

# COMPETENCIA EN LOS MERCADOS DE COMERCIALIZACIÓN DE ELECTRICIDAD

MARTA MARAÑÓN HERMOSO

ANDRÉS MORATA CÉSPEDES

JUAN JOSÉ ALBA RÍOS

Direcciones de Asesoría Jurídica y de Regulación de Endesa

## Introducción

El sector eléctrico no ha quedado al margen de los procesos de liberalización e introducción de competencia que durante los últimos años han tenido lugar en diversos sectores y así lo ha plasmado el ordenamiento jurídico español. En 1994, la Ley 40/1994, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, introdujo unos primeros elementos tendentes a fomentar el desarrollo de la competencia a través de la implantación de nuevas instalaciones de producción y creó, a su vez, un sistema independiente, separado del resto (denominado sistema integrado) en el que la energía producida no se integraba en un conjunto único, sino que se sometía a transacciones libremente pactadas entre las partes. Si bien este impulso liberalizador no tuvo continuidad, sí sirvió de base para los posteriores desarrollos legislativos y regulatorios.

Es en el año 1997 cuando la liberalización del sector eléctrico español toma carta de naturaleza, impulsada por los desarrollos legislativos introducidos a nivel europeo,<sup>1</sup> mediante la publicación de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico (Ley del Sector Eléctrico o LSE). Esta Ley recoge tres cambios fundamentales para el desarrollo de la competencia en el sector:

1. La Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el Mercado Interior, posteriormente modificada por la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003, y la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009.

- La implantación de una nueva actividad, la comercialización, que se define como la entrega de energía mediante la correspondiente contraprestación económica en las condiciones de regularidad y calidad que resulten exigibles. Esto supone separar la venta de energía del suministro de esta a través de las redes, dividiendo el suministro eléctrico en dos actividades separadas: la comercialización y la distribución.
- El abastecimiento de la materia prima, mediante el desarrollo de un mercado de producción (o mercado mayorista), que permita a las empresas comercializadoras adquirir la energía necesaria para su posterior venta a clientes.
- La liberalización del acceso a las redes, que permite la transmisión a los clientes de la energía adquirida en el mercado mayorista: todos los clientes son libres de utilizar la red, por lo que pagan una tarifa o peaje de acceso.

A pesar del proceso de liberalización, en el sector eléctrico se ha producido una constante tensión entre el principio de libre competencia y la intervención regulatoria, lo que, no en pocas ocasiones, ha generado fricciones e inestabilidad regulatoria, con el consecuente perjuicio para el sistema en su conjunto, tanto los operadores como los consumidores. De hecho, el coste del suministro de la energía eléctrica ha sido siempre objeto de un intenso debate político-económico, debido precisamente a las importantes connotaciones y directa influencia que dicho insumo tiene para cualquier sociedad desarrollada en su conjunto, lo que incluye tanto las actividades domésticas, como industriales. Y es que, efectivamente, la tradicional y compleja dificultad de combinar tarifas reguladas y precios de mercado constituye un ejemplo palmario de la tensión existente en el sector eléctrico entre la intervención regulatoria y el principio de libre competencia. Ha sido ampliamente reconocido que la coexistencia simultánea en el tiempo de precios de mercado y tarifas integrales ha constituido el principal obstáculo para el desarrollo de la competencia en los mercados de comercialización en España.

Habiendo llegado al décimo quinto aniversario de la entrada en vigor de la LSE, es conveniente revisar cómo se ha llevado a cabo el proceso de liberalización del sector eléctrico en España centrándonos, en los mercados minoristas de comercialización, para valorar cuáles han sido los principales logros, pero también aquellos obstáculos que han impedido un correcto desarrollo competitivo de esta actividad, con el objeto de valorar futuras medidas liberalizadoras.

Para ello, y de forma previa, es preciso describir en qué consiste la actividad de comercialización de energía eléctrica, su estructura y evolución normativa, qué es la tarifa eléctrica y cómo se forman los precios en este sector, para posteriormente detenernos a estudiar el déficit de tarifa, así como las consecuencias resultantes del mismo ya que, adelantamos, durante años este ha tenido un impacto directo en el escaso desarrollo de la actividad de comercialización en España.

Como veremos, resulta ineludible continuar avanzando en la liberalización de los mercados de comercialización de energía eléctrica en España y, de forma particular, reducir el ámbito de aplicación de la tarifa de último recurso a un número más limitado de consumidores. Pero, para que ello sea sostenible y redunde en beneficio de los clientes y las empresas, es necesario evitar errores regulatorios del pasado, así como adaptar las tarifas de acceso a niveles más apropiados que permitan cubrir todos los costes regulados del suministro eléctrico.

## La actividad de comercialización de electricidad

### La actividad de comercialización y sujetos participantes

Antes de la entrada en vigor de la Ley del Sector Eléctrico (LSE), el suministro de electricidad era realizado por los distribuidores, que estaban obligados a aplicar las denominadas tarifas integrales, fijadas por la Administración. Cada cliente estaba conectado a una red de distribución y era suministrado por el distribuidor correspondiente, sin que fuera posible buscar un suministrador alternativo. Es la LSE la que introduce la figura del comercializador de electricidad, tal y como se desprende de la Exposición de Motivos:

La comercialización de energía eléctrica adquiere carta de naturaleza en la presente Ley. No se trata de una posibilidad sometida a la consideración del Gobierno, sino de una realidad cierta, materializada en los principios de libertad de contratación y de elección de suministrador que se consagra en el texto. Se establece un periodo transitorio para que el proceso de liberalización de la comercialización de la energía eléctrica se desarrolle progresivamente, de forma que la libertad de elección llegue a ser una realidad para todos los consumidores en un plazo de diez años.

Los comercializadores pasan, por tanto, a ser personas jurídicas distintas de los distribuidores, sin que en ningún caso pueda producirse un solapamiento de dichas actividades en una misma persona jurídica, pues se trata de actividades diferenciadas sujetas a la obligación de separación, tal y como se regula en el artículo 14 de la LSE:

las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas a que se refiere el apartado 2 del artículo 11 deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción, de comercialización o de servicios de recarga energética, ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades.



Ciertamente, los grupos de sociedades pueden desarrollar actividades calificadas por la LSE de «incompatibles», siempre que estas sean ejercitadas por sociedades diferentes, se garantice una separación funcional y se cumplan determinados criterios de independencia.

La comercialización constituye, por tanto, una actividad plenamente liberalizada, a través de la cual los comercializadores adquieren la energía en el mercado mayorista, mediante las diversas modalidades de contratación previstas en la normativa, y la venden a un precio libremente pactado en los mercados minoristas.<sup>2</sup>

A efectos de poder desarrollar la actividad de comercialización y conforme se desprende del artículo 44.3 de la LSE, los comercializadores están obligados a comunicar previamente a la Administración competente y, en todo caso, al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la Comisión Nacional de Energía (CNE), el inicio y cese de su actividad, acompañando la comunicación de una declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos que reglamentariamente se establezcan y entre los que destacan los de capacidad técnica. Adicionalmente, para poder adquirir energía eléctrica con el fin de suministrar a sus clientes, las empresas comercializadoras deben presentar al operador del sistema y, en su caso, al operador del mercado y a las empresas distribuidoras, las garantías que reglamentariamente se establezcan y las que resulten de las prácticas comerciales habituales en el mercado mayorista.

### Formación de precios en los mercados minoristas

Tras la aprobación de la Ley del Sector Eléctrico coexistieron, durante unos años, el suministro integral realizado por los distribuidores y la actividad de comercialización separada de la distribución. Gradualmente se fue ampliando el colectivo de clientes con derecho a elegir comercializador (pasando al «mercado libre»), y reduciéndose el de aquellos con derecho a suministro a tarifa integral por parte de los distribuidores, manteniéndose un solapamiento entre ambos colectivos.

Desde julio de 2009, no existe en España el suministro de electricidad a cargo de los distribuidores ni tampoco la denominada tarifa integral. Toda la actividad de suministro es responsabilidad de los comercializadores y todos los clientes están ya en el mercado libre. No obstante, existe la denominada tarifa de último recurso, a la que tienen derecho los consumidores con potencia contratada menor de 10 kW (normalmente clientes domésticos y pequeñas empresas y profesionales) acogidos al «suministro de último recurso» dispensado por los «comercializadores de último recurso» o CUR.

2. El artículo 9 de la LSE define a los comercializadores como «aquellas sociedades mercantiles que, accediendo a las redes de transporte o distribución, adquieren energía para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional en los términos establecidos en la presente Ley».

Desde el punto de vista legal el suministro de último recurso y el suministro de mercado libre «normal» son equivalentes: el suministro de último recurso no es más que un tipo específico de suministro en mercado libre en el que el precio se establece de acuerdo con un mecanismo definido en la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso a clientes del mercado al Suministro de Último Recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso («Orden ITC/1659/2009»). No obstante, este mecanismo no hace sino tratar de reproducir lo que hace un comercializador de mercado libre al determinar el precio del suministro, por lo que todo lo que se explicará a continuación sobre la formación del precio resulta aplicable, con pocas diferencias, al suministro de último recurso y al suministro de mercado libre «normal».

El precio que los clientes pagan por el suministro eléctrico es la suma, explícita o implícita, de varios componentes:

- La *tarifa o peaje de acceso*: se trata de un precio regulado, fijado administrativamente, que da derecho a utilizar la red. En inglés, por ejemplo, se conoce como «grid tariff» o «grid charge». Existen distintas tarifas de acceso, que se diferencian en el nivel de tensión del suministro, la potencia máxima que se puede alimentar y el número de periodos horarios en los que esta se factura.<sup>3</sup> Lógicamente, todos los clientes están sujetos a los mismos peajes de acceso, independientemente de que estén en la tarifa de último recurso o en el mercado libre «normal».

La tarifa de acceso consta de un término de potencia (€/kW, que el cliente paga por la potencia que tiene derecho a extraer de la red) y un término de energía (€/kWh, que se paga por la energía realmente utilizada). La potencia representa la capacidad que la red pone a nuestra disposición, y la energía el consumo que realmente hacemos. Es importante diferenciar ambas magnitudes. Dos clientes pueden consumir la misma energía (por ejemplo, 90 kWh/mes). Sin embargo, uno de ellos puede realizar este consumo con una potencia contratada de 3.000 W que se utiliza durante 1 hora cada uno de los 30 días del mes, mientras que otro puede tener 125 W de potencia y usarlos de manera continuada durante las 24 horas de los 30 días del mes. El primer cliente requiere que la red esté dimensionada para hacer frente a ese consumo de 3.000 W durante una hora diaria, aunque las otras

3. La existencia de periodos horarios permite que un cliente contrate distintas potencias en diferentes periodos, y pague un precio diferente por el uso de la red en cada uno de esos periodos. Por ejemplo, una tarifa de dos periodos (la tarifa con discriminación horaria más habitual) permite que un cliente contrate mayor potencia y pague una tarifa de acceso menor en las horas fuera de punta (por las noches y los fines de semana), y pague un precio más elevado por el uso de la red en las horas de punta (típicamente las horas de mayor consumo del sistema). Esto puede resultar ventajoso para consumos importantes que pueden usarse sin problema fuera de las horas punta, cuando la red eléctrica está más sobrada de capacidad, como por ejemplo una caldera de calefacción y agua caliente sanitaria dotada de un sistema de acumulación de calor.



23 horas permanezca ociosa. Es por ello que el primer cliente deberá pagar más que el segundo en concepto de peaje de acceso.

La tarifa de acceso paga los costes regulados del sistema: costes de las redes de transporte y distribución, primas y tarifas del régimen especial (renovables y cogeneración) y otros componentes de coste establecidos por la Administración, que no responden a actividades en competencia sino a actividades cuya retribución está fijada por el Gobierno. También paga las denominadas anualidades del déficit: cuando la tarifa de acceso es insuficiente para cubrir todos los costes (ya hablaremos más adelante de esto), se produce el denominado déficit de tarifa, aparece una insuficiencia de fondos que hay que financiar (como cuando pagamos un bien a plazos). Las tarifas de acceso de años posteriores deben incorporar una anualidad para ir recuperando y financiando las insuficiencias de años anteriores.

En esto, la tarifa de acceso española es relativamente inusual: en la mayoría de los países europeos la tarifa de acceso cubre fundamentalmente los costes de las redes de transporte y distribución, mientras que los apoyos al régimen especial se pagan mediante tasas o impuestos externos a la tarifa de acceso y el concepto de déficit de tarifa no existe. Se trata de una diferencia que debe tenerse muy en cuenta al comparar los precios del suministro eléctrico en España con los de otros países.<sup>4</sup> En lo sucesivo, nos referiremos al coste del apoyo al régimen especial y las anualidades del déficit como «costes de política energética», pues se trata de costes derivados de decisiones políticas (apoyar a las renovables y no trasladar a la tarifa de acceso todos los costes) externos al coste del suministro propiamente dicho.

Los ingresos por peajes de acceso normalmente son cobrados por el comercializador.<sup>5</sup> Este los entrega a la distribuidora que, a su vez, los entrega al sistema de liquidaciones gestionado por la Comisión Nacional de Energía. Es el sistema de liquidaciones el que reparte la recaudación entre todos los perceptores de ingresos regulados. El sistema de liquidaciones, la caja central del sistema eléctrico, constituye otro elemento particular del sistema eléctrico español. Los distribuidores actúan como recaudadores o ventanillas de cobro de ese sistema de liquidaciones, que reparte los fondos entre las empresas distribuidoras, el transportista, los operadores del régimen especial y otros agentes.

4. Los clientes pagan también una cantidad en concepto de pagos por capacidad, otro elemento de coste regulado que cubre la retribución que determinadas centrales reciben por estar disponibles, aunque no produzcan. La descripción detallada de estos pagos escapa al objetivo de este capítulo. Baste saber que es otro componente de coste regulado, que en lo sucesivo englobaremos con la tarifa de acceso aunque, estrictamente hablando, sea algo diferente. Como la tarifa de acceso, se trata de un coste que soportan todos los clientes de manera equivalente, tanto en el suministro de último recurso como en el mercado libre.
5. Un cliente tiene derecho a contratar directamente el acceso a una distribuidora y pagarle el peaje de acceso a esta. No obstante, lo más frecuente es que lo haga a través del comercializador, y que este sea su contacto principal (y muchas veces único) con el sistema eléctrico.

— El *precio de la energía*. Es lo que el cliente paga por la energía que consume y que recibe a través de las redes de transporte y distribución. El precio de la energía se determina en el mercado mayorista y no obedece a decisiones administrativas, sino que es el resultado del cruce entre oferta y demanda en una serie de mercados en los que se negocian distintos productos en horizontes temporales diferentes (horas, días, meses o años). El precio mayorista refleja que la energía no vale lo mismo en diversos momentos del día o del año y que tampoco vale lo mismo cuando podemos prever su consumo con exactitud con horas o días de anticipación que cuando se trata de un consumo inesperado y no previsto. Para una descripción detallada del mercado mayorista y un análisis de este desde el punto de vista de la competencia, puede consultarse el capítulo «Competencia en el mercado mayorista de electricidad» en el *Anuario de la Competencia de 2009*, de esta misma serie.

La diferencia principal entre un cliente acogido a la tarifa de último recurso y otro en el mercado libre «normal» es que, en el segundo caso, cada comercializador es libre de aprovisionarse en el mercado mayorista como prefiera, combinando compras en mercados a plazo, en el mercado diario y en los mercados de servicios complementarios. Sin embargo, los comercializadores de último recurso están obligados a aprovisionarse a través de las denominadas subastas CESUR. A partir del resultado de estas subastas, se aplica una serie de cálculos para establecer la tarifa de último recurso. Estos cálculos son muy similares a los que lleva a cabo un comercializador de mercado libre y permiten recoger, por ejemplo, el efecto de los distintos perfiles de consumo que tienen los clientes, de los desvíos entre el consumo esperado y el real, así como otros factores similares.<sup>6</sup>

— El *margen comercial*. Este concepto incluye los costes de funcionamiento propios del comercializador (que incluirán, por ejemplo, los costes de *marketing* y publicidad, la atención comercial por teléfono, internet u oficinas, los costes de facturación, los gastos de gestión de la compra de energía, etc.), así como el margen de beneficio de aquel. Se trata de costes de una actividad libre, que no obedecen a decisiones administrativas. No obstante, en el

6. El capítulo citado del *Anuario de la Competencia de 2009* incluye una breve descripción de las subastas CESUR, que no repetiremos aquí. Posteriormente a la escritura de ese capítulo, las subastas CESUR han sido criticadas, principalmente porque se afirma que han dado lugar a precios más elevados que el mercado diario, y se han llegado a lanzar acusaciones más o menos veladas de manipulación. Ante esta situación, la Comisión Nacional de Energía ha llevado a cabo un análisis específico de varias de ellas, adicional a la validación habitual que realizan en cada convocatoria. Las conclusiones de este análisis se recogen en el informe «Informe CNE en relación a la supervisión de la negociación en el mercado OMIP y en el mercado OTC y su efecto en la 15ª y 16ª subastas cesur supervisadas por la CNE», 12 de julio de 2012. En este informe la CNE realiza un análisis exhaustivo de las subastas y de la evolución de los mercados a plazo antes y después de estas, tratando de encontrar indicios de manipulación. Las CNE concluye que «El análisis de las posiciones finales de los agentes muestra heterogeneidad y de la estructura de la negociación del contrato Q3-11 y Q4-11 no se tienen indicios de comportamientos que pudieran suponer una manipulación del mercado» y que «del análisis detallado de las transacciones realizadas por los agentes con mayor actividad en la negociación del contrato Q3-11 y Q4-11 no se desprende evidencia de comportamientos que pudieran dar lugar a una posible manipulación del mercado.»

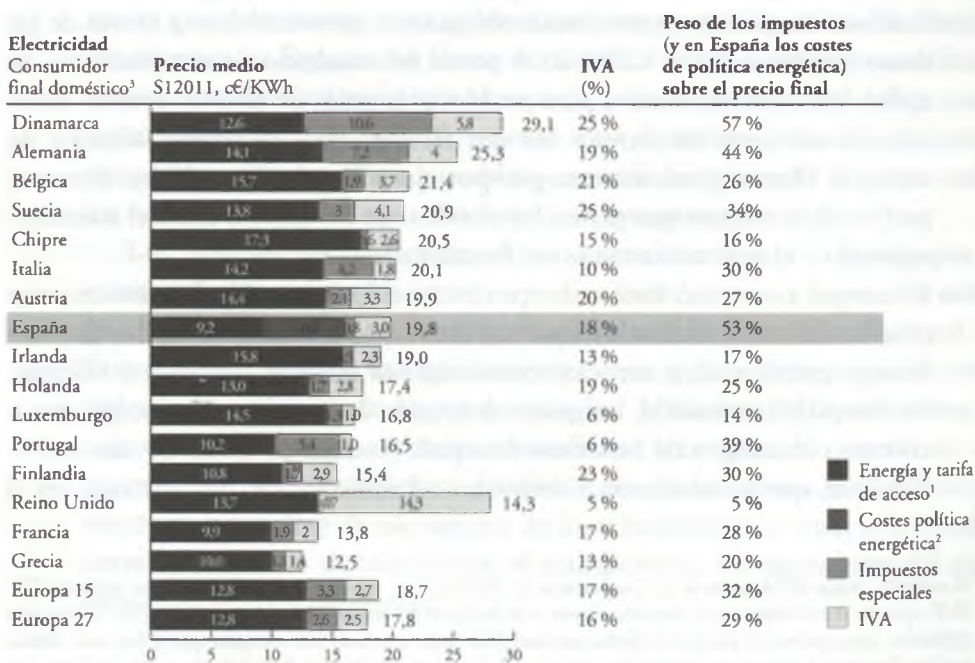


caso de la tarifa de último recurso, el margen comercial que se puede cargar a cada cliente también es un componente regulado.

De estos tres componentes de coste, el peaje de acceso es el único que, según establece la Ley del Sector Eléctrico, ha de aparecer desglosado en la factura que paga el consumidor final. Además, al coste del suministro hay que incorporarle impuestos (el IVA y el impuesto especial sobre la electricidad).

La figura siguiente muestra una comparación de los precios del suministro eléctrico para clientes domésticos en la Unión Europea. El tramo oscuro representa el coste de energía, la tarifa de acceso y el margen comercial: se trata del precio del suministro eléctrico propiamente dicho, la suma de los tres componentes mencionados. Se presentan también los impuestos especiales y el IVA. En el caso español hay un cuarto componente, que corresponde a lo que hemos denominado «costes de política energética». Se trata de costes que están incluidos en los peajes de acceso pero que, estrictamente hablando, no constituyen costes del suministro: se trata, como ya hemos comentado anteriormente, de las ayudas al régimen especial y las anualidades del déficit.

Gráfico 1



1. Excluye impuestos (i. e. IVA e impuestos especiales). En España excluye también los costes de política energética (i. e. anualidades del déficit y primas de régimen especial).
2. En España incluye costes de régimen especial, anualidades del déficit, para un consumidor doméstico 6,77 ¢/kWh (3,45 ¢/kWh por 1,96). La media del régimen especial y de las anualidades del déficit fueron 3,45 ¢/kWh (6.744 M€ y 1.816 M€ en 2011, respectivamente; demanda 248 TWh). El peaje de acceso medio es de 4,86 ¢/kWh, para un consumidor doméstico es de 9,53 ¢/kWh (1,96 veces más, contrato 2.0A).
3. Precio del consumidor final doméstico en la banda de consumo situada entre 2.500 kWh y 5.000 kWh.
4. IVA español adaptado al incremento de julio de 2011 (en que pasó del 16 al 18%).

Fuente: Eurostat, Enerdata.



Las ayudas al régimen especial las hemos separado porque, en el caso español, se incluyen en la tarifa de acceso, mientras que en muchos otros países de la UE estas ayudas se cubren con tasas o impuestos y no se engloban en el coste del suministro.<sup>7</sup>

La anualidad del déficit, que también se incluye en la tarifa de acceso, es la parte de esta que va destinada a recuperar y financiar las insuficiencias tarifarias de años anteriores. Se trata de una especificidad española, por lo que hemos optado por representarla separadamente, de modo que se puedan comparar los costes estrictos del suministro entre los diversos países.

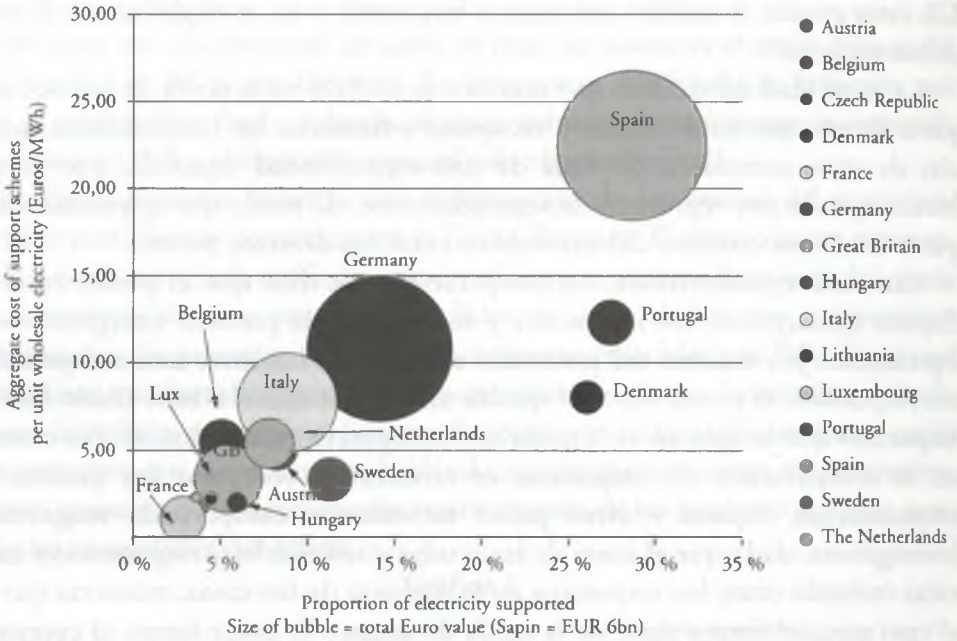
Con esta representación, la comparación nos dice que el precio total en España (incluyendo los impuestos y los «costes de política energética») está ligeramente por encima del promedio europeo. Si hacemos una comparación sin impuestos, el precio español resulta uno de los más elevados (dado que los impuestos que se aplican en España son comparativamente bajos). No obstante, la comparación sin impuestos es errónea: al comparar los precios sin impuestos en España y otros países no estamos comparando magnitudes homogéneas, dado que el coste de las ayudas a renovables y cogeneración suele estar incluido entre los impuestos en la mayoría de los casos, mientras que en el caso español forma parte de la tarifa de acceso. Y, desde luego, si comparamos el coste sin impuestos y sin costes de política energética, el suministro en España resulta de los más competitivos.

Por ello consideramos que la comparativa de precios debe hacerse con impuestos o separando adecuadamente los costes de política energética de los «verdaderos» costes del suministro.

El siguiente gráfico muestra el coste del apoyo a las renovables en los distintos países de la Unión Europea:

7. «COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Energy Markets in the European Union in 2011, Accompanying the COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS/Making the internal energy market work», SWD(2012) 368, pág. 198.

Gráfico 2



El análisis de estos datos pone de manifiesto que el nivel relativamente elevado de los precios de la electricidad en España no se debe al coste del suministro propiamente dicho, sino a los citados costes de política energética. Es más, si analizamos la evolución temporal de los precios, los informes de Eurostat (la oficina estadística de la Unión Europea) ponen de manifiesto que el precio español es, en los últimos años, uno de los que crece más deprisa. Pero, de nuevo, este crecimiento no se debe a la evolución del precio de la energía o del coste de las redes, sino al incremento de las ayudas al régimen especial y a las anualidades del déficit. Según datos de la CNE, entre 2005 y 2010 las ayudas al régimen especial se han multiplicado casi por cinco, y las anualidades del déficit por siete.

En relación con el tercer componente del coste, el margen comercial, hay que destacar que se trata de márgenes bastante ajustados. La CNE en su informe de 13 de septiembre de 2012 sobre evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad recoge una estimación de los márgenes brutos obtenidos por los comercializadores durante el periodo julio 2010-junio 2011 y pone de manifiesto los escasos márgenes comerciales que ofrece la actividad de comercialización, en particular, para el segmento doméstico: estos márgenes se estiman en 8 €/MWh.<sup>8</sup>

8. Según el Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2001), pág. 93:  
El margen bruto entre el precio de suministro de energía y el coste estimado de adquisición de la energía (sin tener en cuenta costes comerciales) para el segmento pymes (14 €/MWh) contrasta con los 8 €/MWh obtenidos en el segmento doméstico y los 5 €/MWh en el segmento industrial. Este hecho parece indicar lo siguiente:



Esta cifra ha de cubrir no solo el beneficio de la actividad, sino todos los costes operativos de esta, lo que explica la escasa entrada de operadores en dicho mercado.

## Evolución de la normativa sobre comercialización

### Análisis evolutivo del proceso de liberalización de los mercados minoristas

La liberalización de la comercialización ha sido introducida de forma gradual: la Ley del Sector Eléctrico estableció un calendario para la introducción progresiva (con sucesivas ampliaciones del colectivo de clientes que tenía derecho a contratar con un comercializador en mercado libre) que, posteriormente, fue adelantado sustancialmente, de modo que todos los clientes de alta tensión tuvieron capacidad para elegir suministrador desde el 1 de julio de 2000 y el resto de los clientes desde el 1 de enero de 2003.

Los hitos previstos en el calendario de liberalización suponían la adquisición del derecho de elección del suministrador por parte del cliente, pero no la obligación de adquirir su energía en el mercado liberalizado. De este modo, el suministro eléctrico ha sido realizado en paralelo por las distribuidoras, que vendían la electricidad a un precio previamente fijado por la Administración a través de la tarifa integral, y las comercializadoras, que vendían la electricidad a los llamados «consumidores cualificados» o «consumidores en mercado libre», lo que ha supuesto que, durante largos años, hayan convivido dos regímenes jurídicos diferenciados: el suministro a tarifa integral y el suministro libre que, necesariamente, debía ir acompañado del correspondiente contrato de acceso a las redes.

Además del calendario de acceso al mercado libre, el proceso de liberalización en el mercado minorista se ha apoyado en la desaparición progresiva de las tarifas integrales: el colectivo de clientes con derecho a estas (que se solapaba con los clientes cualificados) se iba reduciendo también gradualmente.

Pues bien, atendiendo a los calendarios de apertura de estos mercados y de desaparición de las tarifas integrales, y a otros factores de política energética y regulación, es posible diferenciar cuatro etapas:

---

En el caso del segmento doméstico, las ofertas en el mercado libre están totalmente condicionadas por la existencia de una tarifa de último recurso. De hecho, las estimaciones realizadas muestran que si se incluye el margen comercial reconocido en la tarifa de último recurso, los márgenes llegan a ser nulos, todo ello, teniendo en cuenta las hipótesis de cobertura realizadas en el citado informe.

*Periodo 1998-2003*

Se caracteriza por una liberalización progresiva del segmento de los grandes clientes pues, efectivamente, la normativa previó inicialmente que, a partir del 1 de enero de 1998, adquirirían la condición de cualificados los consumidores con un volumen de consumo anual superior a los 15 GWh y, posteriormente, a partir del 1 de enero del 2000, 2002 y 2004, los consumidores con consumos anuales de 9 GWh, 5 GWh y 1 GWh, respectivamente. Dicho calendario fue, posteriormente, adelantado mediante el Real Decreto 2820/1998, y, seguidamente, mediante el Real Decreto Ley 6/1999, de medidas urgentes para la liberalización e incremento de la competencia, que introdujo el 1 de julio del 2000 como nueva fecha para la liberalización de todos los clientes de alta tensión.

*Periodo 2003- 2008*

A partir de 2005 se produce un incremento de precios en el mercado mayorista, que no fue trasladado a las tarifas reguladas y que tuvo tres efectos inmediatos indeseables:

- En primer lugar, un estancamiento y posterior retroceso del grado de liberalización, dado que los clientes podían obtener mejores precios a través de la tarifa integral que el que podía ser ofertado por los comercializadores. La tarifa integral no incorporaba los precios de mercado más altos, mientras que los comercializadores no tenían más remedio que trasladar el incremento a sus clientes.
- En segundo lugar la vuelta masiva de los clientes al segmento regulado del mercado, que ofrecía unos precios más bajos.
- Y en tercer lugar, un incremento significativo del déficit de ingresos, dado que la tarifa integral no incorporaba la totalidad del coste de generación. A día de hoy, seguimos arrastrando y padeciendo el denominado déficit de tarifa, que empezó a acumularse en este periodo.

*Periodo 2008-2009*

El anuncio del fin de las tarifas de alta tensión y su desaparición el 1 de julio de 2008 ha sido uno de los instrumentos regulatorios que con mayor intensidad ha contribuido a liberalizar el sector eléctrico español. En efecto, la apuesta decidida, y sin marcha atrás, hacia un mercado en el que las comercializadoras podían competir libremente ha posibilitado un mercado competitivo real en alta tensión.

El Real Decreto 871/2007, de 29 de junio, suprimió las tarifas generales de alta tensión, permitiendo que la mayor parte de los clientes de alta tensión



pasaran al segmento liberalizado del mercado. La única excepción tuvo lugar respecto a los consumidores industriales sujetos a la tarifa G4,<sup>9</sup> cuya salida al segmento libre del mercado fue realizada de forma más ralentizada, de modo que el legislador retrasó la desaparición de esta tarifa hasta la fecha de entrada en vigor de la tarifa de último recurso.<sup>10</sup> La tarifa G4 dio lugar a la iniciación de un procedimiento de investigación ex artículo 108.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) por una supuesta vulneración de la normativa de ayudas de Estado. Si bien a la fecha de terminación del presente artículo la Comisión Europea aún no ha emitido una decisión al respecto, en el acuerdo de incoación formal del procedimiento aquella considera que dichas tarifas ofrecen a determinados grandes consumidores industriales la posibilidad de adquirir la electricidad a un precio inferior al de mercado y les confiere una ventaja competitiva subsumible bajo la normativa de ayudas de Estado.<sup>11</sup>

### *Periodo 2009 - actualidad*

La desaparición total de las tarifas integrales a partir del 1 de julio de 2009 fue el paso definitivo hacia la total liberalización del sector eléctrico. En virtud del nuevo modelo, los distribuidores dejan de realizar la actividad de suministro y esta pasa a ser ejercida en su totalidad por los comercializadores en libre competencia, siendo los consumidores de electricidad quienes eligen libremente a su comercializador. Adicionalmente, se introduce el Suministro de Último Recurso (SUR), aplicable a todos aquellos consumidores en baja tensión con potencia contratada por debajo de 10 kW, que será realizado por los Comercializadores de Último Recurso (CUR), siendo considerados a todos los efectos como clientes liberalizados y los CUR comercializadores libres.

9. Se trataba de una tarifa reservada a cinco consumidores con consumos muy elevados, correspondientes a grandes instalaciones industriales.
10. Disposición Transitoria Octava Orden ITC/3801/2008. Régimen transitorio de los clientes acogidos a 31 de diciembre de 2008 a la tarifa G.4.

Entre el 1 de enero y hasta la fecha de entrada en vigor efectiva de la tarifa de último recurso, los consumidores que a 31 de diciembre de 2008 estuvieran acogidos a la tarifa G.4, pagarán a partir del 1 de enero de 2009 los precios que figuran en el siguiente cuadro y se aplicarán tanto a la potencia como a la energía demandada. Asimismo se aplicarán los complementos por discriminación horaria y energía reactiva.

Término de potencia Término de energía Tp: €/kW mes Te: €/kWh 13,81560,015824. A partir del mes de febrero dichos precios se incrementarán mensualmente un 5%. Asimismo, durante este periodo se mantendrán las obligaciones contractuales en relación con el sistema de interrumpibilidad.

11. Asunto C3/2007 (NN 66/2006)—España. Tarifas eléctricas reguladas.

## Medidas adicionales de fomento de la competencia

Además de la gradual desaparición de las tarifas integrales, el legislador español ha introducido durante los últimos años otras medidas con el objeto de fomentar la competencia en los mercados minoristas de comercialización en España.

Destacan, entre otras, medidas destinadas a fomentar el cambio de suministrador, así como a facilitar la transparencia e información sobre las distintas ofertas existentes en el mercado. Igualmente, se han adoptado medidas tendentes a garantizar la separación funcional entre actividades reguladas y liberalizadas e introducido una obligación *ex novo* para las empresas distribuidoras de facilitar a los comercializadores acceso a información sobre los consumidores; cuestión que, como veremos, no solo resulta ser particularmente novedosa en el ámbito nacional, sino también comunitario.

A continuación se exponen cada una de estas medidas.

### *La Oficina de Cambios de Suministrador*

El Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio, por el que se regula la Oficina de Cambio de Suministrador (Real Decreto 1011/2009) introduce una figura novedosa en nuestro ordenamiento, consistente en una sociedad mercantil independiente con objeto social exclusivo, que realiza sus funciones simultáneamente en los sectores del gas natural y de la electricidad y cuyo objeto principal es supervisar que los cambios de suministrador se realizan de forma suficientemente objetiva, independiente y transparente.

La Oficina de Cambios de Suministrador, OCSUM, es propiedad de todas las empresas distribuidoras y comercializadoras de gas y electricidad, de acuerdo a porcentajes que se corresponden con las cuotas de mercado de unos y otros y actúa bajo la supervisión de la CNE. Las funciones de la OCSUM, establecidas en el Real Decreto mencionado, son las siguientes:

- Elaboración de informes mensuales, trimestrales y anuales sobre procesos de cambio de suministrador, permanentemente adaptados y mejorados para responder a requerimientos de la CNE. Para esto se apoya en un sistema de solicitud de información a distribuidores y comercializadores.
- Respuesta a requerimientos específicos de la CNE y el Ministerio de Industria en relación con diversos aspectos del proceso de cambios de suministrador.
- Mantenimiento y actualización de un Centro de Información sobre el Cambio de Suministrador en la página web de OCSUM, que proporciona información detallada sobre procedimiento de cambio, requisitos e información para el cambio, los plazos y efectos del cambio de suministrador y la relación de comercializadores existentes.



- Participación en distintos Foros para contribuir a difundir a la sociedad la liberalización de los mercados de gas y electricidad.
- Formación y envío de información sobre procedimientos de cambio de suministrador a agentes existentes, y a nuevos entrantes.
- Cesión a los comercializadores de información de bases de datos de puntos de suministro.
- Verificación del efectivo consentimiento del consumidor al cambio de suministrador.

La Oficina sirve de foro de encuentro a todos los agentes del sector, con la participación de la CNE, mediante una serie de grupos de trabajo que formulan propuestas de normalización y regulación orientadas a facilitar los cambios de suministrador.

#### *Flexibilización de los mecanismos de consentimiento al cambio de suministrador*

También con el objeto de facilitar el cambio de comercializador en los mercados minoristas, la Orden ITC/1659/2009 establece en su Disposición Adicional Primera la posibilidad de que la conformidad del cliente al cambio de suministrador pueda ser efectuada a través de cualquier medio contrastable, recayendo únicamente sobre el comercializador la obligación de custodiar todos los documentos que sirvan para probar dicha conformidad. En relación a esta cuestión, pero en el ámbito del sector del gas, con fecha 29 de julio de 2011, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) dictó una resolución contra Gas Natural Distribución al considerar que esta había abusado de su posición de dominio y, en consecuencia, infringido el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) al denegar las solicitudes de cambio de suministrador formuladas por otro competidor cuando este aportaba la conformidad del consumidor mediante grabaciones telefónicas. Según la autoridad de competencia, dicha actuación, además de no estar justificada, permitió al grupo Gas Natural que los consumidores permaneciesen con el suministrador de su grupo.<sup>12</sup>

#### *Introducción del sistema de comparación de precios*

También con objeto de fomentar el cambio de comercializador, la Orden ITC/3519/2009, de 28 de diciembre, por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2010 y las tarifas y primas de las instalaciones de régimen

12. Resolución del Consejo de la CNC de 29 de julio de 2011, Expediente S/0184/09–Gas Natural.

especial, introdujo un sistema de comparación de precios sobre la base de las ofertas realizadas por las empresas comercializadoras, todo ello con el objeto de facilitar a los consumidores el acceso a una información lo más completa y transparente posible. De este modo, las compañías comercializadoras están obligadas a comunicar sus ofertas a la CNE con el objeto de permitir a esta la publicación en su página web de una herramienta de comparación de ofertas.<sup>13</sup>

### *Acceso incondicionado y gratuito al Sistema de Información de Puntos de Suministro*

Otra de las medidas introducidas por el legislador para fomentar la competencia en los mercados minoristas ha sido la modificación del contenido y condiciones de acceso al denominado Sistema de Información de Puntos de Suministro de la distribuidora, también llamado SIPS.

El SIPS es una base de datos que las empresas distribuidoras deben disponer desde principios del año 2003. En dicha base de datos se incluye una gran variedad de información sobre los clientes conectados a las redes de distribución: consumos del último año, potencia contratada, potencia máxima autorizada, tensión, dirección del punto de suministro, CUPS (Código Universal de Punto de Suministro), tipo de equipo de medida, etc.

Pues bien, las condiciones de acceso y el contenido de dicha base de datos ha ido modificándose a lo largo del tiempo:

- A partir del 1 de enero de 2003, el Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de baja tensión, establece la obligación a los distribuidores de disponer de una base de datos de los clientes de baja tensión. Los comercializadores tenían acceso tan solo a unos campos de esa base de datos (fundamentalmente ubicación, tensión y CUPS, pero no potencias ni consumos).
- A partir del 24 de diciembre de 2005, los comercializadores tienen acceso a todo el contenido de la base de datos. El acceso se realizaba a través del Código Universal de Puntos de Suministro del cliente («CUPS») y, por tanto, no era un acceso ni masivo ni incondicionado. La CNE, como órgano regulador, a petición del Ministerio de Economía, estableció una serie de procedimientos que regulaban el acceso al SIPS. Concretamente, en el denominado «Flujograma de Procesos y Validaciones de Contratación», elaborado en el seno de un comité de trabajo dirigido por la CNE y publicado por dicho organismo, se estableció que el acceso a la base de datos de las distribuidoras debería realizarse punto por punto y previa aportación de determinada información.

13. [www.comparador.cne.es](http://www.comparador.cne.es).



Este sistema permitía que, cada vez que un consumidor tuviera contacto con un cliente, pudiera solicitar a la distribuidora la correspondiente información detallada sobre este, útil para preparar una oferta comercial.

- Fue la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, la que, por primera vez, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de los comercializadores a acceder de forma masiva e incondicionada a la información obrante en el SIPS de los distribuidores y, correlativamente impuso a estos la obligación *ex novo* de facilitar a aquellos el acceso. Este acceso masivo e incondicionado existe desde el 1 de enero de 2008. La Orden estableció un periodo transitorio de dos meses, lo que evidencia que estas exigencias eran nuevas y no estaban previstas en anteriores regulaciones. El acceso incondicionado a la base de datos permite el tratamiento masivo de la información, lo que facilita la segmentación del mercado para dirigir esfuerzos comerciales en determinadas zonas con margen comercial.

La Audiencia Nacional suspendió cautelarmente la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, hasta que la Orden ITC 694/2008 introdujo un nuevo apartado a Orden ITC/3860/2007, que establece que los clientes pueden mostrar por escrito su deseo que sus datos no sean accesibles, lo que llevó al levantamiento de la citada suspensión cautelar.

- Posteriormente, el Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio, por el que se regula la Oficina de Cambios de Suministrador modifica el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, ampliando los campos de información que debían estar recogidos en el SIPS. De este modo se incluye el nombre o razón social del cliente, información sobre impagos, y la existencia o no de depósito de garantía. Además, este RD modifica el ámbito de aplicación de la base de datos SIPS, incluyendo tanto a los clientes de baja tensión como a los de alta.

El acceso al SIPS constituye una novedad regulatoria, pues en ningún país de nuestro entorno —alguno de los cuales tiene un nivel de liberalización mayor que el alcanzado en España— existe un sistema de información con el detalle y grado de accesibilidad (totalmente incondicionado y sin ningún límite desde el punto de vista de la normativa de protección de datos personales) al existente en nuestro país. La CNE ha llamado, por su parte, la atención sobre la asimetría existente entre el sector del gas y electricidad en España pues, hasta la fecha, la normativa gasista no recoge un tipo específico de infracción ante un supuesto incumplimiento por parte de las distribuidoras de gas asociado a la negativa de acceso a la base de datos de puntos de suministro, mientras que en la normativa eléctrica dicha actuación se considera una infracción grave.<sup>14</sup>

14. Informe CNE de 13 de septiembre de 2012 sobre evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011), pág. 38. La CNE propone, en este sentido: «establecer tipos específicos de infracciones por incumplimiento por los distribuidores y comercializadores asociadas a los procesos de cambio de suministrador y acceso a las bases de puntos de suministro de gas».

Pues bien, no podemos pasar por alto el hecho de que, antes de que se publicara la Orden ITC/3860/2007 y, por tanto, se introdujera en nuestro ordenamiento la obligación *ex novo* de las distribuidoras de ofrecer un acceso incondicionado y masivo al registro de puntos de suministro, la CNC abrió expedientes sancionadores a las cinco grandes empresas distribuidoras de electricidad en España, al entender que el ofrecimiento de un acceso condicionado a su base de datos constituía una conducta abusiva equiparable a una negativa de acceso.<sup>15</sup>

En opinión de la CNC, el hecho de que la operativa llevada a cabo por las empresas distribuidoras hasta la entrada en vigor de la Orden ITC/3860/2007 apareciera regulada en un documento de trabajo de la CNE (el ya citado «Flujograma de Procesos») no era justificación suficiente, dado que no se trataba de un documento de carácter normativo<sup>16</sup>. Entendió la CNC, en este sentido, que ante situaciones de vacío legal, la especial responsabilidad que incumbe a las empresas en posición de dominio les obliga a comportarse siempre de la forma más competitiva posible en el mercado, incluso aunque otro tipo de comportamientos no resulten contrarios al marco regulatorio aplicable —la normativa sectorial eléctrica en el presente caso.

A través de dichos asuntos, la autoridad de competencia pone de manifiesto, por tanto, la obligación de las empresas en posición de dominio de realizar una interpretación lo más «pro-competitiva» posible de la normativa aplicable.

Y es que, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha defendido que el respeto del marco regulador vigente no garantiza la conformidad de una conducta con la normativa de competencia<sup>17</sup>, ante situaciones de vacío legal la cuestión resulta ser más compleja, pues se impone a las empresas en posición de dominio una obligación adicional —que, por cierto, parece ser más propia del regulador— consistente en identificar y aplicar la interpretación «más pro-competitiva posible» de la norma.

Hay que destacar que, en este caso, esa interpretación pro-competitiva de la norma ya había sido realizada por la CNE a través de un documento de trabajo (el «Flujograma de procesos») elaborado en coordinación con los agentes del sector en el que expresamente se establecían las condiciones necesarias para acceder a las bases de datos de las empresas distribuidoras. Es por ceñirse a estas condiciones por lo que posteriormente estas fueron fuertemente sancionadas. El estándar de diligencia que a través de los referidos asuntos se impone a las empresas en posi-

15. Resoluciones del Consejo de la CNC de 2 de abril de 2009 Céntrica/Endesa, Expediente 641/08; Céntrica/Iberdrola Expediente 644/08; Céntrica/Unión, Fenosa Expediente 642/08 y Céntrica/Viesgo, Expediente 643/08. Ver, también, Resolución del Consejo de la CNC de 22 de abril de 2009 Céntrica/Hidrocantábrico, Expediente 645/08.

16. [www.cne.es](http://www.cne.es). Elegibilidad 2003. Propuestas normativas relativas a la gestión y administración de contratos y equipos de medida.

17. Ver, por ejemplo, en relación al sector de las telecomunicaciones Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2012, Asunto T-336/07, *Telefónica c. Comisión Europea*, apartados 299 y ss.



ción de dominio, además de elevado, resulta enormemente complejo, pues se traslada al terreno de lo interpretativo.

Y frente a lo anteriormente indicado, también es cierto que no todos los órganos judiciales han compartido dicha postura. Así, por ejemplo, el Juzgado de lo Mercantil Número 5 de Madrid consideró, en relación a un asunto relativo al sector de las telecomunicaciones que, ante una situación de vacío legal equivalente a la expuesta en los asuntos anteriormente referidos, no corresponde a las empresas en posición de dominio adoptar medidas comerciales que fomenten la competencia en dichos sectores, sustituyendo así la labor del legislador pues, efectivamente, no está en absoluto claro cuáles son las obligaciones y límites de actuación atribuibles a las empresas en posición de dominio ante situaciones de vacío legal.<sup>18</sup>

### *Medidas de refuerzo de la separación funcional de actividades entre empresas distribuidoras y comercializadoras*

Desde la aprobación de la Ley del Sector Eléctrico en 1997, que ya introdujo obligaciones de separación entre negocios regulados y liberalizados, se han ido introduciendo nuevas medidas tendentes a incrementar esta separación, con el objeto de garantizar una actuación independiente y objetiva por parte de los distribuidores y transportistas.

Ciñéndonos a los cambios introducidos en 2012, el Real Decreto-Ley 13/2012 obliga a las sociedades que desarrollan actividades reguladas a remitir, antes del 31 de marzo de cada año, al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la CNE, códigos de conducta de separación funcional, y a designar un encargado de cumplimiento de las obligaciones de separación, que será independiente y tendrá acceso a toda la información necesaria. Este encargado de supervisión deberá remitir anualmente un informe de cumplimiento de las medidas adoptadas.<sup>19</sup>

18. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número 5 de Madrid, de 11 de noviembre de 2005, Telefónica/Conduit FD 5.ª.

19. El artículo 1 del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, modifica el artículo 14 de la LSE en el siguiente sentido:

Los párrafos a) y d) del apartado 2 del artículo 14 quedan redactados como sigue y se incluye un nuevo párrafo e) con la siguiente redacción:

a) Las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades reguladas no podrán participar en estructuras organizativas del grupo empresarial que sean responsables, directa o indirectamente, de la gestión cotidiana de actividades de generación, comercialización o de servicios de recarga energética. Adicionalmente, y sin perjuicio de lo ya establecido en el segundo párrafo del artículo 35.2 de la presente Ley en materia de transportista único y de exclusividad de desarrollo de la actividad de transporte, el responsable de administración de la red de distribución no podrá participar en la gestión cotidiana de las actividades de transporte.

(...)

d) Las sociedades que realicen actividades reguladas establecerán un código de conducta en el que se expongan las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento de lo estipulado en los párrafos a), b) y c) anteriores.



Resulta llamativo, en este sentido, que el Real Decreto-Ley 13/2012 no incorpore la figura de encargado de supervisión, ni establezca un plazo de remisión del código para el sector del gas, produciéndose así un tratamiento legislativo asimétrico entre ambos sectores.

Por último, y sin ánimo de exhaustividad, se establece la obligación de las empresas distribuidoras verticalmente integradas de no crear confusión en la información y presentación de su marca e imagen respecto a la identidad propia de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización,<sup>20</sup> cuestión que ya había sido apuntada por la CNC en diversos informes previos y que viene a transponer lo establecido en el artículo 26.3 de la Directiva 2009/72/CE.<sup>21</sup>

Al mismo tiempo, se ha reforzado la capacidad de supervisión de la CNE en esta materia pues, en virtud del Real Decreto-Ley 13/2012, adquiere la potestad de dictar instrucciones jurídicamente vinculantes, así como de imponer sanciones ante un supuesto incumplimiento de las obligaciones relativas a la separación de actividades.

## Lecciones sobre la liberalización en el mercado eléctrico minorista

Pese a las medidas anteriormente citadas y los avances realizados durante los últimos años, lo cierto es que el problema del déficit estructural de tarifa y la coexistencia de tarifas reguladas y liberalizadas han dañado de forma severa las condiciones de competencia en los mercados minoristas.

En este apartado serán desarrollados estos dos aspectos, sus efectos en el mercado, así como referencias de casos similares, y las actuaciones seguidas por las autoridades de competencia.

### Primer impedimento a la liberalización: el déficit de tarifa

La regulación del sector eléctrico en España ha fomentado que durante largos años se haya producido un desequilibrio entre los ingresos que se recaudan a través de los peajes de acceso y los costes reales asociados a dichas tarifas, generándose lo que

---

Dicho código de conducta establecerá obligaciones específicas de los empleados, y su cumplimiento será objeto de la adecuada supervisión y evaluación por la persona u órgano competente designado por la sociedad a tal efecto. El encargado de evaluar el cumplimiento será totalmente independiente y tendrá acceso a toda la información de la sociedad y de cualquiera de sus empresas filiales que requiera para el desempeño de su función.

Anualmente, el encargado de supervisión presentará un informe al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la Comisión Nacional de Energía, que será publicado en el Boletín Oficial del Estado, indicando las medidas adoptadas para lograr el cumplimiento de lo estipulado en los párrafos a), b) y c) anteriores.

e) La separación de actividades y, en particular, la separación funcional, a cuyo efecto las empresas obligadas deberán remitir al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la Comisión Nacional de Energía el código de conducta previsto en el artículo 14.2.d) de la presente Ley antes del 31 de marzo de cada año (...).

20. Artículo 1 del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo.

21. Informe CNC IPN 57/11. Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley del Sector Eléctrico.

se conoce como déficit de tarifa. Dicho en otros términos, el déficit de tarifa, también llamado déficit de ingresos de las liquidaciones, se genera como consecuencia de la insuficiencia de los ingresos obtenidos a través de los peajes de acceso para retribuir los costes regulados reconocidos del sistema eléctrico español.<sup>22</sup>

Los ingresos regulados del sistema resultan, fundamentalmente, de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución que son establecidos por el Ministro de Industria, Energía y Turismo previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de conformidad con lo previsto en el artículo 17.1 de la Ley del Sector Eléctrico.

Por su parte, los costes regulados del sistema eléctrico español son de diversa naturaleza ya que, por un lado, i) se encuentran aquellos asociados a la actividad de transporte y distribución y a la generación insular y extrapeninsular,<sup>23</sup> por otro, ii) las primas a la generación renovable y cogeneración, iii) pero también la propia financiación del déficit de años anteriores, iv) así como otra serie de costes que legalmente deben ser incluidos (como la financiación de la propia Comisión Nacional de Energía y otras partidas menores establecidas en la legislación).

Si bien es cierto que la LSE proclama en su artículo 18 el principio de suficiencia tarifaria, esto es, la necesidad de que las tarifas cubran todos los costes necesarios para que el suministro eléctrico se preste en condiciones de eficiencia y calidad sin, por otro lado, ocasionar distorsiones de la competencia en el mercado, la realidad ha sido, sin embargo, bien distinta, ya que, durante largos años, las tarifas se han mantenido a niveles artificialmente bajos y no han cubierto los costes necesarios para el suministro.

Es preciso indicar que las cantidades resultantes del déficit no son en absoluto despreciables, pues solo en el año 2011 el déficit ascendió a 3.850 millones de euros<sup>24</sup> y el déficit acumulado desde el año 2000 hasta el ejercicio 2011 ha ascendido a 29.575 millones de euros.

Por lo demás, la causa principal de los déficits se debe a un conjunto de decisiones políticas. Anualmente, se establecía la tarifa integral sin pretender realmente que esta permitiera recuperar todos los costes del sistema, sino simplemente a partir del incremento admisible sobre la tarifa del año anterior. Se tomó la decisión política de utilizar la tarifa como un elemento de control de la inflación, tratando de moderar sus incrementos independientemente de cuál fuera la evolución real de los costes del suministro. Se optó también por incorporar en la tarifa la totali-

22. El Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico ha definido el déficit también en este mismo sentido, al indicar que este responde a: «la diferencia entre los ingresos procedentes de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica y los costes de las actividades reguladas del sector eléctrico que deben cubrir» (Preámbulo, apartado 1 del Real Decreto-Ley 14/2010).

23. La generación extrapeninsular e insular, a pesar de tratarse de una actividad libre, como la generación peninsular, tiene ingresos regulados, según lo establecido en el artículo 12 de la Ley del Sector Eléctrico, desarrollado por el RD 1747/2003.

24. Fuente: Liquidación Provisional 14/2011 publicada por la CNE.

dad de los costes regulados, por lo que el precio de la energía implícito en la tarifa integral acababa siendo la variable de cierre.

De este modo, la tarifa de cada año no se basaba en una estimación del precio de la energía (que hubiera sido posible, pues ya existía un mercado a plazo razonablemente líquido), sino en el precio de la energía que «cabía» para dar lugar a una tarifa con un incremento políticamente aceptable que incorporara todos los costes regulados. Esto no se reconocía públicamente: los sucesivos expedientes de tarifas simplemente incluían un coste de energía como hipótesis de partida, pero este coste se revelaba insuficiente: al cabo de pocos meses el coste de energía ya acumulado alcanzaba el que se había previsto para todo el año y a partir de ese momento empezaba a crecer el déficit. El sistema se basaba en la ficción de que la previsión de precio sobre la que se basaba la tarifa se revelaba incorrecta a mitad de año.

Este era el denominado déficit *ex post*. Se partía de un expediente de tarifas equilibrado, aparentemente sin déficit y, tras varios meses, se «descubría» que el precio de energía era erróneo y que faltaban ingresos. La legislación estableció un mecanismo por el que algunos generadores financiaban ese déficit, proporcionaban los fondos que faltaban para que el sistema siguiera funcionando. Y tras reconocerse la existencia de este déficit *ex post* se reconocía en la normativa el derecho a que los financiadores recibieran un porcentaje de la tarifa de los años posteriores, para recuperar lo financiado.

Este mecanismo tenía varios problemas:

- Daba una señal de precio errónea a los consumidores, que creían que el suministro eléctrico era más barato de lo que en realidad era, y no eran conscientes de que lo estaban pagando «a plazos».
- Creaba incertidumbre regulatoria, que afectaba a los mercados financieros y a la valoración bursátil de las empresas eléctricas financiadoras: cada año, cuando empezaban a faltar ingresos y los generadores tenían que financiarlos, surgía la duda sobre si posteriormente podrían recuperar las cantidades financiadas. Normalmente transcurrían algunos meses hasta que este derecho de recuperación era reconocido por la normativa.
- Introducía una distorsión entre la tarifa regulada y el mercado libre que frenaba la liberalización: la tarifa era artificialmente baja, pues no incorporaba todos los costes. Pero los comercializadores en mercado libre sí que tenían que cargar el coste completo, tanto de la tarifa de acceso como el verdadero precio de la energía, por lo que no podían competir contra la tarifa.
- Suponía un encarecimiento de la tarifa de los años posteriores, que debía incorporar el coste de financiar y recuperar esa falta de ingresos.

A finales de 2006, y con el fin de solucionar al menos dos de los problemas anteriores el regulador español introduce una figura bastante novedosa denominada déficit *ex ante*. A partir de la tarifa de 2007 se empieza a incorporar en la tarifa



una previsión realista del precio de la energía. Al sumar el coste de energía así obtenido a los costes de acceso esperados, se obtenía una subida superior a lo políticamente aceptable. Para mantener el incremento bajo control se fijaba una tarifa de acceso insuficiente, que sumada con el coste previsto de energía daba una tarifa total políticamente aceptable. Pero, a diferencia de lo que se venía haciendo, se reconocía desde el principio esa insuficiencia: la norma recogía que esa insuficiencia sería financiada por algunos generadores, y que estos podrían recuperar ese coste en la tarifa de años posteriores. Este fue el llamado déficit *ex ante*.

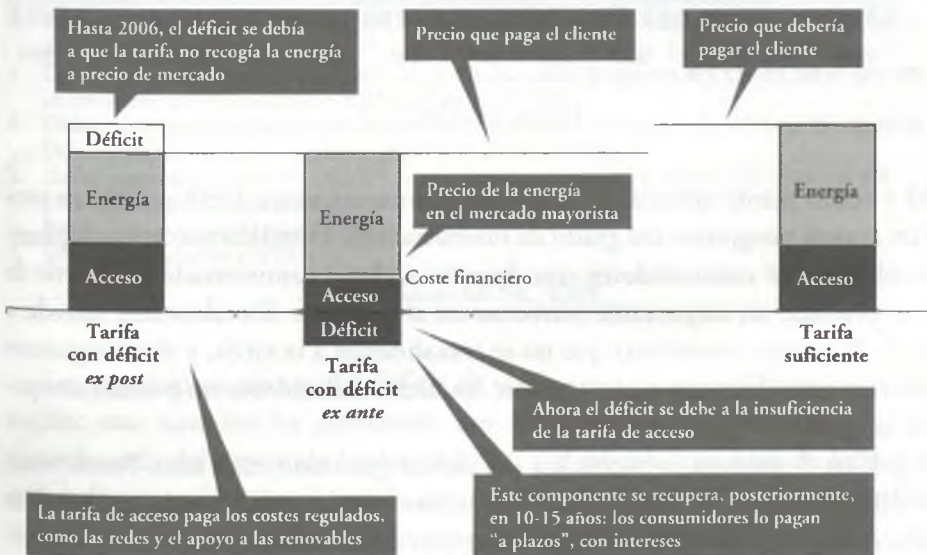
De este modo:

- Se reducía la incertidumbre regulatoria, pues ya no existía la duda de si la tarifa finalmente permitiría a los financiadores recuperar su coste: el reconocimiento estaba asegurado desde el principio.
- Dado que la insuficiencia estaba ahora centrada en la tarifa de acceso, que aplicaba por igual a los clientes en mercado libre y a los que permanecían en suministro a tarifa, se reducía o eliminaba la distorsión entre ambos. Ahora los comercializadores sí podrían competir contra la tarifa integral.

No obstante, la señal de precio percibida por el consumidor final seguía estando falseada y el coste de financiar el creciente déficit seguía creciendo.

En suma, se pasa del déficit *ex post*, producido por la diferencia entre el coste de la energía en el mercado y el implícito en la tarifa integral, a un déficit en las tarifas de acceso, conocido previamente *ex ante*. El siguiente gráfico representa esta nueva figura:

Gráfico 3



Curiosamente, tras la introducción del déficit *ex ante* los precios mayoristas comenzaron a bajar, mientras que los costes regulados empezaron a crecer mucho más rápidamente, en particular, el coste de las ayudas para el fomento de las energías renovables (que se ha multiplicado por cinco entre 2005 y 2010, y alcanzará un valor en 2012 cercano a los 8.500 millones de euros de un total de costes regulados de unos 21.000 millones de euros), y el coste de las propias anualidades para la recuperación del déficit de años anteriores (que se ha multiplicado por siete entre 2005 y 2010 y alcanzará en 2012 un importe próximo a 2.300 millones de euros).

El efecto del déficit en el proceso de liberalización se ve reflejado en la gráfica siguiente, tomada del *Informe de Supervisión del Mercado Minorista de Electricidad*, Segundo Semestre de 2010, publicado por la CNE el 29 de junio de 2011.

**Gráfico 4. Porcentaje de energía suministrada a través de comercializador libre sobre el total del consumo (con calendario elegibilidad y desaparición de tarifas).**



Fuente: SINCRO.

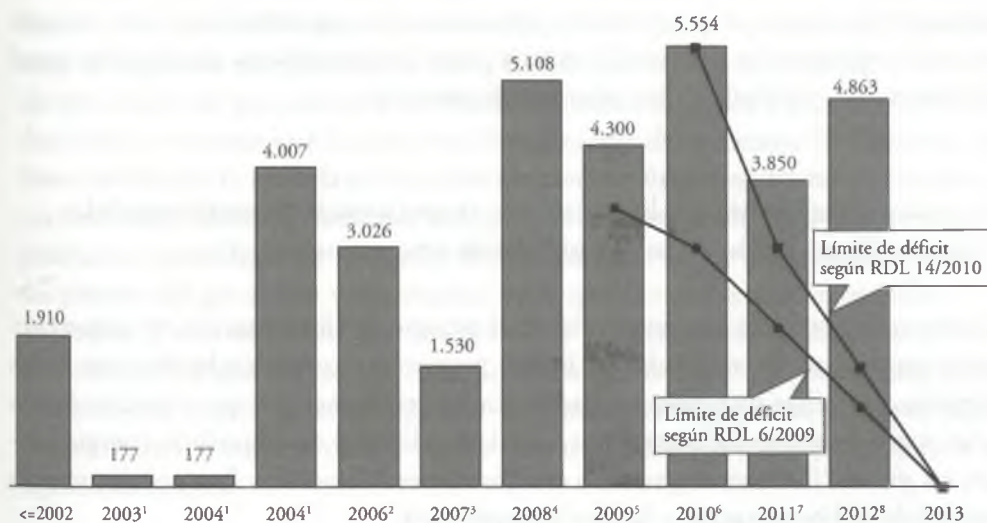
Tal y como puede apreciarse en el gráfico anterior, entre 1998 y 2003 se produce un avance progresivo del grado de liberalización, a medida que se va ampliando el colectivo de consumidores con derecho a elegir suministrador. A partir de 2005 se produce un importante retroceso en el grado de liberalización, debido a la subida de precios mayoristas que no se transfirieron a la tarifa, y el consiguiente incremento del déficit. En esta situación, los comercializadores no podían competir con la tarifa.

El gráfico 5 muestra la evolución del déficit generado cada año. Puede verse como 2005 muestra un importante incremento de la insuficiencia tarifaria, en paralelo con el mencionado retroceso del grado de liberalización.

Esta tendencia de retroceso de la liberalización cambia a partir de 2007 (pesar de que sigue generándose déficit), con la introducción del déficit *ex ante*. Cuando el déficit se produce en la tarifa de acceso y afecta por igual a todos los consumi-

dores, los comercializadores pueden volver a competir con la tarifa. No obstante, mientras persisten tarifas reguladas el grado de liberalización se mantiene relativamente bajo. Se observa un incremento importante a mediados de 2008, con la desaparición de las tarifas de alta tensión, y otro a mediados de 2009, con la desaparición de las tarifas integrales de baja tensión. No obstante, a partir de esa fecha, la persistencia de la tarifa de último recurso supone un freno a la liberalización, como se discutirá en la sección siguiente.

Gráfico 5



1. Incluye déficit extrapeninsular distribuido uniformemente en el periodo 2003-2005.
2. Déficit peninsular reconocido en el RD 485/2009 (2.280 M€). Déficit peninsular reconocido en el RD 437/2009 (347 M€).
3. Déficit peninsular liquidación 14/2007, se aplica minoración de ingresos de CO2-43 M€ (1.181 M€). Déficit extrapeninsular reconocido en el RD 437/2010 (347 M€).
4. Déficit peninsular liquidación 14/2008, se aplica minoración de ingresos de CO2-1.179 M€ (4.641 M€). Déficit extrapeninsular reconocido en el RD 437/2010 (467 M€).
5. Déficit peninsular liquidación 14/2009, se aplica minoración de ingresos de CO2-1S09-316 M€.
6. Déficit peninsular liquidación 14/2010.
7. Déficit peninsular liquidación 14/2011.
8. Última estimación de UNESA.

Fuente: MITyC, CNE.

Los perniciosos efectos del déficit de tarifa no se limitan al freno de la liberalización: este también ha provocado que los consumidores reciban una imagen distorsionada del precio de la electricidad (que parecía más bajo de lo que era en realidad), incentivando el exceso de consumo y eliminando, de este modo, las señales económicas a favor del ahorro y la eficiencia energética.

Además de todo esto, la carga financiera resultante del déficit de tarifa ha tenido que ser soportada por cinco empresas eléctricas (las que forman parte de



UNESA) discrecionalmente identificadas por el legislador.<sup>25</sup> Contrariamente a lo que suele pensarse, el déficit de tarifa no es una pérdida directa para las eléctricas: no supone que estas no cobren lo que se les debe, sino que lo cobran «a plazos», a lo largo de 10 o 15 años. Las empresas contabilizan esos ingresos, que aparecen en sus resultados e incluso pagan impuestos por ellos. No obstante, el déficit no solo ha supuesto que estas empresas hayan de soportar un coste financiero que les ha sido reconocido solo parcialmente (causándoles una pérdida patrimonial relevante), sino que además ha supuesto un incremento notable de su nivel de endeudamiento (que, no debe olvidarse, beneficia a algunos de sus competidores, que siguen recibiendo puntualmente la retribución regulada que les corresponde en concepto de ayudas a la generación renovable y la cogeneración). Este obligado endeudamiento se ha convertido en una carga insostenible en la situación actual de restricción crediticia de los mercados financieros.

Segundo impedimento a la liberalización: la coexistencia de tarifas reguladas y precios libres. Visión de las autoridades de competencia

Como se ha indicado con anterioridad, el proceso de liberalización en sector eléctrico español se ha realizado de forma progresiva, conviviendo durante largos periodos las tarifas integrales —fijadas administrativamente y que en ocasiones no eran representativas del coste real— con la posibilidad de adquirir la energía eléctrica a precios libremente pactados con los comercializadores. Esta coexistencia ha impedido la liberalización y la libre competencia.

Una vez constatados los perniciosos efectos resultantes de la fijación por el legislador de tarifas no suficientemente aditivas, la siguiente pregunta que necesariamente nos hacemos es la de cuál ha sido la posición de las autoridades comunitarias en cuanto a la facultad de los Estados miembros de intervenir y fijar el precio una vez los mercados energéticos han sido teóricamente liberalizados: ¿existe alguna reserva o límite al respecto? La respuesta a este interrogante se encuentra precisamente en la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el marco de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano (asunto *Federutility*).

En dicho asunto, el Tribunal de Justicia analizó la facultad y límites que tienen los Estados miembros para fijar tarifas reguladas bajo la perspectiva de la Directiva

25. La Disposición Adicional Vigésimo primera de la LSE, impone la obligación de que sean las siguientes empresas las que transitoriamente financien el déficit de tarifa y de acuerdo a los siguientes porcentajes, sin que la norma justifique ni motive dicho reparto:

- Endesa, S. A.: 44,16 %.
- Iberdrola, S. A.: 35,01 %.
- Unión Eléctrica Fenosa, S. A.: 12,84 %.
- Hidroeléctrica del Cantábrico, S. A.: 6,08 %.
- Elcogás, S. A.: 1,91 %.

2003/55/CE,<sup>26</sup> sobre normas comunes para el mercado interior del gas, cuestión que, por lo demás, es perfectamente trasladable al sector eléctrico dadas las similitudes existentes entre ambos sectores.

Concretamente, la normativa italiana permitía, tras la plena liberalización del mercado del gas, la posibilidad de que el regulador energético fijara los precios de referencia del suministro de gas natural a los clientes domésticos, entendiéndose por tales una categoría indeterminada y no definida que no implicaba, por sí misma, una valoración de las dificultades socioeconómicas particulares de dichos clientes que pudiera servir de justificación a efectos de fijar los precios de referencia.

En este contexto, un tribunal italiano planteó una cuestión prejudicial sobre si resulta o no contrario a la normativa comunitaria una norma nacional que reconoce al regulador energético la facultad de fijar precios de referencia en el mercado de suministro de gas natural a los clientes domésticos, y ello a pesar de que dicha facultad se reconoce tras la completa liberalización del mercado. El Gobierno italiano justificaba la medida en cuestión alegando la falta coyuntural de competencia real en el mercado nacional del gas y la tendencia alcista del precio de los productos petrolíferos en mercados internacionales, lo que contribuía a presionar los precios del gas al alza y por encima de lo que se consideraba «razonable».

Frente a esta cuestión, que insistimos es perfectamente trasladable al sector eléctrico, el Tribunal de Justicia indicó que, en un mercado cuya liberalización está teóricamente completada, sí es posible determinar el importe del precio de suministro de gas natural a condición de que dicha intervención esté sujeta a los siguientes límites:

- persiga un interés económico general consistente en mantener el precio del suministro de gas natural a un nivel razonable;
- solo menoscabe la libre fijación de precios durante un periodo de tiempo necesariamente limitado;
- la intervención esté claramente definida, sea transparente, no discriminatoria y controlable, garantizando a las empresas el acceso a los consumidores en igualdad de condiciones.

Por tanto, si bien el Tribunal de Justicia no se ha opuesto a la facultad de los Estados miembros de fijar tarifas reguladas en mercados cuya liberalización ha sido teóricamente completada, dicha facultad está sujeta a importantes restricciones.

Así, además de que las medidas en cuestión estén temporalmente limitadas y persigan un interés económico general debidamente justificado, estas deben estar claramente definidas, ser transparentes y sobretodo no resultar discriminatorias. El Tribunal de Justicia entendió desde un principio la necesidad de que la intervención de la Administración en este ámbito esté sujeta a unas condiciones muy

26. Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de abril de 2010, asunto C-265/08.



estrictas que impidan a esta controlar de forma permanente los precios del gas en el mercado por debajo de niveles de precio razonables, generando con ello efectos distorsionadores en el mercado que impidan a los comercializadores acceder en condiciones de igualdad a los clientes. Efectivamente, la intervención del regulador en el mercado ha de tener un carácter necesariamente limitado a fin de evitar que se posponga *sine die* la verdadera liberalización.

Por su parte, la Comisión Europea ha sido consecuente con la Sentencia dictada en el asunto *Federutility* aquí referido, pues no ha dudado en iniciar procedimientos de infracción en aquellos casos en los que se han identificado tarifas reguladas supuestamente discriminatorias que pudieran dar lugar a una distorsión de la competencia en el Mercado Común.

En efecto, durante los últimos años, la Comisión Europea ha iniciado varios procedimientos de ayudas de Estado al objeto de analizar la compatibilidad con el Mercado Común de determinados regímenes de ayuda concedidos bajo la forma de precios de electricidad artificialmente bajos en beneficio de determinadas empresas, fundamentalmente, grandes consumidores industriales.

El contexto en el que se han llevado a cabo estas investigaciones es ciertamente complejo, pues los procesos de liberalización de los mercados de electricidad han estado marcados por un contexto internacional que ha favorecido que los precios de la electricidad crecieran, en algunas ocasiones, por encima de lo esperado. En efecto, es conocido que los fuertes incrementos de precio que se han producido en los combustibles durante determinados periodos han generado un efecto cascada sobre los precios finales de la electricidad.

Si bien la Decisión emitida por la Comisión Europea en el asunto *Alcoa* es una de las más relevantes,<sup>27</sup> la Comisión ya se había mostrado contraria a la concesión de tarifas de electricidad preferenciales en un asunto anterior (asunto *Terni*<sup>28</sup>).

Así, la Decisión emitida por la Comisión Europea en el asunto *Terni*, que ha sido confirmada por el Tribunal General<sup>29</sup> señala, sin ambages, que la ayuda al funcionamiento concedida bajo la forma de un precio reducido de la electricidad a una empresa con un alto consumo energético, es decir, a una empresa para la que la energía eléctrica constituye uno de los principales factores de coste, constituye una forma de ayuda que falsea la competencia, ya que esta tiene un impacto fundamental y directo en los costes de producción de la empresa y, consecuentemente, en la posición competitiva de la misma. La Comisión rechazó de plano los argumentos esgrimidos por parte del Estado italiano en cuanto al riesgo existente de deslocalización de grandes consumidores industriales al indicar que «con respecto

27. Decisión de la Comisión Europea de 19 de noviembre 2009, relativa a la ayuda estatal C 38/A/04 y C36/B/06 ejecutada por Italia a favor de Alcoa Transformazioni. DO L 227/62 de 28.8.2010.

28. Decisión de la Comisión Europea de 20 de noviembre de 2007, relativa a la ayuda estatal C 36/A/06 ejecutada por Italia a favor de ThyssenKrupp, Cementir y Nuova Terni Industrie Chimiche. DO L 144/37 de 4.6.2008.

29. Sentencia del Tribunal General de 1 de julio de 2010-Cementir Italia/Comisión (asunto T-63/08 Cementir).



al supuesto riesgo de deslocalización fuera de la UE, la Comisión señala que, tanto en su práctica de decisión como en la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, no existe ningún caso en que este argumento se haya utilizado para justificar la concesión de ayudas estatales». Como veremos, constituye este un importante argumento de fondo que, no en pocas ocasiones, ha impulsado a que algunos Estados miembros adopten diversas medidas, siempre bajo la fórmula de tarifas eléctricas preferenciales, y con el claro objetivo de reducir el riesgo socioeconómico resultante de la deslocalización de grandes consumidores industriales de electricidad.

En el asunto *Alcoa*, la Comisión confirma, de nuevo, la posición adoptada en el asunto *Terni* respecto a la concesión de tarifas preferenciales a un grupo selectivo de empresas.<sup>30</sup> En la referida decisión, la Comisión Europea ha considerado que la tarifa sujeta a investigación confería una ventaja económica a favor de Alcoa, dado que el nivel de la tarifa era sustancialmente menor al precio de mercado aplicable a otros operadores. La medida beneficiaba de forma selectiva a Alcoa, afectaba al comercio entre los Estados miembros y se otorgaba a través de recursos estatales imputables al Estado.<sup>31</sup> La Comisión se muestra tajante a la hora de valorar la supuesta compatibilidad de la medida con el Mercado Común, al señalar que la

30. A principios de los años 90, la empresa estatal Aluminux fue reestructurada y posteriormente vendida a Alcoa. El Gobierno italiano acordó que la privatización de Aluminux se realizaría a condición de que el suministrador histórico de electricidad en Italia (Enel) suministrara electricidad a Alcoa bajo una tarifa preferencial durante un periodo de 10 años, de modo que transcurrido dicho plazo esta se alienaría a la tarifa aplicable al resto de los consumidores. Mediante Decisión 96/C 288/04 (Decisión Aluminux) la Comisión Europea puso fin al procedimiento iniciado en relación a la referida tarifa, al considerar que la medida en cuestión no constituía una ayuda de Estado, pues el suministrador de electricidad estaba actuando del mismo modo que un operador privado en el mercado. La región de Cerdeña, en la que se ubicaba el beneficiario de la medida era, en efecto, una zona en aquel momento caracterizada por un agudo exceso de capacidad y falta de interconexión lo que, entendió la Comisión, confería una importante capacidad de negociación a clientes como Alcoa. La Comisión concluyó, por tanto, que la mencionada tarifa no constituía una ayuda de Estado a efectos de lo dispuesto en el artículo 87 CE, apartado 1 (actual artículo 107 del TFUE) en la medida en que el suministrador de electricidad había obrado como cualquier operador que actúa en condiciones normales de mercado, toda vez que esta tarifa le permitía seguir suministrando electricidad a determinados clientes con una gran capacidad de negociación.

La tarifa preferencial inicialmente analizada por la Comisión Europea fue posteriormente prorrogada por Italia en dos ocasiones, cubriendo la segunda extensión hasta el año 2010. Se procedió, asimismo, a modificar el sistema de financiación inicialmente previsto, de modo que la carga financiera derivada de los sistemas de tarifa preferencial pasó a ser trasladada al conjunto de los consumidores de electricidad. En un primer estadio, los componentes compensatorios fueron anticipados por los distribuidores para después ser reembolsados por un ente estatal (Casa Conguaglio) mediante una exacción parafiscal. Posteriormente, la gestión administrativa de la compensación fue trasladada en su totalidad al referido ente estatal, de modo que Alcoa adquiría la energía eléctrica a precio de mercado y recibía el reembolso correspondiente por parte del ente estatal, compensación que era igualmente financiada mediante una exacción parafiscal aplicable a todos los consumidores.

Estas modificaciones no fueron notificadas a la Comisión Europea, lo que dio lugar a la incoación de un procedimiento de ayudas de Estado, que concluyó mediante Decisión de 19 de noviembre de 2009. (Decisión de la Comisión Europea de 19 de Noviembre 2009 relativa a la ayuda estatal C 38/A/04 y C36/B/06 ejecutada por Italia a favor de Alcoa Transformazioni. DO L 227/62 de 28.8.2010).

31. En lo que a este último requisito se refiere, la Comisión llama la atención sobre el hecho de que la tarifa en cuestión se financiaba mediante una exacción parafiscal impuesta al conjunto de los consumidores y que era recaudada a través de un fondo de compensación (Casa Conguaglio) que cumplía las instrucciones precisas recogidas en las decisiones del regulador energético italiano. La cuestión fundamental consistía, por tanto, en determinar si el Estado podía o no controlar de forma directa o indirecta los fondos utilizados para la financiación de la tarifa objeto de investigación.

fijación de tarifas artificialmente bajas genera obstáculos e impide el acceso de nuevos operadores al mercado rechazando, por tanto, los argumentos esgrimidos por parte del Estado italiano en cuanto a la adecuación de la tarifa preferencial para paliar las imperfecciones del mercado sardo de energía eléctrica. En este sentido, la Comisión rechaza la existencia de un nexo causal entre la tarifa preferencial y la situación del mercado sardo al señalar que dichas tarifas ofrecían únicamente una solución a un círculo limitado de operadores con, por otra parte, un alto poder de negociación. Asimismo, y por las razones ya expuestas en el asunto *Terni*, la Comisión rechaza el argumento esgrimido en cuanto a la necesidad de la medida a efectos de evitar la deslocalización fuera de la UE de empresas electrointensivas.

La Comisión Europea ha iniciado, igualmente, procedimientos formales de investigación ex artículo 108.2 del TFUE contra Francia y España, al considerar que determinadas tarifas preferenciales aplicadas por dichos Estados en beneficio de un grupo selectivo de empresas podrían constituir ayudas de Estado incompatibles con el Mercado Común.<sup>32</sup>

A fecha de terminación del presente artículo, la Comisión Europea no ha emitido aún una decisión relativa a la investigación iniciada contra el régimen de tarifas español, investigación que, por lo demás, se limita al año 2005. Por su parte, la Comisión Europea ha autorizado el régimen de ayudas francés al considerar que el poder de mercado históricamente ejercido por EDF podía quedar limitado a través de este tipo de tarifas<sup>33</sup>. No obstante, la Comisión condiciona la decisión de autorización al cumplimiento de estrictas obligaciones, entre las que

---

La Comisión Europea trae, en este sentido a colación el asunto *Essent* al considerar que este era perfectamente aplicable al asunto de Alcoa a efectos de determinar la concurrencia del elemento de transferencia de recursos estatales.

En el asunto *Essent*, los Países Bajos habían introducido por ley un suplemento en las tarifas eléctricas. Este suplemento lo abonaban los consumidores de electricidad a los operadores de la red quienes, a su vez, transferían los importes correspondientes a un órgano de la Administración (SEP). Este organismo no tenía ningún margen de discrecionalidad en la gestión de los fondos y operaba bajo el estricto control de las autoridades. El Tribunal concluyó que el producto de este suplemento constituía un recurso estatal al considerar que el suplemento tarifario había sido impuesto mediante una ley nacional y constituía, por lo tanto, una imposición. La SEP no estaba autorizada a utilizar el producto de este suplemento para fines distintos de los establecidos por la ley, lo que significa que los recursos permanecían bajo control público y las autoridades nacionales podían disponer de ellos. El Tribunal consideró que estos elementos eran suficientes para declarar que los fondos en cuestión constituían recursos públicos.

Al igual que en el asunto *Essent*, la Comisión considera que en el asunto *Alcoa* aquí comentado el suplemento tarifario utilizado para financiar es igualmente obligatorio y se impone a todos los consumidores. Por su parte, el fondo de compensación centraliza y administra el producto de la exacción parafiscal y esta está sujeta a las mismas restricciones que en el asunto *Essent*, puesto que no puede utilizar los fondos recaudados con fines distintos a los fijados por la ley (la financiación de los regímenes tarifarios preferenciales). El Estado está, además, en condiciones de controlar y orientar la utilización de los recursos, por lo que los recursos del fondo de compensación se mantienen igualmente bajo control público, lo que lleva a la Comisión a concluir que la medida está financiada mediante recursos públicos. Señala la Comisión, adicionalmente, que la tarifa preferencial es imputable al Estado dado que la base jurídica de la medida se encuentra en disposiciones legales nacionales.

32. Ayuda Estatal C17/07 (ex NN 19/07)-Tarifas reguladas de electricidad en Francia. DOC 096 de 25.04.2009. Ayuda Estatal C 3/2007 (ex NN 66/2006)-España. Tarifas eléctricas reguladas. DO C043 de 27.02.2007

33. IP/12/595. Aides d'État: La Commission valide sous conditions les aides présentes dans les tarifs réglementés de l'électricité en France.



destacan la obligación de reformar el mercado francés y, a partir del año 2015, revisar de forma anual la desaparición efectiva de dichas tarifas.

### El caso de las tarifas de último recurso

Tras la desaparición de las tarifas integrales, la única tarifa regulada que persiste en España es la tarifa de último recurso (conocida como TUR). Legalmente el suministro de último recurso se equipara al mercado libre y la naturaleza de la TUR es distinta a la de las antiguas tarifas integrales. No obstante, desde el punto de vista del cliente resulta prácticamente equivalente y tiene efectos muy similares en el comportamiento del mercado.

El fundamento jurídico que subyace a la figura del suministro de último recurso podemos encontrarlo en el artículo 3.3 de la Directiva 2003/54/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, que dispone lo siguiente:

«Los Estados miembros deberán garantizar que todos los clientes domésticos y, cuando los Estados miembros lo consideren adecuado, las pequeñas empresas que empleen menos de cincuenta personas y cuyo volumen de negocios o balance general anual no exceda de 10 millones de euros, disfruten en su territorio del derecho a un servicio universal, es decir, del derecho al suministro de electricidad de una calidad determinada, y a unos precios razonables, fácil y claramente comparables y transparentes. Para garantizar la prestación del servicio universal, los Estados miembros podrán designar un suministrador de último recurso (...).»

La Directiva comunitaria propone, por tanto, la designación de un Suministrador de Último Recurso para determinados clientes (domésticos y pequeñas empresas), todo ello con el objeto último de garantizar la prestación de un servicio a unos precios «razonables, fácil y claramente comparables y transparentes».

Si bien es cierto que los Estados miembros tienen discrecionalidad para determinar el ámbito subjetivo de los consumidores con derecho al Suministro de Último Recurso, es preciso poner de relieve que este no ha de ser confundido con una suerte de tarifa artificialmente baja en beneficio de un determinado grupo de clientes, pues las tarifas de último recurso han de ser (al igual que ocurría en el caso de las tarifas integrales) necesariamente suficientes y aditivas, a fin de evitar generar un déficit en el sistema con los consecuentes problemas adicionales que dicha situación puede provocar en perjuicio del desarrollo de la competencia en los mercados minoristas.

En algunos foros se ha apuntado, incluso, a la necesidad de que el suministro de último recurso quede reducido al ámbito subjetivo de los llamados «clientes vulnerables» (tal y como aparecen definidos en el artículo 3.5 de la Directiva



2003/54/CE), al entender que las tarifas reguladas no pueden ser aplicadas de forma generalizada a todos los clientes o a una categoría de clientes,<sup>34</sup> cuestión que, por otro lado, no se aleja de las últimas propuestas de reforma del sector eléctrico realizadas por el Gobierno, entre las que se incluye liberalizar aún más la actividad de suministro mediante una reducción del ámbito de aplicación de la tarifa de último recurso.<sup>35</sup>

Y esta misma propuesta ha sido también defendida por la CNE, quien, en su último Informe sobre la evolución de la competencia en los mercados del gas y la electricidad, apunta a la necesidad de hacer desaparecer los precios finales regulados (manteniendo tan solo un sistema de protección para los consumidores vulnerables) al entender que:

los precios finales regulados no constituyen necesariamente un mecanismo de protección de los consumidores, dado que pueden dificultar la competencia si obstaculizan la entrada de nuevos competidores y/o impiden la introducción de nuevas ofertas, limitando así la capacidad de elección de los consumidores.<sup>36</sup>

Por último, la Comisión Europea, en su reciente Comunicación «Making the internal energy market work», publicada el 15 de noviembre de 2012, pone de manifiesto que las tarifas reguladas desincentivan la entrada de comercializadores en el mercado, así como la realización de ofertas atractivas:

However, at present, price regulation in many Member States prevents suppliers from offering attractive services and tailor-made and dynamic pricing schemes. It discourages new entrants that could challenge the incumbents. In some Member States prices are even regulated by the State for some or all customer groups at levels below market costs. This can lead to energy tariff deficits borne by energy companies or by public finance, which may burden future energy consumers or taxpayers with serious costs. This also fails to provide the right incentive for efficient energy use. It is

34. «End-user price regulation». An ERGEG Position Paper. Ref. E07-CPR-10-03, 18 July 2007: «However, protecting vulnerable customers should not be confused with regulated tariffs for all (or certain categories) of customers. It is ERGEG's view that fully open markets with well functioning competition cannot in the long term coexist with regulated end-user energy prices. End-user price regulation in electricity and gas markets distorts the functioning of the market and jeopardizes both security of supply and the efforts to fight climate change. Therefore end-user price regulation should be abolished or, where appropriate, brought into line with market conditions».

35. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 26 de septiembre de 2012, n.º 62, pág. 30. Intervención del Ministro de Industria, Turismo y Energía: «¿Qué vamos a hacer en paralelo a la tramitación de ese proyecto de ley para el sector eléctrico? (...) En sexto lugar, una liberalización del suministro y por tanto una disminución de la tarifa de último recurso».

36. *Informe CNE sobre evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011)*, 13 de septiembre de 2012, pág. 34.

clear that such a situation is not conducive to the development of a competitive market and is economically unsustainable.

Even if regulated prices allow the cost of operations to be covered, they do not send the right price signals needed to secure efficient investment. They are perceived by investors as an indicator of political interference which stifles investment. While a number of Member States have already allowed electricity and gas prices to be free of state intervention, including for retail consumers, and the Commission has agreed with several others a timely phase-out of regulated prices, the majority of Member States still intervene in some form in retail price formation.

The Commission has earlier opened a number of infringement procedures against Member States regulating prices for industrial customers. A recent European Court of Justice ruling states that price regulation can be compatible with EU law only under strictly defined circumstances.

Member States should seek to cease regulating electricity and gas prices for all consumers, including households and SMEs, taking into account universal service obligation and effective protection of vulnerable customers. Suppliers should clearly spell out the different cost elements in the final cost for their customers, to encourage well-informed decision-making.

The Commission will continue to insist on phase-out timetables for regulated prices being part of Member States' structural reforms. The Commission will continue to promote market-based price formation in retail markets, including through infringement cases against those Member States maintaining price regulation that is not meeting the conditions laid down by EU law.

## Evolución y estado actual de la competencia en los mercados minoristas

### Estructura de los mercados minoristas y su definición desde el punto de vista de competencia

Desde un punto de vista de la definición del mercado del producto, tanto la autoridad española de defensa de la competencia, como la Comisión Europea han defendido que la actividad de comercialización de electricidad está formada por dos mercados separados en función del parámetro de comportamiento de los consumidores, distinguiendo, de este modo, entre el mercado de suministro a clientes conectados a alta tensión y el de suministro a clientes conectados a baja tensión.<sup>37</sup>

37. Ver, entre otros, asunto C-0098/08-Gas Natural/Unión Fenosa, Resolución Consejo CNC 11.02.2009. asunto COMP/M.3440 ENI/EDP/GDP, Decisión Comisión Europea de 9.12.2004.

El mercado de suministro de electricidad a clientes conectados a alta tensión es un mercado fundamentalmente formado por clientes industriales para los que la electricidad constituye un factor importante del proceso productivo, ya que el coste eléctrico puede representar una proporción importante de sus costes totales. Este mercado, además de estar formado por un número menor de clientes, pero con un nivel de consumo sustancialmente mayor al que caracteriza a los clientes de baja tensión, lo integran consumidores que conocen bien cómo funciona el sistema eléctrico y, en ocasiones, pueden gestionar sus curvas de carga. Algunos de ellos tienen competidores internacionales y las diferencias de coste de la energía constituyen un factor de competitividad que les puede llevar a incrementar o reducir su producción (y, por tanto, su consumo energético). Por estas razones su demanda de electricidad tiende a ser elástica al precio.

Por su parte, el comportamiento de los consumidores de baja tensión, donde coexisten consumidores domésticos y PYMES, es radicalmente distinto.

Así, para los consumidores domésticos y pequeños comercios el coste de la electricidad tiene normalmente un peso menos relevante sobre sus costes totales. Generalmente, estos consumidores no suelen dedicar muchos recursos a la búsqueda de información y a la comparación de ofertas comerciales lo que, en palabras de la CNE, demuestra que «su sensibilidad al precio es generalmente reducida y la disponibilidad al cambio de suministrador es escasa».<sup>38</sup> No obstante, es cierto que, sin perjuicio de que las PYMES constituyen un colectivo de consumidores muy dispar y diverso, estos consumidores muestran una mayor sensibilidad al precio de la electricidad que los consumidores domésticos.

Por otro lado, desde un punto de vista de la definición del mercado geográfico, las autoridades de defensa de la competencia han considerado que los mercados minoristas tienen dimensión nacional en la medida en que los distintos oferentes establecen sus estrategias competitivas y ofertan sus servicios a nivel nacional.<sup>39</sup>

Situación actual de la competencia en los mercados minoristas: ¿problema estructural o coyuntural?

El contexto energético europeo ha estado caracterizado durante los últimos años por el paso de una situación de crecimiento sostenido a una situación de crisis económica generalizada, que ha dado lugar a una caída de la demanda de la electricidad, así como a una mayor incertidumbre en cuanto a las posibilidades de financiación de las infraestructuras energéticas. Se mantiene, asimismo, un alto grado de dependencia energética en la mayoría de los países de la Unión Europea.

38. *Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad* (periodo 2007-2009), pág. 168.

39. Resolución del Consejo de la CNC de 7 de noviembre de 2008, Expediente C-0098/08, pág. 17.



En el ámbito nacional, durante los últimos años se ha producido una importante bajada de la demanda, que ha tenido lugar en una situación de exceso de oferta, desencadenada por un conjunto de factores entre los que destacan la crisis económica y financiera nacionales e internacionales, un aumento en la potencia instalada de los ciclos combinados de gas, así como un esquema de ayudas a las energías renovables que ha motivado que la potencia instalada de estas tecnologías crezca muy por encima de las previsiones y objetivos.

Pues bien, en este contexto se observa que en los mercados minoristas de comercialización de electricidad en España se ha producido una reducción del grado de concentración, así como un incremento de la presión competitiva, especialmente en lo que al mercado de alta tensión se refiere.

Según datos aportados por la CNE, en el conjunto de los mercados minoristas de alta y baja tensión se observa una disminución del HHI de casi 270 puntos entre 2008 y 2010 (desde 2.809 a 2.543),<sup>40</sup> una creciente captación de clientes por parte de algunas comercializadoras fuera de su área de distribución, lo que ha contribuido a reducir la tasa de fidelización<sup>41</sup> y un aumento sostenido de la energía suministrada por comercializadoras en el segmento libre de mercado.<sup>42</sup>

Destaca, igualmente, un aumento significativo de la tasa de cambio de suministrador, también denominada tasa de switching, lo que constituye otra muestra del creciente dinamismo del mercado. Según datos de la CNE, en el año 2011 en electricidad se alcanzó una tasa de switching del 10% (con respecto al 7,4% en 2010 y 5,23% en 2009), tasas que, a su vez, resultan ser superiores a las identificadas en otros sectores como de telecomunicaciones (según datos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la tasa de switching en telefonía fija fue del 8,8% y en telefonía móvil del 9,3% en 2010).<sup>43</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, es un hecho notorio que el grado de concentración en el mercado doméstico de baja tensión sigue siendo mayor al existente en el mercado de alta tensión. En el mercado doméstico de baja tensión se sigue registrando un mayor grado de concentración y menor presión competitiva, debido a que se trata de una tipología de consumidores con una demanda menos elástica, mayores costes relativos de switching y, lo que es más importante aún, porque las

40. *Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011)*, pág. 98.

41. *Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011)*, pág. 17: «Cabe resaltar el creciente dinamismo observado en la actividad de comercialización, debido a la creciente captación de clientes por algunas empresas fuera de sus áreas de distribución, también en el segmento doméstico-comercial. Como consecuencia, se está reduciendo la tasa de fidelización de los consumidores doméstico-comerciales (...)».

42. *Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011)*, pág. 88: «En lo que concierne al reparto entre mercado libre y mercado regulado, se observa un aumento de la energía suministrada por comercializadoras en el mercado libre, pasando de un 41% en 2008, al 70% en 2010, al 76% en 2011».

43. *Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011)*, pág. 15.

ofertas que se realizan en dicho mercado están totalmente condicionadas por la tarifa de último recurso, lo que sigue limitando las posibilidades de entrada y desarrollo de comercializadores libres.

Así ha sido expresamente reconocido por la propia CNE, quien no ha dudado en indicar que en el caso de los consumidores domésticos «las ofertas en mercado libre están totalmente condicionadas por la existencia de una tarifa de último recurso» (*Informe CNE sobre evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad* de 13 de septiembre de 2012, pág. 93).

En efecto, aun después de la desaparición de la tarifa integral o tarifa regulada «tradicional» se ha mantenido una tarifa de último recurso, accesible a los consumidores con potencias contratadas inferiores a 10 kW, con precios establecidos por la Administración. Pues bien, la experiencia demuestra que los componentes de la tarifa de último recurso están dimensionados de forma muy ajustada, por lo que resulta muy difícil competir contra ella.

En este sentido, la CNE ha señalado que «las estimaciones realizadas muestran que si se incluye el margen comercial reconocido en la tarifa de último recurso, los márgenes llegan a ser nulos»,<sup>44</sup> lo que demuestra que la intervención regulatoria se convierte, de nuevo, en una barrera de entrada en perjuicio de los comercializadores que quieran acceder al mercado doméstico y pone de manifiesto que, en contra de lo señalado en otros foros, la competencia relativamente débil en este segmento no es un problema de comportamiento de los operadores sino un problema estructural de diseño de mercado difícilmente subsanable sin la aplicación de las correcciones regulatorias correspondientes. Esta cuestión fue igualmente puesta de manifiesto por la CNE en un Informe anterior relativo a la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad durante el periodo 2006-2008.<sup>45</sup>

Por otro lado, los datos publicados por la CNE en cuanto a la intensidad de las ofertas realizadas en el mercado minorista de baja tensión ponen de manifiesto la falta de interés mostrada por la mayoría de los comercializadores hacia el mismo, lo que refrenda las afirmaciones anteriormente realizadas.

Y es que en el informe de 13 de septiembre de 2012 emitido por la CNE se aportan datos muy interesantes en este sentido, al reconocer que, a fecha 31 de junio de 2011, del total de los comercializadores que, según la CNE, están activos en la actividad de comercialización, a fecha 31 de junio de 2011, tan solo un 11% realizaba ofertas al mercado doméstico.<sup>46</sup> Quiere esto decir que un 89% de los

44. Seguimos citando la página 93 del informe de la CNE citado.

45. Señala la CNE, en este sentido, lo siguiente:

«Los costes de captación de clientes (y, en particular, los costes de *marketing* y publicidad) tienden a ser nulos para los comercializadores de último recurso. Por otra parte, los comercializadores libres se enfrentan a dichos costes para competir por los consumidores con derecho a TUR. Con el fin de tener en cuenta ambas situaciones, se considera necesario que los costes de captación de clientes sean incluidos en la TUR y tratados como ingresos liquidables del sistema» (*Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2007-2009)*, pág. 32).

46. *Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011)*, pág. 16:



comercializadores han optado por no realizar ofertas al mercado doméstico de comercialización, lo cual resulta lógico si tenemos en cuenta los escasos márgenes que dicha actividad comercial ofrece y el obstáculo añadido resultante de la tarifa de último recurso.<sup>47</sup>

La Comisión Europea ha constatado, por su parte, que la menor presión competitiva existente en el mercado doméstico de comercialización, caracterizado por una demanda menos elástica, mayores costes de switching, etc. es común a la mayor parte de los países europeos.<sup>48</sup>

En suma, el mayor grado de concentración existente en el mercado minorista de baja tensión en España obedece, precisamente, a los extremos anteriormente apuntados, sin que sea necesario ir más allá ni buscar posibles problemas coyunturales derivados de prácticas supuestamente anticompetitivas.

Y es que, efectivamente, existen precedentes previos —ciertamente novedosos— en los que la autoridad española de defensa de la competencia ha sancionado a empresas por conductas que, lejos de constituir una práctica anticompetitiva, nada tienen que ver con la presión competitiva existente en los mercados de comercialización de electricidad en España.

Así y a efectos meramente ejemplificativos, el ejercicio de una acción judicial ante la Audiencia Nacional por parte de UNESA contra una Orden Ministerial (Orden Ministerial ITC 3860/2007, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008 y que, entre otras cuestiones, regulaba el acceso al

---

«Los comercializadores que aparecen registrados en los listados de la CNE, no necesariamente activos, son en la actualidad 204 en electricidad y 64 en gas. A fecha 31 de junio de 2011 había 105 comercializadores activos en el sector eléctrico, de los cuales unos 10-13 realizan ofertas a consumidores domésticos y 30 comercializadores activos en el sector gasista, de los cuales unos 5-6 realizan ofertas a consumidores domésticos».

Pág. 100, *Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011)*:

«A partir de la información publicada en sus páginas web, se ha comprobado que, en la actualidad, NEXUS ENERGÍA y ENERGY VM son los únicos que realizan ofertas a clientes en el segmento doméstico-comercial».

47. Según el *Informe de la CNE sobre evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011)*:

«El margen bruto entre el precio de suministro de energía y el coste estimado de adquisición de la energía (sin tener en cuenta costes comerciales) para el segmento PYMES (14 €/MWh) contrasta con los 8 €/MWh obtenidos en el segmento doméstico y los 5 €/MWh del segmento industrial. Este hecho parece indicar lo siguiente:

En el caso del segmento doméstico, las ofertas en el mercado libre están totalmente condicionadas por la existencia de una tarifa de último recurso. De hecho, las estimaciones realizadas muestran que si se incluye el margen comercial reconocido en la tarifa de último recurso, los márgenes llegan a ser nulos [...]».

Esta cuestión quedó igualmente reflejada en el anterior Informe de la CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad durante el periodo 2006-2008 quien al analizar el comportamiento de los comercializadores no integrados verticalmente, de nuevo, pone de manifiesto su falta de interés de dichos comercializadores por el mercado de baja tensión.

«A partir de la información publicada en sus páginas web se ha comprobado que, en la actualidad, ninguno de estos comercializadores, con la excepción de NEXUS ENERGÍA, realizan ofertas a clientes en el segmento doméstico-comercial» [*Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2007-2009)*, pág. 165].

48. Commission Staff Working Document, 2009-2010, report on progress in creating the internal gas and electricity market. June 2011.



Sistema de Información de Puntos de Suministro, esto es, el acceso a la base de datos de las distribuidoras de electricidad), ha sido calificada por parte de la CNC como una conducta integrante de una práctica colusoria más amplia tendente a obstaculizar el cambio de suministrador en el mercado de comercialización de baja tensión y contraria a los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del TFUE.<sup>49</sup>

Pues bien, se trata de un pronunciamiento que, con los debidos respetos, no solo diagnostica incorrectamente el problema existente en el sector, sino que merece los siguientes comentarios:

- La incidencia que en el mercado de suministro eléctrico de baja tensión pueda resultar del ejercicio de acciones judiciales por parte de determinados operadores parece tener un carácter meramente anecdótico, una vez analizados los verdaderos problemas estructurales que afectan a dicho mercado y que, como ha sido explicado, encuentran su origen fundamental en un problema regulatorio.
- A mayor abundamiento, el derecho de acceso por parte de las asociaciones empresariales a los tribunales es un derecho fundamental amparado por el artículo 24 de la Constitución Española, por el que se pretende controlar la legalidad de los actos de las Administraciones Públicas, así como garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados. Sorprende, por ello, que la autoridad española de defensa de la competencia haya pretendido encuadrar dicha actuación en el marco de una conducta colusoria sobre la base de un juicio de valor previo en cuanto a la supuesta estrategia anti-

49. Expediente S/0159/09–UNESA y ASOCIADOS. Nótese que, de forma previa, mediante Resolución de 2 de noviembre de 2009 (Expediente S/0051/08–UNESA), el Consejo de la CNC ya señaló que el ejercicio de una acción judicial por parte de una asociación podría constituir un acuerdo colusorio si este tiene por objeto, produce o puede producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. Al igual que en el caso del Expediente S/0159/09–UNESA y ASOCIADOS, la CNC valoró si la conducta consistente en la interposición de un recurso contencioso-administrativo por parte de UNESA ante la Audiencia Nacional contra la Orden Ministerial ITC 3860/2007 por la que se obligaba a las empresas distribuidoras a ofrecer a las comercializadoras un acceso incondicionado a su base de datos (el llamado Sistema de Información de Puntos de Suministro) era contraria al artículo 1 de la LDC.

En contra de la tesis defendida por la Dirección de Investigación, el Consejo de la CNC, aún reconociendo que dicha conducta podría estar prohibida por el artículo 1 de la LDC, no considera necesario pronunciarse sobre dicha cuestión, pues entiende que la conducta investigada se encuadra en el marco de una estrategia de coordinación previa y que tenía por objeto impedir el acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro a través de la interposición de un recurso contencioso-administrativo.

Si bien el Consejo consideró que no cabía deducir responsabilidad administrativa por el mero hecho de interponer un recurso contencioso-administrativo, sí instó a la Dirección de Investigación para que procediera a valorar si existía o no una estrategia de coordinación en el seno de UNESA y, en su caso, procediera a incoar el correspondiente expediente sancionador.

En ejecución de la Resolución del Consejo de la CNC de 2 de noviembre de 2009, tres días después: el 5 de noviembre de 2009, la Dirección de Investigación llevó a cabo una investigación domiciliaria en la sede de UNESA. A la vista de la información recabada durante la inspección, la Dirección de Investigación acordó ampliar el acuerdo de incoación, inicialmente dictado en el Expediente S/0159/09 contra las cinco grandes empresas distribuidoras eléctricas, a las empresas matrices y también a UNESA, así como el objeto de la infracción inicialmente identificado.

competitiva pretendida por parte de una asociación empresarial y sus miembros.

- En efecto, no cabe limitar el derecho a la tutela judicial efectiva para aquellos supuestos en los que se recurre un acto administrativo que teóricamente pueda afectar a la normativa de competencia, pues dicha situación llevaría al absurdo de que la garantía de indemnidad tendría diferentes límites en función de si se recurren normas o actos administrativos que pueden incidir en el derecho de la competencia o actos que afectan a otras materias y, a su vez, conferiría a la propia Administración la facultad de, bajo la amenaza de importantes multas, limitar el derecho del administrado a acceder a los tribunales en vía contencioso-administrativa sobre la base de un juicio de valor previo en cuanto a la conformidad o no de la pretensión perseguida con la normativa de defensa de la competencia.
- Por último, permitir que, sobre la base de argumentos de derecho de la competencia, un órgano administrativo pueda limitar la facultad del administrado (en el presente caso, una asociación empresarial) para ejercer acciones judiciales y controlar la posibilidad de que los Tribunales de Justicia puedan controlar la legalidad de los actos de las Administraciones Públicas, atenta frontalmente contra los principios constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico.<sup>50</sup>

### Breve comparación con otros sectores liberalizados en los últimos años

Una comparación detallada, desde el punto de vista de la competencia, entre el mercado eléctrico y otros mercados, como los de las telecomunicaciones o los derivados del petróleo, escapa a las dimensiones y objetivos de este capítulo. No obstante, en esta sección analizaremos brevemente algunas de las diferencias y similitudes entre ellos.

50. Ciertamente, existen precedentes en los que se ha considerado que en circunstancias excepcionales el ejercicio de una acción judicial puede constituir una infracción de la normativa de competencia, pero no son trasladables al caso aquí comentado. En efecto, el asunto *ITT Promedia NV c. Comisión* citado por la CNC (asunto C 299/49 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de junio de 1998 en el asunto T-111/96, *ITT Promedia NV c. Comisión de las Comunidades Europeas*) no resulta aplicable al caso aquí comentado por las siguientes razones:

- En el asunto *ITT Promedia* se valoró la legalidad de la actuación de una empresa consistente en el ejercicio de acciones judiciales pretendidamente abusivas contra otra empresa rival, y no contra actos de la Administración, por lo que no se planteaba el grave conflicto constitucional que supone limitar al administrado su derecho a acceder a los Tribunales de Justicia impidiendo así que estos puedan controlar, con todas las garantías que nuestro ordenamiento ofrece, la legalidad de las actuaciones de la Administración Pública.
- Es preciso, además, demostrar que la acción judicial carece manifiestamente de todo fundamento desde un punto de vista objetivo y que esta tiene por objeto la eliminación de la competencia. No parece que la acción judicial cuestionada en relación al asunto comentado careciera de todo fundamento cuando la propia Audiencia Nacional apreció la concurrencia de apariencia de buen derecho y estimó las medidas cautelares solicitadas por la recurrente (Auto de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2008).



El mercado de las telecomunicaciones suele ponerse como ejemplo de mercado competitivo, en el que la rivalidad entre diversos operadores ha dado lugar a bajadas de precios y a una creciente oferta de servicios. Por el contrario, en ocasiones se escuchan críticas sobre el mercado eléctrico que mencionan que las diferencias de precio entre las ofertas competidoras son muy reducidas (lo que también suele decirse del mercado de los productos derivados del petróleo). Pero una comparación entre estos mercados requiere tener en cuenta una serie de factores relevantes:

- Sus estructuras de costes son muy diferentes. Los suministros de electricidad (así como los de gasolina y gasóleo) son actividades con costes variables muy importantes (en el caso de la electricidad, los costes variables vienen dados por los combustibles usados en generación, fundamentalmente carbón y gas natural). Aunque los costes fijos en el sistema eléctrico (principalmente los costes de las redes de distribución y transporte y los costes de amortización y recuperación de la inversión de las instalaciones de generación) son muy relevantes, en porcentaje representan un peso menor que los costes fijos del sistema de telecomunicaciones (en este, los costes fijos suponen casi el 100%, y los costes variables son un porcentaje muy pequeño del coste total). Una actividad con mayores costes variables ofrece menor margen para la diferenciación en estructuras de precios, pues siempre existirá la restricción de tener que recuperar los costes variables.
- La visibilidad de estos costes es muy distinta. En el caso de la electricidad (como en el del petróleo) existe un precio mayorista transparente. Cualquier generador tiene la posibilidad de vender su producción a ese precio en el mercado mayorista gestionado por OMIE. Lógicamente, no estará dispuesto a vender a un cliente final a precio inferior, lo que hace que el precio mayorista se convierta en referencia insoslayable para cualquier suministrador. Dado que el precio final se compone fundamentalmente del precio de la energía (basado en el precio mayorista) y los peajes de acceso (fijados por la Administración), y dados los reducidos márgenes comerciales existentes, las posibilidades de diferenciarse en precio son muy escasas para los comercializadores de electricidad.
- Las circunstancias tecnológicas son muy distintas. La tecnología de las telecomunicaciones ha experimentado cambios revolucionarios en los últimos años, que han transformado profundamente los costes del suministro y las posibilidades de este. Sin embargo, en electricidad (y en la industria petrolera) los cambios tecnológicos han sido mucho menos significativos y los ahorros de costes derivados de estos son mucho menos relevantes.
- En esta línea, en ocasiones se ha comparado al efecto de las energías renovables con el carácter revolucionario que tuvo la telefonía móvil o internet para las telecomunicaciones. Sin embargo, nada más lejano de la realidad. Mientras que la telefonía móvil o internet han traído grandes reducciones



de costes y enormes mejoras en la calidad y variedad del servicio de telecomunicaciones, las renovables suponen un incremento de costes para el consumidor (aunque este incremento pueda ser compensado, al menos en parte, por sus externalidades positivas) y solo son comercialmente viables gracias a voluminosas subvenciones (a diferencia de lo que ha ocurrido con los adelantos tecnológicos en telecomunicaciones). De hecho, la creciente penetración renovable en el sistema eléctrico español, junto con los graves errores que se han cometido en la regulación de estas tecnologías, son los factores principales que explican el incremento del coste del suministro eléctrico en los últimos años.

- También el grado de intervención administrativa y política es muy diferente. En el caso del suministro eléctrico, la Administración regula numerosos aspectos del suministro: tanto aspectos comerciales, como la frecuencia de la facturación,<sup>51</sup> como el *mix* de generación, estableciendo ambiciosos objetivos para tecnologías de generación muy caras y lejanas de la competitividad comercial, como la fotovoltaica o la termosolar. Estas intervenciones administrativas, mucho más frecuentes e intensas que en el caso de las telecomunicaciones, redundan normalmente en mayores costes o peores servicios para los usuarios.

Es posible que el advenimiento de la generación distribuida y el desarrollo de nuevas tecnologías de almacenamiento de energía, coordinados mediante las denominadas redes inteligentes, suponga para el suministro de electricidad una revolución tecnológica y económica similar a la que la telefonía móvil e internet supusieron para las telecomunicaciones. Pero también puede suceder que estas «revoluciones» nazcan viciadas por errores regulatorios similares a los que se han cometido con algunas tecnologías renovables. Por ejemplo, algunas de las propuestas que se han hecho en relación con el denominado «mecanismo de balance neto» para fomentar la generación distribuida no son sino intentos de aprovechar imperfecciones en la estructura de los peajes de acceso para hacer la generación distribuida artificialmente competitiva frente a la generación convencional, y su adopción a gran escala no haría sino multiplicar el problema del déficit de tarifas.

## Conclusiones

La liberalización del mercado de electricidad comenzó hace quince años. En este tiempo se ha ido extendiendo el colectivo de consumidores con derecho a elegir

51. La introducción de la facturación mensual, basada en estimaciones de consumo a partir de medidas tomadas cada dos meses, ha sido uno de los mayores factores de descontento de los consumidores en los últimos años.

suministrador, hasta llegar a la totalidad del mercado, se han eliminado las tarifas reguladas para los consumidores de alta tensión y los de baja tensión de gran consumo y se han realizado numerosas transformaciones estructurales en el sistema eléctrico. Se ha desarrollado un mercado mayorista altamente competitivo (véase el capítulo correspondiente de la edición de 2009 de este Anuario). La competencia ha tenido un impacto real en los grandes clientes, que ya están habituados a cambiar de suministrador o a sacar a concurso sus suministros de energía. No obstante, nada puede reprocharse a los consumidores domésticos si estos no son conscientes de la existencia de competencia en el sector, o la consideran insuficiente.

La realidad es que este proceso de liberalización ha sido muy tímido, y ha ido acompañado del mantenimiento de una tarifa regulada, la tarifa de último recurso, que «protege» a la mayor parte de los consumidores. El problema es que esta protección es más teórica que real. La existencia de una tarifa regulada de ámbito tan amplio (que cubre a más de 26 millones de clientes en España) ha tenido un efecto de barrera de entrada, dificultando la entrada a comercializadores que veían muy difícil competir contra esta tarifa. Por ello la entrada de nuevos comercializadores se ha centrado en los segmentos no protegidos por la tarifa de último recurso.

Cualquier tarifa regulada, aunque esté bien calculada y responda a precios de mercado y a los costes reales del suministro, supone una cierta barrera a la competencia. Pero en el caso español las tarifas reguladas distan mucho de estar bien calculadas. Durante años, las tarifas de acceso incorporaban precios de energía muy distantes de los del mercado. Y los peajes de acceso están muy lejos de ser suficientes para los costes regulados que teóricamente han de cubrir. Durante varios años el esquema de tarifas incorporaba tales distorsiones que hacía imposible para un comercializador competir contra los precios regulados.

Pese a que algunas de estas distorsiones han sido ya eliminadas, persiste el grave problema del déficit de tarifa, que ha justificado (y sigue justificando) todo tipo de medidas regulatorias y políticas con el teórico objetivo de su eliminación. Sin embargo, esta sucesión de medidas (de las que hemos tenido numerosos ejemplos en 2012) ha creado una incertidumbre regulatoria sin parangón en la Unión Europea, reconocida y denunciada por los mercados financieros y por la Comisión Europea.

Esta incertidumbre regulatoria no solo tiene el bien conocido efecto de perjudicar las inversiones en generación y distribución, ante el peligro, siempre presente, de que cambien las reglas del juego «sobre la marcha» (como ha ocurrido este año con la distribución o con la generación insular) o ante los tratamientos y rentabilidades injustificadamente asimétricas de algunas actividades (principalmente la distribución eléctrica y la generación convencional) frente a otras (como algunas tecnologías renovables). Lógicamente, la incertidumbre regulatoria también dificulta el desarrollo de la comercialización, especialmente la dirigida a

clientes domésticos y pequeñas empresas, dado que se trata del sector que requiere de mayores inversiones y costes operativos para poder desarrollarse.

Mientras no se dé el paso de eliminar las tarifas reguladas (reduciéndolas a su verdadera finalidad de protección a los clientes vulnerables) y de poner fin a las causas estructurales del déficit de tarifas, no será posible que se desarrolle una comercialización verdaderamente competitiva en todos los segmentos del mercado.

## SEGUNDA PARTE

### DIRECCIONES DE INTERÉS



