



CEU

*Instituto Universitario
de Estudios Europeos*

Universidad San Pablo

Documento de Trabajo

Serie Política de la Competencia

Número 26 / 2008

Separación de actividades en el sector eléctrico

Joaquín M^a Nebreda Pérez

CEU Ediciones

Documento de Trabajo
Serie Política de la Competencia
Número 26 / 2008

Separación de actividades en el sector eléctrico

Joaquín M^a Nebreda Pérez¹

CEU Ediciones

El Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo, Centro Europeo de Excelencia Jean Monnet, es un centro de investigación especializado en la integración europea y otros aspectos de las relaciones internacionales.

Los Documentos de Trabajo dan a conocer los proyectos de investigación originales realizados por los investigadores asociados del Instituto Universitario en los ámbitos histórico-cultural, jurídico-político y socioeconómico de la Unión Europea.

Las opiniones y juicios de los autores no son necesariamente compartidos por el Instituto Universitario de Estudios Europeos.

Serie Política de la Competencia de Documentos de Trabajo del Instituto Universitario de Estudios Europeos

Separación de actividades en el sector eléctrico

No está permitida la reproducción total o parcial de este trabajo, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

Derechos reservados © 2008, por Joaquín M^a Nebreda Pérez

Derechos reservados © 2008, por Fundación Universitaria San Pablo-CEU

CEU Ediciones

Julián Romea, 18 - 28003 Madrid

<http://www.ceu.es>

Instituto Universitario de Estudios Europeos

Avda. del Valle, 21 - 28003 Madrid

<http://www.ideo.ceu.es>

ISBN: 978-84-92456-08-6

Depósito legal: M-25539-2008

Compuesto e impreso en el Servicio de Publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU

Sumario

1. INTRODUCCIÓN	5
2. DESCRIPCIÓN DE LOS ÁMBITOS INDUSTRIAL E INSTITUCIONAL, AFECTOS A LA REGLA DE SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES	5
2.1. Situación preexistente y <i>ratio iuris</i> de la separación de actividades, en el ámbito industrial	5
2.2. Novedosas instituciones. El Operador del Sistema y el Operador del Mercado	8
3. CONTENIDO MATERIAL DE LA REGLA DE LA SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES	10
3.1. Núcleo de la regla de separación de actividades	10
3.2. Previsiones que la regla de separación de actividades impone a los grupos de empresas	11
3.3. Breve referencia a las exigencias contables	14
3.4. Previsiones que la regla de la separación de actividades impone al Operador del Sistema	14
4. CONCLUSIONES	16

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 tránsito 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*

libertad de tránsito y por su *neutralidad* o igualdad de coste y de calidad, que son las características de la red que garantizan la efectiva competencia del *producto electricidad*.

En este escenario, en el que la Administración pública establece las normas reglamentarias de prestación del uso de la red⁷ y dispone de la potestad inspectora y sancionadora, es en el que quedan, únicamente, en el ámbito de la libre competencia las transacciones comerciales de la *potencia eléctrica*, del *producto electricidad*, que es el objeto sustantivo que se transfiere por medio del contrato de suministro.

De esta apresurada descripción del proceso industrial eléctrico puede deducirse, en principio, la razonabilidad de la regla de separación de actividades con retribución regulada y prestación obligatoria de la red respecto de aquellas otras actividades afectas al régimen de libre competencia.

Como adelantaba en el inicio de estas líneas, la *ratio iuris* de la regla que nos ocupa no es sino la necesidad de romper con la tradicional verticalidad del proceso eléctrico para evitar la confusión de rentas libres y reguladas.

2.2.- Novedosas instituciones. El Operador del Sistema y el Operador del Mercado

La liberalización del sector eléctrico exige, además, dos instituciones de naturaleza jurídica privada, que van a jugar un papel relevante garantizando la plena operatividad de la red de transporte y su coordinación con la producción eléctrica, responsabilidad que corresponde al Operador del Sistema, y posibilitando la creación de un mercado organizado, función que se encarga al Operador del Mercado.

En el caso del Operador del Sistema, la sociedad mercantil “*Red Eléctrica de España SA (REE.SA.)*” desarrollará, además, la actividad de Gestor de la Red de Transporte y, a su vez, desarrollará, en régimen de exclusiva, la actividad de transportista.

Percíbese cómo la mercantil cuyo objeto social exclusivo es la *operación del sistema*, para “... *garantizar la continuidad y seguridad del suministro y la correcta coordinación del sistema de producción y de transporte*”, desarrolla, también, la *gestión de la red de transporte*, siendo, en su consecuencia, “... *responsable del desarrollo y ampliación de la red de transporte ...*”, pudiendo “... *realizar actividades de transporte ...*” que no son sino las de construir, mantener y operar redes de transporte, a tensiones iguales superiores a 220 kV. y que, por imperio de la Ley 17/2007, “... *actuará como transportista único desarrollando la actividad en régimen de exclusividad*”.

está regulada reglamentariamente como una obligación del distribuidor (la calidad no está en el producto electricidad, que es incorpóral, sino en la red), así que el mantenimiento y refuerzo de la red no está sometido a más norma que la exigencia de alcanzar la calidad reglamentaria.

En definitiva, el propietario privado de red está sometido a la demanda del mercado a la hora de desplegar o reforzar su red y si no cumpliera con su función correctamente lo reclamará el propio mercado que tendrá a su favor la garantía de la regulación surgiendo la *responsabilidad administrativa*, controlada por la potestad inspectora y sancionadora de la Administración pública y, además, el nacimiento de la *responsabilidad civil*, igual que para cualquier otro proveedor.

Si la red fuera pública, qué garantía tendría el cliente de que la Administración pública perseguirá con el mismo entusiasmo o ahínco al organismo público responsable que lo hiciera al industrial privado, en el supuesto del mismo incumplimiento. Por otra parte, quién duda de que la eficiencia del sector privado, bajo control administrativo, es incomparablemente superior a la del sector público.

Una red, monopolio privado, con precio regulado y *control a posteriori* o *control de resultado*, es una solución eficiente, en la que la Administración pública no es operador sino regulador y controlador, funciones típicas de la Administración pública en las que actúa en razón a su *potestas*.

⁷ Ha de advertirse que las características de la red, y su uso, están intensamente reguladas, de tal modo que el contrato de uso de la red, también denominado *contrato de acceso de terceros a la red*, es de los denominados *contratos normados de adhesión* en el que se integran, como obligaciones de la prestación, todos los requerimientos reglamentarios que a las redes afecten, actuando, en la práctica, como predisponente la propia Administración y como adherentes tanto el proveedor del servicio de red como sus usuarios.

He aquí cómo el Operador del Sistema desarrolla tres actividades claramente diferenciadas, la de *operación del sistema*, como garante de la fluidez de tránsitos en la red, como auténtico guardia de la circulación, la de *gestión de la red de transporte*, asegurando su desarrollo y extensión, en los términos preestablecidos por la *planificación vinculante*, y la de *transportista único*, esto es, constructor, mantenedor y operador de la propia red. Véase que actúa de guardia de la circulación en la red, de garante de su desarrollo, ambas funciones preventivas y de control y, además de ejecutor, esto es de controlado.

Para llegar al objetivo legal del *transportista único* los propietarios de instalaciones que tengan la naturaleza de elementos de la red de transporte, deberán transferir su propiedad a la mercantil filial de REE. SA. que se constituya, al precio que se acuerde, a mi juicio, con criterio de capitalización de las retribuciones reconocidas a los activos que se transfieran y no según “*precios de mercado*”, que referidos a dichas instalaciones es obvio que no existen. Se excluyen de esta *venta forzosa* aquellos elementos que el Ministerio y la Comunidad Autónoma correspondiente, consideren deben permanecer de propiedad de la empresa distribuidora para el mejor cumplimiento de sus fines.

Asombrosamente se prevé⁸, para el caso de discrepancia respecto del precio de dicha transmisión, un mecanismo de *arbitraje obligatorio*. No se dice si será *arbitraje de derecho* o *arbitraje de equidad*, aunque se advierte que el árbitro deberá ser *independiente* (¡qué alivio!), así que estamos ante un arbitraje administrado por la C.N.E., que carece de procedimiento de administración de arbitrajes, todo lo cual es un conjunto de despropósitos jurídicos, difícilmente superable.

El asombro no es exagerado si se recuerda que hubiera bastado una leve referencia al artículo 1.1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16-XII-1954, que prevé la *venta forzosa*, como uno de los mecanismos de “*privación singular de la propiedad privada ... acordada imperativamente ...*”, pues en el artículo 1.2 de la misma Ley sólo se excluyen de la aplicación de la misma los supuestos de “*... ventas forzosas reguladas por la legislación especial sobre abastecimientos, comercio exterior y divisas*” que, evidentemente, no son del caso.

Con independencia del juicio que pueda merecer la figura del *transportista único* y con independencia de estas curiosidades jurídicas, no será difícil percibir, también en el caso del Operador del Sistema, la necesidad de evitar tanto la confusión interna de sus tres actividades como la confusión externa con las actividades de producción, de red y de comercialización y, en su consecuencia, la necesidad de una suerte de separación de actividades.

Por su parte, el Operador del Mercado, la sociedad mercantil “*Operador del Mercado Ibérico de Energía – Polo Español SA.*”, es una sociedad mercantil cuya función es la de la “*gestión del sistema de ofertas de compra y venta de energía eléctrica en el mercado diario de energía eléctrica*”, lo que supone recepcionar ofertas y demandas garantizadas, realizar su casación, determinar el precio de las casaciones por periodos horarios, asignar los derechos de cobro y las obligaciones de pago, con la subsiguiente liquidación, y comunicar al Operador del Sistema el resultado de las transacciones habidas, para su adecuada ejecución por la red.

El Operador del Mercado es el árbitro del mercado organizado de electricidad, que garantiza las transacciones realizadas en contrato multilateral.

Ha de advertirse que, tras la reforma de la Ley 17/2007, en el artículo 11.2 de la Ley 54/1997 se le ha liberado de su original condición de actividad intensamente regulada a la *operación del mercado* y, por tanto, se le ha excluido de la regla de la separación de actividades, con lo que sale del ámbito de nuestro presente interés.

⁸ Disposición Transitoria novena de la Ley 17/2007.

3.- CONTENIDO MATERIAL DE LA REGLA DE LA SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES

3.1.- Núcleo de la regla de separación de actividades

La regla de separación de actividades, dada su naturaleza eminentemente mercantil, podría haberse quedado en la exigencia de separación contable que no sería sino la exigencia de la conocida contabilidad analítica aplicada a cada actividad separable con lo que se conseguiría la plena identificación de los ingresos y gastos de cada una de ellas y así se preveía en la Directiva 1996/92/CE⁹, pero lo cierto es que en España la prevención se estableció partiendo de la necesidad de separación jurídica, mediante la creación de mercantiles de *objeto social exclusivo*, que es el núcleo de la regla de separación jurídica.

La vigente Directiva 2003/54/CE¹⁰, que derogó la referida Directiva 1996/92/CE, establece, por fin la exigencia de la separación jurídica de la sociedad que desarrolle la actividad de redes, “... *independiente de las demás actividades... al menos en lo que se refiere a la personalidad jurídica, la organización y la toma de decisiones*”, ahondando en las exigencias que garantizaran la efectiva separación organizativa y gerencial de la sociedad de *objeto social exclusivo*¹¹.

Efectivamente, el apartado 1 del artículo 14, de la Ley 54/1997, desde su primera redacción, establece que las actividades intensamente reguladas “*deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción o de comercialización...*” para agravarse la interdicción con el siguiente inciso final: “... *ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades*”.

La regla de separación de actividades que analizamos, cuya almendra es el *objeto social exclusivo*, añade, tras su modificación por la Ley 17/2007, la prohibición de que las mercantiles de *objeto social exclusivo* puedan tomar participaciones en empresas de producción y comercialización de electricidad, con la excepción de las empresas distribuidoras que teniendo menos de 100.000 clientes conectados a sus redes fueran de las que estuvieron acogidas al régimen de *tarifa D*¹².

Ahora, transpuesta la Directiva 2003/54/CE a nuestro ordenamiento jurídico, cuantas distribuidoras tuvieran más de 100.000 clientes conectados a sus redes deberán constituir una estructura de *holding* con al menos dos sociedades unipersonales, dedicada una de ellas a la distribución y otra a la producción y comercialización eléctrica.

Adviértase que este agravamiento de la limitación del *objeto social exclusivo* no afecta a participaciones que pudiera tomar la mercantil obligada en sectores ajenos al eléctrico y así, por ejemplo, una distribuidora podría adquirir participaciones de una comercializadora de gas natural o de una prestadora de servicios

⁹ Directiva 1996/92/CE, del PE y C., de 19-XII-1996, DOCE L 027, 30-I-1997.

¹⁰ Directiva 2003/54/CE, de PE y C., de 26-VI-2003, DOUE L 176, 15-VII-2003.

¹¹ A estos efectos ver del Doctor Antonio Jesús SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “*La separación de actividades en la Ley 17/2007, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de diciembre, del sector eléctrico, para adaptarla a la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad*”, en “*Comentarios a la Ley de reforma del sector eléctrico (Ley 17/2007)*”, Thomson-Civitas 2007, páginas 56 a 120, en cuyo trabajo se hace una referencia pormenorizada a la cuestión que nos ocupa con la claridad y concisión que en él proverbial.

¹² Son conocidos como *distribuidores a tarifa D*, los incluidos en la Disposición Transitoria undécima de la Ley 54/1997 que por estar conectados a redes de otros distribuidores toman, hasta la conclusión de su específico régimen transitorio, toda o parte de la energía necesaria para suministrar a sus clientes de los distribuidores a los que están conectados, a una singular *tarifa D*, con exclusión del régimen de liquidaciones del Real Decreto 2017/1997.

de telecomunicaciones, si bien deberá someterse a la previa autorización de la Comisión Nacional de Energía¹³.

Como primera conclusión pudiera establecerse que el contenido material de la regla de separación de actividades, de la que están excluidos los *distribuidores a tarifa D*, de menos de 100.000 clientes, se concreta en la exigencia de *objeto social exclusivo*, con interdicción de la toma de participaciones de mercantiles que tuvieran actividades de producción y comercialización eléctrica, así como con la exigencia, sin excepción alguna, de autorización previa de la C.N.E. para la toma de participaciones de mercantiles ajenas al sector eléctrico.

3.2.- Previsiones que la regla de separación de actividades impone a los grupos de empresas

Supuesto el núcleo de la regla de separación, como es sabido, existen grupos industriales que además de disponer de mercantiles con *objeto social exclusivo* cuentan con otras sociedades dedicadas tanto a las actividades eléctricas, no intensamente reguladas, como a cualquier otra actividad lícita en el amplísimo ámbito empresarial. Para estos supuestos la nueva regulación establece una serie de prevenciones que tratan de garantizar, como demanda la Directiva 2003/54/CE, la independencia organizativa y gerencial, esto es funcional, de la mercantil con *objeto social exclusivo*.

De modo que, cuando el grupo societario desarrolle, mediante sociedades diferentes, actividades que la Ley 54/1997 considera incompatibles, como son las intensamente reguladas respecto de las de producción y comercialización eléctrica, la nueva redacción del artículo 14 establece una serie de prevenciones que afectan a las personas responsables de las mercantiles de *objeto social exclusivo* y a las propias mercantiles.

Ha de entenderse, a mi juicio, que las personas responsables, a que hacen referencia estas prevenciones, son aquellas que gestionan las sociedades de *objeto social exclusivo*, en el nivel directivo y no los miembros de su Consejo de Administración, porque resulta obvio que los administradores de la sociedad de *objeto social exclusivo* han de ser personas con responsabilidades de administración o dirección en el grupo de empresas al que la primera pertenezca.

Pues bien a estas personas responsables de la gestión de la sociedad de *objeto social exclusivo*, la nueva norma legal les impone el siguiente status:

- a) No pueden participar en las estructuras organizativas del grupo de empresas que, directa o indirectamente, gestionen actividades de producción o comercialización eléctrica.
- b) Debe tener garantizada su independencia mediante *contratos blindados* que regulen su retribución y cese.
- c) No podrán poseer acciones de las sociedades dedicadas a la producción y comercialización de electricidad, lo que les impide poseer acciones del *holding*.

¹³ Por aplicación de la función decimocuarta.1, recogida en la Disposición Adicional undécima de la Ley 34/1998, la adquisición, por sociedades intensamente reguladas, de participaciones en de cualquier mercantil que no sea del sector eléctrico, deberá ser autorizada por la C.N.E. que podrá denegarlas por riesgos significativos para dichas actividades, por protección del interés general del sector energético, por seguridad pública, concretamente, por seguridad y calidad del suministro y, también, por seguridad frente al riesgo de la inversión o del insuficiente mantenimiento de las infraestructuras.

d) No podrán compartir información comercial sensible, propia de su actividad, con personal de las sociedades del *holding* con actividades eléctricas, lo que se hace, naturalmente, extensible a todos los trabajadores de las sociedades de objeto social exclusivo.

Por lo que se refiere, no ya a los directivos sino a las propias sociedades de *objeto social exclusivo*, se establecen las siguientes prevenciones:

a') Tendrán capacidad de decisión, independiente del *holding*, respecto de los activos necesarios para desarrollar su actividad, aunque el *holding* tendrá derecho de supervisión económica y capacidad de aprobación del plan financiero anual y de imposición de límites de endeudamiento, con lo que esta prevención queda muy limitada.

b') El *holding* no podrá imponerles políticas de gestión cotidiana ni de gestión patrimonial, hasta tanto no sobrepasen las previsiones del plan financiero anual o los límites de endeudamiento establecidos.

c') Aprobarán un *código de conducta* en el que se concreten los criterios de actuación para el mejor cumplimiento de las prevenciones referidas

d') Anualmente presentarán al Ministerio de Industria y a la C.N.E. un informe relativo al cumplimiento de las prevenciones legales establecidas y a los criterios de actuación del *código de conducta*.

Estas prevenciones, para asegurar la efectiva separación jurídica, constituyen una injerencia en la vida privada de los directivos afectados y de las empresas y, a mayor abundamiento, no son sino un rosario de ingenuidades a las que se responderá, inmediatamente, con imaginativas artimañas:

1ª.- En las actas de los comités no aparecerá lo que no deba.

2ª.- ¿Qué directivo de una distribuidora no tiene ya un contrato blindado?

3ª.- Las acciones del *holding* estarán a nombre de cónyuges y vástagos. ¿Qué relevancia puede tener que un directivo de una distribuidora tenga acciones de su *holding*, que es una mercantil con un millón de accionistas y que cotiza en el Ibex-35?

4ª.- ¿Qué información comercial sensible puede tener una distribuidora si, reglamentariamente, está obligada a poner a disposición de cualquier comercializador los datos de los clientes conectados a sus redes?. ¿Qué información comercial sensible pueden tener los 25 millones de consumidores domésticos con idéntica curva de carga?. ¿Y los consumidores medianos y grandes, van a negar su propia información comercial a quien les haga ofertas interesantes?. No estamos ante un problema de información privilegiada sino de protección de datos.

5ª.- ¿Qué capacidad de decisión, efectiva, puede tener una mercantil de *objeto social exclusivo*, en materia de inversiones y gastos de operación y mantenimiento, cuando, está sometida a la aprobación del plan financiero por su *holding*?

Por otra parte, si las mercantiles cuyo *objeto social exclusivo* es la construcción, mantenimiento y operación de redes están sometidos al *control administrativo de resultado*, con sometimiento a unos umbrales de

calidad. ¿Qué interés va a tener el *holding* en escatimar inversiones por debajo de las mínimas exigibles, para que los clientes y la Administración acorralen a su sociedad de redes, con acciones de responsabilidad civil y administrativa por falta de calidad o por incumplimiento de la *prestación obligatoria de la red*?

Si el incumplimiento de las exigencias reglamentarias se produjera, la regulación dispone de instrumentos sobrados para atajar tal incumplimiento, desde la sanción y la reclamación de daños y perjuicios hasta la intervención administrativa de la empresa, con lo que es irrelevante inmiscuirse en las relaciones internas del grupo industrial, basta con controlar los resultados de la gestión y contrastarlos con las previsiones reglamentarias.

6ª.- Aplíquese el estudioso en confeccionar un *código de conducta*, para el caso que nos ocupa, según demanda una de las prevenciones que comentamos, y verán el conjunto de obviedades y simplezas que se le ocurren.

En definitiva, la exigencia de separación jurídica concretada en el *objeto social exclusivo*, al considerarse insuficiente la separación contable, apoyada en el conjunto de la regulación eléctrica vigente, que se desarrolla en un marco de competencia del *producto electricidad*, garantiza sobradamente, la evitación de fugas de rentas reguladas, así como la *transparencia* y *neutralidad* de las redes eléctricas.

Permítaseme reproducir dos párrafos de mi trabajo sobre la reforma de la regulación de la redes del año 2007, en el que, siquiera sea de soslayo, trataba de la reforma del artículo 14 de la Ley 54/1997¹⁴, para remachar mi opinión sobre estas prevenciones legales, obedientes con una exigencia comunitaria.

“Estas medidas son artificiosas y sucumbirán ante la contundente unidad financiera y económica del grupo empresarial, como el propio texto legal reconoce, porque carecen, por completo, de credibilidad así que, en el corto plazo, aparecerán, espontáneamente, fórmulas alternativas que moderen tanta rigidez con lo que sólo se conseguirá que todos los operados obligados vivan en permanente pecado, siquiera sea venial salvo que un censor riguroso lo considere mortal, con lo que a la ineficacia de la medida se unirá la inseguridad jurídica¹⁵”.

“A mi juicio no es este el camino. La separación jurídica de las actividades que nos ocupan, constituye una barrera previa para garantizar, mínimamente, la necesaria independencia entre las mismas. Pero los objetivos esenciales que se persiguen, la evitación del tránsito de rentas de la actividad intensamente regulada a las otras y la garantía de la transparencia y de la neutralidad de la red, propiedad de la sociedad de objeto social exclusivo, son cuestiones de hecho que deben constatarse a posteriori¹⁶. Si los operadores vulneran estos objetivos esenciales habrán infringido normas administrativas que originarán la apertura de un expediente sancionador y, eventualmente, la imposición de la sanción que corresponda”.

¹⁴ Joaquín M^a NEBREDA PEREZ, “Las redes eléctricas tras la reforma legal del año 2007”, en “Comentarios a la Ley de reforma del sector eléctrico (Ley 17/2007)”, VV.AA, coordinada por Vicente LOPEZ IBOR, Thomson- Civitas 2007, páginas 272 a 274.

¹⁵ En el mismo sentido ver del Doctor SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, en obra ya citada, la página 103, en la que advierte de la utilización de *conceptos jurídicos indeterminados* e, incluso, *ajurídicos* y reproduce el Informe 18/2006, de la C.N.E., en el que se denuncia la vaguedad de las prevenciones estudiadas.

¹⁶ A estos efectos y aunque hacía referencia al régimen autorizatorio, es de aplicación a nuestro supuesto el criterio del profesor Germán FERNÁNDEZ FARRERES (*Derecho Administrativo Económico*, vol II, pág. 411, coordinado por el inolvidable profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO), explicitado en los siguientes términos : “la tradicional potestad de policía general que la Administración ha ejercido sobre las actividades industriales, ha experimentado una transformación cualitativa ... Si la ordenación de la actividad industrial se ha caracterizado por la intervención previa de la Administración mediante la técnica de la autorización ... con el tiempo se ha ido abriendo paso otra “filosofía” ...[la de que] ... la actividad industrial desde la premisa de la libertad ... quede estrechamente vinculada a la directa responsabilidad de los agentes que actúan en el sector industrial”.

3.3.- Breve referencia a las exigencias contables

Va de suyo que, producida la separación jurídica, la sociedad de *objeto social exclusivo* mantiene su propia contabilidad separada, evidentemente, de las demás sociedades del grupo industrial al que pertenezca, si bien, por lo que hace referencia a la existencia de activos afectos a la actividad de transporte en las sociedades dedicadas a la distribución, ya está dicho, se requiere la correspondiente separación contable entre ambas actividades, ante la evidencia de que las mismas están sometidas a regímenes retributivos distintos.

Naturalmente, porque estamos tratando de grupos industriales, sometidos a las exigencias de *consolidación de cuentas*¹⁷, ni la separación contable, interna que se requiere a la sociedad de *objeto social exclusivo*, ni las separaciones contables impuestas por la obligación de separación jurídica, empecen ni limitan la obligación de *consolidación de cuentas* que sea del caso, tanto entre contabilidades de las distintas actividades eléctricas como de contabilidades derivadas de actividades ajenas al sector eléctrico.

Es obligación, que impone la Directiva 2003/54/CE y que ya reconocía la normativa contable española, la publicación de las cuentas anuales auditadas¹⁸, con expresión de los ingresos derivados de las actividades de transporte y distribución y de no ser obligatoria tal publicación, la puesta a disposición, en la sede social, de la dichas cuentas auditadas, teniendo los auditores singular cuidado en verificar el cumplimiento de las exigencias normativas destinadas a evitar la las subvenciones cruzadas.

3.4.- Prevenciones que la regla de la separación de actividades impone al Operador del Sistema

Como ya está dicho, tras la promulgación de la Ley 17/2007, que modifica la Ley 54/1997 del sector eléctrico, la entidad mercantil cuyo *objeto social exclusivo* son la *operación del sistema* y la *gestión de la red de transporte*, no sólo puede realizar la actividad de transporte, sino que se le impone, en concreto al Gestor de la Red del Transporte, la función de *transportista único*.

Es el momento de resaltar la trinitaria función de la entidad mercantil REE. SA. y para ofrecer mi opinión me remito a mis comentarios sobre el particular, en trabajo ya referido¹⁹.

Como es sabido, Red Eléctrica de España SA. (REE. SA.) tiene la doble función institucional de la *operación del sistema* y de la *gestión de la red de transporte* y otra operativa, como transportista. Las dos primeras funciones, como digo institucionales, pueden considerarse, realmente, como una, así que la primera, garantiza la continuidad y seguridad del suministro, coordinando las actividades de producción y transporte, para que sean efectivas las transacciones de electricidad que se conciertan en el *mercado mayorista*, mientras que la *gestión de la red de transporte* garantiza el desarrollo y ampliación de dicha red, en los términos previstos en la *planificación vinculante*.

Diríase que el Operador del Sistema es el *guardia de la circulación de la red de transporte* que minimiza las congestiones y que resuelve los problemas que ésta plantea, mientras que el Gestor de la Red de Transporte

¹⁷ Artículo 42 del Código de Comercio.

¹⁸ La exigencia de publicación y auditoría de cuenta de las cuentas aparecía ya en la redacción original del artículo 20 de la Ley 54/1997, habiéndose añadido, mediante la Ley 17/2007, la exigencia de puesta a disposición de las cuentas en la sede social, junto con otras precisiones orientadas a la adecuada verificación de las exigencias legales que nos ocupan.

¹⁹ Joaquín M^a NEBRED A PEREZ, "Las redes eléctricas tras la reforma legal del año 2007", obra ya citada, páginas 274 a 277.

es el encargado de garantizar que ésta se amplia y refuerza en los términos que prevé la *planificación vinculante*. Ambas funciones debieran fundirse al carecer de sentido su distinción y constituir ambas la responsabilidad de REE. SA.

Es de inmediata percepción que las funciones del Operador y del Gestor son de control de la actividad operativa del transportista, que es la tercera función de REE SA, propia del que construye, mantiene y opera las redes de transporte, de aquí que surja un grave problema al plantearse la figura del *transportista único*. REE SA será controlador y controlado.

Derivada de operaciones de compra venta, libremente convenidas, REE SA. se hizo con gran parte de la red de transporte, antes propiedad de las grandes empresas eléctricas, Endesa, Iberdrola y Unión Fenosa, con lo que en la práctica ya actuaba, en los últimos años, como *transportista único*, pues sólo Electra de Viesgo e Hidroeléctrica del Cantábrico mantienen la propiedad de sus redes de transportes, salvo aisladas posiciones inevitables para la operación de la red de distribución que se han mantenido en la propiedad de las empresas distribuidoras.

El legislador se percata de la concentración funcional en REE. SA., operador, gestor y transportista, y la resuelve, a mi juicio con manifiesta insuficiencia, mediante la obligación a REE. SA. de separar jurídicamente la función de *transportista único* de la institucional de operación y gestión, creando una sociedad anónima unipersonal, filial, con el *objeto social exclusivo* de desarrollar la actividad de transporte, con aportación de todos los activos vinculados a dicha actividad.

Digo que la fórmula de la separación jurídica es insuficiente plenamente convencido de que la situación no es la misma, ni muchísimos menos, que la planteada por la concurrencia de actividades vinculadas tanto al monopolio de red como a la libre competencia, en un mismo grupo industrial.

En este caso, si la práctica de los operadores con actividades intensamente reguladas, originara perjuicios al sistema, por traspaso de rentas o por pérdida de *transparencia* y *neutralidad* de la red y, por tanto, en perjuicio de la libre competencia, el controlador, la C.N.E., podrá denunciar la situación y la Administración competente reducir y sancionar la conducta ilegal o antirreglamentaria y, desde luego, cualquier perjudicado reclamar daños y perjuicios.

En el supuesto que ahora nos ocupa, la confusión se produce entre REE SA. controlador (operador u gestor) y REE. BIS SA. controlado (transportista). Resulta patente que la regulación no puede dejar al albur de una correcta actuación la circunstancia de que la matriz vaya o no a controlar adecuadamente a la filial, exigiéndole conductas, inversiones y hasta denunciándole por incumplimiento de la *planificación vinculante*, si procediera, y, en todo caso, preconstituyendo la prueba de negligencia cuando un operador privado lo demande, por incumplimiento de las obligaciones del transportista.

La situación descrita respecto de la que se crea en un *holding* que desarrolla diversas actividades eléctricas, es manifiestamente distinta de aquí que sea, en mi opinión, imprescindible establecer la separación patrimonial de la filial de REE. SA. cuyo *objeto social exclusivo* sea la actividad de transporte para garantizar que las funciones de operación y de gestión no se vean mediatizadas por los intereses empresariales del grupo.

4.- CONCLUSIONES

1ª.- La evitable separación jurídica en el ámbito industrial, está consolidada

A mi juicio, la separación contable de las actividades eléctricas intensamente reguladas, respecto de las demás actividades, eléctricas o no, que una entidad mercantil pueda desarrollar, acompañadas de una acertada actividad inspectora de la Administración competente hubiera sido prevención sobrada para garantizar la inexistencia de fugas de rentas de aquellas actividades a las demás que desarrollara la mercantil.

Igualmente, creo que las exigencias de *transparencia* y *neutralidad* de las redes han de ser controladas, desde luego, que por la Administración competente, y, también, por los demás operadores y por los propios clientes, de manera natural, en la confrontación que la competencia supone, y, lógicamente, sus infracciones perseguidas por la misma Administración.

No obstante lo dicho, la separación jurídica que, originalmente, no era exigida por la Directiva 1996/92/CE, se ha impuesto y no siendo posible desandar el camino, carece de sentido dar más vueltas a la cuestión.

2ª.- El peligro de la separación patrimonial en el ámbito industrial

Va de suyo que si se presenta, en estas páginas, como excesiva la prevención de la separación jurídica, con mayor motivo ha de rechazarse una hipotética separación patrimonial o ruptura del *holding* que la separación jurídica ha creado, con la finalidad de que los accionistas de las actividades intensamente reguladas, en el ámbito industrial, sean distintos de los de las mercantiles dedicadas a las demás actividades del proceso eléctrico.

Garantizada la *transparencia* y *neutralidad* de las redes, como lo está con la vigente regulación, tanto desde la perspectiva de su extensión y refuerzo como desde la de su universalidad y calidad, como ya está dicho, la identidad de los propietarios de la red es irrelevante y, en consecuencia, la separación patrimonial, al no responder a *interés general* alguno, supondría un atentado al principio constitucional de *libertad de empresa*.

3ª.- El *objeto social exclusivo*, almendra de la separación jurídica

Supuesta la separación jurídica de actividades, como instrumento básico de control de las actividades intensamente reguladas, se hace obligado concluir que la esencia de tal separación no es otra que la exigencia de *objeto social exclusivo* impuesta a las sociedades mercantiles que desarrollen tales actividades, pues es, en sí misma, la expresión de la radical separación de las mismas.

4ª.- La ineficaz desmesura de las prevenciones establecidas

Cuando la Unión Europea da *la segunda vuelta de tuerca* imponiendo la separación jurídica, añade una serie de prevenciones, realmente, desmesuradas, estableciendo una *muralla china de papel transparente* que está lejos de evitar las, de por sí, inevitables concomitancias entre entidades y profesionales del mismo grupo industrial.

El conjunto de prevenciones establecidas, en la nueva redacción del artículo 14 son, además de una intromisión en la vida de los ciudadanos y de las empresas, una intromisión innecesaria que obligará a bordear la norma, aunque sólo sea por razones de agilidad y de eficacia empresarial.

Estas prevenciones, ineficaces e imposibles no hacen sino crear un situación de inseguridad jurídica y de riesgo regulatorio, absolutamente perjudicial para el razonable desarrollo de las empresas con actividades intensamente reguladas.

5ª.- La función trinitaria de Red Eléctrica de España SA. y la insuficiencia de separación

No es incongruente la posición a favor del menor encorsetamiento de los operadores eléctricos y de la confianza en la eficacia del *control de resultado* con la exigencia de separación patrimonial para el *holding* que gestiona dos actividades institucionales, *operación del sistema* y *gestión de la red de transporte*, y una de carácter operativo, como es la de *transportista*.

La razón es obvia, no pueden convivir en un mismo *holding* el controlador y el controlado.



1 9 3 3 - 2 0 0 8

CEU 75

*Instituto Universitario
de Estudios Europeos*

Universidad San Pablo

Boletín de Suscripción

Deseo recibir los próximos números de los Documentos de Trabajo de la Serie “*Política de la Competencia*” del Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo:

Nombre y Apellidos

.....

Dirección.....

Población.....C.P.....País.....

Teléfono.....Correo electrónico.....

Usted tiene derecho a acceder a la información que le concierne, recopilada en nuestro fichero de clientes, y cancelarla o rectificarla en el caso de ser errónea. A través del Instituto Universitario de Estudios Europeos podrá recibir información de su interés. Si no desea recibirla, le rogamos que nos lo haga saber mediante comunicación escrita con todos sus datos.

Instituto Universitario de Estudios Europeos

Universidad CEU San Pablo

Avda. del Valle 21, 28003 Madrid

E-mail: idee@ceu.es

Tfno: 91 514 04 22 | Fax: 91 514 04 28

www.idee.ceu.es



1 9 3 3 - 2 0 0 8

CEU 75

*Instituto Universitario
de Estudios Europeos*

Universidad San Pablo

Boletín de Solicitud de números atrasados

Deseo recibir los números siguientes de los Documentos de Trabajo de la Serie “*Política de la Competencia*” del Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo:

Nombre y Apellidos

Dirección.....

Población.....C.P.....País.....

Teléfono.....Correo electrónico.....

Nº	Título
.....
.....
.....
.....

Usted tiene derecho a acceder a la información que le concierne, recopilada en nuestro fichero de clientes, y cancelarla o rectificarla en el caso de ser errónea. A través del Instituto Universitario de Estudios Europeos podrá recibir información de su interés. Si no desea recibirla, le rogamos que nos lo haga saber mediante comunicación escrita con todos sus datos.

Instituto Universitario de Estudios Europeos
Universidad CEU San Pablo
Avda. del Valle 21, 28003 Madrid
E-mail: idee@ceu.es
Tfno: 91 514 04 22 | Fax: 91 514 04 28
www.idee.ceu.es

Números Publicados

Serie Unión Europea

- Nº 1 2000 “La política monetaria única de la Unión Europea”
Rafael Pampillón Olmedo
- Nº 2 2000 “Nacionalismo e integración”
Leonardo Caruana de las Cagigas y Eduardo González Calleja
- Nº 1 2001 “Standard and Harmonize: Tax Arbitrage”
Nohemi Boal Velasco y Mariano González Sánchez
- Nº 2 2001 “Alemania y la ampliación al este: convergencias y divergencias”
José María Beneyto Pérez
- Nº 3 2001 “Towards a common European diplomacy? Analysis of the European Parliament resolution on establishing a common diplomacy (A5-0210/2000)”
Belén Becerril Atienza y Gerardo Galeote Quecedo
- Nº 4 2001 “La Política de Inmigración en la Unión Europea”
Patricia Argerey Vilar
- Nº 1 2002 “ALCA: Adiós al modelo de integración europea?”
Mario Jaramillo Contreras
- Nº 2 2002 “La crisis de Oriente Medio: Palestina”
Leonardo Caruana de las Cagigas
- Nº 3 2002 “El establecimiento de una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros”
José María Beneyto y Claus Giering
- Nº 4 2002 “La sociedad anónima europea”
Manuel García Riestra
- Nº 5 2002 “Jerarquía y tipología normativa, procesos legislativos y separación de poderes en la Unión Europea: hacia un modelo más claro y transparente”
Alberto Gil Ibáñez
- Nº 6 2002 “Análisis de situación y opciones respecto a la posición de las Regiones en el ámbito de la UE. Especial atención al Comité de las Regiones”
Alberto Gil Ibáñez
- Nº 7 2002 “Die Festlegung einer genaueren Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten”
José María Beneyto y Claus Giering
- Nº 1 2003 “Un español en Europa. Una aproximación a Juan Luis Vives”
José Peña González
- Nº 2 2003 “El mercado del arte y los obstáculos fiscales ¿Una asignatura pendiente en la Unión Europea?”
Pablo Siegrist Ridruejo

- Nº 1 2004** “Evolución en el ámbito del pensamiento de las relaciones España-Europa”
José Peña González
- Nº 2 2004** “La sociedad europea: un régimen fragmentario con intención armonizadora”
Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas
- Nº 3 2004** “Tres operaciones PESD: Bosnia i Herzegovina, Macedonia y República Democrática de Congo”
Berta Carrión Ramírez
- Nº 4 2004** “Turquía: El largo camino hacia Europa”
Delia Contreras
- Nº 5 2004** “En el horizonte de la tutela judicial efectiva, el TJCE supera la interpretación restrictiva de la legitimación activa mediante el uso de la cuestión prejudicial y la excepción de ilegalidad”
Alfonso Rincón García Loygorri
- Nº 1 2005** “The Biret cases: what effects do WTO dispute settlement rulings have in EU law?”
Adrian Emch
- Nº 2 2005** “Las ofertas públicas de adquisición de títulos desde la perspectiva comunitaria en el marco de la creación de un espacio financiero integrado”
José María Beneyto y José Puente
- Nº 3 2005** “Las regiones ultraperiféricas de la UE: evolución de las mismas como consecuencia de las políticas específicas aplicadas. Canarias como ejemplo”
Carlota González Láynez
- Nº 24 2006** “El Imperio Otomano: ¿por tercera vez a las puertas de Viena?”
Alejandra Arana
- Nº 25 2006** “Bioterrorismo: la amenaza latente”
Ignacio Ibáñez Ferrándiz
- Nº 26 2006** “Inmigración y redefinición de la identidad europea”
Diego Acosta Arcarazo
- Nº 27 2007** “Procesos de integración en Sudamérica. Un proyecto más ambicioso: la comunidad sudamericana de naciones”
Raquel Turienzo Carracedo
- Nº 28 2007** “El poder del derecho en el orden internacional. Estudio crítico de la aplicación de la norma democrática por el Consejo de Seguridad y la Unión Europea”
Gaspar Atienza Becerril
- Nº 29 2008** “Iraqi Kurdistan: Past, Present and Future. A look at the history, the contemporary situation and the future for the Kurdish parts of Iraq”
Egil Thorsås
- Nº 30 2008** “Los desafíos de la creciente presencia de China en el continente africano”
Marisa Caroço Amaro

Serie Política de la Competencia

- Nº 1 2001 “El control de concentraciones en España: un nuevo marco legislativo para las empresas”
José María Beneyto
- Nº 2 2001 “Análisis de los efectos económicos y sobre la competencia de la concentración Endesa-Iberdrola”
Luis Atienza, Javier de Quinto y Richard Watt
- Nº 3 2001 “Empresas en Participación concentrativas y artículo 81 del Tratado CE: Dos años de aplicación del artículo 2(4) del Reglamento CE de control de las operaciones de concentración”
Jerónimo Maíllo González-Orús
- Nº 1 2002 “Cinco años de aplicación de la Comunicación de 1996 relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con los acuerdos entre empresas”
Miguel Ángel Peña Castellot
- Nº 2 2002 “Leniency: la política de exoneración del pago de multas en derecho de la competencia”
Santiago Illundaín Fontoya
- Nº 3 2002 “Dominancia vs. disminución sustancial de la competencia ¿cuál es el criterio más apropiado?: aspectos jurídicos”
Mercedes García Pérez
- Nº 4 2002 “Test de dominancia vs. test de reducción de la competencia: aspectos económicos”
Juan Briones Alonso
- Nº 5 2002 “Telecomunicaciones en España: situación actual y perspectivas”
Bernardo Pérez de León Ponce
- Nº 6 2002 “El nuevo marco regulatorio europeo de las telecomunicaciones”
Jerónimo González González y Beatriz Sanz Fernández-Vega
- Nº 1 2003 “Some Simple Graphical Interpretations of the Herfindahl-Hirshman Index and their Implications”
Richard Watt y Javier De Quinto
- Nº 2 2003 “La Acción de Oro o las privatizaciones en un Mercado Único”
Pablo Siegrist Ridruejo, Jesús Lavalle Merchán, Emilia Gargallo González
- Nº 3 2003 “El control comunitario de concentraciones de empresas y la invocación de intereses nacionales. Crítica del artículo 21.3 del Reglamento 4064/89”
Pablo Berenguer O’Shea y Vanessa Pérez Lamas
- Nº 1 2004 “Los puntos de conexión en la Ley 1/2002 de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia”
Lucana Estévez Mendoza
- Nº 2 2004 “Los impuestos autonómicos sobre los grandes establecimientos comerciales como ayuda de Estado ilícita ex art. 87 TCE”
Francisco Marcos
- Nº 1 2005 “Servicios de Interés General y Artículo 86 del Tratado CE: Una Visión Evolutiva”
Jerónimo Maíllo González-Orús

- Nº 2 2005** “La evaluación de los registros de morosos por el Tribunal de Defensa de la Competencia”
Alfonso Rincón García Loygorri
- Nº 3 2005** “El código de conducta en materia de fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de ayudas de Estado”
Alfonso Lamadrid de Pablo
- Nº 18 2006** “Régimen sancionador y clemencia: comentarios al título quinto del anteproyecto de la ley de defensa de la competencia”
Miguel Ángel Peña Castellot
- Nº 19 2006** “Un nuevo marco institucional en la defensa de la competencia en España”
Carlos Padrós Reig
- Nº 20 2006** “Las ayudas públicas y la actividad normativa de los poderes públicos en el anteproyecto de ley de defensa de la competencia de 2006”
Juan Arpio Santacruz
- Nº 21 2006** “La intervención del Gobierno en el control de concentraciones económicas”
Albert Sánchez Graells
- Nº 22 2006** “La descentralización administrativa de la aplicación del Derecho de la competencia en España”
José Antonio Rodríguez Miguez
- Nº 23 2007** “Aplicación por los jueces nacionales de la legislación en materia de competencia en el Proyecto de Ley”
Juan Manuel Fernández López
- Nº 24 2007** “El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia”
Francisco Marcos Fernández
- Nº 25 2008** “Merger Control in the Pharmaceutical Sector and the Innovation Market Assessment. European Analysis in Practice and differences with the American Approach”
Teresa Lorca Morales
- Nº 26 2008** “Separación de actividades en el sector eléctrico”
Joaquín M^a Nebreda Pérez

Serie Economía Europea

- Nº 1 2001 “Impacto económico de la inmigración de los Países de Europa Central y Oriental a la Unión Europea”
M^a del Mar Herrador Morales
- Nº 1 2002 “Análisis de la financiación de los Fondos Estructurales en el ámbito de la política regional de la Unión Europea durante el período 1994-1999”
Cristina Isabel Dopacio
- Nº 2 2002 “On capital structure in the small and medium enterprises: the spanish case”
Francisco Sogorb Mira
- Nº 3 2002 “European Union foreign direct investment flows to Mercosur economies: an analysis of the country-of-origin determinants”
Martha Carro Fernández
- Nº 1 2004 “¿Es necesario reformar el Pacto de Estabilidad y Crecimiento?”
Ana Cristina Mingorance
- Nº 2 2004 “Perspectivas financieras 2007-2013: las nuevas prioridades de la Unión Europea y sus implicaciones en la política regional”
Cristina Serrano Leal, Begoña Montoro de Zulueta y Enrique Viguera Rubio
- Nº 3 2004 “Stabilisation Policy in EMU: The Case for More Active Fiscal Policy”
María Jesús Arroyo Fernández y Jorge Uxó González
- Nº 1 2005 “La negociación de las perspectivas financieras 2007-2013: Una historia de encuentros y desencuentros”
Cristina Serrano Leal
- Nº 9 2006 “La cuestión agrícola en las negociaciones comerciales multilaterales”
Ana Fernández-Ardavín Martínez y M^a Ángeles Rodríguez Santos
- Nº 10 2007 “El modelo de desarrollo finlandés y su posible adaptación a los países del Este”
Zane Butina
- Nº 11 2008 “La estrategia de Lisboa como respuesta de la UE a los retos de la globalización y al envejecimiento de su población”
Miguel Moltó Calvo

Serie del Centro de Estudios de Cooperación al Desarrollo

- Nº 1 2003 “Papel de la UE en las recientes cumbres internacionales”
Mónica Goded Salto
- Nº 1 2004 “La asociación Euro-Mediterránea: Un instrumento al servicio de la paz y la prosperidad”
Jesús Antonio Núñez Villaverde
- Nº 2 2004 “La retroalimentación en los sistemas de evaluación. Experiencias en la cooperación al desarrollo”
José María Larrú Ramos
- Nº 3 2004 “Migraciones y desarrollo: propuestas institucionales y experiencias prácticas”
Carlos Giménez, Alberto Acosta, Jaime Atienza, Gemma Aubarell, Xabier Aragall
- Nº 4 2004 “Responsabilidad social corporativa y PYMES”
Amparo Merino de Diego
- Nº 1 2005 “La relación ONG-Empresa en el marco de la responsabilidad social de la empresa”
Carmen Valor y Amparo Merino

Serie Arbitraje Internacional y Resolución Alternativa de Controversias

Nº 1 2007 “Towards a new paradigm in international arbitration. The Town Elder model revisited”
David W. Rivkin

**Instituto Universitario de Estudios Europeos
Centro de Política de la Competencia**

Presidente

Marcelino Oreja Aguirre

Director

José María Beneyto Pérez

Coordinador

Jerónimo Maíllo González-Orús

**Comité Consultivo
Centro de Política de la Competencia**

Ricardo Alonso Soto
Manuel Azpilicueta Ferrer
Luis Berenguer Fuster
Miguel Ángel Cortés Martín
Emilio Cuatrecasas
José María Cuevas
Miles Curley
Claus-Dieter Ehlermann
Antonio Garrigues Walker
Enrique González-Díaz
Luis de Guindos
Inmaculada Gutiérrez Carrizo
Rafael Illescas
Juan Iranzo
Vicente López-Ibor Mayor
Cecilio Madero Villarejo
Santiago Martínez-Lage
Luis Ortiz Blanco
Enrique Moya Francés
Julio Pascual y Vicente
Mercedes Pedraz
Amadeo Petitbó Juan
Fernando Pombo
Javier de Quinto Romero
Rafael Ripoll Navarro
Juan Antonio Rivière Martín
Alexander Schaub
Gonzalo Solana
Rodrigo Uría Meruéndano

Resumen: El proceso de liberalización eléctrica se concreta en la libre competencia de las actividades de producción y comercialización eléctrica, apoyada en la utilización de las redes, declaradas monopolio natural, cuyo uso ha de ser *transparente y neutral* respecto del libre comercio del producto electricidad. Así que la *ratio iuris* de la separación jurídica de las actividades intensamente reguladas no es otra que la de evitar, en primer término, la fuga de rentas reguladas a las actividades que no estén intensamente reguladas y, en segundo lugar, la *transparencia y neutralidad* de las redes, respecto del libre comercio de electricidad.

La Ley 54/1997 imponía el núcleo de esta exigencia, el *objeto social exclusivo* de la mercantil que se dedicara a actividades intensamente reguladas y la Ley 17/2007, que transpone la Directiva 2003/54/CE, añade al referido núcleo una serie de prevenciones complementarias que el autor ha considerado desproporcionadas e ineficaces.

Por el contrario, la separación jurídica impuesta al Operador del Sistema, para garantizar su trinitaria función, resulta manifiestamente escasa, predicándose la separación patrimonial o accionarial de la actividad de transportista respecto de las otras dos.

Palabras clave: Actividades intensamente reguladas. Objeto social exclusivo. Monopolio natural, legalmente declarado. Producto electricidad. Redes eléctricas. Transparencia y neutralidad. Distribuidores a tarifa D. Operación del sistema. Gestor de la red de transporte. Transportista único. Arbitraje obligatorio.

Abstract: The electricity liberalization process implies free competition of electricity production and commercialisation, supported on the use of networks -declared as natural monopolies- whose use must be transparent and neutral with regard to the free trade of electricity. Thus, the *ratio iuris* of the legal separation of intensively regulated activities is to avoid, on the one hand, the escape of regulated incomes to non-intensively regulated activities and, on the other hand, the transparency and neutrality of the networks.

The Spanish Act 54/1997 imposed the core of these requirements, in particular the *exclusive social aim* of the company entrusted with the intensively regulated activities, and Act 17/2007, which transposes Directive 2004/54/EC, adds several complementary precautions which are considered by the author as disproportionate and inefficient.

On the contrary, the legal separation imposed on the System Operator, in order to guarantee its triple function, is manifestly insufficient, as it only establishes the ownership or shareholding separation of the transporter activity with regard to the other two.

Keywords: Intensively regulated activities. Exclusive social aim. Natural monopolies, legally declared. Electricity product. Electricity networks. Transparency and neutrality. Distributors with 'D' rate. System Operator. Network transport manager. Exclusive transporter. Compulsory arbitration.

ISBN: 978-84-92456-08-6



9 788492 456086