralizada y remuneración en base a costes. En España, excepcionalmente, frente a lo que era el modelo común de empresa pública en Europa, existía una pluralidad de empresas privadas (junto a otras públicas, como ENDESA) sobre la que se impuso el modelo regulado (desde la creación de UNESA en 1944 hasta la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional –LOSEN– de 1994).

2. RAZONES DEL CAMBIO DE MODELO

Las razones del cambio de modelo de regulación han sido jurídicas, ideológicas y sobre todo económicas: las razones ideológicas se

⁵ Sobre la integración entre electricidad y gas, similitudes y diferencias, puede consultarse, recientemente, las aportaciones de dos grandes conocedores del sector, J. BOGAS GÁLVEZ «La convergencia de gas y electricidad en el mercado energético global», y E. ÁLVAREZ PELEGRY, «La interrelación del gas y la generación eléctrica ante la Ley de Hidrocarburos», ambos artículos publicados en *Economía Industrial*, nº 321, 1998/III.

plasman en la política liberalizadora, que confía más en el mercado que en la regulación, y que se adopta con decisión por el Gobierno del Partido Popular en la Legislatura 1996-2000; las razones jurídicas son las exigencias de apertura en el Mercado Interior Europeo, recogidas fundamentalmente en la muy controvertida Directiva 96/92/CE, de normas comunes para la consecución del Mercado Interior de la Electricidad (1996); y, finalmente, las razones económicas consisten en la búsqueda de la eficiencia mediante la apertura de la competencia, en la medida en que ello sea posible en cada sector.

Y así, frente al modelo tradicional se está imponiendo en España y por todo el mundo el modelo de «regulación para la competencia», abierto, introduciendo competencia en lo posible, presidido por los principios de planificación empresarial, explotación descentralizada, con acceso a las redes y remuneración en base a precios⁶. Así, frente a los fracasos de la regulación tradicional, desde los años 70 se va asentando la idea de que es posible técnicamente y deseable económicamente un modelo de regulación basado en principios de mercado. Esta idea se ha aceptado totalmente en los años 90, e incluso la introducción de competencia se califica como un cambio de «biología histórica» no atribuible especialmente a nadie (a un país, a un gobierno, a una determinada ideología), sino derivado de la evolución de las fuerzas del mercado, de la innovación tecnológica y del análisis económico, más que del voluntarismo político.

3. EL MODELO DE REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA: NUEVO SENTIDO DE LA REGULACIÓN Y PRINCIPIOS BÁSICOS

En todo caso, hay que señalar que el sector eléctrico seguirá regulado por diversos motivos, antes enunciados: características de monopolio natural en determinadas actividades, carácter de suministro esencial para los ciudadanos y de importancia estratégica para el país, la necesaria coordinación técnica de la operación, etc... Ahora bien, como quedó explicado en otro lugar⁷, en el nuevo sentido de la regulación para la competencia se abandona la regulación omnipresente, sustitutiva del mercado y se implanta una nueva regulación comple-

⁶ S. HUNT y G. SHUTTLEWORTH han explicado brillantemente la evolución, que se extiende por todo el mundo, de los modelos básicos de explotación y regulación del sector eléctrico. Vid. su libro, ya clásico, *Competition and choice in electricity*, Wiley, Gran Bretaña, 1996.

⁷ Vid. G. ARIÑO ORTIZ con la colaboración de L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, «El nuevo servicio público» en *Principios...*, cit., y anteriormente, de los mismos autores, «Teoría y práctica de la regulación para la competencia», *Working Paper* n° 17, del Programa de Estudios de Regulación Económica (PE.R.E.), diciembre 1995.

mentaria y subordinada al mercado: si la actividad es potencialmente competitiva, la regulación «recrea» el mercado y lo defiende, y si la actividad no es competitiva, la regulación sustituye al mercado con mecanismos que no distorsionen las reglas del mercado que rigen otras actividades.

Por lo demás, este modelo de «regulación para la competencia», que se aplica al sector eléctrico y a otros sectores que suministran servicios esenciales a través de grandes redes, y que tradicionalmente han sido sometidos a un modelo de regulación exhaustiva, se caracteriza por los siguientes *principios*: 1) separación de actividades, que permita introducir competencia allí donde ésta es posible, 2) libertad de entrada y libertad de inversión en las actividades competitivas, abandonando el sometimiento a planificación central, 3) la libertad de contratación y formación competitiva de precios, 4) libre acceso a la red, a la infraestructura sobre la que se prestan los servicios competitivos, 5) transformación del concepto de servicio público, con el que se identificarán, no el sector en su conjunto, sino obligaciones o cargas concretas de servicio público y, entre ellas, prestaciones singulares de servicio universal, y 6) vigilancia del modelo a través de la figura del ente regulador independiente.

4. EL CAMBIO RADICAL EN EL MODELO DE REGULACIÓN ELÉCTRICA

En el sector eléctrico, el cambio de modelo ha sido tan vertiginoso que existe el peligro de olvidar nuestro pasado reciente, por lo que es necesario no sólo analizar el nuevo modelo, sino recordar de dónde venimos, para constatar que se ha producido *un cambio radical en el modelo de regulación*. El *modelo regulado tradicional* quedaba definido por los siguientes principios: planificación vinculante, explotación unificada, retribución en base a costes y obligación de servicio, resultaba en la responsabilidad estatal sobre el sistema y generó los denominados fallos o *fracasos de la regulación*. En efecto:

a) La *planificación vinculante* de inversiones ha dado lugar a situaciones generalizadas de sobrecapacidad en generación, incrementando los costes a largo plazo y encareciendo el precio final de Kw/h. Los errores del regulador en las previsiones de demanda se deben tanto a las deficiencias de la información de que dispone (asimetría de la información entre regulador y regulado) como a su falta de motivación para acercarse a la realidad. Por una parte, era responsable de garantizar el suministro; por otra, tenía la seguridad de que todo exceso de capacidad «irá a tarifas». No se optimizaba la eficiencia a largo plazo del sistema, porque la toma de decisiones no se correspondía con la correlativa asunción de riesgos y responsabilidad. El responsable era el Estado.

b) Otro tanto ha ocurrido —en España y en otros países— con la ineficiente asignación de recursos a corto plazo a través de la *explotación unificada*. Nadie discute las economías de escala y de alcance que se consiguen con un sistema interconectado de centrales de generación que trabajan en régimen de *pool*. Pero cuando esto se produce en régimen centralizado, en base a costes estimados y bajo la dirección de la autoridad pública, fácilmente se mezclan los criterios económicos y los objetivos políticos, actuando por circunstancias y razones ajenas al sector (protección a terceros) y sin asumir las consecuencias directas de sus actos.

c) Por último, el sistema de retribución mediante *costes estándares*, caja común y tarifa uniforme, ha dado lugar a múltiples ineficiencias y distorsiones en el comportamiento empresarial y, por ello, a un continuo crecimiento de los *costes*⁸. La consideración del sistema como un todo, bien a través de compensaciones interempresas o bien a través de la «integración económica» (según establecía la LOSEN de 1994), eliminan todo incentivo empresarial. De hecho, se han utilizado como vehículo de *subsidios cruzados* para apoyar empresas en dificultades, desarrollar determinadas políticas industriales o sociales, etc..., imponiendo una gran *opacidad* al sistema. El Marco Legal Estable de 1987 cumplió su misión de salvamento en la difícil situación financiera de las empresas, pero no introducía los incentivos a la eficiencia necesarios para reducir los precios de la electricidad.

En suma, la regulación demostró sus límites en la teoría y en la práctica. A la misma conclusión se llegaba del análisis de los principios básicos de regulación de la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional de 1994 (LOSEN), en el que se mantenía el modelo regulado con unos resquicios de liberalización (subastas para la adjudicación de nueva capacidad de generación, el denominado Sistema Independiente liberalizado en contraposición con el Sistema integrado regulado y regla general...). En la LOSEN se configuran unas *empresas eléctricas* sin derechos de propiedad sobre el producto que producen y comercializan, sin asunción de riesgos empresariales respecto a las inversiones, ni respecto a la explotación de sus instalaciones, remuneradas por su actividad en función de los costes reconocidos por el Ministerio y a través de la asignación de la liquidación que determina la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional. La consecuencia era obvia: se producía una total *publicación* de las decisiones fun-

⁸ Los costes estándares son costes fijados por la Administración, teóricamente eficientes, que fueron establecidos como base de la retribución a las empresas eléctricas en el Marco Legal Estable de 1987. Luis RODRÍGUEZ ROMERO y Fidel CASTRO RODRÍGUEZ han identificado claramente algunos de los problemas regulatorios que rodeaban al sistema de costes estándares y compensaciones interempresas. *Vid.* su artículo «Aspectos económicos de la configuración del sector eléctrico en España: ¿una falsa competencia referencial?», *Cuadernos Económicos del ICE*, nº 57, 1994/2.

damentales del sector: de inversión, de explotación, de fijación de precios y de remuneración a los agentes, y las consecuencias también eran obvias: desincentivos económicos y responsabilidad estatal⁹.

Por el contrario, el *modelo de competencia regulada* se asienta sobre principios contrarios: planificación empresarial, explotación descentralizada y retribución en base a precios. La esencia del modelo de competencia regulada es el entorno competitivo con el protagonismo de las empresas y los precios: así, la competencia es el instrumento principal para lograr la eficiencia, complementada con una regulación de alcance y sentido diferentes a la regulación tradicional. Junto a los rasgos ya enunciados comunes a otros sectores del modelo de regulación para la competencia, en el caso del sector eléctrico, por sus características técnicas y por su integración con otros sectores energéticos e industriales, el modelo de regulación para la competencia ha exigido un *modelo de explotación* y un *modelo de transición* adaptado a sus peculiaridades. Las dos peculiaridades más destacables han sido éstas:

1) era necesario, en primer lugar, *organizar el mercado*, de forma que se combine en él la necesaria gestión técnica unitaria del conjunto del Sistema eléctrico y un sistema de explotación descentralizada, a través de precios y ofertas libres de las empresas; junto a la mano invisible, hay en él una «mano visible», que es el operador independiente del sistema¹⁰;

2) en segundo lugar, era necesario implantar la reforma de la regulación eléctrica con una *transición gradual* y un *enfoque global* que afronte todos los problemas que aparecen en la transición a un contexto competitivo: costes varados, liberalización de las energías primarias, eliminación de subsidios a consumidores, adaptación de la producción de renovables, cogeneración, etc.

Pues bien, al comparar los principios de uno y otro modelo resulta evidente que el cambio de modelo es radical y si tuviera que destacar un solo rasgo indicaría el cambio de papeles entre el Estado y las empresas. El modelo «regulado» tradicional, aunque se superponga sobre un sistema multiempresa, como era el caso del sector eléctrico español, daba lugar a un modelo de empresa única, con dirección y responsabilidad estatal que estaba plagado de «compensaciones» y mataba los incentivos (en verdad, incentivaba al revés). Dicho mode-

⁹ Sobre todo ello, para una consideración más amplia, véase la citada monografía sobre el sector, G. ARIÑO ORTIZ y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *El sistema eléctrico...*, pp. 317 a 417. En términos similares, *vid.* un análisis crítico de la LOSEN en J. DE LA CRUZ FERRER con la colaboración de E. PÉREZ FERNÁNDEZ, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

¹⁰ Sobre este tema, además de la monografía citada *El sistema eléctrico...*, *vid.* ampliamente G. ARIÑO ORTIZ y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, «Organización de un mercado eléctrico en España», *Working Paper* n° 27, L.P.E.R.E., Madrid, abril de 1997.

lo era en realidad una *nacionalización encubierta* del sector, en la que el Estado se situaba *dentro* de la actividad mientras que las empresas quedaban *fuera*, como meras tenedoras de unas instalaciones y redes, cuyo funcionamiento le venía dado desde el Estado (REDESA-ENDESA-MINISTERIO). Por el contrario, en el modelo de competencia regulada se intercambian los papeles: las empresas recobran su protagonismo dentro del sector, mientras que el Estado queda fuera de la actividad limitándose a regularla, en los términos explicados. La actividad recobra plenamente su naturaleza privada: de dirección y responsabilidad empresarial. La intervención estatal sigue siendo necesaria pero sólo en dos niveles:

a) *Regulación*, ya que el mercado eléctrico es de competencia imperfecta. Se trata de una *actividad neorregulada*, con dos niveles de intensidad en la regulación, como ya hemos explicado *supra*: por una parte, hace falta «recrear el mercado» y vigilarlo; por otra, hay que regular las actividades no competitivas con instrumentos no distorsionadores del mercado, con el *nuevo sentido* de la regulación económica que debe ser aplicada por un *ente regulador independiente*.

b) Otras *actuaciones estatales* quedan fuera de la actividad; regulación de *policía* administrativa (seguridad, medio ambiente, ordenación territorial), *planificación* indicativa con carácter estratégico (dirección de política energética) o informativo (marco central informador), pero *no* vinculante; incluso, actividad de *fomento*, con una instrumentación no distorsionadora del mercado o, en última instancia, iniciativa pública (artículo 128 CE).

II. ELEMENTOS BÁSICOS DE LA LEY 54/1997, DEL SECTOR ELÉCTRICO¹¹

Decía al comienzo que la Ley del Sector Eléctrico de 27 de noviembre de 1997 supone la adopción en España del modelo de regulación para la competencia en el sector eléctrico, cumpliendo así las exigencias de la Directiva 96/92/CE del MIE. Junto a este antecedente legislativo debe destacarse que las bases de funcionamiento del nuevo modelo fueron acordadas entre la Administración y las principales empresas eléctricas en el Protocolo de 11 de diciembre de 1996. De esta forma se adopta el modelo de reforma

¹¹ Para un análisis con mayor extensión de los elementos básicos de la Ley 54/1997 puede consultarse nuestra monografía citada, *El sistema eléctrico...*, pp. 566 a 650. A este respecto, *vid.*, asimismo, VV. AA. *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1998, que recoge las «V Jornadas Jurídicas del sector eléctrico» organizadas por UNESA y UNIÓN FENOSA; también tiene gran interés la obra ya citada, de J. DE LA CRUZ FERRER con la colaboración de E. PÉREZ FERNÁNDEZ.

global, de la regulación eléctrica, modificando los principios básicos de regulación (relativos a la explotación, planificación y rétribución), y se abandona el modelo de reforma incremental seguido por la LOSEN de 1994 que no tuvo desarrollo reglamentario y cuyas insuficiencias he mencionado anteriormente.

Veamos brevemente los elementos básicos de esta Ley que crea el mercado eléctrico:

1. *Principios de la Ley del Sector Eléctrico.* En la regulación de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica (objeto de la Ley según su artículo 1.1) se adopta un *modelo liberalizado* basado en: a) los *principios* de objetividad, transparencia y libre competencia (artículo 1.3); b) el reconocimiento de la libre iniciativa empresarial (artículo 2.1), si bien posteriormente el régimen jurídico de las actividades (artículo 11.1, .2 y .3 y toda la Ley) distinguirá dos niveles: las actividades «libres» (producción y comercialización) y las actividades «reguladas» (transporte, distribución, y de coordinación económica y técnica necesaria para el funcionamiento del sistema), y c) la antigua calificación del suministro de electricidad como servicio público desde 1924 desaparece y se sustituye por la expresa *garantía de suministro* a todos los consumidores dentro del territorio nacional con la consideración de «servicio esencial» (artículo 2.2) de muy diferente trascendencia jurídica. La Exposición de Motivos de la LSE resume el significado de la *despublicatio* en los siguientes términos:

«La presente Ley tiene, por consiguiente, como fin básico establecer la regulación del sector eléctrico, con el triple y tradicional objetivo de garantizar el suministro eléctrico, garantizar la calidad de dicho suministro y garantizar que se realice al menor coste posible, todo ello sin olvidar la protección del medioambiente, aspecto que adquiere especial relevancia dadas las características de este sector económico. Sin embargo, a diferencia de regulaciones anteriores, la presente Ley se asienta en el convencimiento de que *garantizar el suministro eléctrico, su calidad y su coste no requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone. No se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro* a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional».

2. Respecto a las *competencias administrativas*, el artículo 3 efectúa una distribución de competencias administrativas entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. En dicha distribución competencial, siguiendo las exigencias constitucionales se mantiene el papel prota-

gonista de la Administración central en la regulación del sector eléctrico¹².

3. En materia de *planificación eléctrica* se produce un cambio fundamental: a diferencia de la planificación conjunta vinculante de la regulación anterior, el artículo 4 establece expresamente el carácter *indicativo* de la planificación eléctrica, lo que en paralelo se traduce en el artículo 21 en el carácter reglado de las autorizaciones para la construcción de instalaciones de producción. De dicho carácter indicativo, el artículo 4 LSE exceptúa a las instalaciones de transporte: éstas sí que se someten a una planificación estatal vinculante, debido a su necesidad de coordinación con los planes urbanísticos y la ordenación del territorio, en los términos previstos por el artículo 5 LSE.

4. Según el artículo 6, la antigua CSEN de la LOSEN de 1994, denominada ahora Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (CNSE), como «ente regulador del sistema eléctrico, tiene por objeto velar por la competencia efectiva en el mismo y por su objetividad y transparencia, en beneficio de todos los sujetos que operan en el sistema y de los consumidores». Para ello en su configuración y composición se establecen diversas cautelas para garantizar su actuación independiente del poder político y de los agentes del mercado¹³, si bien la pretensión de independencia choca con varias previsiones: el recurso ordinario ante el Ministro de Industria y Energía al que se someten la mayor parte de las decisiones de la CNSE, la posible asistencia del Ministro de Industria o Secretario de Estado (o alto cargo del Ministerio en quien delegen) en

¹² Así, el artículo 3.1 y 3.2 establece que corresponde a la Administración General del Estado el ejercicio de la planificación eléctrica; fijar la retribución de la garantía de potencia; fijar el régimen económico de la producción en régimen especial; regular la estructura de precios –tarifas y peajes–; regular la organización y funcionamiento del mercado de producción; regular la gestión económica y técnica del sistema; establecer la regulación básica de la generación, del transporte, de la distribución, y de la comercialización de energía eléctrica; sancionar la comisión de las infracciones previstas en la propia Ley, y establecer los requisitos de calidad y seguridad para el suministro de electricidad.

Por su parte, según el artículo 3.3, las Comunidades Autónomas podrán realizar el desarrollo legislativo y reglamentario, así como la ejecución de la normativa básica del Estado, en materia eléctrica; y regular el régimen de derechos de acometidas. En el ámbito de instalaciones de su competencia (que su aprovechamiento no afecte a otras Comunidades o cuando el transporte o distribución no salga de su ámbito territorial), les corresponden las siguientes facultades: autorizar las instalaciones eléctricas y ejercer las facultades de inspección y sanción que afecten a dichas instalaciones; impartir instrucciones relativas a la ampliación, mejora y adaptación de las redes de transporte y distribución; inspeccionar las condiciones técnicas y las económicas de las empresas titulares de las instalaciones; sancionar la comisión de las infracciones en el ámbito de su competencia.

¹³ En garantía de la independencia de la CNSE, la LSE establece varias previsiones: un mandato de 6 años para sus miembros (superior a los cuatro años del ciclo político); que deben ser nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministro de Industria y Energía, entre personas de reconocida competencia técnica y profesionalidad, previa comparecencia del Ministro y debate en la Comisión de Industria del Congreso, para la constatación del cumplimiento de dichas condiciones; sólo cesarán por causas tasadas en la Ley; sometidos al régimen de incompatibilidades establecido para altos cargos de la Administración.

las reuniones del Consejo de la CNSE (con voz y sin voto), y el aumento de vocales hasta el número de 8, que —poco operativo— parece responder al reparto de cuotas políticas. Entre las funciones de dicha Comisión (artículo 8) destacan las funciones consultivas, arbitrales, de desarrollo normativo cuando sea expresamente habilitada y una función genérica de velar por la competencia, mientras que desde el Ministerio de Industria y Energía se ejercerán las funciones reguladoras básicas: de fijación de tarifas, de otorgamiento de autorizaciones, poderes de inspección y control, establecimiento de condiciones de calidad y seguridad, y de los mecanismos de funcionamiento de mercado... Así, la CNSE no se configura como un verdadero ente regulador independiente, que, como hemos mencionado anteriormente, es un elemento institucional necesario para el desarrollo y supervisión del nuevo modelo de regulación para la competencia. Posteriormente, la Ley de Hidrocarburos de octubre de 1998, deroga los artículos 6, 7 y 8 de la LSE y crea la Comisión Nacional de la Energía (tampoco reguladora ni independiente)¹⁴, con competencias sobre todos los mercados energéticos, incluido el sector eléctrico, si bien mantiene teóricamente las funciones de la CNSE hasta que se cumpla el término del mandato para el que fueron designados los miembros de la CNSE¹⁵.

5. Dentro de la ordenación del suministro eléctrico, el artículo 9 de la LSE identifica los siguientes *sujetos*:

— Por parte de la oferta, se consideran sujetos que desarrollarán las actividades destinadas al suministro de electricidad los siguientes: a) los *productores* que tienen la función de generar energía eléctrica, así como construir, operar y mantener las centrales de producción, b) los *autoproductores*: son aquéllos que generen electricidad fundamentalmente para su propio uso, c) quienes realicen la incorporación a las redes de transporte y distribución nacionales de energía procedentes de otros sistemas exteriores (*importador, agente externo*), d) el *operador del mercado*, sociedad mercantil que tiene a cargo la gestión económica del sistema, e) el *operador del sistema*, sociedad mercantil que tiene a cargo la gestión técnica del sistema, f) los *transportistas*: sociedades mercantiles que tienen la función de transportar energía eléctrica, así como mantener las instalaciones de transporte, g) los *distribuidores*: sociedades mercantiles que tienen la función de distribuir

¹⁴ Como han explicado A. GALLEGU ANABITARTE y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, no estamos, en este caso, ante una Administración independiente, sino más bien (con matizaciones) ante una «Administración desconcentrada, aunque la organización que ejerce por atribución legal las competencias esté dotada de personalidad jurídica». *Vid.* su espléndido artículo sobre «La nueva regulación del mercado del gas natural» en *Economía Industrial*, n.º 321, 1998-III, pp. 47 a 58.

¹⁵ Como novedad, la reciente Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 2000, que modifica la D.A. 11ª de la Ley 34/1998, crea la figura de Vicepresidente de la CNE, que el Gobierno nombrará a propuesta del Ministro de Industria y Energía, entre los vocales, con las funciones que se le asignen reglamentariamente.

energía eléctrica, y mantener las instalaciones de distribución de energía eléctrica, y h) los *comercializadores*: personas jurídicas que accediendo a las redes de transporte o distribución tienen como función la venta de energía eléctrica a los consumidores cualificados o a otros sujetos del sistema.

– Por parte de la demanda, el artículo 9.2 distingue *consumidores no cualificados* (adquieren electricidad a tarifa) y *consumidores cualificados*, que pueden adquirir electricidad en el mercado (directamente o acudiendo a un comercializador, y, asimismo, pueden optar por mantenerse en el suministro a tarifa)¹⁶.

6. Dentro del *régimen de las actividades* aparecen *nuevas actividades* (gestión económica y gestión técnica sustituyendo a la antigua explotación unificada, y la comercialización como suministro a precio libre), y sobre todo un nuevo *régimen jurídico* de cada actividad cuyas líneas básicas se resumen en las siguientes:

a) *Producción* de electricidad en un régimen competitivo; en el Título IV de la Ley 54/1997 se afirma la libertad de entrada, de inversión, de contratación, de acceso a redes y la formación competitiva de precios. Se abandona el sistema de retribución en base a costes estándares (costes fijados administrativamente).

Para ello la explotación del sector eléctrico se organiza en base a un sistema de ofertas y demandas: un *mercado organizado* basado en criterios económicos y gestionado por el Operador del Mercado (artículo 33 de la Ley, actualmente, la Compañía Operadora del Mercado Español de la Electricidad, OMEL), el cual casará ofertas y demandas en función de sus precios, mientras que el Operador del Sistema (artículo 34 de la Ley, actualmente, REDESA) velará por el mantenimiento de la seguridad y la estabilidad de la Red en todo momento. Dicho *pool* de electricidad, que permite la libre contratación (desarrollado por el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, de organización del Mercado de Producción de Energía Eléctrica, y diversas Órdenes ministeriales) entró en funcionamiento el uno de enero de 1998 y constituye uno de los elementos más novedosos de la LSE.

Se fomenta la *producción en régimen especial* (cogeneración y renovables) a través de la preferencia en el despacho y la percepción de una prima que se añade al precio de mercado (arts. 27 a 31 LSE, desa-

¹⁶ La condición de consumidor cualificado se ha definido a través de un calendario gradual en base a consumos anuales mínimos y condiciones de suministro, siguiendo y superando las exigencias de la Directiva 96/92/CE. El calendario establecido inicialmente en la D. T. 13ª de la LSE ha sido acelerado por el R. Decreto 2820/1998 de tarifas de acceso a redes: desde enero de 1999 acceso a los consumidores con umbral de 5 Gwh; abril, 3 Gwh, julio 2 Gwh; y en octubre los consumidores con consumo superior a 1 Gwh tienen acceso al mercado. Asimismo, el Real Decreto-Ley 6/1999 adelanta la apertura en julio de 2000 para todos los consumidores en alta tensión (unos 62.000, un 52% de la demanda). Actualmente se plantea el adelanto de la plena liberalización a todos los consumidores domésticos (previsto en la D.T. 13ª LSE para el año 2007).

rollados por R.D. 2818/1998, de 23 de diciembre)¹⁷. Se liberalizan los *intercambios intracomunitarios e internacionales* según el artículo 13 de la Ley (desarrollado por los arts. 34 a 37 del Decreto del Mercado y por la OM de 14 de julio de 1998 por lo que se establece el régimen jurídico aplicable a los *agentes externos*).

b) *Gestión económica y gestión técnica*: en el Título V se configuran como actividades reguladas, encomendadas respectivamente al Operador del Mercado (OMEL) y al Operador del Sistema (REE). De esta forma, la explotación del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal y pasa a ser asumida por dos sociedades mercantiles privadas.

c) *Transporte*: en el Título VI se configura como actividad regulada, y por ello la retribución se fija administrativamente¹⁸. Ahora bien, se facilita la competencia en producción y comercialización en dos formas: 1) se establece el acceso de terceros a las redes en condiciones objetivas y previo pago de peaje regulado (de esta forma, la propiedad de las redes no garantiza su uso con exclusividad) y 2) se permite la libre construcción de líneas directas. El gestor de la Red de transporte en alta tensión, que garantiza su funcionamiento, será REDESA que también asume las funciones de Operador del Sistema.

d) *Distribución*: en el Título VII se configura como actividad regulada, con retribución fijada administrativamente y acceso de terceros a las redes, junto a la libre construcción de líneas directas. Se crea la figura del gestor de la red de distribución, en cada zona eléctrica (artículo 41.3 de la Ley) y entre las obligaciones del distribuidor (artículo 41.1) destaca la realización del suministro a usuarios a tarifa según el Título VIII.

Y así, la primera obligación de las empresas distribuidoras en cuanto al suministro es, según el artículo 45.1 a) LSE, «atender en condiciones de igualdad las demandas de nuevos suministros eléctricos, en las zonas en las que operen y formalizar los contratos de suministro de acuerdo con lo establecido por la Administración». Por tanto, sobre el distribuidor se impone la *obligación de servicio* (en la LSE todavía no aparece el término de «servicio universal»), si bien para su cumplimiento la empresa no debe realizar inversiones en generación como en el pasado (integración vertical), sino que actualmente debe «adquirir la energía necesaria» (obligación del artículo 45.1 h), ya que dicha obligación de servicio se sitúa dentro de un modelo liberalizado.

e) *Comercialización*: se trata de la nueva actividad de suministro liberalizado, con libre contratación y libre fijación de precios. Como

¹⁷ Sobre este tema, *vid.* la tesis doctoral de Enrique DOMINGO LÓPEZ, «Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y la cogeneración eléctrica», que fue presentada con gran brillantez en la Facultad de Derecho de la Universidad de Almería en 1998.

¹⁸ El RD 2819/1998, de 23 de diciembre, define los elementos que integran las redes de transporte y distribución y desarrolla su régimen retributivo.

actividad libre, la comercialización se somete a la obtención de una autorización administrativa de carácter reglado, según afirma expresamente el artículo 44.2 LSE. Es la pieza clave para el desarrollo del mercado minorista, con una potencialidad de actuaciones que van más allá de las obligaciones que le impone el artículo 45.2 LSE¹⁹.

7. Para garantizar la transparencia, el artículo 14 de la Ley exige la *separación jurídica* (que no accionarial, pues se permiten los grupos de empresas) entre actividades reguladas y no reguladas, es decir, entre producción y distribución, y distribución y comercialización, que debe realizarse antes del 31 de diciembre del año 2000 (Disposición Transitoria 5ª). Asimismo, se exige separación jurídica entre las figuras de Operador de Mercado y Operador del Sistema, si bien este último puede ejercer actividades de transporte con la debida separación contable.

8. El *régimen económico* de las actividades eléctricas (Título III) se establece según precios –para las actividades liberalizadas– y según peajes y tarifas –para las actividades reguladas–. En concreto, el artículo 16 de la Ley establece que la *retribución de cada actividad* incluirá los siguientes conceptos: a) Producción: precio del mercado, garantía de potencia y servicios complementarios; b) Transporte: costes de inversión, operación y mantenimiento, c) Distribución: costes de inversión, operación y mantenimiento (el modelo retributivo caracterizará las zonas de distribución según la energía circulada y otras variables, incluyendo incentivos de calidad), y d) Comercialización: para los usuarios a tarifa, costes derivados de la actividad, y para los consumidores cualificados, la retribución pactada. Además, se deben retribuir los costes permanentes del sistema (por el extracoste de actividades extrapeninsulares, de los operadores del sistema y del mercado, de la CNSE), los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento (fomento de renovables y cogeneración, coste de la moratoria y segundo ciclo del combustible nuclear) y los costes de transición a la competencia (CTCs, según la D.T. 6ª, modificada por la Ley 50/1998).

Por otra parte, el artículo 19, titulado «Cobro y liquidación de tarifas y precios» remite al desarrollo reglamentario (*vid.* R.D. 2917/1997 sobre liquidaciones) el establecimiento de un procedimiento de reparto de los fondos ingresados por distribuidores y comercializadores entre quienes realicen actividades incluidas en el sistema, atendiendo a la retribución que les corresponda según la LSE.

En cuanto al *régimen tarifario*, los artículos 17 y 18 establecen que las tarifas del suministro regulado y los peajes de transporte y distri-

¹⁹ Así, como actividad libre, su función principal consiste en crear valor añadido para el cliente mediante una pluralidad de actuaciones entre las que se pueden destacar el asesoramiento energético, el mayor poder de negociación frente al productor y las posibilidades de aplanar la curva de carga de su demanda global mediante la agregación de consumos. G. ARIÑO ORTIZ y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *La regulación de la energía*, cit.

bución serán *únicos* en todo el territorio nacional, sin perjuicio de sus especialidades. Y las tarifas incluirán en su estructura los siguientes conceptos: a) el coste de producción de energía eléctrica que se determina atendiendo al precio medio previsto del Kwh en el mercado de producción, b) los peajes que corresponden por el transporte y distribución, c) los costes de comercialización, d) los costes permanentes y e) los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento. En su desarrollo normativo, el Real Decreto 2820/1998, sobre tarifas de acceso a las redes y los diversos R. Decretos que han establecido la tarifa eléctrica para 1998, 1999 y 2000 distinguen dos *tipos básicos de tarifas*: a) la tarifa integral de venta de electricidad, es decir, la tarifa del suministro regulado, que incluye todos los conceptos del artículo 17.1 de la LSE, y b) la tarifa de acceso a redes, es decir, la parte regulada del precio de la electricidad que pagan los consumidores que acceden al mercado, y que incluye los conceptos de peajes por el uso de redes de distribución y transporte, costes permanentes y costes de diversificación y seguridad del suministro.

Tras exponer los elementos básicos de la Ley del Sector Eléctrico veamos brevemente qué valoración nos merece dicha reforma legislativa²⁰.

III. VALORACIÓN DE LA LEY DEL SECTOR ELÉCTRICO

De forma global, podemos afirmar que la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, constituye un gran éxito al introducir el necesario cambio radical en el modelo de regulación eléctrica, y así adoptar los principios del nuevo modelo de regulación para la competencia que hoy se extiende en otros sectores tradicionalmente regulados en España y en todo el mundo. No sólo se cumplen (y en algún caso se superan)²¹ las exigencias jurídicas de apertura establecidas por la Directiva 96/92/CE del MIE, sino que se sientan las bases para cumplir las exigencias económicas, de competitividad, que impone el MIE y, en general, la globalización de la economía. Los resultados del mercado puesto en marcha el 1 de enero de 1998 son alentadores: reducción de costes en las empresas, nuevo enfoque comercial del negocio, descuentos medios del 20% en 1998 en los contratos negociados con

²⁰ No podemos extendernos aquí sobre este punto, véase, con amplitud, entre otras, las obras citadas de G. ARIÑO ORTIZ y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y, sobre todo, *El sistema eléctrico...*

²¹ En particular, la cuota de mercado liberalizado en julio de 2000 ascenderá al 52% mientras que las exigencias comunitarias, planteadas en términos de mínimos, únicamente ascienden inicialmente al 30% del mercado (así, Grecia, Portugal y el proyecto de ley aprobado el 1 de febrero de 2000 por la Asamblea legislativa francesa). Por el contrario, otros países europeos, como Gran Bretaña, Alemania, Finlandia y Suecia ya han liberalizado el 100% de su mercado minorista.

clientes cualificados, lo que se une con la senda de reducciones tarifarias en el suministro a consumidores no cualificados pactada entre el Ministro de Industria y Energía y las empresas eléctricas principales en el Protocolo de 1996, y que ha supuesto una reducción histórica de la tarifa media del 17% en términos reales entre 1997-1999. En términos del precio de la electricidad, que es la razón última de toda política liberalizadora, España ha mejorado entre 1997 y 1999 su posición relativa respecto a los precios de los demás países de la Unión Europea según la metodología de los consumidores-tipo (datos de Eurostat de 1998 y 1999).²²

Ahora bien, aunque se ha realizado la reforma legislativa en la dirección correcta, según muestran las tendencias regulatorias, existe un margen importante de mejora en la instrumentación de los principios básicos del nuevo modelo de regulación para la competencia. Sin afán de exhaustividad podríamos citar los siguientes aspectos:

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL SECTOR: LA TRANSFORMACIÓN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

Decía anteriormente que uno de los rasgos del nuevo modelo de regulación para la competencia es la transformación del concepto de servicio público, con el que se identificarán, no el sector en su conjunto, sino concretas obligaciones de servicio público y, en particular, prestaciones singulares de servicio universal²³. En este sentido, frente a la calificación de todas las actividades del sector eléctrico como «servicio esencial» (artículo 2. 1 LSE), en nuestra opinión²⁴, sería más precisa la calificación de «servicio de interés económico general» (término que proviene del artículo 90.2 del Tratado de Roma), con una reducción de su ámbito de aplicación, referido únicamente a las actividades no competitivas (el suministro no liberalizado, las actividades de redes y las actividades de gestión del sistema). Por otra parte, la antigua *publicatio* del sector se sustituye por la expresa garantía de suministro a todos los consumidores (artículo 10) utilizando la técnica de la regulación específica y la imposición de obligaciones de servicio público (prevista en la Directiva 96/92/CE). Ahora bien, a medida que se extienda la liberalización a todos los consumidores, será

²² A este respecto *vid.* un análisis preliminar de los efectos sobre el bienestar que han supuesto las medidas liberalizadoras en el sector eléctrico, por Nicolás HERNÁNDEZ CASTILLA y Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO en *Privatizaciones, Liberalización y Bienestar*, FER-Comares, Granada, 2000.

²³ Sobre la transformación del concepto y régimen jurídico del servicio público, *vid.* con gran maestría, G. ARIÑO ORTIZ, J. M. DE LA CUÉTARA y J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

²⁴ Gaspar ARIÑO ORTIZ y Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *El sistema eléctrico...*, pp. 571 y ss.

necesario definir las condiciones y financiación del «servicio universal», cuya prestación debe garantizarse a un precio asequible aun cuando el coste del mismo (por ejemplo, en zonas rurales aisladas) resultase muy superior. Será necesario entonces fijar la tarifa asequible para dicho suministro y lograr la financiación suplementaria para cubrir el coste del servicio mediante subsidios cruzados, cajas de compensación entre clientes, etc..., mecanismos todos ellos permitidos en Derecho comunitario en cuanto sean excepciones a la competencia, necesarias y proporcionadas al fin de interés general.

Además, frente a la dicotomía entre actividades reguladas y no reguladas (mencionada en la Exposición de Motivos de la LSE), habría que precisar que nos encontramos ante una *configuración jurídico mixta* del sector, que hemos denominado *neorregulación*. Así, todas las actividades del sector eléctrico están sometidas a cierta regulación (sin reserva de titularidad en ningún caso), si bien se distinguen *dos niveles* muy distintos de regulación:

a) Actividades potencialmente competitivas: generación y comercialización. La regulación está subordinada al mercado, que es la regla general: lo re-crea (reglas de organización) y lo defiende (competencia leal). Hay libre entrada y salida de ellas, con autorización de carácter reglado. Son actividades «libres».

b) Actividades no potencialmente competitivas: OdS, OdM, transporte y distribución. Por unas razones (coordinación del Sistema) o por otras (monopolio natural), no es posible ejercer dicha actividad en régimen de libre competencia. No hay libre entrada, sino título concesional (llámese como se llame) de carácter discrecional. Estas últimas actividades pueden configurarse como servicios de interés económico general, lo cual permitiría la excepción de las reglas de competencia para lograr el cumplimiento de la misión de interés general encomendada. En este caso la regulación sería el principio básico de funcionamiento, en sustitución del mercado, si bien utilizando en lo posible mecanismos competitivos para sus decisiones. Se trata de una regulación orientada al mercado.

2. ORGANIZACIÓN DEL MERCADO ELÉCTRICO

Sin duda, el mercado organizado mayorista de electricidad, gestionado por OMEL, responde a un diseño muy novedoso siguiendo las tendencias más avanzadas en la creación de mercados eléctricos²⁵. Ello permite combinar la explotación descentralizada en base a las ofertas y demandas de los agentes y la necesaria coordinación técni-

²⁵ Puede encontrarse una descripción técnica breve de las reglas de dicho mercado eléctrico y su evolución en «OMEL y el mercado de Electricidad», *Informe de OMEL*, 1999.

ca del sistema dadas las singularidades de la electricidad a las que aludimos anteriormente. De esta forma, el derecho a la libre contratación de electricidad por parte del «consumidor cualificado» se traduce según la LSE en varias opciones contractuales: la presentación de ofertas con o sin precio en el Mercado de Producción y contratos bilaterales (físicos o financieros)²⁶.

Ahora bien, como hemos expuesto recientemente²⁷, existen diversos aspectos mejorables en la organización del mercado eléctrico: a) la admisión de los «contratos físicos» complica la operación del sistema y resta liquidez al mercado organizado, b) distorsiones sobre el mercado, a través de la preferencia en el despacho de las centrales que utilicen carbón nacional (lo cual fue fruto de la presión de la minería), c) preferencia en el despacho de energías renovables y cogeneración, sin introducir mecanismos de competencia, que puede traducirse en un grave sobrecoste al sistema, d) necesaria reforma del elemento regulado de retribución de la potencia en el precio mayorista de la energía; ya que hoy se configura más como una retribución a los costes hundidos que como una señal sobre la necesidad o no de incorporación de nueva potencia un cierto plazo²⁸. Para lograr un funcionamiento competitivo del *pool* eléctrico serán necesarios adaptaciones y nuevos desarrollos en el mercado *spot* y en el mercado a plazo²⁹.

3. OBSTÁCULOS AL DESARROLLO DEL MERCADO Y LA TRANSICIÓN

Por otra parte, el desarrollo de un mercado eléctrico en España se enfrenta con obstáculos como son los siguientes: a) el punto de partida de la estructura empresarial, muy concentrado en la generación y sobre todo en la energía hidráulica, por lo que la regulación deberá ejercer la función de re-creación y defensa de la competencia³⁰; b) la

²⁶ Vid. sobre dichas modalidades contractuales, G. ARIÑO ORTIZ y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *La regulación de la energía*, cit., pp. 623-628. Asimismo, en J. DE LA CRUZ, cit., pp. 455 y 55.

²⁷ Vid. N. HERNÁNDEZ CASTILLA y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, cit., y con mayor extensión, G. ARIÑO ORTIZ y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *El sistema eléctrico...* cit.

²⁸ Además, Javier DE QUINTO critica el actual sistema de pago, que hace recaer una mayor carga sobre los consumidores a tarifa, por lo que a medida que los consumidores se pasen al mercado la carga se hará insostenible. Vid. Javier DE QUINTO ROMERO, «La consolidación de las eléctricas», *El Mundo, Anuario 2000*, p. 410.

²⁹ Sobre la profunda transformación que hoy se plantea con la actual tramitación de un proyecto de ley que reforma las bases del *pool* inglés, tras casi diez años de experiencia, vid. J. DE QUINTO, «La reforma del mercado de electricidad en Inglaterra y Gales», *REDETI*, febrero 2000.

³⁰ Sobre este tema, vid. ampliamente G. ARIÑO ORTIZ, con la colaboración de L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y J. DE QUINTO ROMERO «Estructura empresarial y organización de la competencia en el sector eléctrico español», *working paper* n° 23, PERE, mayo 1996.

capacidad muy limitada de las conexiones internacionales, lo que exige su ampliación para hacer efectivo el libre comercio de electricidad en el MIE, c) la incertidumbre generada en torno a la legalidad de los CTCs, que si fueran excesivos, constituirían una barrera de entrada frente a otros operadores, d) la discutible existencia de subvenciones en la tarifa G4 aplicada a los mayores consumidores de electricidad de España, d) la falta de interés de algunos consumidores cualificados para concluir contratos a precio libre, prefiriendo optar por continuar en tarifa, y concluir, en su caso, únicamente contratos de suministro adicional³¹.

Algunos de estos obstáculos pueden considerarse problemas de la transición. Debe señalarse que la radicalidad del cambio de modelo ha exigido la adopción de *medidas de transición*, para respetar los derechos adquiridos y expectativas legítimas según la anterior regulación y para permitir la adaptación de todos los agentes al nuevo contexto competitivo. Y así, en la LSE se prevén medidas transitorias —una excepción temporal a las reglas del mercado— como son las relativas a los Costes de Transición a la Competencia, para los generadores; al carbón, a la producción en régimen especial, a pequeños distribuidores y al acceso gradual de los consumidores al mercado.

Sin embargo, en este punto se plantean algunos problemas, entre los que destacan los siguientes. En primer lugar, no se ha establecido un período de transición definido para todos los agentes: en particular, para que los grandes consumidores pierdan sus subvenciones cruzadas (es decir, prefieren su tarifa G4 al precio de mercado) y, en segundo lugar, se ha impugnado la legitimidad constitucional y la conformidad con el Derecho comunitario de los controvertidos «Costes de Transición a la Competencia» (CTCs) reconocidos en la Disposición Transitoria 6.^a LSE, cuya titulización parcial fue prevista en la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos del Estado para 1999. Frente a dicha polémica es necesario clarificar la fundamentación jurídica y económica de dichas compensaciones, pese a las dificultades en su cuantificación³².

³¹ Para paliar este problema, el RD 2066/1999, de 30 de diciembre, por el que establece la tarifa eléctrica para el 2000, deroga el descuento por interrumpibilidad y la tarifa horaria de potencia de la O.M. de 12 de enero de 1995 (con un régimen transitorio para los consumidores acogidos a dicha tarifa) y declara su incompatibilidad con contratos de suministro adicional de energía a partir del 1 de noviembre de 2000.

³² Por Decisión de la Comisión de 8 de julio de 1999 (DOCE L 319/41, de 11 de diciembre de 1999), la Comisión Europea estableció que el régimen transitorio de los CTCs notificado por España en base al artículo 24 de la Directiva 96/92 sobre el MIE no entra en el ámbito de aplicación de dicho artículo y tienen que ser examinados de acuerdo con la normativa sobre ayudas estatales. Por ello actualmente el método de pago y la cuantía de los CTCs están bajo el análisis de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. Sobre la polémica suscitada en torno a los CTCs, qué son, por qué hay que pagarlos y las metodologías de cálculo, *vid.* ampliamente G. ARIÑO ORTIZ, J. DE QUINTO ROMERO y L. LÓPEZ GARCÍA DE CASTRO-MORATO, *Los Costes de Transición a la competencia (sector eléctrico)*, FER, Madrid, 1999.

4. EL MARCO INSTITUCIONAL: EL REGULADOR Y LA CULTURA REGULATORIA

Pero, sobre todo, y es necesario avanzar en la configuración de un ente regulador independiente, de forma que decisiones regulatorias importantes como son la fijación de tarifas y peajes, se separen de las presiones políticas³³. Junto al reforzamiento de la CNE como autoridad reguladora independiente (y no como ahora, con funciones básicamente consultivas y un estatuto que no garantiza su independencia), es también importante reforzar el papel del Tribunal de Defensa de la Competencia, y deben delimitarse y coordinarse las funciones de estas autoridades entre sí, y con las instancias europeas.

Por otra parte, debe fomentarse el desarrollo de una nueva cultura regulatoria, acorde con el nuevo modelo de regulación para la competencia que se aplica en estos sectores. El acceso no discriminatorio a las redes, la gestión independiente de los sistemas técnicos, las reservas estratégicas, el servicio universal, la tarificación eficiente, el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad de las reglas del juego, son algunos de los elementos básicos que deberán asentarse en el nuevo modelo regulatorio.

En definitiva, como decíamos recientemente³⁴, tras acometer con éxito la «primera generación de reformas regulatorias», en términos de la OCDE, introduciendo con la LSE de 1997 un modelo liberalizado y neorregulado en el sector eléctrico, subsisten problemas de fondo, dentro de lo que la OCDE denomina «segunda generación de reformas regulatorias». Ello exige una reconstrucción de las instituciones públicas que supervisan los mercados neorregulados; tanto las comisiones reguladoras sectoriales como las instituciones de defensa de la competencia. Pero también exige el dinamismo de la sociedad civil, para que participe en la ordenación de estos mercados regulados, donde se enfrentan intereses contrapuestos, públicos e individuales, de unos y otros sectores. En definitiva, la liberalización, al devolver el protagonismo al mercado, obedece a una transformación profunda de las relaciones entre Estado y Sociedad, que deben encontrar un nuevo marco institucional adaptado a las nuevas fuerzas y a las ventajas comparativas que Estado, mercado y sociedad respresentan en el modelo liberalizado y neorregulado.

³³ Dicha necesidad ha sido destacada recientemente por la OCDE: *vid.* «OCDE Economic Surveys: Spain», OCDE, 2000. Sobre el tema de las Comisiones reguladoras independientes, *vid.* G. ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1993, en particular Cap. XI con las referencias bibliográficas allí contenidas.

³⁴ N. HERNÁNDEZ CASTILLA y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *cit.*