

pa afirmar que, en lo esencial, las cosas se quedan donde estaban, al menos desde el punto de vista del usuario⁴⁷.

En muy apretada síntesis, los rasgos básicos del vigente régimen jurídico establecido en la LSE en relación con los sujetos y el funcionamiento del actual sistema eléctrico pueden resumirse del modo siguiente:

La producción de electricidad se desarrolla en régimen de libre competencia en el mercado de producción (art. 11.1). Y, sin perjuicio del suministro de último recurso, que está garantizado para ciertos consumidores al precio máximo que se determine (art. 44.2), la comercialización se ejerce libremente (art. 11.3).

El operador del mercado (OMEL) asume la gestión del sistema de ofertas de compra y venta de energía eléctrica en el mercado diario de energía eléctrica (art. 33).

A diferencia de las anteriores, la operación del sistema, el transporte y la distribución son actividades reguladas (art. 11.2)⁴⁸.

El operador del sistema, Red Eléctrica de España (REE), tiene como función principal garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte, ejerciendo sus funciones en coordinación con los operadores y sujetos del Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica (MIBEL) bajo los principios de transparencia, objetividad e independencia (art. 34). Además, REE es el gestor de la red de transporte, y el transportista único en régimen de exclusividad (art. 35).

La seguridad del suministro se garantiza mediante el derecho de acceso y conexión de los consumidores (y de terceros) a las redes de transporte y de distribución, cuya autorización administrativa, por tanto, no otorga un derecho exclusivo de uso (art. 2.2, 16, 38 y 42).

III. ALGUNOS PROBLEMAS DEL MODELO ACTUAL

En España, el proceso que se acaba de describir a muy grandes rasgos ha dado lugar a un mercado relativamente liberalizado en comparación con los de otros países de la Unión Europea. Pero el actual modelo, que combina obligaciones de servicio público y mercado, no está exento de problemas. Hasta tal punto es así que en la doctrina se ha llegado a hablar de crisis del modelo liberal de servicio público competitivo⁴⁹. Los problemas a los que brevemente-

cos», *RAP* 163, Enero/Abril 2004, pág. 127., sistematiza las obligaciones de servicio público o servicio esencial, distinguiendo entre unas generales y otras especiales.

47. FERNÁNDEZ RÓDRIGUEZ, T-R., *op. cit.*, pág. 71.

48. Dada su consideración de actividades reguladas, la retribución del transporte y la distribución se establece reglamentariamente, en el primer caso atendiendo a los costes de inversión, operación y mantenimiento de las instalaciones (art. 16.2), y en el segundo atendiendo a ése y a otros criterios previstos en el artículo 16.3 (energía circulada, etc.).

49. ARIÑO ORTÍZ, G., «Privatizaciones y liberalizaciones energéticas: balance de situación», en la obra colectiva *Energía: del monopolio al mercado...* cit., pág. 462, señala: «Hace meses que en todo el mundo –en Estados Unidos, en la Unión Europea, en América Latina– está planteado el tema de la revisión de este modelo liberal de servicios públicos competitivos, que fueron recibidos con entusiasmo en el decenio de 1990, pero que en estos últimos tiempos han generado numerosas críticas». TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pág. 59) señala que un sector de la doctrina se plantea, incluso, si el actual proceso liberalizador pone en peligro el modo de entender la acción del Estado. Aunque el autor no comparte tales dudas, pues afirma que la finalidad del servicio público («garantizar a todos la satisfacción regular y continua, esto es, sin interrupciones y con un nivel de calidad determinado, de ciertas necesidades que se consideran imprescindibles para la vida») se sigue cumpliendo, aunque haya ido variando la técnica empleada.

te se hará referencia a continuación tienen lugar principalmente en las fases de generación y de comercialización, toda vez que el transporte y la distribución se configuran como monopolios naturales (por parecer ineficiente desde el punto de vista económico duplicar las redes).

Como ejemplo de tales problemas, nos vamos a referir en primer lugar a las distorsiones que puede producir en el precio de la electricidad el poder de algunas compañías eléctricas. Ligado a lo anterior, pues tiene que ver con el precio de la electricidad, analizaremos el problema que ocasiona la existencia de una tarifa regulada en un sector que pretende liberalizarse. Fruto, en parte, de inercias anteriores, la libre competencia en la generación no está exenta de dificultades, como sucede con el derecho de acceso de productores en régimen especial a las redes. La liberalización del sector ha abierto también el mercado de las grandes operaciones empresariales. Pero las tomas de participación accionarial en que estén implicadas empresas energéticas choca con la tradición de servicio público (y la nota de tutela e intervención administrativa que le es propia) que caracteriza al sector. Por ello, aludiremos también, para concluir, a la tensión entre libre competencia y servicio público que se manifiesta en el control público de los movimientos corporativos, concretamente en la ampliación de la función 14ª de la CNE y en su reciente declaración de incompatibilidad con el Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)⁵⁰.

1. Distorsiones en el mercado de ajustes

El proceso liberalizador ha dado lugar a la creación de un mercado mayorista organizado, o por eléctrico, en el que los precios se forman libremente mediante la casación de ofertas de compra y de venta de energía eléctrica. Pero tal casación, a veces, no asegura el suministro, pues pueden aparecer restricciones técnicas, o limitaciones físicas derivadas de la configuración de la red de transporte. La solución a esas restricciones ha provocado conductas contrarias a la libre competencia.

Así, la creación de un mercado organizado que favorece la libre competencia, en beneficio de los consumidores, puede volverse en contra de éstos debido al comportamiento anticompetitivo de operadores con fuerte poder de mercado.

En esencia, el mercado diario funciona mediante la casación de ofertas de compra y de venta de energía a cargo del OMEL. El resultado de la casación determina el precio marginal, que es el correspondiente al de la última unidad que resulte casada en el diario (es decir, el precio de venta más caro que case con una oferta de compra). El marginal es el precio que pagan todos los compradores y el que reciben todos los vendedores, con independencia de las concretas ofertas que hayan realizado.

Realizada la casación, el OMEL lo comunica a REE, quien evalúa su viabilidad técnica. Si el programa previsto no cumple los criterios técnicos o de seguridad establecidos en los procedimientos de operación del sistema, aparecen las restricciones técnicas. Tales restricciones se solucionan con el redespacho de la generación, acoplando centrales que no estaban previstas, subiendo la potencia de las acopladas o, incluso, desacoplando otras centrales.

50. Al enunciarse sólo algunos ejemplos forzosamente se dejan de mencionar otros problemas sobre la liberalización del sector que ha analizado la doctrina. Para tener una visión más completa puede consultarse, entre otros, a Xavier VIVES («El reto de la competencia», en la obra colectiva, *Energía y Regulación*, Civitas, Madrid, 2007); o a Paulina BEATO y a Juan DELGADO («Algunas asignaturas pendientes en la regulación del sector eléctrico», en la misma obra colectiva recién citada).

Hasta 2004, la retribución de las unidades que resolvían restricciones técnicas no se fijaba por el precio marginal, sino mediante un orden de preferencia económica basado en su oferta en el mercado diario.

El comportamiento anticompetitivo de algunas compañías eléctricas consistió en que presentaban ofertas a precios sustancialmente superiores a sus costes variables en el diario, para quedar excluidas de la casación en dicho mercado. Tal (buscada) exclusión se hacía a sabiendas de que serían llamadas para resolver las posteriores restricciones técnicas porque podían anticipar dónde sucederían éstas y porque operaban en zonas de suministro en las que sólo ellas tenían capacidad para resolver las restricciones, de forma monopolista. La retribución por tal intervención se remuneraba con el precio ofertado en el diario, que era elevado (en realidad excesivo), y que por ello había quedado excluido de la casación.

Debido a esa actuación, otras unidades casadas en un sistema de libre competencia eran retiradas y dejaban de percibir los ingresos que les hubieran correspondido. Además, el precio de la energía final se veía incrementado porque la central que casa en último lugar en el diario es menos eficiente (más cara) que la que ha decidido no acudir al diario, y por tanto el marginal es mayor⁵¹. Esas conductas fueron multadas⁵².

El Real Decreto 2351/2004, de 23 de diciembre, trató de remediar el problema recién descrito. Estableció un sistema de doble oferta, con precios distintos para el mercado diario y para el de restricciones técnicas. Así, los aumentos de energía programada y realmente producida se retribuyen ahora al precio de las ofertas presentadas expresamente para este servicio. La Comisión Nacional de la Competencia considera que la estrategia de los operadores será ahora más transparente, aunque duda de la eficacia real de la medida, por lo que la distorsión puede seguir apareciendo⁵³.

2. Segmento minorista: tarifa de último recurso y déficit de tarifa

Hoy en día el suministro en régimen de libre competencia convive con el suministro a tarifa, cuyo precio fija el Gobierno por Orden Ministerial⁵⁴. El primero se realiza por los comercializadores y el suministro a tarifa por los distribuidores.

Esta situación se mantendrá hasta la entrada en vigor del suministro de último recurso, momento a partir del cual el suministro corresponderá en exclusiva a los comercializadores, teniendo la obligación de suministro de último recurso aquellos que determine el Gobierno (Disposición Adicional Vigésimo Cuarta y art. 9.1.f.2º de la Ley del Sector Eléctrico, y

51. La Resolución de 14 de febrero de 2008 señala que durante 20 días del segundo semestre de 2004 la tecnología marginal fue un fuel, mientras Castellón 3, ciclo combinado de *Iberdrola*, mucho más eficiente que el fuel, se autoexcluyó del diario.

52. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 7 de julio de 2004 (*Endesa, Iberdrola, Unión Fenosa*); Resolución del TDC de 28 de diciembre de 2006 (*Enel Viesgo*), Resolución del TDC de 8 de marzo de 2007 (*Iberdrola*), Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 14 de febrero de 2008 (*Iberdrola*).

53. «Tener que explicitar dos ofertas contribuye a hacer más transparente la estrategia seguida por los operadores a la hora de ofertar su producto, pero no impide que haciendo idénticas ofertas a los dos mercados, se consiga el mismo efecto que con una sola, esto es, la retirada de la capacidad del diario, la reserva de esa capacidad para resolver la restricción técnica, la obtención del mayor ingreso en el mercado de restricciones y la alteración del precio del mercado diario al forzar la entrada de una central más ineficiente y por tanto de mayor coste marginales» (Resolución de 14 de febrero de 2008, disponible en www.cncompetencia.es).

54. La última revisión de la tarifa se realizó mediante la Orden ITC/1857/2008, de 26 de junio, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2008.

Disposición Transitoria Segunda de la Ley 17/2007, citada). El suministro de último recurso es una típica técnica regulatoria del «nuevo servicio público» al que ya nos hemos referido.

El consumidor a tarifa tiene derecho al suministro a un precio asequible, finalidad que tradicionalmente ha pretendido la técnica del servicio público. Pero el precio de las tarifas fijado en los últimos años, en el que están presentes consideraciones político-sociales, ha sido inferior al coste de producción de la energía eléctrica⁵⁵. Se origina así una tensión entre la garantía de precios asequibles para el usuario y los costes de producción en un mercado liberalizado, que ha dado lugar al llamado déficit de tarifa, o diferencia de precio entre el coste de producción de la electricidad y lo recaudado por este concepto mediante la tarifa integral.

El déficit de tarifa se soporta por determinados productores, si bien ciertas cantidades ya reconocidas como deuda a éstos, últimamente incluso de forma anticipada en cada ejercicio (déficit *ex ante*), están siendo objeto de adjudicación a entidades bancarias mediante subastas periódicas⁵⁶. Los bancos adjudicatarios recuperarán el importe pagado en las subastas, con intereses, en años sucesivos.

El reducido precio de la tarifa que ocasiona el déficit produce también otros problemas: no da al usuario la verdadera señal de los precios, lo cual fomenta el consumo irresponsable, no modera el poder de mercado de las empresas, que antes o después acaban recibiendo el importe del déficit, y éstas, a su vez, tienen menos incentivos para invertir en I+D. Además, la tarifa –tal como está concebida– dificulta el desarrollo de la competencia en la comercialización⁵⁷.

Esto último se debe a que, al no reflejar la tarifa integral el verdadero coste de la electricidad, su precio es anormalmente bajo, lo cual impide la competencia con los precios del mercado liberalizado, donde sí se refleja tal coste. Prueba de ello es el escaso número de consumidores en baja tensión (domésticos y PYMEs) que han acudido al mercado liberalizado, número que incluso disminuyó durante 2006 y durante el primer semestre de 2007⁵⁸.

Existe el temor de que la tarifa de último recurso impida, como la tarifa integral, el desarrollo adecuado del suministro en libre competencia.

El ámbito de consumidores con derecho a suministro de último recurso irá reduciéndose con base a un calendario progresivo según el cual a partir del 1 de enero de 2010 sólo podrán quedar acogidos a tarifa de último recurso los consumidores en baja tensión y, a partir de 2011, sólo los consumidores con potencia contratada inferior a 50 kW.

Se ha dicho que, dado el importante volumen que tiene hoy en día el consumo a baja tensión (el 47% de la energía consumida y el 70% de la facturación), la tarifa de último recurso no irá destinada, como podría pensarse, a un sector residual del mercado, sino probablemente al más importante, tanto en número de abonados como en términos de energía consumida y de facturación⁵⁹. Además, la potencia considerada hace que se incluya, tal vez de forma injusta

55. Señala al respecto VIVES TORRENT, X., *op.cit.*, pág. 106: «La tarifa se ha utilizado como instrumento en el corto plazo bien para controlar la inflación o bien para responder a la presión del sector para obtener rentabilidad».

56. Sobre la subasta del déficit de tarifa puede consultarse la información contenida en la página institucional de la CNE: <http://www.cne.es>, apartado «Subastas de déficit *ex ante*».

57. En sentido similar VIVES TORRENT, X., *op. cit.*, pág. 106.

58. A tenor de la última información publicada por la CNE en el «Boletín informativo sobre la evolución del mercado minorista de electricidad en la zona peninsular», Primer semestre de 2007 (disponible en www.cne.es, apartado «Boletines CNE»).

59. TEMBOURY REDONDO, M., «Las tarifas de último recurso en la reforma de la Ley del Sector Eléctrico», *energía-diario.com* (www.energiadiario.com, apartado «Opinión»).

tificada, a categorías de usuarios con una cierta entidad (sobre todo entre las PYMEs), a los que se presume capacidad para negociar en el mercado libre.

A falta de definirse para el sector eléctrico el modo en que tal tarifa será calculada, también hay motivos para pensar que puede superarse la distorsión que produce la vigente tarifa integral. Y ello porque el artículo 18 de la Ley del Sector Eléctrico dispone que para el cálculo de la tarifa de último recurso se tendrán en cuenta, de forma aditiva, ciertos conceptos o costes, entre los cuales se encuentra *«el coste de producción de la energía eléctrica, que se determinará atendiendo al precio medio previsto del kilovatio hora en el mercado de producción durante el periodo que reglamentariamente se determine y que será revisable de forma independiente»*.

3. Las dificultades de acceso a las redes para la producción en régimen especial

Como se ha señalado, REE es el gestor de la red de transporte y el transportista único en régimen de exclusividad. La participación accionarial en REE tanto de los agentes del sector como del Estado está limitada, aunque esta compañía realiza actividades de naturaleza cuasi pública (art. 34 LSE). Así pues, en España los activos de la red de transporte no están en poder de una empresa estatal verticalmente integrada. En esto difiere nuestro modelo de otros (señaladamente del de Francia), en que la propiedad de la red se halla en manos de empresas verticalmente integradas, y controladas además por el Estado, lo cual puede ser un obstáculo para una verdadera competencia⁶⁰.

La normativa española no exige la separación de la propiedad de las redes de distribución. La Ley del Sector Eléctrico, en línea con la normativa comunitaria, exige la mera separación jurídica y funcional. Por eso una distribuidora puede pertenecer a un grupo que desarrolle actividades en libre competencia, aunque cumpliendo los requisitos de separación exigibles (art.14).

El derecho de acceso a las redes de distribución es clave en la liberalización, como ya se ha enfatizado. Sin embargo, en parte por la inercia de momentos en que el sector estaba en manos de empresas verticalmente integradas, tal derecho no se materializa en ocasiones con la eficacia deseada. Sucede así en particular en el caso del acceso a las redes de distribución por parte de productores en régimen especial.

El derecho de acceso de terceros a las redes de distribución únicamente puede denegarse por el gestor de la red de distribución caso de falta de capacidad de las redes (art. 42).

La falta de otorgamiento de acceso por parte de los distribuidores puede perjudicar a aquellos productores en régimen especial (particularmente en el sector fotovoltaico) cuya inscripción sea posterior al 29 de septiembre de 2008, fecha límite para acogerse al régimen económico del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, más beneficioso, se supone, que la norma que lo sustituya⁶¹. Dos factores limitan el acceso y conexión de los productores en régimen especial:

60. DÍAZ DE LEMA señala que no puede crearse un verdadero mercado interior si subsisten empresas, herederas de monopolios y dominadas accionarialmente por los Estados, pues las mismas no desean crear mercado («Condiciones para la creación de un mercado energético europeo», *REDETI*, núm. 26, 2006, pág. 46).

61. Las normas relevantes son el artículo 22 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y la Resolución del Secretario General de Energía de 27 de septiembre de 2007 (BOE de 29 de septiembre de 2007), según la cual podrán acogerse al régimen económico que dicho Real Decreto establece, las instalaciones que se inscriban en el Registro correspondiente

(i) la denegación de la conexión con criterios propios del régimen de acceso; y (ii) la denegación de acceso a través de procedimientos autonómicos.

(i) La Ley 17/2007, que modificó el artículo 42 de la Ley del Sector Eléctrico, exige que antes de solicitar el acceso a la red de distribución se disponga de punto de conexión, invirtiendo el orden que preveía el régimen anterior. El otorgamiento previo de la conexión corresponde al gestor de la red, siendo competente la Comunidad Autónoma para la resolución de eventuales conflictos y cuestiones técnicas.

En su sesión de 27 de marzo de 2008, el Consejo de la CNE, al haber observado que en sede de conexión puede darse, en la práctica, una denegación injustificada del derecho de acceso, emitió una nota de prensa sobre la interpretación de la nueva regulación⁶².

La nota señala que la CNE sigue siendo la competente para resolver los conflictos que se planteen en relación con el acceso a las redes de transporte y distribución. Y que en ningún caso podrá denegarse la conexión invocando los criterios propios del régimen de acceso a las redes; en particular, la falta de capacidad justificada por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros, pues tal criterio es propio del derecho de acceso.

(ii) Debido sobre todo a un régimen retributivo favorable, en los últimos años ha proliferado la construcción de pequeñas instalaciones fotovoltaicas, lo cual ha suscitado numerosas solicitudes de acceso de dichos productores a la red de distribución de la zona.

Ello ha determinado la adopción de medidas por parte de las Comunidades Autónomas, en ocasiones con la colaboración de las distribuidoras, para limitar el número de tales productores. Pero tales medidas no siempre se atienen al señalado reparto de competencias en materia de acceso y conexión.

El procedimiento más habitual empleado por las Comunidades Autónomas consiste en delimitar zonas, asignar una capacidad global de evacuación de la red en cada zona, y repartir entre los productores de esas zonas tanto la capacidad para evacuar como los gastos en infraestructuras, mediante un convenio o una resolución administrativa.

La CNE ha expresado su preocupación por estas medidas, que pueden afectar al derecho de acceso. En la citada sesión de 27 de marzo de 2008, su Consejo emitió una nota al respecto⁶³.

A tenor de la misma, la CNE considera que en los conflictos de acceso a los que sea aplicable la anterior redacción del art. 42 de la Ley del Sector Eléctrico (los que tengan origen en una solicitud de acceso anterior a la entrada en vigor de la Ley 17/2007) no puede aceptarse la denegación de acceso con base en procedimientos autonómicos. Ello podría vulnerar el principio de libre competencia en la generación y de planificación indicativa de tal actividad,

en el plazo de un año desde la publicación de dicha Resolución (es decir, hasta el 29 de septiembre de 2008). Se está tramitando un Real Decreto que regule la retribución de las instalaciones posteriores a la fecha límite recién citada (Vid. el Informe 31/2007, de 13 de diciembre de 2007, de la CNE, sobre una primera propuesta normativa al respecto).

62. Nota de prensa disponible en la página web de la CNE (www.cne.es, apartado «Comunicados de prensa»).

63. Para mayor detalle puede consultarse el Informe de 27 de marzo de 2008 de la CNE sobre procedimientos autonómicos relativos al acceso y la conexión de instalaciones en régimen especial a las redes de distribución a través de mesas de evacuación o mecanismos similares (disponible en la página institucional de la CNE).

así como la prohibición de reserva de capacidad y la prioridad para la evacuación de energía producida en régimen especial.

Tras la reforma operada por la Ley 17/2007, la condición necesaria para que una producción vierta su electricidad a la red depende de la disponibilidad de punto de conexión, materia ésta que compete a las Comunidades Autónomas. Así pues, reconoce el Consejo de la CNE, éstas podrán regular procedimientos sobre conexión en sus requerimientos técnicos. Pero esos procedimientos deben respetar la normativa básica estatal, y sobre todo el principio ya expuesto de que el acceso es competencia estatal y sólo puede denegarse por la falta de capacidad justificada por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros. El eventual incumplimiento de la normativa estatal será controlado por los Tribunales. Y la CNE puede plantearse recurrir ante éstos contra aquellas normas reglamentarias autonómicas que la infrinjan.

4. El plano comunitario: la ampliación de la función 14ª de la CNE y su declaración de incompatibilidad con el Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Otro ejemplo de tensión entre el antiguo y el nuevo servicio público se ha manifestado también en nuestro Derecho en la ampliación de la función 14ª de la CNE y en el contencioso comunitario a que la misma dio lugar.

El mercado energético se ha convertido, también, en un gran mercado de operaciones empresariales, lo cual puede poner en riesgo las misiones de interés público que las empresas del sector tienen asignadas. Como se infiere de los términos que delimitan su ámbito de aplicación en el apartado 1 así como de los amplios criterios de decisión contenidos en su apartado 2, la llamada función 14ª de la CNE tiene por finalidad, en sentido amplio, proteger dicho componente de servicio público presente en las actividades energéticas reguladas y en las que son objeto de especial sujeción⁶⁴. En 2006, el ámbito de aplicación de la función 14ª fue ampliado (párrafo segundo de su apartado 1), pero el TJCE acaba de considerar que tal ampliación infringió el Derecho comunitario, concretamente las libertades de circulación de capitales (art. 56 TCE) y de establecimiento (art. 43 TCE)⁶⁵.

Como es sabido, la reforma de la función 14ª realizada mediante el ya citado Real Decreto-ley 4/2006 fue objeto de amplia controversia desde el mismo momento de su adopción.

La función 14ª (aún hoy formalmente vigente en la extensión dada a la misma por el Real Decreto-ley 4/2006, por ahora no derogado ni modificado) exige la autorización previa de la CNE para las tomas de participación accionarial realizadas por ciertas sociedades del sector energético en otras empresas, fuesen o no de dicho sector. La citada reforma añadió que la autorización sería también necesaria para ciertas tomas de participación accionarial en sociedades del sector de la energía, y para la adquisición de los activos precisos para realizar tales actividades⁶⁶. La Disposición Transitoria Única de dicho Real Decreto-Ley declaró la aplicación de este procedimiento a todas las operaciones pendientes de ejecución.

64. Disposición Adicional Undécima, tercero, 1, decimocuarta, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

65. Sentencia de 17 de julio de 2008, Comisión/España (C-207/07, aún no publicado).

66. A tenor de la función 14ª, párrafo 1º, la CNE debe autorizar la toma de participación accionarial realizada «por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas o actividades que estén sujetas a una intervención administrativa».

Entre tales operaciones pendientes de ejecución se hallaba la OPA de *E.On* sobre *Endesa*. *E.On*, que se disputaba con *Gas Natural* el control de *Endesa*, alegó que el mencionado Real Decreto-ley se dictó singularmente para su caso, en beneficio de la gasista española. La CNE desoyó tales alegaciones (entendió que como Administración pública sometida al principio de legalidad no podía inaplicar por su propia autoridad una norma con rango de ley cuya constitucionalidad y compatibilidad con el Derecho comunitario no había sido cuestionada entonces por resolución jurisdiccional alguna) y subordinó la autorización de la OPA a una serie de condiciones⁶⁷, la mayoría de las cuales fueron recurridas (con parcial éxito) por *E.On* y objetadas por la Comisión Europea.

La Comisión inició un procedimiento de infracción contra España (tanto por la adopción del Real Decreto-ley como por su aplicación a concentraciones de dimensión comunitaria –*E.On/Endesa* y *Enel/Acciona/Endesa*–) e interpuso finalmente recurso por incumplimiento ante el TJCE, al considerar que este Real Decreto-ley vulneraba los derechos de libre circulación de capitales y de libertad de establecimiento, consagrados en el Tratado de la CE.

En su sentencia de 17 de julio de 2007, el Tribunal estimó el recurso y declaró el incumplimiento de España, concretamente la incompatibilidad con el Derecho comunitario del párrafo segundo del apartado 1 de la función 14^a. Si bien admitió que las restricciones a las tomas de participación empresarial pueden estar justificadas por el objetivo de garantizar la seguridad del abastecimiento, la sentencia señaló que «*la mera adquisición de participaciones en empresas que realicen determinadas actividades reguladas en el sector energético o de los activos precisos para desarrollar dichas actividades no puede, en principio, considerarse en sí misma como una amenaza real y suficientemente grave para la seguridad del suministro de energía*».

La sentencia consideró que el régimen español de autorización previa era desproporcionado en relación con el objetivo de garantizar la seguridad del suministro energético. Señaló que España «*no ha demostrado que el objetivo perseguido no pudiera alcanzarse mediante medidas menos restrictivas, en particular mediante un sistema de declaraciones a posteriori*». Y añadió que el amplio margen de apreciación que la norma concede a la CNE es difícilmente controlable, lo que «*entraña un riesgo de discriminación*».

Como consecuencia de su declaración de incompatibilidad con el Derecho comunitario por el TJCE, el supuesto de aplicación previsto en el párrafo segundo de la función 14^a ha devenido inaplicable. Adviértase bien, ha devenido inaplicable en la medida de su incompatibilidad con los derechos a la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento; es decir, resulta en lo sucesivo inaplicable a las adquisiciones realizadas por las empresas titulares de dichos derechos, que son exclusivamente las empresas comunitarias (incluidas, lógicamente, las españolas).

Por el contrario, la sentencia del TJCE no afecta –al menos formalmente– al primer su-

que implique una relación de sujeción especial». El párrafo 2º disponía: «*La autorización será igualmente requerida cuando se pretenda la adquisición de participaciones en un porcentaje superior a un 10% del capital social o cualquier otro que conceda influencia significativa, realizada por cualquier sujeto en una sociedad que, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedad, desarrolle alguna de las actividades mencionadas en el párrafo anterior de este apartado 1. La misma autorización se requerirá cuando se adquieran directamente los activos precisos para desarrollar las citadas actividades*». La función 14^a modificada expresa las circunstancias por las que las autorizaciones anteriores podían ser denegadas o sometidas a condiciones (riesgos sobre las actividades contempladas, protección del interés general del sector y de los activos considerados estratégicos, seguridad pública, seguridad y calidad del suministro, etc.).

67. La Resolución de la CNE de 27 de julio de 2006 sobre la solicitud de *E.On* consistente en la toma de participación en el capital social de *Endesa* (www.cne.es, apartado «Publicaciones»).

puesto de aplicación de la función 14^a, previsto en el párrafo primero del apartado 1, cuya compatibilidad con el Derecho comunitario no fue cuestionada de forma expresa por la Comisión Europea. De ahí que la sentencia no haya declarado la incompatibilidad también del párrafo primero del apartado 1 de la función 14^a con el Derecho comunitario.

No obstante, cabría pensar que el contenido de la sentencia puede proyectarse asimismo sobre el primer supuesto de aplicación de la función 14^a (o, lo que es lo mismo, que las razones que han llevado al TJCE a declarar la incompatibilidad con el Derecho comunitario del párrafo segundo podrían llevar igualmente a concluir que el párrafo primero se halla también incurso en idéntica incompatibilidad).

Si bien la CNE ha entendido, con base en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (STC 58/2004), que el deber de inaplicación de normas legales internas contrarias al Derecho comunitario exige la existencia de un previo pronunciamiento jurisdiccional del TJCE en el que se declare la efectiva incompatibilidad entre la norma interna y el Derecho comunitario⁶⁸, cabría plantearse si el deber de inaplicación se ha de extender también a aquellos supuestos en que de la *ratio decidendi* de un pronunciamiento judicial comunitario (en que se declare la incompatibilidad con el Derecho comunitario de un precepto legal interno) se pueda concluir inequívocamente que la norma a la que formalmente no ha alcanzado dicho pronunciamiento incurre, sin embargo, en idéntico vicio. Pero lo cierto es que el criterio que hasta ahora ha mantenido la CNE (concretamente, en su Resolución de 27 de julio de 2006, recaída en el caso *E.On/Endesa*) es el de que la ausencia de un expreso pronunciamiento jurisdiccional comunitario que declare la incompatibilidad con el Derecho comunitario de una norma legal interna impide que la Administración (por tanto, también, la CNE) pueda inaplicarla por su propia autoridad, aun si pensara que ésta infringe efectivamente el ordenamiento jurídico comunitario.

No obstante, aun si se entiende que la ausencia de un expreso pronunciamiento jurisdiccional comunitario que declare la incompatibilidad con el Derecho comunitario del primer supuesto de aplicación de la función 14^a impide su inaplicación, procede llamar la atención sobre el hecho de que la aplicación de aquél en lo sucesivo podría provocar una discriminación inversa de las empresas españolas que desarrollan actividades reguladas en los sectores energéticos, toda vez que –a diferencia de las protagonizadas por éstas– las tomas de participación en el capital social de tales empresas realizadas por empresas extranjeras (que no desarrollen actividades reguladas en España) no quedarían comprendidas en el ámbito de aplicación subsistente de la función 14^a.

Resulta dudoso, sin embargo, que el riesgo de discriminación inversa como consecuencia de una eventual aplicación futura del párrafo primero del apartado 1 de la función 14^a autorice a la Administración a inaplicar por su propia autoridad una norma legal vigente cuya adecuación a Derecho no ha sido cuestionada hasta la fecha de forma expresa por resolución jurisdiccional alguna. Es decir, sería primariamente el legislador español quien, con ocasión de dar cumplimiento a la sentencia del TJCE de 17 de julio de 2008 (derogando o, al menos, modificando el párrafo segundo del apartado 1 de la función 14^a), debería plantearse también, en su caso, la necesidad de derogar o modificar al mismo tiempo el párrafo primero del citado precepto para evitar en el futuro posibles discriminaciones inversas de empresas españolas.

Sin perjuicio de lo anterior, la problemática descrita a que da lugar la subsistencia aislada

68. Así lo manifestó la CNE en su Resolución de 27 de julio de 2006 (OPA EON/ENDESA).

del primer supuesto de aplicación de la función 14^a después de la sentencia del TJCE de 17 de julio de 2008, debería llevar, para evitar o al menos limitar las distorsiones y efectos asimétricos referidos, a que el ámbito de aplicación del párrafo primero del apartado 1 de la función 14^a fuese interpretado de forma restrictiva, al menos en tanto el legislador español procede o bien a derogar la función 14^a en su integridad o a modificarla.

En este sentido, parece razonable postular que —al menos tras la sentencia del TJCE— prevalezca una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación subsistente de la función 14^a (párrafo primero del apartado 1), de tal modo que éste no se extienda más allá de lo que indica una estricta interpretación literal y sistemática del precepto. En consecuencia, procedería entender que el ámbito de aplicación del párrafo primero del apartado 1 no se ha de extender a las adquisiciones realizadas por sociedades que no desarrollen directamente actividades reguladas (por ejemplo, a las adquisiciones realizadas por sociedades matrices o sociedades cabecera de grupo que no desarrollen por sí mismas tales actividades).

IV. CONCLUSIONES

Primera. El servicio público en el sector eléctrico español ha evolucionado, en lo esencial, del modo siguiente:

a) Desde el último tercio del siglo XIX, momento en que llegó la electricidad a España, hasta finales del primer tercio del siglo XX, fecha en que el suministro eléctrico fue declarado servicio público, la intervención del Estado en el sector fue escasa.

b) Desde entonces y hasta mediados de la década de los años 80, la intervención del Estado mediante la técnica del servicio público fue en aumento, y se encaminó fundamentalmente a la creación de un sistema eléctrico uniforme y cohesionado.

c) A partir de mediados de la década de los 80 y hasta la actualidad, se ha venido incorporando a nuestro Derecho el proceso liberalizador de origen e impulso comunitario, cuyo fin último es la creación de un mercado único.

Segunda. El proceso recién descrito supone el paso de los «servicios públicos» tradicionales, con reserva de actividades a favor del Estado, a los «servicios de interés económico general» (o «servicios esenciales», en terminología propia de nuestro Derecho). Con arreglo al nuevo modelo, la iniciativa corresponde a los particulares, sobre los que recae una regulación estatal que les atribuye misiones de servicio público dirigidas a asegurar el suministro de electricidad.

Tercera. La progresiva incorporación de la libre competencia y del mercado a un ámbito tradicional cercano a lo público genera determinados problemas y tensiones en las actividades de producción y comercialización, que son las que están liberalizadas. Éstos son algunos ejemplos:

a) La creación de un mercado de producción organizado favorece la libre competencia en beneficio de los consumidores. Pero la existencia de empresas con fuerte poder de mercado puede alterar la formación de los precios, en perjuicio de dichos consumidores, como ha sucedido con el mercado de restricciones técnicas.

b) La tarifa integral, mecanismo propio del servicio público, asegura unos precios asequibles para el consumidor. Pero dicha tarifa, fijada por el Gobierno con criterios político-sociales, no cubre el coste de producción de la electricidad en un mercado competitivo, ocasionando el

llamado déficit de tarifa. Esta distorsión impide que los consumidores reciban una señal adecuada de los precios y que el mercado minorista se desarrolle adecuadamente.

c) El derecho de acceso de terceros a las redes, elemento clave de la liberalización, se ha visto obstaculizado para el caso de los productores en régimen especial que han pretendido verter energía a las redes de distribución. A ello han contribuido, en ocasiones, algunas Comunidades Autónomas.

d) Mecanismos de control como la función 14ª de la CNE, llamados a proteger en último término la misión de servicio público inherente al suministro eléctrico, pueden chocar con los principios de libre circulación de capitales y de libertad de establecimiento, cuya manifestación más notable son las grandes operaciones corporativas de dimensión comunitaria.