

1.- INTRODUCCIÓN

La regla de la separación jurídica afecta a tres ámbitos distintos del sector eléctrico. Afecta, en el ámbito industrial, a las actividades de red respecto de la producción y comercialización de la electricidad y, en el ámbito institucional, a la Operación del Sistema y a la Operación del Mercado.

La separación de actividades en los ámbitos industrial e institucional requieren, necesariamente, de análisis separados tanto en razón a la distinta naturaleza de las actividades a que hace referencia como por la distinta *ratio iuris* que sustenta la exigencia de separación.

2.- DESCRIPCIÓN DE LOS ÁMBITOS INDUSTRIAL E INSTITUCIONAL, AFECTOS A LA REGLA DE SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES

2.1.- Situación preexistente y *ratio iuris* de la separación de actividades, en el ámbito industrial

La Ley 54/1997² del sector eléctrico, instrumento legal de la *despublicatio* de esta actividad esencial para la convivencia social, desde la primigenia redacción de su artículo 14 establecía la separación jurídica de las actividades de red, intensamente reguladas, de las actividades de producción y comercialización, con una más liviana regulación pero no *desregladas* o *no reguladas*, como frecuentemente se denominan sin acierto alguno, porque no existe en nuestro complejo mundo una sola actividad comercial o industrial que pueda decirse no esté regulada.

Posiblemente el error denominativo tenga su origen en la, a mi juicio, incorrecta redacción del artículo 11.3 de la propia Ley 54/1997, el cual al hacer referencia a las que denomino como *actividades intensamente reguladas* (operación del sistema, transporte y distribución), declare que “... *tienen carácter de actividades reguladas...*”.

Entrando ya en materia, ha de recordarse que, ya desde su origen, el proceso eléctrico tenía naturaleza vertical. Salvando la existencia de algunas empresas destinadas, únicamente, a la producción eléctrica,

¹ Joaquín M^a Nebreda Pérez. Doctor en derecho, Abogado. Consultor de GOMEZ ACEBO & POMBO, ABOGADOS.

² Real Decreto 277/2000, 25-II-200. B.O.E. nº 65, 16-III-2000. Desarrollaba el artículo 14 y la Disposición Transitoria quinta de la Ley 54/1997, estableciendo los criterios a seguir para la adecuada separación societaria de las actividades que, al momento de promulgarse la liberalización del sector eléctrico, estuvieran organizadas verticalmente, bajo los principios de *libertad de elección* del método a seguir y de *neutralidad* del proceso.

como es el caso de las centrales nucleares y algunas otras hidroeléctricas o térmicas, y, desde luego, salvando las numerosas y pequeñas empresas de distribución eléctrica, conocidas como *distribuidores de tarifa D*, lo cierto es que las grandes empresas atendían a la totalidad de los procesos industriales necesarios para poder prestar el suministro eléctrico.

La producción de energía eléctrica, su transporte en tensiones superiores a 220 kV., la distribución eléctrica en tensión inferior al referido umbral y, por último, el suministro al cliente final en régimen de tarifa integral, eran las distintas actividades propias del proceso industrial eléctrico que se desarrollaban en régimen de unidad empresarial.

Va de suyo que, tras la reforma legal imponiendo la figura de *transportista único*, en el ámbito del Operador del Sistema, según veremos más adelante, por lo que se refiere al ámbito empresarial que ahora se trata, la actividad de red queda limitada a la distribución eléctrica y a algunos elementos con retribución de transporte que se declaren de titularidad del distribuidor³, lo que simplifica mucho la explicación.

Entre la actividad de transporte, por mínima que sea, y la actividad de distribución, deberá mantenerse la separación contable, por lo que la separación jurídica de que se trata en el presente trabajo hace referencia a toda la actividad de red gestionada por el distribuidor, tanto mediante elementos de transporte de su propiedad como de distribución.

La *ratio iuris*, de la regla que vamos a analizar, se encuentra en la necesidad de romper la preexistente *verticalidad* de las empresas actuantes en el sector eléctrico, para abrirse a su liberalización, lo que obliga a formular una somera explicación del propio proceso eléctrico.

El transito de la declaración de *publicatio* del suministro eléctrico, declaración de *servicio público*, establecida en el Decreto de 12 de abril de 1924⁴, a la declaración de *despublicatio*, contenida en la ya referida Ley 54/1997, tiene su causa en el reconocimiento de que esta actividad industrial, y también comercial, es una actividad propia, en exclusiva, de la iniciativa privada y, por tanto, desarrollada en régimen de libre competencia.

El problema está en que una de las actividades integradas en el suministro eléctrico, la actividad de red, necesaria para el transporte y distribución de la electricidad, supone la exigencia de una pesada infraestructura de red que, por su propia naturaleza, constituye un *monopolio natural*⁵.

Resulta evidente la aparente contradicción que se nos presenta. ¿Cómo desarrollar una actividad empresarial en régimen de libre competencia si una de sus operaciones imprescindibles es, por ley y por razón, un monopolio?

³ Artículo 35.2, párrafo tercero, de la Ley 54/1997.

⁴ El Decreto de 12-IV-1924, en plena Dictadura de Primo de Rivera, declara al suministro eléctrico como *servicio público de prestación obligatoria*, estableciendo la *intervención pública* y la *potestad tarifaria* de la Administración. Es de advertir que la norma no sólo no cumplía con la *reserva de ley*, para tan gravosa declaración como es la de *servicio público*, sino que a éste no se le requería una de sus dos exigencias formales, hoy exigencia incontestable, cual es la de la *titularidad pública*, además de la del carácter de *servicio esencial para la convivencia*.

Así que tras aquella declaración de *servicio público* del suministro eléctrico no se produjo movimiento patrimonial alguno ni se estableció que los operadores eléctricos actuaran a título concesional o bajo cualquier otra modalidad de gestión indirecta, sino que continuaron haciéndolo a título propio y bajo la simple *autorización objetiva*, que no subjetiva, de sus instalaciones (dictamen de puesta en marcha). Realmente, la declaración de *publicatio*, que comento, no tuvo más trascendencia que la de universalizar, al menos en el plano teórico, el suministro eléctrico y habilitar la intervención intensa de la Administración.

⁵ El *monopolio natural* es un concepto económico por que el se define a aquellas actividades en las que carece de sentido económico su desarrollo en régimen de competencia. Así en la Ley 54/1997 se otorgaba esta característica a las redes del suministro eléctrico, únicamente en su Exposición de Motivos, pero no en su articulado (ver antigua redacción del art. 40.2) en el que se contradecía semejante naturaleza al interdicar que las autorizaciones de las instalaciones se otorgaran en régimen de monopolio.

Un conflicto en el sector eléctrico, derivado de tal contradicción, dio lugar a una modificación legal, de modo que, a virtud del Real Decreto-Ley 5/2005, lo que hasta entonces era *monopolio natural* de las redes adquirió naturaleza y reconocimiento jurídico.

La solución no es novedosa, pues en otras actividades industriales desarrolladas mediante red se ha aplicado la misma, cual es la de someter el uso de la red al principio de *servicio universal*, regulado. Así el suministro de gas natural, de regulación gemela a la del suministro eléctrico, o el servicio de telefonía fija o el servicio ferroviario, presentan la similar exigencia de compartir una única red.

Realmente, el suministro eléctrico se compone de dos elementos perfectamente diferenciados, la *potencia eléctrica* capaz de transformarse en energías de diversa naturaleza al acceder al aparato receptor (lumínica, calorífica, motriz, química, etc.), objeto sustantivo del contrato de suministro eléctrico, y la *red* en la que tal *potencia eléctrica* se contiene, instrumento imprescindible para que la potencia eléctrica acceda al aparato receptor que la transforme en otra modalidad energética.

Pues bien, en régimen de libre competencia se desarrollan las actividades de producción y venta de la *potencia eléctrica*, del *producto electricidad*.

Así que quien desee adquirir *potencia eléctrica*, por un espacio de tiempo determinado (potencia por tiempo, es energía) contratará con quien la produzca o con algún intermediario (comercializador), si bien para que la potencia adquirida acceda al aparato receptor que la transforme requerirá que, normalmente el vendedor, haga uso de la red a la que esté unido el punto de consumo, red que, como se ha advertido en nota al pie, es un monopolio jurídicamente reconocido.

Pues bien, por ley, este uso de la red propiedad del distribuidor, con independencia de quién sea su propietario, viene regulado bajo los siguientes criterios:

- a) Todo cliente que tenga ubicado un punto de consumo en una construcción urbanísticamente lícita, tiene derecho a la *prestación obligatoria de la red*, a cargo del propietario de ésta que se encuentre en la zona;
- b) Todo vendedor o comprador de energía tiene derecho a utilizar la red, afecta al *servicio esencial* del suministro eléctrico, para llevar a cabo la transacción de electricidad que hubiera convenido en el libre mercado eléctrico;
- c) El titular de la red está obligado a extenderla para cumplir con la *prestación obligatoria de la red* y de mantenerla de manera que el suministro no traspase los umbrales reglamentarios de calidad (continuidad, tensión y frecuencia);
- d) La Administración pública establece, en régimen tarifario, el precio por el uso de la red, para garantizar que sea neutral respecto del libre comercio del *producto electricidad*.

Podría concluirse estableciendo que el suministro eléctrico es una actividad industrial y comercial desarrollada por la iniciativa privada en la que se comercia libremente con el *producto electricidad* utilizando una *red privada*⁶, en régimen de monopolio, caracterizada por su *transparencia*, o universal

⁶ Algunas voces, gracias a Dios pocas, han planteado la aparente evidencia de que si la red era un monopolio, que ha de actuar en forma *transparente* y *neutral* en un mercado libre de electricidad, debiera ser de propiedad pública.

No tengo reparo alguno en tachar de sofisma, semejante argumento, porque tras su aparente racionalidad esconde la, a mi juicio falsa creencia, de que lo público incorpora una neutralidad de actuación imposible para lo privado.

Las claves de una *red transparente y neutral*, son, además de un *precio regulado*, la *obligatoriedad de su extensión para nuevos suministros*, lo que se resuelve, en el ámbito del transporte mediante la *planificación vinculante*. En el ámbito de la distribución, la necesaria extensión de redes se garantiza al ser reconocida la red como una exigencia y un coste urbanísticos (la infraestructura eléctrica, que el urbanizador aporta al distribuidor eléctrico, hace que el suelo sea susceptible de edificación y, por tanto, permite la existencia de nuevos suministros, que es el interés del urbanizador); por su parte, la *calidad del suministro*