

# LA NUEVA LEY 54/1997, DEL SECTOR ELÉCTRICO

Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO

Profesora de Derecho Administrativo

Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: A) Elementos fundamentales de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico.–B) Valoración de la nueva Ley 54/1997, del Sector Eléctrico.–1. La esencia del cambio: hacia un mercado regulado.–2. Principios básicos del nuevo modelo de regulación orientada al mercado, que se deben respetar aunque su implantación sea gradual.–3. Infraestructura institucional.–4. Algunos problemas pendientes.–5. Conclusiones.

**E**L 28 de noviembre de 1997 se publicaba en el BOE la nueva Ley 54/97 del Sector Eléctrico. En su aplicación entraba en funcionamiento el 1 de enero de 1998 el Mercado Eléctrico español. Con ello España se situaba entre los países europeos más avanzados en cuanto a la liberalización del suministro eléctrico, siguiendo las exigencias de la Directiva 96/92/CE, de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el Mercado Interior de la Electricidad, y siguiendo las tendencias liberalizadoras de los sectores económicos del actual Gobierno.

Con ello se abría una nueva etapa en la historia de la regulación eléctrica en España: una auténtica revolución y no un simple cambio regulatorio como los que tuvimos en 1954, 1984 o en 1994. Se trata de un cambio radical en el modelo de regulación: se abandona el modelo cerrado, integrado, con derechos exclusivos, basado en los principios de planificación vinculante, explotación centralizada y remuneración en base a costes, que caracteriza la regulación eléctrica en España hasta la misma LOSEN de 1994; y se adopta el modelo de «regulación para la competencia», abierto, desintegrado, que introduce competencia en lo posible en el sector, basado en los principios de planificación empresarial, explotación descentralizada, libre acceso a las redes y remuneración en base a precios.

---

AFDUAM 3 (1999), pp. 241-254.

Recientemente hemos explicado *in extenso* en otro lugar el sentido de estos cambios dentro de la evolución histórica de la regulación eléctrica en España y dentro de las tendencias internacionales de reforma. En este momento me limitaré a señalar los elementos básicos de esta nueva Ley 54/97 del Sector Eléctrico, y a exponer una breve valoración sobre la misma, basándome en la investigación citada realizada bajo la dirección de Gaspar Ariño (1).

## A) ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LA LEY 54/1997, DEL SECTOR ELÉCTRICO

1. En la regulación de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica (objeto de la Ley según su art. 1.1) se adopta un *modelo liberalizado* basado en: a) los *principios* de objetividad, transparencia y libre competencia (art. 1.3); b) el reconocimiento de la libre iniciativa empresarial (art. 2.1), si bien posteriormente el régimen jurídico de las actividades (art. 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 sector como servicio público se sustituye por la expresa garantía de suministro a todos los consumidores dentro del territorio nacional con la consideración de «servicio esencial» (art. 2.2 y 1. e).

2. Dentro de las *competencias administrativas* se establecen las siguientes disposiciones:

a) 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 se mantiene el papel protagonista de la Administración central en la regulación del sector eléctrico (2).

---

(1) *Vid.* ampliamente G. ARIÑO ORTIZ y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, «El sistema eléctrico español. Regulación y competencia», Montecorvo, ed., en prensa, Madrid, 1998.

(2) De esta forma el art. 3 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, 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 rela-

b) Según el art. 6, la antigua CSEN de la LOSEN, 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 (3)».

c) 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.

3. 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 54/97 se afirma la libertad de entrada, de inversión, de contratación, de acceso a redes y la formación competitiva de precios. Para ello la explotación del sector eléctrico se organiza en base a un *sistema de ofertas y demandas*: un mercado basado en criterios económicos y gestionado por el Operador del Mercado (art. 33 de la Ley), el cual casará ofertas y demandas en función de sus precios, mientras que el Operador del Sistema (art. 34 de la Ley) 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, ha sido desarrollado por el Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, de organización del Mercado de Producción de Energía Eléctrica.

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. Se liberalizan los *intercambios internacionales* según el artículo 13 de la Ley.

b) *Transporte*: en el título VI se configura como actividad regulada, y por ello la retribución se fija administrativamente. 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, 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.

---

tivas 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.

(3) Para ello en su configuración y composición se establecen diversas cautelas para garantizar su actuación independiente del poder político y de los agentes del mercado. Entre las funciones de dicha Comisión (art. 8) destacan las funciones consultivas, arbitrales, de desarrollo normativo cuando sea expresamente habilitada y una función genérica de velar por la competencia.

c) *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 (art. 41.3 de la Ley) y entre las obligaciones del distribuidor (art. 41.2) destaca la realización del suministro a usuarios a tarifa según el título VIII.

d) *Comercialización*: se trata de la nueva actividad de suministro liberalizado, con libre contratación y libre fijación de precios. Dicha libre elección de suministrador se establece en un calendario gradual de 10 años: desde los actuales consumidores con consumo superior a 15 Gwh hasta su extensión a todos los consumidores en el año 2007 (Disposición Transitoria 13.<sup>a</sup>).

4. 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 5.<sup>a</sup>). 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.

5. 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. 6.<sup>a</sup>).

En cuanto al *régimen tarifario* los artículos 17 y 18 establecen que las tarifas del suministro regulado y los peajes de transporte y distribución serán *únicos* en todo el territorio nacional.

## B) VALORACIÓN DE LA NUEVA LEY 54/1997 DEL SECTOR ELÉCTRICO

Tras la exposición de una síntesis de los elementos fundamentales de la Ley 54/97, puede ser conveniente su valoración en base a las siguientes consideraciones:

- 1.º Dónde vamos: ¿cuál es la *clave* del cambio?
- 2.º Cuáles son los *principios básicos* de la reforma, que se deben respetar, aunque la implantación sea gradual.
- 3.ºCuál es la *infraestructura institucional* necesaria para implantar el nuevo modelo de regulación y de explotación.
- 4.º Visión de conjunto que identifique los *problemas de fondo* existentes en el caso español para el funcionamiento eficiente de un mercado eléctrico.

### 1. La esencia del cambio: hacia un mercado regulado

El centro de la reforma radica en *desestatalizar* el sistema: se trata de que las *empresas* recuperen su protagonismo y asuman su responsabilidad; y se trata de que los demandantes puedan elegir libremente su suministrador.

Para ello se *re-crea* el mercado.

En rigor, el sector eléctrico no ha sido desregulado. El sector eléctrico siempre estará *regulado* por diversos motivos: características colusivas en la oferta, restricciones técnicas de la Red, necesidad de organizar el mercado, características de monopolio natural en determinadas actividades, carácter del suministro eléctrico como servicio esencial para los ciudadanos y de importancia estratégica para el país, etc...

Ahora bien, a diferencia de la regulación anterior, *sustitutiva* del mercado, la nueva regulación *ayuda* a crear el mercado. Se trata del modelo de «regulación para el mercado» que impone deberes (pool obligatorio, contrato de adhesión, sometimiento al Operador del Sistema [Ods], acceso a la propiedad de terceros...), todo ello para que sea posible el mercado. Nunca existirá un mercado perfecto sino un mercado imperfecto y regulado. Pero un mercado regulado es siempre mejor que la ausencia total del mercado y la omnipresencia de la regulación. Más aún: un mal mercado es mejor que una buena regulación (sustitutiva de aquél).

En resumen: vamos hacia un mercado regulado e imperfecto pero *real*, donde recuperen el protagonismo oferentes y demandantes de electricidad, de modo que surjan precios libres y no discutibles cálculos de costes.

## 2. Principios básicos del nuevo modelo de regulación orientada al mercado, que se deben respetar aunque su implantación sea gradual

Como hemos señalado en otras ocasiones, los rasgos de este modelo de regulación para la competencia que caracteriza a los nuevos servicios públicos son los siguientes (4):

- 1) Separación de actividades que permita introducir competencia allí donde ésta sea 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 prestaciones singulares de servicio universal.
- 6) Vigilancia del modelo a través de la figura del ente regulador independiente.

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 exige un modelo de explotación y un modelo de transición adaptado a sus peculiaridades. Es 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 sistema. En segundo lugar, es 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.

Básicamente la Ley del Sector Eléctrico (LSE) es una buena ley que recoge los principios expuestos. Es el punto de partida adecuado para iniciar el proceso de reforma, de la mano de una buena Comisión Nacional de la Energía [CNE, tal como ésta parece que va a configurarse tras la nueva Ley de Hidrocarburos (5)], y de una

---

(4) Vid. Gaspar ARIÑO, con la colaboración de Lucía LÓPEZ DE CASTRO, «Teoría y práctica de la regulación para la competencia», *Working Paper*, núm. 17, del PERE, Madrid, diciembre de 1995.

(5) En el momento que se escriben estas líneas, julio de 1998, el proyecto de Ley de Hidrocarburos se encuentra en la fase de tramitación parlamentaria. Recientemente se han aprobado las enmiendas del Senado que no modifican sustancialmente la configuración de la CNE en el Proyecto de

industria eléctrica española capaz, con tradición y capacidad de competir. Ahora bien, en la instrumentación de estos principios en el caso español, aunque sea gradual, hay que anotar algunas reservas: hay desde luego un margen de perfeccionamiento; la Ley no es perfecta ni mucho menos y transcurrido un tiempo habrá que cambiar algunos extremos, a los que aludiremos después. En segundo lugar, se deben solventar con visión de conjunto, problemas de fondo relacionados con la estructura empresarial existente, la integración de subsectores energéticos y otros que pueden coartar el normal funcionamiento del mercado de producción.

### 3. Infraestructura institucional

Dentro del margen de perfeccionamiento en la instrumentación de estos principios básicos, se debe insistir en la *infraestructura institucional*, necesaria en un mercado eléctrico para desarrollar dos tipos de funciones:

- las funciones de gestión del conjunto del sistema: tanto la gestión técnica (por el OdS) como la gestión económica (por el OdM).
- las funciones de regulación y supervisión del mercado.

#### a) *Funciones de gestión*

En cuanto a las *funciones de gestión*, la LSE ha optado por deslindar «gestión económica» y «gestión técnica» y atribuir dichas funciones a dos entes separados bajo un estatuto de composición y funciones reguladas que garantice su independencia y la objetividad de su actuación. En este punto, queremos hacer algunas consideraciones:

1) La independencia se pretende lograr mediante una *composición accionarial equilibrada* como se prevé en los artículos 33 y 34 (accionariado abierto a cualquier persona jurídica con un 40 por 100 de participación máxima por los sujetos que realicen actividades eléctricas sin que ninguno de los socios pueda participar en más del 10 por 100). Frente a la previsión legal, el equilibrio en el accionariado en nuestra opinión podría exigir un cierto porcentaje (10 por 100 por ejemplo) de participación pública, que representase los intereses generales en la gestión de dichos servicios.

2) Por otra parte, dichas actividades de gestión del sistema constituyen auténticos «servicios de interés económico general», y nunca deben configurarse como «negocio». Por ello, el poder de decisión no debe venir dado por la voluntad de los socios sino por el sometimiento a la ley y los reglamentos y la *supervisión del regulador*. En concreto, dicha vigilancia será fundamental para lograr la objetividad en la actuación del OdS, ya que aunque se regulen con exhaustividad sus

---

Ley aprobado por el Congreso. *Vid.* Enmiendas del Senado mediante mensaje motivado al Proyecto de Ley del Sector de Hidrocarburos, Boletín Oficial de las Cortes Generales, 15 de julio de 1998, Serie A, n.º 101-11.

funciones en la aplicación de la normativa sobre operación del sistema existe cierto margen de discrecionalidad técnica.

3) Finalmente, respecto a *la separación jurídica entre OdM y OdS* hay que señalar que es sólo una de las modalidades organizativas y no necesariamente la mejor. Mientras que en otros mercados eléctricos semejantes al nuestro (Gran Bretaña, Argentina, Nueva Zelanda) las funciones de gestión económica y gestión técnica son desarrolladas por el mismo ente, en el caso español se ha optado (como en California o Noruega) por exigir la separación de las figuras de OdS y OdM. Se pretende así lograr mayor eficiencia y objetividad en el ejercicio de las funciones de cada uno. Sin embargo, dicha separación de entes es un tema muy controvertido, cuya necesidad no ha sido plenamente demostrada. La complejidad aumenta porque en muchos casos ambos entes ejercen funciones en el mismo horizonte temporal, lo que exige una cuidadosa coordinación entre ellos (medios informáticos, procedimientos, etc.), que se hace especialmente difícil cuando dicho horizonte temporal se acerca a la operación real.

A nuestro juicio, esa separación de operadores (del mercado y del sistema) ha sido un error, no tiene ventajas comerciales ni técnicas y generará un sinnúmero de problemas de coordinación, con el consiguiente gasto burocrático, lucha por las competencias y disfunciones, que estas situaciones generan.

Y así, en nuestra opinión, la mejor prueba de esa artificial separación entre uno y otro es que cuando se leen los artículos 33 y 34 de la Ley se comprueba que todas y cada una de las funciones esenciales del OdM –casación de ofertas y demandas, determinación de los precios de mercado, despacho económico de las centrales y liquidación de cobros y pagos– no puede llevarlas a cabo sin el concurso del OdS y quedan condicionadas a la posterior ratificación de éste. Es a éste último a quien corresponde la decisión final respecto a todas ellas, lo que explica y justifica esa continua remisión de uno a otro en los artículos citados, con llamadas constantes a la coordinación entre ambos. Pues bien, si ello es así, ¿qué necesidad había de separarlos? Con los actuales medios de información y tratamiento informatizado de datos, ambas funciones podrían y deberían ser instrumentadas por un sola entidad.

#### b) *Funciones de regulación*

En cuanto a las *funciones de regulación y supervisión* del mercado, éstas se han distribuido en tres niveles según la LSE:

- El Ministerio de Industria y Energía, es el verdadero regulador, que establece reglas de funcionamiento, otorga autorizaciones, aprueba el contrato de adhesión al OdM, fija precios en las actividades reguladas, etc.
- La CNSE tiene funciones consultivas, arbitrales y la función genérica de velar por la competencia.
- El Comité de Agentes del Mercado aparece como órgano de autorregulación para la supervisión del OdM por los mismos Agentes del Mercado.

Sin embargo, la mayoría de las funciones reguladoras se siguen encomendando al Ministerio de Industria, el cual no es el ente regulador independiente que se exige para la aplicación de todo modelo de regulación para la competencia. La tradición centralista y napoleónica sigue pesando demasiado en la Administración española. Pero hay que llegar cuanto antes a la conclusión de que para que funcione el nuevo modelo de competencia regulada, se exige un regulador independiente, que realmente sea regulador y sea independiente.

La *independencia* es básica para supervisar y actuar como árbitro en un mercado. Debe ser independiente de los intereses políticos del corto plazo, que tradicionalmente han primado sobre las condiciones a largo plazo. Debe ser independiente de los intereses de las empresas, de sus accionistas, y proteger sobre todo los intereses de los consumidores, que tradicionalmente se han visto excluidos de los pactos empresas-Administración. También debe proteger los intereses del sistema en su conjunto, esto es, de todos sus operadores, que es la mejor garantía de los consumidores futuros (los de las próximas generaciones). La independencia del ente regulador es algo que queda fuera de toda duda en el contexto internacional. Sus decisiones no deben someterse a recurso en la vía administrativa. Las dudas surgen sobre el grado de independencia y sobre los mecanismos concretos de control del regulador. En todo caso, debe revestirse de legitimación democrática, elevada cualificación profesional y someter sus decisiones al control judicial.

El segundo rasgo –decíamos– es su condición de *regulador*. Además de las funciones consultivas que quieran otorgársele, las funciones reguladoras deben manifestarse en tres ámbitos:

- 1) *Ejecutivo*: por ej. concesión de licencias y supervisión de su cumplimiento, fijación de precios regulados.
- 2) *Arbitrales*: resolución de conflictos entre los agentes, en los que deberá ponderar intereses contrapuestos. El árbitro debe ser aceptado por las partes, y por ello debe tener una alta cualificación técnica, ser independiente del poder político y de los intereses empresariales.
- 3) *Normativas*: aunque sometido a las leyes y los reglamentos, debe ostentar facultades de desarrollo normativo en diversos campos de la regulación.

En cuanto al ámbito de competencia, dada la integración de los sectores energéticos en el caso español parece conveniente la creación de una Comisión Nacional de la Energía, como está prevista nominalmente en el Proyecto de Ley de Hidrocarburos sólo que habría que dotarle de un estatuto de independencia real y de competencias plenamente reguladoras.

#### 4. Algunos problemas pendientes

Tras comentar el margen de perfeccionamiento que, en nuestra opinión, existe en la infraestructura institucional establecida, me referiré al último aspecto que

quería exponer en esta ocasión y que enunciaba como la necesidad de una visión de conjunto que identifique y aborde correctamente los problemas de fondo existentes en el caso español para el funcionamiento eficiente de un mercado eléctrico. En efecto, sin afán de exhaustividad, me referiré a algunos *obstáculos* al desarrollo de un *mercado* eléctrico que podrían englobarse dentro de los obstáculos a la libre entrada de los generadores, obstáculos a la libre importación de electricidad y obstáculos a la libre formación de precios.

a) **Obstáculos a la «libre entrada» de los generadores.**

La realidad de un mercado eléctrico abierto a nuevos agentes puede verse coartada por el punto de partida en la estructura empresarial y por el *mix* de energías primarias que existe en el caso español. Veamos por separado estas dos objeciones que se suelen hacer a un correcto funcionamiento del mercado eléctrico español.

1) *La Estructura empresarial*

La existencia de dos grupos *generadores dominantes*, que suponen más del 80 por ciento de la generación y del consumo eléctrico, junto a otros dos grupos de dimensiones mucho más reducidas puede dar lugar a una situación de oligopolio en la que los precios sean superiores al nivel propio de un mercado competitivo. Por otra parte, la *integración vertical* y la insuficiente separación societaria, pues se permiten grupos de empresas generadoras y distribuidoras, pueden coartar la competencia si no se garantiza la autonomía de gestión de las filiales. Al tema hemos dedicado un amplio trabajo con anterioridad, que no vamos ahora a repetir (6). Diremos sólo que la regulación deberá ejercer aquí, de modo especialmente cuidadoso, sus funciones de *defensa de la competencia*. Ante situaciones de manipulación de precios y prácticas restrictivas de la competencia, las medidas de *control* son variadas. Algunas están contempladas ya en la Ley del Sector Eléctrico (por ejemplo, expedientes ante el Tribunal de Defensa de la Competencia), si bien sobre el normal funcionamiento del sistema se pueden articular otras medidas de control que se estimen necesarias. Estas deberían ser propuestas por la CNSE en su función de «velar para que las actividades a que se refiere la presente Ley se lleven a cabo en régimen de libre competencia» (art. 8.1.13.º de la Ley del Sector Eléctrico). Entre las medidas de control de poder de mercado pueden contemplarse algunas ya acreditadas en la experiencia inglesa, como las siguientes:

— *Reglas para la presentación de ofertas*. Presentación de ofertas por central (sin permitir su agrupación en portfolios como sucede en California) lo que permite analizar con mayor transparencia la adecuación de las ofertas al régimen com-

---

(6) Gaspar ARIÑO, con la colaboración de L. LÓPEZ DE CASTRO y J. DE QUINTO, «Estructura empresarial y organización de la competencia en el sector español» (Mercados Eléctricos y Poder de Mercado), mayo-octubre de 1996, *Working Paper* n.º 26, FER, Madrid.

petitivo. De hecho la LSE y el Decreto de Mercado exigen la presentación de ofertas por cada «unidad de producción» y en sus definiciones en la O.M. de 29 de diciembre se relaciona unidad de producción con «unidad de gestión».

— *Precios auditados*. Si se perciben indicios de manipulación de precios en las tecnologías que fijan el precio del «pool», puede ser necesario temporalmente establecer reglas de *precios auditados*, según costes, en vez de libremente ofertados.

— *Precios máximos*. Si el poder de mercado se agrava, puede ser necesaria, también temporalmente, la imposición de *precios máximos*, que serían una excepción a las reglas del juego. De hecho el cálculo *ex post* de los CTC con la referencia de un precio de mercado de seis pesetas funciona como un precio máximo durante la transición.

— Acuerdos informales entre generadores dominantes y el Ministerio para que los primeros suscriban voluntariamente *contratos* de suministro de larga o media duración con los distribuidores, lo cual reduce lógicamente cualquier incentivo a manipular el precio del pool, ya que cobrará en todo caso el precio pactado. Antes al contrario, lo que le interesará es que el precio del pool no suba demasiado, por si se ve forzado a comprar en él energía para cubrir sus compromisos de suministros pactados. Paralelamente, se puede exigir a los distribuidores que tengan asegurado el suministro en una proporción mínima (70 u 80 por ciento) mediante contratos a largo.

— Finalmente, se pueden promover como último recurso, *intercambios de activos*, que reconstruyan un mix de generación más equilibrado entre los generadores existentes; o promover la creación de una nueva empresa que asumiese parte de los activos con tecnologías que fijan el precio del «pool», como la hidráulica, a medida que las concesiones vayan entrando en sus últimos años (revisando, si es preciso, el plazo de éstas, por alteración esencial en las condiciones de la concesión). Estas últimas medidas rozan ya la estructura empresarial del sector y deben considerarse sólo como último recurso. En las tendencias internacionales, se percibe la integración en grandes grupos energéticos competitivos a nivel europeo y mundial, frente a la atomización que algunos propugnan para España, con el fin de lograr un número suficiente de agentes a nivel nacional.

## 2) *El mix de generación de las empresas españolas*

El segundo factor que puede dificultar o falsear la creación de un verdadero mercado competitivo en España son las diferencias en el *mix energético* de energías primarias que hoy presentan las empresas. Las características son éstas:

— *Energía hidráulica*. Es una tecnología agotada, que se encuentra concentrada en dos generadores (sobre todo en uno de ellos) y utiliza un bien de dominio público. Ello exige la adaptación del régimen concesional de aprovechamientos hidráulicos y una vigilancia especial del poder de mercado que puedan ejercer los ti-

tulares de dichas centrales hidráulicas, sobre todo en condiciones de buena pluviometría como las actuales.

— *Carbón nacional*. Tras la controversia de la minería del carbón en la elaboración del Protocolo entre Ministerio de Industria y Energía y las Empresas Eléctricas, de diciembre de 1996, tanto en éste como en la Ley del Sector Eléctrico se admite la preferencia en el despacho (también permitida en la Directiva 96/92/CE sobre el Mercado Interior de Electricidad) de centrales que utilicen carbón nacional hasta un 15 por 100 de la energía primaria, con los incentivos y ayudas que prevé la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup>. Aunque el artículo 25.1 de la Ley, exige que se adopten «las medidas necesarias dirigidas a evitar la alteración del precio del mercado», de hecho, dichos mecanismos de protección al carbón nacional pueden coartar sustancialmente la existencia de condiciones efectivas de competencia en el mercado eléctrico.

— *Gas*. La utilización efectiva de tecnologías competitivas con gas por nuevos agentes, dependerá del acceso real y efectivo a los gasoductos y la efectiva liberalización de estos mercados. Aunque la apertura actual es muy tímida, con la Ley de Hidrocarburos y la Directiva sobre el Mercado Interior del Gas es de esperar que el acceso a esta energía primaria y la competencia en torno a ella irá progresivamente en aumento.

— *Energía nuclear*. Entre sus peculiaridades destacan sus altos costes medios, no recuperables en condiciones de mercado, su necesario funcionamiento como energía de base y el suministro en exclusiva de uranio por ENUSA, que parece se mantendrá por algún tiempo. La no recuperabilidad de sus costes fijos en el mercado se soluciona mediante el tratamiento general de los costes varados o «costes de transición a la competencia» (CTC), en terminología de la Disposición Transitoria 6.<sup>a</sup> de la Ley. Algunas peculiaridades técnicas del funcionamiento de la energía nuclear se han abordado mediante lo que el Decreto de Mercado denomina «ofertas complejas». Por último, la liberalización del aprovisionamiento de *uranio* enriquecido exigirá la revisión de los contratos con ENUSA.

#### b) **El aislamiento de España, frente a una teórica «libre importación» de electricidad**

Dentro de la Unión Europea, la Ley del Sector Eléctrico y su desarrollo reglamentario afirma la libre importación, sometida a autorización en términos reglados, que sólo podrá denegarse si se incumple la condición de reciprocidad en la cualificación de sujetos a que se refiere el artículo 19.5 de la Directiva de diciembre de 1996 sobre Normas Comunes para el Mercado Interior de la Electricidad. Los intercambios internacionales extracomunitarios se someten a autorización –sin más calificativos– del Ministerio de Industria y Energía.

Ahora bien, la libertad efectiva de importación depende de la capacidad de uso de las redes internacionales, hoy muy limitadas. Es necesario su ampliación den-

tro y fuera del Programa de Redes Transeuropeas de Energía. Mientras ello no se produzca, ésta será también una severa limitación a la apertura del mercado español.

c) **Obstáculos a la «libre formación de precios» en el mercado eléctrico**

El artículo 16 de la Ley del Sector Eléctrico establece los conceptos y principios básicos para la retribución de la *generación* a través del «pool», asentando como regla fundamental la siguiente: «sobre la base del precio ofertado al operador del mercado por las distintas unidades de producción, la energía eléctrica se retribuirá en función del precio marginal correspondiente a la oferta realizada por la última unidad de producción cuya entrada haya sido necesaria para atender la demanda, según lo establecido en el artículo 23 de la presente Ley». Se adopta el principio de retribución de toda la energía según el precio marginal, porque se entiende que así se introducen incentivos a la eficiencia estática y dinámica del Sistema. Ahora bien, para que en dicho «pool» se transmitan señales de precios eficientes, es necesario que *no se produzca manipulación de precios* por los generadores dominantes. Insistimos en la necesidad de aplicar cuantos mecanismos sean necesarios para contrarrestar y eliminar cualquier manifestación de poder de mercado. No hay que dudar en afirmar que un mercado regulado es mejor que un mercado manipulado y mucho mejor que la ausencia de todo mercado.

Por otro lado, las *alteraciones en el orden de mérito por motivos de política energética* y no por restricciones técnicas, *deben ser excepcionales*, para no distorsionar el orden de precedencia económica y deben instrumentarse con mecanismos que no distorsionen el precio del mercado. Este principio, sin embargo, puede verse vulnerado, dada la amplitud con que se contemplan las excepciones en la Ley del Sector Eléctrico y, en concreto, en lo que se refiere al carbón nacional, a la admisibilidad de los contratos físicos y a la producción excedentaria en régimen especial.

En cuanto a los *contratos físicos* ya nos hemos pronunciado en otras ocasiones sobre la ambigüedad de sus ventajas y la claridad de sus efectos perjudiciales, en cuanto aumentan la complejidad de la operación del sistema y restan liquidez y tamaño al «pool».

Respecto a la producción en *régimen especial*, para el fomento de cogeneración y energías renovables, las *primas* previstas como complemento al precio del mercado deben ajustarse a su contribución a los objetivos de eficiencia energética y protección del medio ambiente, no deben traducirse en rentabilidades desproporcionadas. Es más, se deberían introducir mecanismos de competencia dentro de las energías renovables, como podría ser la asignación de las primas mediante concurso, para lograr los objetivos del Plan de Energías Renovables de la D.T. 16.º LSE.

Por último, también existen obstáculos al principio de formación competitiva de precios en lo que se refiere al suministro que continúa sometido a tarifa. En todo

modelo de regulación para la competencia, una *tarificación conforme al mercado* exige que las tarifas se correspondan al coste real de cada suministro y que se incluyan señales de coste marginal para orientar la asignación eficiente de recursos. Ello es incompatible con el principio de tarifa única, principio que no debería afirmarse con tanta rotundidad en el artículo 17.1 de la Ley del Sector Eléctrico, pues es rigurosamente antitético con los principios de éste. Y en segundo lugar, ello exige la eliminación de *subsidios cruzados* entre usuarios tras un período de transición. En principio, el Protocolo recogía esta exigencia, al prever que en el año 2001 los grandes consumidores perderían su derecho a acogerse a tarifas, ya que podrían obtener un suministro a un precio competitivo acorde con los costes de su suministro. Sin embargo, en la Ley del Sector Eléctrico existe un silencio total sobre el plazo de transición para la eliminación de la opción para acogerse a tarifa de los grandes consumidores.

En cualquier caso y aunque se puedan acoger a tarifa, éstas no pueden permanecer largo tiempo, por motivos de política industrial, a un nivel inferior al coste de su suministro ya que ello distorsionaría el mercado. Si el precio del mercado de generación se sitúa en una media de 6 pts/kwh, habrá que ir pensando en acercarse a ese precio las tarifas que están por debajo de él. Por supuesto, el precio de venta a grandes consumidores podrá pactarse libremente en cualquier nivel.

De todo ello se desprende que la regulación en la transición puede ser compleja y debe llevarse a cabo con gran cuidado, no sólo en los principios, sino en la aplicación práctica, para así lograr la adaptación no traumática de *todos* los agentes al entorno competitivo. Se necesita una voluntad política firme para llevar a cabo el proceso de reforma en todas sus piezas durante todo el proceso de transición.

## 5. Conclusiones

Cerremos esta breve exposición afirmando que la creación de mercados energéticos en España constituye un proceso abierto, inteligentemente planteado, que ofrece estas características:

— No se trata de una verdadera y real desregulación, sino de *neo-regulación*, con un nuevo alcance y sentido de la regulación hacia la competencia.

— No parece, al menos por bastantes años, que la regulación vaya a ser *decreciente* y menos durante la *transición*.

— Al contrario, la regulación se caracteriza por su carácter *cambiante y dinámico*, para adaptarse a los cambios en las condiciones económicas, técnicas y sociales de las fuerzas del mercado. Por ello, frente a la letra de los Decretos y las O. M. de desarrollo de la Ley, será clave la claridad en los principios reguladores y la adopción de un marco institucional adecuado (el ente regulador independiente), capaz de aplicar dichos principios y toda la normativa con transparencia y eficiencia.