

# EL SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD DE ÚLTIMO RECURSO Y EL SERVICIO UNIVERSAL

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Carlos III de Madrid

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SUMINISTRO DE ÚLTIMO RECURSO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EL COMUNITARIO: 1. *Aproximación general al suministro de último recurso.* 2. *Elementos subjetivos del suministro de último recurso (SUR):* A) Los consumidores finales susceptibles de acogerse al suministro y a la tarifa de último recurso y los sujetos susceptibles de ser suministrados en determinadas situaciones por un comercializador de último recurso como tal: a) Los consumidores con derecho a acogerse a tarifa de último recurso. b) Sujetos susceptibles de ser suministrados en determinadas situaciones por un comercializador de último recurso como tal, aunque el suministro no sea en régimen de tarifa de último recurso. B) Los comercializadores designados para realizar el suministro de último recurso. 3. *Elementos objetivos del suministro de último recurso: las tarifas de último recurso.*—III. LAS RAZONES DE LA CARACTERIZACIÓN DEL SUMINISTRO DE ÚLTIMO RECURSO COMO SERVICIO UNIVERSAL: 1. *El concepto general de servicio universal en el Derecho comunitario.* 2. *El concepto de servicio universal en la Directiva MIE y en la LSE.*—IV. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA FIGURA DEL SUMINISTRO DE ÚLTIMO RECURSO.

## RESUMEN

El artículo analiza el suministro de último recurso (SUR), que es la gran novedad que introduce la Ley 17/2007. Se critica la caracterización de ese tipo de suministro como servicio universal, llegando a la conclusión de que no responde a las características que el servicio universal tiene en el Derecho comunitario, y se teoriza sobre las razones para esa caracterización no conforme con el sentido material de la institución que oculta el sentido de la regulación. Se examinan las consecuencias de configurar la tarifa correspondiente como tarifa mínima cuando la Ley sólo la configuraba como máxima; así como las razones de la designación de los operadores dominantes como suministradores y las dudas acerca de las ventajas y de la función misma del SUR dados los elementos que integran la tarifa.

*Palabras clave:* servicio universal; suministro de último recurso; tarifa; mercado eléctrico.

## ABSTRACT

The article analyses the supply of last resort (SUR) that is the great novelty introduced by Law 17/2007. The article criticizes the characterization of such supplier as an universal service provision, concluding that does not meet the characteristics that universal service should have in the EU law, and theorizes about the reasons for that characterization as not consistent with the material sense of the institution, that hides the meaning of regulation. The article explores the consequences of not setting the appropriate fee as a maximum, as established by the Act, but also as a minimum; as well as the reasons for the designation of dominant operators as providers, and the doubts about the benefits and the true role of SUR given the tariff's components.

*Key words:* universal service; supply of last resort; tariff; electricity market.

## I. INTRODUCCIÓN

El suministro de último recurso<sup>1</sup> es una de la novedades introducidas por la Ley 17/2007, de 24 de julio<sup>2</sup>, en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE en lo sucesivo). En la Exposición de Motivos de la Ley 17/2007, de modificación de la del Sector Eléctrico (LMSE en lo sucesivo), se sugiere que la introducción de esta modalidad de suministro resultaba obligada por la previsión contenida en la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes sobre el mercado interior de la electricidad (Directiva MIE en lo sucesivo), y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE anterior, sobre el mercado interior de la electricidad. Pero es lo cierto que la Directiva MIE no impone la figura del suministrador de último recurso, sino que su introducción en cada Derecho interno queda a la libre elección de los Estados. En todo caso, la figura del suministrador de último recurso es uno de los posibles instrumentos para garantizar el servicio universal, según la Directiva MIE; si bien no es el servicio universal mismo, sino su instrumento, y, sin embargo, en la Directiva MIE y, desde luego, en la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico (LSE) —modificada por la Ley 17/2007, de transposición de la Directiva citada—, el suministro de último recurso (SUR) y el servicio universal se presentan como la cara y la cruz de la misma moneda.

La Directiva MIE expone en sus considerandos y en su articulado lo que considera las razones que abonarían la creación del suministro de último recurso como servicio universal, pero tales razones no parecen demasiado consistentes, cuando han dado lugar a una regulación, como la de nuestro país, sobre un tipo de comercializador de último recurso, que no se sabe qué tiene que ver con el servicio universal, cuyo concepto esencial parece que queda desfigurado al aplicarlo al suministrador de último recurso.

---

<sup>1</sup> Sobre el suministrador de último recurso puede verse María Teresa COSTA CAMPÍ, «El suministro de último recurso en los mercados energéticos liberalizados», en *Economistas*, núm. 120, 2009 (La regulación de la economía), págs. 65-71; Eduardo SALINAS LA CASTA, «La actividad del comercializador. El paso de la tarifa regulada al suministro de último recurso. La Oficina de Cambios de Suministrador», en *Derecho de la regulación económica*, Santiago MUÑOZ MACHADO (coord.), vol. 3, tomo 2, 2009 (Sector energético), págs. 765 a 810; José Manuel SALA AROUER, «El suministro de último recurso», en *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Fernando BECKER ZUAZUA, Luis María CAZORLA PRIETO, Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, José Manuel SALA AROUER (coords.), vol. 1, 2009 (Aspectos jurídicos), págs. 711 a 729.

<sup>2</sup> Ley 17/2007, de 24 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

Si lo que se trataba de garantizar —porque el mercado por sí mismo no lo aseguraba— era que todo el mundo —sea cual fuese el lugar en que se encontrase— tuviera acceso a un servicio o suministro esencial, como es la electricidad, entonces se comprende que estemos hablando de servicio universal. Pero si, prescindiendo en buena parte de la perspectiva territorial, de lo que se trata es de que los clientes domésticos y las pequeñas empresas tengan garantizado el derecho a un servicio universal, entonces no se entiende bien en qué consiste ese servicio universal y por qué sólo los clientes domésticos y las pequeñas empresas tienen derecho al servicio universal<sup>3</sup>. Por de pronto, la misma limitación de sus teóricos destinatarios pone en cuestión su carácter universal.

En esas condiciones da la sensación de que, tal vez, lo que se quiere resolver, al amparo de una imprecisa y confusa formulación de la Directiva 2003/54/CE, podrían ser varias cuestiones. Por una parte, el problema del desasosiego que puede temerse que vaya a provocar en una buena parte de la población la llegada a la tierra prometida de la libertad universal —aunque obligatoria— de contratar con el comercializador que cada uno quiera. El desasosiego derivado de que algunos beneficiarios de esa libertad no sepan cómo ejercerla y maldigan el día en que, en lugar de pagar el recibo de la luz a su suministrador/distribuidor de zona, se les haya obligado a tener que ponerse a pensar con quién tienen que contratar la luz y a ponderar y valorar qué ofertas son las mejores para su perfil de consumidor, dándose cuenta de que les cuesta entender los términos de la cuestión, como les costaba entender el tradicional recibo de la luz.

Pero entonces, si eso fuera así, la cuestión reviste otro cariz. No se trataría de que algunos puedan quedar excluidos de los beneficios de un servicio o suministro esencial por razón del lugar del territorio en que se encuentran o por alguna otra razón, sino de dar solución al problema que suscita que la mayor parte de la gente no sepa con quién tiene que contratar o no quiera plantearse con quién es mejor contratar: la gente estaba acostumbrada al suministro a tarifa (con tarifas reguladas) y ahora le obligan a ir al mercado para hacer un contrato con cualquiera de los comercializadores existentes. Pues bien, ahora parece temerse que, ante la sola posibilidad de tener que ir a ese mercado, un porcentaje importante de los antiguos consumidores a tarifa (casi el 75% de los consumidores, que representan el 25% de la energía) no sepa qué hacer ni con quién contratar y prefieran que el Es-

---

<sup>3</sup> Sobre la cuestión puede verse José Manuel SALA ARQUER, «El suministro de último recurso», *ob. cit.*, pág. 713.

tado se lo dé hecho y con garantía de que el precio al que contrata es el precio justo.

En el fondo, parece como si toda la operación quisiera dar carta de naturaleza jurídica a la cobertura de lo que alguna literatura económica califica como los *rational ignorants*, suavizando el término ignorantes con el de racionales, pues se trataría de un comportamiento racional al fin y al cabo<sup>4</sup>. El comportamiento de quien (cliente doméstico o pequeña empresa) no quiere asumir las incertidumbres de su comportamiento en un mercado complejo y difícil de entender, como es el de la energía, y renuncia a su libertad de elección de comercialización si alguien de confianza le procura una solución que no le obligue a pensar ni a tomar decisiones que no acaba de entender. Para ello reclamaría una tarifa fijada administrativamente (la Administración es el sujeto que le da confianza), aunque sea de carácter aditivo y cubriendo todos los costes en que incurre el suministro.

Llamar a eso servicio universal parece excesivo, puesto que no está en cuestión el derecho al suministro de electricidad (pues puede contratarse con cualquier comercializador —incluido el del grupo del distribuidor de zona, muy probablemente con el mismo nombre incluso— para obtener electricidad a un precio razonable —el precio del mercado— en cualquier punto del territorio), sino que se trata de una facilidad que permite satisfacer la aversión al riesgo en que se cree que puede colocarse a algunos clientes finales (domésticos y pequeñas empresas) con el acceso obligatorio (al suprimir la distribución a tarifa) a la tierra prometida de la libertad de contratar con cualquier comercializador.

Otra de las posibles cuestiones que se ha querido resolver con la figura del SUR podría ser la eventual situación de debilidad en que en el nuevo mercado que se establece se puede temer que queden los consumidores domésticos y pequeños consumidores. Frente a los grandes consumidores con gran capacidad negociadora, los clientes domésticos no tendrían ninguna; ni podrían obtener los precios de los grandes consumidores. En esa situación el SUR vendría a evitar consecuencias peores en el funcionamiento del nuevo mercado.

En todo caso, la disposición adicional vigésimo-cuarta de la LSE suprimió el suministro a tarifa a partir del 1 de enero de 2009 (pos-

---

<sup>4</sup> «Cuando el coste de adquirir información es superior a los beneficios que se derivan de la información es racional permanecer ignorante». «The Theory of Rational Ignorance», en el *Economic Brief*, núm. 29, de la Universidad de Clemson, en <http://www.strom.clemson.edu/teams/ced/econ/8-3No29.pdf>. Stephen BABA, «The rise and decline of rational ignorance», *Journal of Public Finance and Public Choice, Economia delle scelte pubbliche*, vol. 18, núm. 1, 2000, págs. 49-58. También, Bryan CAPLAN, «Rational Ignorance vs. Rational Irrationality», *Kyklos*, 54 (1), 2001 en págs. 3-26 de *RePEc Research Papers in Economics*, en <http://econpapers.repec.org/article/blakyklos/>.

puesto después hasta el 1 de julio de 2009)<sup>5</sup>, por lo que ya no es posible el suministro a tarifa fijada administrativamente —tarifa que, en teoría, debía fijarse de acuerdo con los precios que se preveía que establecería el mercado—; suministro a tarifa que realizaban los distribuidores. Tal supresión obedece al justificado reproche de que tal tarifa distorsionaba el mercado, especialmente, aunque no sólo<sup>6</sup>, por razón de la frecuencia con que la tarifa eléctrica acababa siendo inferior al precio que el mercado fijaba, lo que es la causa del déficit tarifario<sup>7</sup>. En esas condiciones, los comercializadores —que en la LSE de 1997 emergían como la figura en que parecía que se habían puesto todas las complacencias y esperanzas de una auténtica competencia— no podían ni competir, ni prosperar, ni siquiera apenas comenzar su actividad, pues nadie podía competir con los distribuidores a tarifa, cuando esta tarifa no se ajustaba a los precios fijados por el mercado, sino que quedaban por debajo de ellos. Por tanto, ningún comercializador podía pretender hacerse un hueco en el mercado de suministro de electricidad ofreciendo, frente a los distribuidores a tarifa, precios por debajo de la tarifa regulada, que podía quedar, y quedó de hecho muchas veces, por debajo de los precios del mercado<sup>8</sup>, que era el precio al que los comercializadores, nuevos entrantes en la actividad, debían adquirir la electricidad para luego venderla a los consumidores finales.

Esa situación de la tarifa regulada de los distribuidores dejaba fuera de juego uno de los instrumentos que la LSE había puesto en pie para

---

<sup>5</sup> Vid. Rafael GÓMEZ-FERRER RINCÓN, «El régimen económico del sector eléctrico», en *Derecho de la regulación económica*, Santiago MUÑOZ MACHADO (coord.), vol. 3, tomo 2, 2009 (Sector energético), págs. 914 y 915.

<sup>6</sup> La Comisión puso en duda la conformidad de ese déficit con el derecho de la competencia. Sobre la investigación de la Comisión puede verse *DOUE*, núm. C 43, de 27 de febrero de 2007, pág. 9. Sobre el tema del déficit como ayuda puede verse Sara MEDINA y Leonor RAMS RAMOS, «Las ayudas públicas en el sector eléctrico: el déficit tarifario», en *Derecho de la Competencia y energía eléctrica*, Javier GUILLÉN CARAMÉS (coord.), Civitas-Thomson, págs. 341 a 362.

<sup>7</sup> Sobre el déficit tarifario en general pueden verse, entre otros, José Ignacio PÉREZ ARRIAGA, *Libro Blanco sobre la reforma del marco regulatorio de la generación eléctrica en España*, Madrid, 2005, págs. 263 y ss.; Rafael GÓMEZ-FERRER RINCÓN, «El déficit de ingresos en el sector eléctrico», núm. 162 de esta REVISTA, págs. 307 y ss.; Juan José LAVILLA RUBIRA, «El déficit tarifario en el sector eléctrico», en *Derecho de la regulación económica*, Santiago MUÑOZ MACHADO (coord.), vol. 3, tomo 2, 2009 (Sector energético), págs. 937 a 971; Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, «Discrecionalidad y tarifa eléctrica: los retos jurídicos del déficit tarifario», núm. 177 de esta REVISTA, 2008, págs. 71-117; Alfredo HUERTAS, «Las competencias en el suministro eléctrico y las barreras de entrada a los nuevos comercializadores», en *Derecho de la Competencia y energía eléctrica*, Javier GUILLÉN CARAMÉS (coord.), Civitas-Thomson, págs. 83 a 135; Sara MEDINA y Leonor RAMS RAMOS, «Las ayudas públicas en el sector eléctrico: el déficit tarifario», en *Derecho de la Competencia y energía eléctrica*, Javier GUILLÉN CARAMÉS (coord.), Civitas-Thomson, págs. 323 a 362.

<sup>8</sup> Por eso el déficit tarifario, del que después se compensaba por distintos mecanismos a los distribuidores, pero sólo a ellos; de tal forma se profundizaba en hacer inviable el supuesto papel fundamental que a los comercializadores les asignaba la Ley.

hacer posible la competencia —los comercializadores<sup>9</sup>—, y por ello la Ley 17/2007, de reforma de la LSE, ha derogado la distribución a tarifa y ha impuesto con carácter general la necesidad de contratar con los comercializadores y, eventualmente, la figura del suministro de último recurso que proveen algunos de los comercializadores de último recurso.

Con esta aproximación introductoria al suministro de último recurso puede comprenderse que se abren varias interrogantes a las que se pretende dar respuesta en este trabajo. La primera tiene que ver con el uso de las categorías de «servicio universal» y «obligaciones de servicio público», que, creadas en el ámbito del Derecho comunitario —y más concretamente en el proceso de sustitución del viejo servicio público—, son empleadas con mucha imprecisión, sin que la doctrina acabe de compenetrarse con los matices que parecen existir entre ambos términos, y sin que un uso indiferenciado en los textos comunitarios ayude a comprender lo que se quiere decir en cada caso<sup>10</sup>.

El servicio universal ha sido invocado por la Comisión en diversas comunicaciones y Libros blancos y verdes en los términos que veremos<sup>11</sup>. Pero, en todo caso, la invocación del servicio universal en la primera comunicación de la Comisión pretendía dejar claramente establecido que la política de liberalización de los servicios y de promoción de la competencia no se olvidaba, en absoluto, de los fines de interés general que durante casi un siglo habían justificado los viejos servicios públicos —entendidos en sentido subjetivo como actividades de interés general, precisamente en cuanto asumidas por los poderes públicos— por razón de la convicción de imposibilidad de que, entregados a la dinámica del mercado, satisficieran los intereses generales que debían cubrir.

El servicio universal cumplía así en la primera comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general, de septiembre de 1996, la función explícita de otorgar un sello de legitimidad al proceso de liberalización iniciado en muchos campos, pretendiendo demostrar con toda claridad que tal proceso no prescindía de procurar solución a los

---

<sup>9</sup> Por más que algunos autores como FABRA pongan en cuestión la figura, en *Un mercado para la electricidad*, M. Pons, 2004.

<sup>10</sup> Vid. José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, en «Servicio público, servicio universal y “obligación de servicio público” en la perspectiva del Derecho Comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 39, 2000, págs. 25-52.

<sup>11</sup> Comunicación de 11 de septiembre de 1996 sobre «Los servicios de interés general en Europa», COM (96) 443 final, DO C 281, de 26.9.1996; nueva Comunicación de la Comisión sobre «Los servicios de interés general en Europa» (2001/C 17/04). Posteriormente, «Libro Verde sobre los servicios de interés general», de 21.5.2003, Bruselas COM (2003) 270 final. Finalmente, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Libro Blanco sobre los servicios de interés general», Bruselas, 12.5.2004, COM (2004) 374 final.

mismos intereses y necesidades que habían justificado los servicios públicos<sup>12</sup>. Sólo se trataba de cambiar el instrumento para lograr los mismos objetivos, pero en un escenario en el que la competencia y la libertad de empresa tenían que jugar su papel, sin mengua de garantizar los mismos intereses generales que pretendían lograr los viejos servicios públicos (igualdad, continuidad, adaptación, etc.).

El servicio universal era un instrumento real para garantizar determinadas necesidades de interés general, pero era, a la vez, un recurso dialéctico formidable para dejar claro desde el principio que la liberalización impulsada en los más variados sectores no constituía una abdicación del modelo de Estado de bienestar del que se reclamaban los países europeos, sino otra forma de realizar —con el concurso de la iniciativa privada y con la garantía de los nobles objetivos de interés general que justificaron durante décadas los servicios públicos— determinadas actividades calificadas como de interés económico general.

Pero de toda esa alta función —de esa épica, podríamos decir— del servicio universal se corre el riesgo de pasar a la intrascendencia, cuando se usan los términos sin demasiada precisión y se imponen obligaciones de servicio universal —que tal vez sólo sean de servicio público, pero impuestas desde la propia Unión Europea— que pueden resultar discutibles y que nos introducen en un laberinto de palabras que desfiguran el sentido de las instituciones y degradan y ocultan su función.

Ello es el objeto del presente artículo y para abordarlo de forma ordenada parece que lo primero que debe hacerse es exponer el contenido y la regulación del suministro de último recurso en nuestro país y en el Derecho comunitario del que trae causa (II), para luego exponer las razones que justifican, a juicio de las normas comunitarias, la consideración del SUR como servicio universal y someter a análisis —y eventualmente a crítica— tales razones desde sus propios fundamentos, con alusión a la transposición de la Directiva MIE (III), para seguir con unas reflexiones generales sobre la figura y la mejor forma de caracterizarla y regularla, y acabar con algunos problemas que plantea la figura en su concreta regulación en España (IV).

---

<sup>12</sup> Sobre ello puede verse Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO, «Estado y mercado en un mundo global», *Cuadernos de Derecho Público*, Ed. INAP, núm. 25, págs. 55 y ss.

## II. EL SUMINISTRO DE ÚLTIMO RECURSO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EL COMUNITARIO

El suministro de último recurso adquiere carta de naturaleza con la Directiva MIE, aunque también se refiere a él la Directiva 2003/55/CE, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (Directiva MIG en lo sucesivo), por la que se deroga la Directiva 98/30/CE. No obstante, sólo en la primera se caracteriza el SUR como un instrumento para conseguir el servicio universal y se menciona explícitamente éste, cosa que elude hacer en cambio la Directiva del gas, que no hace referencia en ningún momento al servicio universal como fundamento de la figura del suministrador de último recurso, que, sin embargo, también prevé como pura posibilidad para los Estados que deseen introducirla<sup>13</sup>. Esa diferencia de tratamiento en una y otra Directiva puede ya alertarnos sobre la labilidad del uso del término «servicio universal» en la Directiva MIE y la innecesariedad de tal caracterización.

No obstante, el legislador español ha aprovechado la oportunidad —que no obligación— que le brindaba la Directiva MIE para invocar también el servicio universal como razón de ser de la figura y, ciertamente, argumentos para ello le proporcionaba la norma comunitaria<sup>14</sup>. Lo cierto, sin embargo, es que no debía estar muy seguro el legislador interno de la oportunidad de la caracterización del SUR como instrumento del servicio universal cuando no ha llevado la misma al articulado de la norma legal, limitándose a mencionarla en la Exposición de Motivos de la Ley 17/2007, de reforma de la LSE. De tal forma que no se dice en la parte dispositiva que el SUR sea un instrumento del servicio universal, lo que no deja de ser llamativo cuando, en cambio, se invoca en la Exposición de Motivos. Igual ocurre con el Real Decreto 485/2009, de 3 de abril<sup>15</sup>, en cuyo Preámbulo se hace explícito ese carácter del suministrador de último recurso

---

<sup>13</sup> Vid. José Manuel SALA ARQUER, «El suministro de último recurso», *ob. cit.*, en que señala esa diferencia con la Directiva MIG, pero no pone en cuestión la razón de ese tratamiento diferente para una situación idéntica (pág. 712).

<sup>14</sup> En la Exposición de Motivos se puede leer: «Así, se mantiene el suministro a tarifa hasta el 1 de enero de 2009 y es a partir de esta fecha cuando se crean las tarifas de último recurso, que son precios máximos establecidos por la Administración para determinados consumidores, para quienes se concibe el suministro eléctrico como servicio universal, tal como contempla la Directiva».

<sup>15</sup> Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica.



como instrumento del servicio universal<sup>16</sup>, pero no lo lleva al articulado de la norma.

Sea como fuere, esa caracterización trae causa de una Directiva que se transpone y que, ella sí, configura el SUR en su artículo 3.3 como un instrumento del servicio universal. No cabe, pues, duda de que la norma interna que transpone la figura eventual (eventual en cuanto no obligatoria) del SUR lo hace con la pretensión de darle ese carácter de servicio universal y que es así el que tiene en nuestro Derecho. La cuestión radicaría en saber por qué el Derecho comunitario no ha configurado de la misma forma el suministro de último recurso en el sector del gas. Esa discrepancia con el sector del gas ofrece así un argumento más para poner en cuestión la opción comunitaria de vincular el SUR con el servicio universal en el ámbito de la energía eléctrica.

En todo caso, lo que interesa en este apartado es analizar con más detenimiento en qué consiste propiamente el suministro de último recurso, que la Directiva MIE sólo apunta como mera posibilidad instrumental del servicio universal pero que no desarrolla, dejando a los Estados la decisión de incorporar esa figura y, desde luego, la de regularla. Ese desarrollo es el que ha realizado la Ley 17/2007, de modificación de la LSE y las normas reglamentarias de ejecución de la misma, y en el presente apartado se trata de exponer los rasgos sustanciales de esa regulación antes de continuar adelante con los demás temas a que se aludía en la introducción del presente trabajo.

## 1. *Aproximación general al suministro de último recurso*

La LSE, en la redacción introducida por la Ley 17/2007, se refiere en muchas ocasiones al suministro de último recurso<sup>17</sup> para regular distintos aspectos del mismo, pero lo que nos interesa en este momento es el concepto mismo del SUR que la Ley parece definir —o cuya definición puede en todo caso deducirse— en el artículo 10.1 de la LSE:

<sup>16</sup> Dice el Preámbulo del Real Decreto, repitiendo lo que dice la Ley 17/2007: «Por otra parte, en el artículo 18 de la Ley del Sector Eléctrico, en la redacción dada por la Ley 17/2007, de 4 de julio, se establece la obligación de crear las tarifas de último recurso, que son precios máximos establecidos por la Administración para determinados consumidores, para quienes se concibe el suministro eléctrico como servicio universal, tal como contempla la Directiva 2003/54/CE».

<sup>17</sup> Son 13 los artículos que se modifican de la LSE —arts. 3.1.c) y j), 9.f), 10.1, 11.3, 16.4, 18, 20.2, 23.1, 44.2.a), 50.3, 60.5, 61.1.a), y la adicional vigésimo-cuarta— para referirse al suministro de último recurso. Además, la propia Ley 17/2007 en la disposición transitoria segunda, no incorporada a la LSE, se refiere a mantener en funcionamiento el suministro a tarifa hasta que entre en vigor el SUR.

*«1. Todos los consumidores tendrán derecho al acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, en el territorio nacional, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan por el Gobierno, con la colaboración de las Comunidades Autónomas.*

*Los consumidores que se determine tendrán derecho al suministro de energía eléctrica a precios máximos que podrán ser fijados por el Gobierno y tendrán la consideración de tarifas de último recurso».*

Por su parte, el Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, cumpliendo el encargo dado por el legislador, ha precisado aspectos importantes de la regulación de la figura, como el relativo a quiénes son los consumidores finales que se pueden beneficiar de esos precios máximos (y «mínimos», añade de su cosecha el Real Decreto —y no es un añadido menor—) a que se refiere el artículo 10.1 de la Ley o el relativo a la determinación del comercializador de último recurso.

No puede dejar de notarse, en esta aproximación inicial, que en la Ley española lo característico es ese precio máximo que parecería querer proteger a determinados consumidores finales frente a oscilaciones en los precios pactados por ellos mismos con las comercializadoras, sin conocimiento de causa suficiente sobre las reales ventajas que ofrecen o frente a la inseguridad de si el precio que pactan es el que se ajusta realmente al mercado y a sus eventuales oscilaciones<sup>18</sup>. Y es un precio máximo en el que se incluyen los peajes de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución —que es el presupuesto técnico indispensable del acceso universal al suministro—, cuyo importe está fijado administrativamente, por lo que los precios máximos limitan, en realidad, las demás actividades que contribuyen al suministro y cuyos precios los determina el mercado.

Por otra parte, como se ve en el artículo 10, sólo a algunos se les reconoce el derecho al suministro a precios máximos. Y aquí la ambigüedad podría estar en saber si lo característico de este derecho radica en que sea a precios máximos o radica también en el derecho al suministro mismo, sugiriendo así erróneamente que los demás no tie-

---

<sup>18</sup> José Manuel SALA ARQUER, «El suministro de último recurso», *ob. cit.*, pág. 712, señala en relación sólo con la Directiva MIE que la misma extiende el concepto hasta ese momento existente en el sector eléctrico de servicio universal a las características de calidad y precio. Sin embargo, hasta ese momento el concepto no existía como tal en la normativa del sector eléctrico, aunque materialmente se pudiera pensar que sin mencionarlo se recogía. Sobre ello, no obstante, ver los que se dice más abajo en relación con la aplicación de la técnica del servicio universal en actividades fuertemente reguladas.

nen, propiamente, derecho al suministro aunque lo tengan al acceso y conexión a las redes.

En todo caso, como luego se verá, el precio máximo de la tarifa de último recurso (TUR) no es, ni mucho menos, un precio administrativo que pretenda ser un precio más bajo respecto del precio de mercado, sino que busca coincidir con el precio mismo de mercado. Este último es un dato sustancialmente externo a la Administración<sup>19</sup>, por lo que las tarifas de último recurso podrían ofrecer a los beneficiarios que no opten por contratar libremente con una comercializadora la supuesta tranquilidad de que la Administración —que se supone que conoce del tema más que los consumidores susceptibles de acogerse al SUR— va a fijar una tarifa de último recurso ajustada al precio del mercado.

Desde luego, la TUR no es una tarifa subvencionada o algo parecido. En tal sentido, no puede ser confundida con lo que se ha configurado como bono social en el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, que directamente se configura como una bonificación a favor de determinados consumidores (pensionistas de determinadas características, consumidores de escasa potencia, unidades familiares con todos sus miembros en desempleo o familias numerosas). El suministro de último recurso no pretende bonificar el precio de la electricidad, sino dar seguridad en el precio que se paga a quien no quiera ponerse a pensar con qué comercializador debería contratar; dar seguridad o evitar la eventual situación de inferioridad de los pequeños consumidores en la negociación con los comercializadores.

Un segundo elemento a destacar de la caracterización que efectúa el artículo 10 de la LSE transcrito es que en el mismo la garantía del acceso a las redes de transporte y distribución se tiene por ser consumidor final y no por ser consumidor de último recurso. En efecto, el primer párrafo del artículo 10 reconoce tal garantía a todos los consumidores con carácter general, y sólo en el segundo párrafo se refiere a los consumidores de último recurso, pero simplemente para recoger como nota distintiva del resto que las TUR son tarifas máximas.

A ese respecto debe subrayarse la diferencia entre la LSE<sup>20</sup> y la Directiva MIE, pues esta última, en su artículo 3.3, no se limita a mencionar la garantía de un precio razonable (máximo), sino que persi-

---

<sup>19</sup> Se dice sustancialmente externo porque la Administración, aunque es un dato ajeno a la misma, en principio, puede imponer medidas para determinar cómo se forma tal precio y en qué mercados —mercados a plazo— puede fijarse con más seguridad. También, eventualmente, para no validar algunas subastas CESUR a efectos del cálculo de la TUR.

<sup>20</sup> Las referencias a la Ley del Sector Eléctrico (LSE) deben entenderse hechas a la versión vigente, esto es, la reformada por la Ley 17/2007, de 24 de julio (LMSE). Cuando se quiera hacer referencia concreta a esta última Ley —como por ejemplo a su Exposición de Motivos, no incorporada a la de la LSE— se dirá expresamente.

que con el servicio universal objetivos más amplios a cuyo servicio abre la posibilidad del suministro de último recurso. Pero sobre ello se volverá más adelante, bastando ahora con señalar que la diferencia que el artículo 10 de la LSE establece en sus dos párrafos entre el consumidor normal y el consumidor de último recurso parece centrarse en que, para este último, la tarifa es la fijada administrativamente y el suministro lo recibe del comercializador calificado como comercializador de último recurso.

## 2. Elementos subjetivos del suministro de último recurso (SUR)

Dos son los aspectos a tomar en consideración para penetrar en la esencia de la figura del suministro de último recurso. Por una parte, la determinación de quién puede acogerse al suministro de último recurso o quién puede ser suministrado en algunas condiciones por un comercializador de último recurso como tal y, por otra, quién puede ser comercializador de último recurso.

- A) *Los consumidores finales susceptibles de acogerse al suministro y a la tarifa de último recurso y los sujetos susceptibles de ser suministrados en determinadas situaciones por un comercializador de último recurso como tal.*

En la disposición adicional vigésimo-cuarta de la LSE se establecía un calendario de entrada en vigor de la tarifa de último recurso a partir del 1 de enero de 2009, con sucesivas fases —en 1 de enero de 2010 y 1 de enero de 2011— para reducir progresivamente el ámbito de las personas que podían acogerse a dicha tarifa<sup>21</sup>. Por otra parte, se habilitaba al Gobierno para adelantar las fechas de dicho calendario y reducir las potencias por debajo de las cuales podía ejercerse el derecho de acogerse a la tarifa de último recurso.

En todo caso, en el momento actual, puesto que la LSE habilitaba al Gobierno no sólo para desarrollar reglamentariamente la misma,

---

<sup>21</sup> El Consejo de Estado en su dictamen recoge la observación de la Comisión Nacional de la Energía acerca de que la entrada en vigor del suministro de último recurso el 1 de julio de 2009, planteada en la propuesta de RD, no era consistente con lo establecido en la disposición adicional vigésimo-cuarta de la Ley 57/1997, en la redacción dada por la Ley 17/2007. Por su parte, el propio Consejo de Estado reconoce que «se produce un retraso respecto del calendario previsto en la disposición adicional citada, por cuanto el artículo 1 determina que las tarifas integrales de energía eléctrica se extinguirán en 1 de julio de 2009 (en lugar de en 1 de enero de 2009)».

sino para modificar el calendario de puesta en práctica del SUR y el alcance de sus beneficiarios, lo que hay que tomar en cuenta es el Real Decreto 485/2009, de ejecución de la citada Ley, en el que se establece que a partir del 1 de julio de 2009<sup>22</sup> sólo podrán acogerse a la tarifa de último recurso los consumidores de energía eléctrica conectados en baja tensión cuya potencia contratada sea inferior o igual a 10 kW<sup>23</sup>. A su vez, el propio Real Decreto habilita al Ministro de Industria, Turismo y Comercio para modificar dicho límite de potencia, ratificando lo que ya decía la disposición adicional vigésimo-cuarta de la LSE.

No obstante, el Real Decreto prevé también alguna situación singular en que algunas personas sin derecho a acogerse a las TUR, sin embargo, pueden ser suministradas por un comercializador de último recurso.

- a) *Los consumidores con derecho a acogerse a tarifa de último recurso.*

Debe recordarse la previsión del artículo 1.3 del Real Decreto 485/2009 respecto de que sólo podían acogerse *«a tarifas de último recurso los consumidores finales de energía eléctrica conectados en baja tensión cuya potencia contratada sea inferior o igual al límite legalmente establecido, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional vigésimo cuarta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y la disposición adicional undécima»* del citado Real Decreto.

Pues bien, la adicional undécima del Real Decreto 485/2009 fija en 10 kW o menos esa potencia que da derecho a acogerse a la tarifa de último recurso. Es así la potencia contratada el único criterio que se toma en cuenta. En esto se diferencia también la regulación interna de la contenida en la Directiva MIE, que se refería a los clientes domésticos y las pequeñas empresas como posibles —aunque no necesarios— beneficiarios. En todo caso, la inmensa mayoría de los clientes domésticos quedan por debajo de ese límite de los 10 kW de potencia. Otra cosa es que con ese límite —centrado en la potencia solamente— también puedan acogerse no sólo las pequeñas, sino incluso las grandes empresas, siempre que la potencia contratada en alguna de sus sedes o establecimientos, sucursales o locales no supere los 10 kW.

Aparte de ello, debe destacarse que los consumidores susceptibles de acogerse a la tarifa de último recurso pueden decidir contratar con

---

<sup>22</sup> Se ha producido ya, por tanto, un adelanto del calendario respecto del previsto en la LSE en el propio Real Decreto 485/2009.

<sup>23</sup> Disposición adicional undécima del Real Decreto 484/2009, de 3 de abril.

un comercializador en régimen ordinario o pueden ejercer su derecho a acogerse al suministro de último recurso con la tarifa de último recurso correspondiente. En este último caso, lo pueden hacer expresamente contratando con el comercializador que quieran o pueden hacerlo tácitamente dejando que el comercializador les sea asignado mediante las reglas por defecto que fija el Real Decreto citado<sup>24</sup>.

- b) *Sujetos susceptibles de ser suministrados en determinadas situaciones por un comercializador de último recurso como tal, aunque el suministro no sea en régimen de tarifa de último recurso.*

El hecho de que el artículo 1.3 del Real Decreto 485/2009 limite el ámbito de los sujetos beneficiarios del SUR a aquellos que tienen derecho a acogerse a la tarifa de último recurso<sup>25</sup> no significa, sin embargo, que el suministro por los comercializadores de último recurso se limite a dichos sujetos<sup>26</sup>. En efecto, en los artículos 3.2 y en la disposición adicional quinta del Real Decreto 485/2009 se prevén dos situaciones que determinan que los comercializadores tengan que suministrar a personas que pueden no tener derecho a la tarifa de último recurso y que,

---

<sup>24</sup> El RD parece establecer una presunción que merecería alguna aclaración, pues en su artículo 3.1 prevé que «se entenderá que un consumidor se acoge a la tarifa de último recurso cuando contrate y sea suministrado por un comercializador de último recurso». Esa previsión parece contradictoria con la del propio artículo 3.4, en la que se establece que «los comercializadores de último recurso llevarán en su contabilidad cuentas separadas» en lo que se refiere a los ingresos y gastos imputables a los consumidores de último recurso. Da la impresión de que los comercializadores designados como de último recurso pueden suministrar también a consumidores en régimen ordinario —de ahí la separación de cuentas que se les exige— y no se ve por qué una persona con derecho a acogerse a la TUR no ha de poder, sin embargo, decidir contratar en régimen ordinario con un comercializador que, aunque esté designado como de último recurso, puede también suministrar en régimen ordinario. La presunción en este caso no debía funcionar de ningún modo. En todo caso, debía entenderse que tal presunción es una presunción *iuris tantum* y no una presunción *iuris et de iure*, que es como parece que la caracteriza el Real Decreto. Es decir, el hecho de que una persona con derecho a acogerse a TUR celebre, sin embargo, un contrato libre con un CUR no tiene por qué dar lugar a que se entienda que su contrato es un contrato TUR. El contrato tendrá la naturaleza que le hayan querido dar las partes; lo que puede tener sentido es que en todos los casos de contrato por defecto —en ausencia de voluntad de hacer otra cosa— la relación que se establezca entre un consumidor con derecho a TUR y un comercializador designado como CUR se entenderá como una relación propia de un contrato TUR.

<sup>25</sup> Adicional undécima del Real Decreto 485/2009: «A partir del 1 de julio de 2009 sólo podrán acogerse a tarifas de último recurso los consumidores de energía eléctrica conectados en baja tensión cuya potencia contratada sea inferior o igual a 10 KW».

<sup>26</sup> Vid. María Teresa COSTA CAMPÍ, «El suministro de último recurso...», *ob. cit.*, pág. 66, en la que señala el consenso generalizado entre los Estados miembros para garantizar la continuidad en caso de que el consumidor se encuentre temporalmente sin el suministro contratado. También expone las distintas alternativas de los países miembros a la hora de regular la figura y su alcance.

sin embargo, son suministrados por un suministrador de último recurso con una tarifa que no se considera tarifa TUR.

Por un lado, está la situación de aquellas personas que sin tener derecho a acogerse a la tarifa de último recurso carezcan, transitoriamente, de un contrato de suministro en vigor con un comercializador y continúen consumiendo electricidad (art. 3.2). En estos casos, el comercializador de último recurso de la zona de distribución que corresponda de acuerdo con las reglas del Real Decreto 485/2009 tiene que atender el suministro de tal persona, si bien con un precio que no parece que formalmente sea el de la TUR<sup>27</sup>, aunque sea muy parecido y que en todo caso será evolutivo —al alza— para estimular la firma del correspondiente contrato.

Por otro lado, está la situación de aquellas personas clientes de un comercializador que se encuentre incurso en un procedimiento de impago o que no cuente con las garantías exigibles para el desarrollo de su actividad (adicional quinta del Real Decreto 485/2009), en cuyo caso se autoriza al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a transferir clientes a un comercializador de último recurso.

Lo cierto es que la LSE no establece más que una situación que permita el suministro por un comercializador de último recurso (CUR) en la adicional vigésimo-cuarta, para solucionar problemas transitorios. Sin embargo, el Real Decreto establece dos situaciones distintas sin que se sepa muy bien la razón de ello. En todo caso, el supuesto de la adicional quinta del Real Decreto puede ser reconducida a un caso de transitoriedad y, por tanto, ésa sería la cobertura de la norma reglamentaria, si bien no hubiera hecho falta esa diferenciación en la norma reglamentaria a menos que se pretenda que el régimen de precios sea distinto.

Debe notarse que en dichos casos se trata de personas que no tienen derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, pero, sin embargo, son suministrados por un comercializador de último recurso, aunque el precio y las condiciones se fijan de forma separada de las propias de la TUR.

En esas condiciones resulta que hay consumidores con derecho al suministro *ex lege* a precios máximos que serían propiamente los consumidores de último recurso, suministrados por un comercializador de

---

<sup>27</sup> Formalmente, no es el mismo puesto que el propio artículo 3.2 para el primer supuesto del artículo 3.2 del Real Decreto que se recoge en el texto dice que en el periodo en que carezcan de un contrato en vigor el precio que se le podrá cobrar por ese suministro por el CUR será fijado por Orden del Ministro de Industria, Comercio y Turismo previo informe de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos, aunque se precisa que es un precio que evolucionará en el tiempo para incentivar la firma del contrato. Es evidente, por tanto, que no se les aplica la TUR, aunque pueda pensarse que materialmente no deberá ser muy diferente un precio y otro.

En el caso del segundo supuesto —adicional quinta—, en la misma se dice que el suministro por el CUR se hace en las condiciones que fije una Orden Ministerial. Nuevamente aquí no se dice que se les aplique la TUR, sino algo distinto, aunque pueda ser no muy diferente.

último recurso y con tarifas de último recurso. Pero hay otros que pueden ser suministrados por un comercializador de último recurso pero con precios fijados de forma distinta a la TUR.

En estos casos el comercializador de último recurso es un comercializador por sustitución y con carácter temporal, y no un comercializador con tarifas máximas, que parece que es la definición del suministro de último recurso de la LSE en su artículo 10 en relación con su artículo 44.2.a), párrafo segundo<sup>28</sup>.

La lectura de estos preceptos puede llevar a pensar que no hay una simetría perfecta entre suministro de último recurso y tarifas de último recurso, puesto que los comercializadores de último recurso pueden cobrar dos tipos de tarifa<sup>29</sup>. Parecería que el Real Decreto ha asignado una nueva función a los comercializadores de último recurso, que no es la de suministrar exclusivamente a los consumidores de último recurso —los de 10 kW de potencia o menos—, sino la de ser un suministrador por sustitución, casi de emergencia, para aquellos casos en que alguien se quede sin su suministrador habitual.

De esta forma, como enseguida vamos a ver, el suministro de último recurso desempeña su propia función cuando se dirige a aquellas personas que tienen derecho al SUR y, adicionalmente, desempeña una función de carácter transitorio en circunstancias especiales —falta transitoria de comercializador o situación de impago del comercializador— que responde a otra naturaleza distinta del suministro de último recurso: la de suministrador por sustitución en casos singulares, que en algunos países europeos es la única que se le ha dado y que tal vez sea más correcta<sup>30</sup>.

## B) *Los comercializadores designados para realizar el suministro de último recurso.*

La otra dimensión subjetiva del SUR consiste en la determinación de las empresas designadas para prestarlo. Como se ve, no se trata en

---

<sup>28</sup> «Los consumidores de último recurso definidos en el artículo 10.1 tendrán derecho además a contratar el suministro con empresas comercializadoras de último recurso al precio máximo que se determine».

<sup>29</sup> «Artículo 18.1. Las tarifas de último recurso, que serán únicas en todo el territorio nacional, serán los precios máximos que podrán cobrar los comercializadores que, de acuerdo con lo previsto en el apartado f) del artículo 9, asuman las obligaciones de suministro de último recurso, a los consumidores que, de acuerdo con la normativa vigente para estas tarifas, se acojan a las mismas».

<sup>30</sup> Es el caso de Italia, que cita María Teresa COSTA CAMPÍ, «El suministro de último recurso...», *ob. cit.*, pág. 66, o los del Reino Unido o Irlanda, que cita José Manuel SALA ARQUER, «El suministro de último recurso», *ob. cit.*, pág. 718.



este caso de una actividad libre en el sentido de que cualquier comercializador pueda libremente ofrecer servicios como suministrador de último recurso. Sólo los comercializadores designados por el Gobierno, previa consulta con las Comunidades Autónomas, pueden ejercer como tales (art. 9 de la LSE).

Esa concreta designación se ha efectuado por el Gobierno en el propio Real Decreto 485/2009, que en su artículo 2.1 relaciona las empresas que asumirán en todo el territorio nacional la obligación de suministro de último recurso<sup>31</sup>.

Resulta llamativo que los comercializadores designados por el Real Decreto 485/2009 como comercializadores de último recurso pertenezcan a empresas integradas verticalmente que representan más del 85% del mercado eléctrico. Son en realidad los antiguos incumbentes, sin que se sepa claramente cuáles son las razones de la elección de tales cinco incumbentes. El Consejo de Estado en su dictamen sobre el Real Decreto 485/2009 llamó seriamente la atención sobre la falta de estudios y memoria económica que justificara suficientemente muchas de las decisiones del Gobierno<sup>32</sup>. A pesar del énfasis que puso el dicta-

<sup>31</sup> Las empresas designadas son:

- a) Endesa Energía XXI, S.L.
- b) Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U.
- c) Unión Fenosa Metra, S.L.
- d) Hidrocantábrico Energía Último Recurso, S.A.U.
- e) E.On Comercializadora de Último Recurso, S.L.

En todo caso, una cosa es la designación concreta de qué empresas pueden ser comercializadoras de último recurso y otra distinta la determinación, en cada caso individual, de cuál es la comercializadora de último recurso de cada consumidor con derecho al SUR. La regla es que es el consumidor con derecho al SUR quien decide quién será su comercializador, pero puede darse la situación de que el consumidor no manifieste nada al respecto. En defecto, pues, de elección del comercializador por el consumidor con derecho a TUR, el Real Decreto establece una serie de reglas más o menos automáticas que determinan quién ha de ser el comercializador que suministre energía en régimen de TUR, pero ello no impide que en primer término sea el consumidor con derecho a TUR quien elija su comercializador de último recurso, por más que pueda parecer intrascendente dado que la tarifa está fijada administrativamente y es única y, además, no sólo máxima, sino mínima.

En el artículo 4 del Real Decreto 485/2009 se establecen tales reglas de determinación de quién es el comercializador de último recurso; reglas que tienen la lógica de que si el consumidor no ha manifestado nada al respecto, el comercializador será el del grupo al que pertenezca el distribuidor, o si no pertenece a un grupo o no tiene comercializador, entonces lo será el que resulte de la aplicación de las reglas que se fijan en el artículo 4.2 del Real Decreto 485/2009.

<sup>32</sup> Lo recoge en un apartado de su dictamen:

*«c) Ausencia de justificación suficiente de las soluciones adoptadas: insuficiencia de las memorias justificativa y económica y falta de un informe en el que se consideren las propuestas formuladas a lo largo de la tramitación. Sucede, además, que el expediente tramitado, a pesar de incluir sendos documentos, denominados “memoria justificativa” y “memoria económica”, no contiene una adecuada valoración y justificación de las soluciones adoptadas (o, cuanto*

men en ello, no hay más explicaciones, aunque parece que la razón de esa designación de los incumbentes como comercializadores de último recurso (CUR) radica en que esa obligación que se les impone entrañaría riesgos para los pequeños comercializadores no integrados verticalmente<sup>33</sup>, como sí lo están, en cambio, los designados.

En efecto, un comercializador de último recurso no integrado verticalmente, al tener que adquirir la energía en el mercado a plazo, asume unos riesgos importantes en la medida en que si a la hora de que le entreguen de modo efectivo la electricidad que compró meses antes, se ha pasado en el cálculo de la cantidad de electricidad que efectivamente van a consumir sus clientes, se puede encontrar con la necesidad de vender la electricidad que le sobra en el mercado diario —*spot*—; o viceversa: si se quedó corto en la cantidad de electricidad que le demandan sus consumidores respecto de la adquirida meses atrás, entonces tiene que comprar la que le falta en el mercado diario o *spot* o en el intradiario.

En esas condiciones, el comercializador no integrado verticalmente en un grupo —grupo que a la vez genera y comercializa— se encuentra con que puede tener unos riesgos excesivos. En efecto, si compró más electricidad de la que en un momento dado se le demanda y tiene que vender el sobrante que no van a utilizar sus abonados, pero que él tiene que pagar en cualquier caso, puede darse la situación de que el precio de venta en el mercado diario esté por debajo del precio al que adquirió a plazo la electricidad meses atrás. Si, por el contrario, se quedó corto en la cantidad de energía adquirida a plazo, tendrá que comprar en el mercado *spot* la que le falte y puede darse la situación de

---

*menos, de su reflejo documental)... En particular, esta ausencia de valoración de los efectos económicos de la norma impide realizar un juicio cabal sobre su adecuación al marco jurídico en lo que hace al respeto del principio de neutralidad desde el punto de vista de las reglas de la competencia y al cumplimiento de las exigencias de la suficiencia de ingresos (principios ambos recogidos en el artículo 18 de la Ley del Sector Eléctrico y que vinculan la potestad reglamentaria del Gobierno)... En análogo sentido, se estima que falta en el expediente un documento que refleje suficientemente las soluciones normativas adoptadas... En todo caso, ha de llamar la atención sobre las consecuencias que tienen la ausencia de reflejo documental de las soluciones adoptadas y las insuficiencias en el procedimiento que han sido puestas de manifiesto, en cuanto impiden llevar a cabo un juicio definitivo sobre diversos puntos del proyecto en el que su texto plantea dudas de su adecuación al marco jurídico reseñado en el apartado 3 de estas consideraciones y, en particular, al principio de neutralidad del mecanismo desde el punto de vista del derecho de la competencia».*

<sup>33</sup> En lo que hace a la designación de los CUR en el Real Decreto observó el Consejo de Estado la falta de justificación de la elección y añadió: «En suma, estima el Consejo de Estado que la designación de los CUR, tal y como se hace por el proyecto, plantea dudas en cuanto a los criterios empleados y a su aplicación, y en cuanto al procedimiento seguido para la designación de los CUR, que no se ven aclaradas dadas las insuficiencias ya señaladas en cuanto a la tramitación del proyecto, y que habrán de ser debidamente valoradas en la aprobación de la norma».

que, en ese momento, el precio de compra sea más caro y, por tanto, tenga que comprar la electricidad que le falta a un precio superior al que se había calculado para fijar la tarifa de último recurso.

En esas dos situaciones incurrirá en pérdidas que, de ser importantes, podrían amenazar su situación financiera y, sobre todo, retraer la entrada de comercializadores no integrados verticalmente en la actividad de la comercialización de último recurso u obligarles a dejarla por no poder atender los pagos derivados de sus compras de energía.

Claro que la situación puede ser la contraria; es decir, que en el momento de vender, si tiene que hacerlo por una menor demanda de energía de sus clientes de la que había previsto cuando la adquirió a plazo, se encuentre con que el precio de venta en el mercado *spot* sea superior al precio a que compró en el mercado a plazo, o que si tiene que comprar porque le falta energía para suministrar a sus clientes a TUR —por haber adquirido menos en su momento— lo haga a un precio más bajo del vigente cuando compró en el mercado a plazo y conforme al cual se calculó la tarifa de último recurso. En tal caso también tendría beneficios, pues la TUR se calcula por referencia al precio en el mercado a plazo.

Hay, pues, una situación de riesgo y ventura, pero en unas cifras que pueden dificultar la entrada en la comercialización de último recurso y restar seguridad al suministro mismo. Pues bien, esa situación de riesgo desaparece o queda amortiguada en el caso de empresas integradas verticalmente puesto que lo que pudieran perder con el sombrero de comercializadores lo ganarán con el de generadores y, viceversa, con independencia de los mecanismos de separación que estén establecidos entre ambas actividades, lo que puedan perder como generadores lo ganarán como comercializadores. De esta forma, las empresas integradas verticalmente (que son a la vez generadoras y comercializadoras) no tienen los riesgos, como grupo, que, en cambio, sí tienen los comercializadores no integrados. Otra cosa es que los tengan cada una de las empresas del grupo por separado.

Tal vez sea ésa la razón que explique por qué se han designado como comercializadores de último recurso a los grupos de empresas integradas que son en realidad los incumbentes: el riesgo desaparece o se amortigua en el seno del grupo.

Queda por saber en qué medida todo ello no afecta a la competencia en el mercado de la comercialización, como señalaba el Consejo de Estado en su dictamen. Pues las personas con derecho a TUR son 25 millones de consumidores y su consumo representa el 28,5% del total del sistema y el 59,6% de la baja tensión; por tanto, se trata de cifras muy importantes que alguna influencia tendrán en el sector libre de la co-

mercantilización, dejando en todo caso a los comercializadores de último recurso con el marchamo de suministradores de referencia designados por el Estado.

En definitiva, lo que puede ponerse en cuestión es el papel real<sup>34</sup> que van a cumplir los comercializadores no integrados verticalmente para competir con los que sí lo están y han sido designados como CUR.

Desde el punto de vista jurídico, la cuestión que se plantea es, una vez más, la del papel de la regulación en sectores liberalizados<sup>35</sup>. La LSE apenas hace otra cosa que establecer que la designación de los CUR se hará por el Gobierno, «previa consulta a las Comunidades Autónomas», pero no establece ningún criterio material sobre las razones de la designación. En esas condiciones es el Real Decreto 485/2009 el que realiza esa designación, pudiendo ponerse en cuestión si con esa designación estamos materialmente ante una norma o ante un acto que se inserta en una norma<sup>36</sup>. El hecho de que se establezca que esa designación será revisada «al menos cada cuatro años» parece que abonaría la idea de que estamos más bien ante un acto, lo que podría tener su importancia a efectos de su eventual impugnación y a efectos de las consecuencias de la revisión. En todo caso, la designación tiene un cierto carácter precario puesto que puede ser revisada, en realidad, en cualquier momento y en todo caso cada cuatro años.

Pero el problema central surge a propósito de una previsión del legislador —la del art. 9 de la LSE—, que entrega al Gobierno un cheque en blanco sin establecer criterio alguno al respecto. Desde luego, no es fácil, posiblemente, para el legislador establecer criterios muy cerrados a tal efecto, pero sin duda podría, como ha hecho en otros sectores (Telecomunicaciones, por ejemplo), o establecer quién será el prestador de un servicio que se ha querido calificar como universal —aunque sea muy discutible tal calificación— o establecer mecanismos objetivos o criterios (seguridad del suministro, disminución de riesgos, etc.) que permitan orientar la tarea del Gobierno. Puede ponerse en cuestión que la LSE cumpla en este punto con las exigencias que al legislador le impone la reserva de ley, que en el presente caso surgiría de que de al-

---

<sup>34</sup> Vid. Jorge FABRA UTRAY, *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad*, Marcial Pons, 2004, en que se muestra muy crítico con la figura del comercializador en general.

<sup>35</sup> Vid. Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Liberalización de las Telecomunicaciones, Servicio Público y Constitución Económica Europea*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

<sup>36</sup> El Consejo de Estado parece inclinarse por su carácter de acto cuando afirma: «*En este sentido, no parece necesario que tal designación se lleve a cabo por medio de una norma —como el real decreto proyectado—, pudiendo tratarse de una decisión o resolución con naturaleza de acto administrativo*».

guna forma se está incidiendo en la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución, que, aunque no trata de un derecho fundamental de los protegidos por el amparo, precisa de ley formal —ya sea para su desarrollo o para regular su ejercicio— en cuanto se está limitando el número de personas que en una actividad liberalizada pueden desarrollarla como CUR. El hecho de que pueda estar justificada tal limitación del número de empresas designadas como CUR no significa, sin embargo, que los términos de tal designación puedan ser remitidos al reglamento con total ausencia de criterios sin que ello suponga infringir la reserva de ley; remitidos tanto al reglamento —si se entiende que es una norma la que fija las empresas CUR o si se entiende que el reglamento puede establecer los criterios normativos con arreglo a los cuales el Gobierno resolverá quiénes han de ser los CUR— como al Gobierno —si se entiende que la LSE apodera directamente al Gobierno para resolver singularmente mediante acto administrativo quiénes han de ser los CUR—.

En todo caso, la nueva función regulatoria<sup>37</sup> muestra así sus falencias, al parecer inevitables, que enfrentan siempre las teorías económicas de la regulación con la seguridad jurídica y la separación de poderes. Y que dejan, en todo caso, en manos de decisiones singulares aspectos muy relevantes que pueden afectar al funcionamiento de mercados que se supone que, en principio, se autorregulan de forma espontánea, cosa que en la práctica no sucede en la mayor parte de los llamados servicios de interés económico general, como es el caso de la energía eléctrica<sup>38</sup>.

Sea como fuere, lo cierto es que ni el legislador fija criterio alguno en un tema que es relevante, ni el Gobierno, en trance de desarrollar reglamentariamente el encargo del legislador, se preocupa por motivar las razones de su decisión de designar a determinadas empresas como CUR, ni tampoco por adelantar las razones de las futuras revisiones que puedan hacerse en cualquier momento y en todo caso a los cuatro años. Estamos, pues, ante un supuesto de deslegalización de una materia de reserva de ley que se remite (no se precisa si a la potestad reglamentaria o a la decisión singular) en blanco al Gobierno, por una parte, y, por otra, de falta de motivación en la ejecución de esa remisión, que, sea un acto o una norma, no puede omitir una exigencia tan esencial como es la motivación.

---

<sup>37</sup> Vid. Santiago MUÑOZ MACHADO, «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en *Derecho de la regulación económica*, Santiago MUÑOZ MACHADO (coord.), Ed. IUSTEL, vol. 1, *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, 2009.

<sup>38</sup> Ni sucede ni puede suceder, por su tendencia al monopolio o al oligopolio propio de las actividades en red y por las dificultades de la entrada en el mercado de la generación.

### 3. Elementos objetivos del suministro de último recurso: las tarifas de último recurso

Un aspecto central del SUR lo constituye la existencia de una llamada tarifa de último recurso que se caracteriza en la Ley por ser el precio máximo que se puede cobrar a los consumidores con derecho a acogerse a la TUR. En el Real Decreto 485/2009 esa tarifa, que la LSE caracterizaba como el precio máximo que se podía cobrar por el comercializador de último recurso, se transforma en el precio máximo «y mínimo» que se puede cobrar por los comercializadores. Esa modificación plantea algunos problemas de legalidad y también de oportunidad.

De legalidad por cuanto puede pensarse que el legislador quiso fijar un techo máximo, sin perjuicio de permitir que, por debajo de ese techo, pudiera haber competencia entre los comercializadores de último recurso. Si ello fuera así, no se ve cómo, en trance de desarrollar la Ley, el Gobierno puede modificar la norma en un aspecto que no es menor, sino que supone alterar el sentido de una figura querida por el legislador tal y como la diseñó. No se trata de un olvido que pueda completar el Gobierno, en trance de dictar la norma reglamentaria de desarrollo, para, en donde decía que la TUR era el precio máximo, añadir «y mínimo», pues ese añadido puede cambiar el sentido de lo querido por el legislador y podría pensarse que altera el sentido de la institución sin cobertura normativa suficiente<sup>39</sup>.

Es posible que existan razones para evitar que haya competencia en las TUR o que se piense que, si están bien calculadas las tarifas de último recurso, es imposible que haya márgenes para la competencia. Pero, como se ha visto más arriba, eso no es así, puesto que la política de compras de energía a plazo de las CUR les podrían permitir actuar —a unas u otras— con distintos beneficios.

La TUR es una tarifa que, aparte de los beneficios normativos que enseguida se analizarán, implica que los comercializadores podrían

---

<sup>39</sup> María Teresa COSTA CAMPÍ, «El suministro de último recurso en los mercados energéticos liberalizados», en *Economistas*, pág. 70, admite que la definición de las TUR como precio máximo podría suponer la posibilidad de aplicar descuentos para retener clientes, lo que supone que supondría subvertir los principios subyacentes en la normativa comunitaria sobre la tarifa de último recurso, pero no explica el porqué de tal subversión ni cuáles son tales principios, pues una cosa es que en el pasado la tarifa regulada fijada por la Administración estuviera por debajo del precio de mercado y otra que los comercializadores ajusten sus precios a la baja, pues son ellos los que soportan las bajadas de sus precios, sin que puedan esperar que la Administración les cubra déficit alguno. Otra cosa es que practiquen precios predatorios, pero para evitarlo están las normas de la competencia. En el pasado, con la tarifa regulada el precio predatorio estaba fijado por la Administración directamente.

competir contra la tarifa. Ésta no deja de ser una previsión, siquiera sea bastante fiable, dado que se basa en el fondo en los precios de la energía adquiridos en los mercados a plazo, pero esa previsión puede permitir obtener beneficios por encima de los normativos establecidos en la tarifa<sup>40</sup> o experimentar pérdidas en función de la política de compras de energía de cada CUR y del acierto de sus previsiones cuantitativas acerca de la energía que va a necesitar.

Por esa razón tiene sentido que el legislador regulase la TUR en el artículo 18.1 de la LSE como el precio «máximo», sin hablar nada de que fuera también un precio «mínimo», porque deliberadamente quería que sólo fuera un precio máximo. El hecho de que la configuración de la TUR como un precio mínimo pueda ser, también, una opción defendible económicamente no obvia la cuestión de la competencia de un reglamento para desarrollar la Ley en ese sentido que literalmente desborda los términos de la misma<sup>41</sup>.

Por otra parte, se podría sostener que la LSE al disponer que las TUR serán únicas para todo el territorio nacional daría cobertura al hecho de que en el reglamento se diga que son, además de precios máximos, también mínimos, pues de esa forma no cabe duda de que son casi absolutamente únicas. La cuestión está en que cuando dice la LSE que son únicas las TUR, inmediatamente afirma, en trance de definir las, que son los precios «máximos», omitiendo toda mención a que sean también los mínimos. Puede pensarse así que la idea de la tarifa es la de ser un precio máximo y único como tal precio máximo, pero que a ese carácter único no le afecta que puedan ofrecerse precios por debajo de la TUR, en cuanto precio máximo, a los consumidores con derecho a ella. El precio máximo querría asegurar al consumidor que no le van a cobrar más de lo que razonablemente va a ser, a juicio de la Administración, el precio de mercado de la electricidad. Ahora bien, si algún comercializador de último recurso le ofrece al consumidor un precio por debajo de la TUR, no le costaría mucho a éste comprender que puede ser oportuno hacer el contrato con el CUR que se lo ofrece, pues ya cuenta con un elemento de referencia fiable, que es la TUR fijada por la Administración.

No está claro, por tanto, ni mucho menos, que estemos en este punto ante una previsión que sea complemento indispensable y se mueva

---

<sup>40</sup> Como veremos más abajo, la tarifa ya incorpora un coste de comercializador, aparte de una tarifa de riesgo.

<sup>41</sup> En el proyecto que se envía a dictamen del Consejo de Estado se mantenía la consideración de las TUR como el precio máximo. El Consejo no pudo así hacer observación alguna de legalidad a la introducción posterior del carácter de mínimo del precio de la TUR. Una modificación tan importante hubiera debido ser remitida al Consejo de nuevo u omitir que el Real Decreto se dictaba de acuerdo con el Consejo de Estado. Cuando menos, haber dado cuenta en el Preámbulo de la incorporación posterior de esa previsión.

en línea de desarrollo de las previsiones de la Ley según la doctrina del Tribunal Constitucional.

Finalmente, deben destacarse algunos aspectos relevantes sobre el modo como las previsiones del artículo 18 de la LSE han sido desarrolladas por el Real Decreto 485/2009<sup>42</sup> y por la Orden ITC/1659/2009, de 20 de junio —por la que se fija el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica—, de forma más que discutible. En primer lugar, el Real Decreto citado ha incumplido el encargo recibido de la LSE para subdelegar en normas de rango inferior la estructura de la tarifa y su metodología de cálculo, si bien ha establecido una previsión relevante en el artículo 7.1 a efectos de que la determinación de la TUR se haga con base en los precios de los mercados a plazo, sobre los que se introducen técnicas de vigilancia en el artículo 14 de la Orden ITC/1659/2009. En segundo lugar, esta última Orden ha introducido una más que discutible prima de riesgo en su artículo 9, que, adicional a los costes de comercialización que se reconocen, hacen dudar de si hay una sobreprotección de los CUR designados, que lo han sido por razón de ser incumbentes integrados verticalmente y así, justamente, reducir el riesgo, del que se les vuelve a proteger por esta vía.

### III. LAS RAZONES DE LA CARACTERIZACIÓN DEL SUMINISTRO DE ÚLTIMO RECURSO COMO SERVICIO UNIVERSAL

Examinados en el apartado anterior los rasgos fundamentales de la regulación del suministro de último recurso en el Derecho interno español, se está en condiciones de abordar ahora la cuestión de la caracterización del SUR como servicio universal que hace la Directiva MIE, aunque sea diciendo que el SUR es un instrumento del servicio universal, lo que en alguna medida recoge la LSE en su adaptación a la Directiva MIE. Deben recordarse a ese respecto dos cosas: la primera, que la Directiva MIE no impone el SUR de forma necesaria; la segunda, que aunque en la Exposición del Motivos de la Ley 17/2007, caracteriza el SUR como formando parte del servicio universal, no lleva sin embargo esa caracterización al articulado de la LSE.

---

<sup>42</sup> Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica, y Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica.



Para la más clara comprensión de la cuestión, dentro de este apartado se analizará el sentido general del concepto de servicio universal en el Derecho comunitario (1), para luego analizar la aplicación que del concepto mismo del servicio universal se hace en la Directiva MIE y las divergencias que pueden detectarse entre una y otra concepción, así como las imprecisiones que se detectan en la citada Directiva (2), para acabar el presente apartado con el análisis del sentido que el servicio universal puede tener en relación con el suministro de último recurso (3).

### 1. *El concepto general de servicio universal en el Derecho comunitario*

Es en las Directivas de liberalización de los distintos sectores (en otras épocas sometidos a técnicas de servicio público —en el sentido de asunción por los poderes públicos de la actividad con prestación directa o indirecta de los mismos pero sujetos al reconocimiento de derechos especiales o exclusivos, monopolio u oligopolio—) donde el Derecho comunitario comienza a emplear el concepto de servicio universal con una intención justificadora del porqué del cambio de postura en la aplicación del artículo 86.2 del Tratado CE —antiguo art. 90.2—.

En efecto, hasta mediados de los años ochenta dicho artículo no había impedido que existieran monopolios en una serie de actividades —telecomunicaciones, sector postal, transportes, energía, etc.—, en algunas de las cuales, sin embargo, la Comisión va a iniciar una política de liberalización. Para hacerlo tendría que explicar cómo hasta ese momento el monopolio que implicaban los servicios públicos en sentido subjetivo había podido justificarse. Y tal explicación radicaba en que se pensaba que tal monopolio —o los derechos especiales o exclusivos— era la única forma de asegurar las misiones públicas que se le confiaban en actividades de interés económico general.

Bajo este último término se quería indicar que había actividades que eran indispensables o necesarias para los ciudadanos; y ello podía explicar que su régimen jurídico tuviera algunas especialidades respecto del resto de actividades, entregadas, sin más, a la dinámica del mercado. La especialidad básica consistía, precisamente, en que su regulación podía hacerse prescindiendo de las reglas del Tratado, y en especial de las de la competencia. Pues, justamente, si el artículo 86.2 empezaba postulando el sometimiento de los servicios de interés económico general a las reglas del Tratado y de la competencia, acto seguido permitía un régimen especial si la aplicación de tales reglas ge-

nerales del Tratado suponía poner en cuestión la misión pública confiada<sup>43</sup>.

Esa misión no era otra, en los tradicionales servicios públicos —materialmente reconducibles a los servicios de interés económico general—, que la de asegurar el acceso de todos a tales actividades de interés general y a sus prestaciones. En definitiva, el principio de igualdad, que constituye una de los conceptos básicos del servicio público.

La Comisión había sido, por eso mismo, muy flexible al respetar los monopolios existentes en esos servicios. Monopolios que asumían la forma, en los países de tradición continental o inspiración francesa, de servicios públicos en sentido subjetivo, esto es, asumidos por los poderes públicos para su gestión directa o indirecta.

Ocurre, sin embargo, que desde comienzo de los años ochenta del pasado siglo la globalización y sus efectos en los grandes sectores industriales —que habían constituido el soporte del peso económico de Europa durante el último siglo y medio, pero que entran en una crisis insalvable (siderurgia, construcción naval, carbón, cemento, etc.)— obligan a buscar sustitutos en otros sectores, y van a ser los grandes servicios públicos tradicionales y los sectores industriales a ellos ligados los que van a aparecer como los nuevos sectores capaces de mantener la posición europea en el nuevo contexto globalizado. Para ello era necesario desmontar los monopolios existentes en el seno de cada país miembro. Pero, al margen de esa razón de política económica, la Comisión —que en este punto no cuenta con el apoyo del Consejo— necesitaba justificar su cambio de postura en relación con su futura negativa o mayor rigidez en no admitir sin más, como hasta entonces, los monopolios como un régimen normal, aunque especial, de determinados servicios de interés económico general.

Tal razón la va a encontrar en la consideración de esos regímenes especiales por razón de la misión pública confiada como regímenes excepcionales, y por eso mismo de interpretación restringida, cuando no existe otra forma mejor de asegurar la misión pública confiada. Se introducía así el principio de proporcionalidad para abrir los antiguos monopolios a la competencia. Pues si la misión pública que justificaba el monopolio consistía en asegurar el acceso general e igualitario de todos, con independencia del lugar del territorio de cada Estado en que se encuentren los usuarios —lo que se afirmaba que no podía asegurar la libre competencia por sí misma, que más bien «descremaba» el mercado quedándose con las zonas rentables y abandonando a su suerte a las no rentables—, lo que se va a afirmar por la Comisión, en los do-

---

<sup>43</sup> Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO, «Estado y mercado...», *ob. cit.*, págs. 60 y ss.

cumentos sectoriales de liberalización de cada actividad, es que ese objetivo puede garantizarse mediante el servicio universal compatible con la liberalización de todas esas actividades.

El servicio universal es el instrumento que priva de su justificación al monopolio y a los servicios públicos en sentido subjetivo, puesto que si el acceso de todos a las prestaciones indispensables está garantizado en un contexto de competencia, en tal caso el establecimiento de un monopolio no está justificado puesto que supone un sacrificio no proporcionado de una libertad comunitaria (la libre prestación de servicios) y de un derecho fundamental (la libertad de empresa). No proporcional dado que el mismo objetivo de acceso en condiciones de igualdad se puede lograr a través del servicio universal sin necesidad de sacrificar tales libertades y derechos fundamentales.

El servicio universal es un concepto básico en el proceso de liberalización, pues es la técnica que permite garantizar el acceso de todos a servicios indispensables, y con ello hace ilícito, en la perspectiva comunitaria, el otorgamiento por los Estados de derechos exclusivos o especiales<sup>44</sup>.

La Comisión, no obstante, es consciente de que no siempre será posible asegurar del todo el acceso universal en un contexto de competencia, y por ello no cierra la puerta a la posibilidad de que algunos servicios de interés económico general puedan seguir prestándose en régimen de monopolio o con derechos exclusivos o especiales. Lo que se produce en todo caso es una inversión de la carga de la prueba: si hasta los años ochenta a los Estados les bastaba con invocar la «misión pública confiada» como justificación del monopolio, lo que ocurre a partir de mitad de los ochenta es que sobre los Estados pesa la carga de demostrar —si quieren seguir con servicios públicos en monopolio— que el monopolio es la mejor o única solución para garantizar el acceso de todos a los servicios esenciales. Pero esa inversión de la carga de la prueba acaba dando lugar a la liberalización de todas las actividades tradicionales de servicio público, por más que en algunos momentos sea la propia Comisión la que admite que algunos servicios de interés económico general se pueden prestar en monopolio (régimen de derechos exclusivos o especiales), como fue el caso de la Directiva 90/388/CEE,

---

<sup>44</sup> «28. La noción de servicio universal se basa en el interés de garantizar un servicio de calidad a un precio asequible para todos. Los criterios de servicio universal se basan en los principios de igualdad, universalidad, continuidad y adaptación así como en líneas de funcionamiento sanas: transparencia de gestión, de tarificación y de financiación, y control a cargo de instancias distintas de los gestores. La totalidad de estos criterios no está siempre presente a nivel nacional, y su introducción en virtud del servicio universal europeo ha conducido a desarrollar los servicios de interés general». Comunicación de 11 de septiembre de 1996, COM (96) 443 final; DO C 281, de 26.9.1996.

de liberalización de servicios de telecomunicación, que permitió el mantenimiento del monopolio en lo referido a las redes de telecomunicación y al servicio de telefonía vocal<sup>45</sup>.

Ello pone de relieve que un servicio de interés económico general puede prestarse en régimen de competencia o en régimen de servicio público en sentido subjetivo, es decir, en régimen de monopolio —derechos exclusivos— u oligopolio —derechos especiales—. La idea de servicios de interés económico general es genérica y permite diversas formas de desarrollo de la actividad a que se refiere: en régimen de competencia o en régimen de servicio público.

Si se presta en régimen de competencia, lo normal es que se impongan obligaciones de servicio universal o adicionalmente, de servicio público. Es decir, medidas que garanticen que todos los ciudadanos, sea cual sea el lugar en que se encuentren, puedan acceder en condiciones de igualdad al servicio. Eso ha ocurrido en la regulación comunitaria y en las nacionales de los servicios postales y de telecomunicaciones.

Sin embargo, el servicio universal no se ha incluido como tal en la Directiva 2003/55/CE, sobre normas comunes en el mercado interior del gas natural, sin duda porque hay otras técnicas para lograrlo, y, en cambio, sí se ha incluido en la Directiva 2003/54/CE, sobre el mercado interior de la electricidad, pese a que también existen otras técnicas para lograr el objetivo al que pretende servir el servicio universal.

Es preciso aclarar, antes de seguir adelante, que el servicio universal es compatible con la imposición de otras obligaciones de servicio público. También que el servicio universal es una técnica de servicio público, pero una técnica específica por razón de su fin; específica en cuanto se dirige directamente a asegurar el acceso de todos a determinadas actividades o servicios. Ese objetivo de asegurar el acceso de todos —el acceso universal— es lo que caracteriza este tipo de obligación o de técnica. Pero, además de esa técnica específica de servicio público que es el servicio universal, pueden existir otras obligaciones de servicio público con otras finalidades distintas. En el ámbito de la energía eléctrica, la Directiva MIE prevé en su artículo 3.5 la posibilidad de que los Estados garanticen una protección adecuada a los clientes vulnerables y, en función de eso, el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, ha aprobado el llamado bono social, que se configura en su artículo 2.2 como una obligación de servicio público. Dicho bono social pretende ayudar a colectivos vulnerables —en función de la importancia del suministro de energía para

---

<sup>45</sup> Fue más tarde, en 1995, cuando se acordó la liberalización total de las telecomunicaciones, fijada para el 1 de enero de 1998.

la propia vida del ser humano— de forma que cuenten con alguna ayuda, que supone en última instancia que la electricidad la paguen a un precio inferior al de mercado.

Tal cosa no ocurre, en cambio, con el servicio universal en el sector de la energía —en el mismo es más que discutible que pueda caracterizarse como servicio universal, como luego se va a analizar— ni en otros sectores en los que se ha establecido el servicio universal, pues con él no se pretende que la gente pague menos por lo que vale el servicio en atención a su situación económica personal<sup>46</sup>, sino que se trata de que la incidencia que en el coste del servicio tiene la ubicación en el territorio del consumidor no se traduzca en un precio que (con el argumento de que llevar el servicio —postal, por ejemplo<sup>47</sup>— a una zona apartada cuesta más que llevarlo a un ciudad) pretendiese hacer pagar a usuarios de zonas apartadas el coste real de su particular servicio (consistente en recoger o entregar sus cartas en tales zonas apartadas), y con ello incrementando la brecha en el acceso a servicios indispensables, al establecer una diferencia entre unos ciudadanos y otros en función de su ubicación en el territorio. Lo mismo ocurre con los servicios de telecomunicación<sup>48</sup>.

Así pues, el concepto de servicios de interés económico general implica un género de servicios<sup>49</sup> con el que se alude a la importancia para la vida y el desenvolvimiento de las personas de una determinada actividad y de los servicios a ella vinculados<sup>50</sup>, sin que nos diga nada en sí mismo acerca de su forma de prestación. Justamente por el interés general que

<sup>46</sup> En la Ley General de Telecomunicaciones española se ha incluido en el concepto de servicio universal, aunque con muchos más matices que no es éste el lugar para exponer, alguna previsión que tiene que ver con la situación personal o social del usuario o con situaciones de discapacidad, como en el artículo 22.1.e).

<sup>47</sup> «38. La garantía a largo plazo del servicio postal universal es el núcleo del dispositivo propuesto. El servicio universal corresponde a una oferta de alta calidad en todo el territorio a una frecuencia mínima, y a precios asequibles para todos. Incluye la recogida, transporte, selección y distribución de correspondencia, así como dentro de determinados límites de peso y de precio, de publicaciones, catálogos y paquetes. Incluye los envíos certificados y con valor declarado. Se cubrirían tanto los envíos nacionales como internacionales. Además, responde a las exigencias de continuidad, confidencialidad, neutralidad, igualdad de trato y adaptabilidad». Comunicación de 11 de septiembre de 1996, COM (96) 443 final; DO C 281, de 26.9.1996.

<sup>48</sup> «35. Esta apertura de los mercados y de las infraestructuras va acompañada de la definición de obligaciones de servicio universal. La Comunidad ha solicitado a los Estados miembros que impongan a los explotadores obligaciones de servicio universal destinadas a proporcionar una amplia gama de servicios básicos. Según la Comunicación de la Comisión de 1996 sobre el servicio universal, este servicio implica el acceso para todos a un precio asequible, a una red que hace posible la transmisión de la voz, datos y fax así como un servicio de telefonía vocal». Comunicación de 11 de septiembre de 1996, COM (96) 443 final; DO C 281, de 26.9.1996.

<sup>49</sup> Vid. Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO, «Estado y mercado...», *ob. cit.*, págs. 60 y ss.

<sup>50</sup> «Designan las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas del servicio público». Comunicación de 11 de septiembre de 1996, DO C 281, de 26.9.1996.

comporta su forma de prestación, puede ser en régimen de competencia o puede ser en régimen de servicio público si por las circunstancias de la actividad satisficiera mejor las necesidades generales. Cuando se presta en condiciones de competencia pueden imponerse adicionalmente —y suele hacerse— obligaciones de servicio público. La más importante es la obligación de servicio universal<sup>51</sup>, pero ello no quita que puedan imponerse otras obligaciones de servicio público dirigidas a fines distintos<sup>52</sup> de los buscados con la obligación de servicio universal<sup>53</sup>.

Probablemente es la Comunicación de la Comisión de 26 de septiembre de 1996<sup>54</sup>, sobre los servicios de interés general en Europa, la primera que tras los distintos Libros Verdes y Directivas de liberalización de distintos sectores ha pretendido abordar de forma transversal y sistemática los servicios de interés económico general. En relación con ello ha abordado también la cuestión del concepto de servicio universal<sup>55</sup>. Tras esa Comunicación han venido otras sobre el mismo tema.

En general, el tratamiento en los textos comunitarios no tiene siempre la debida precisión desde el punto de vista jurídico, siendo mucho más precisos desde el punto de vista económico. Ello ha dado lugar a algunas vacilaciones en la doctrina sobre el sentido de los términos, sin que nunca se logre la precisión debida, pues a veces se confunden los distintos planos en que se mueven las expresiones utilizadas en las normas y comunicaciones comunitarias.

El concepto de servicio de interés económico general no cumple la misma función conceptual que el de servicio público, pues se mueven en planos diferentes, aunque puedan referirse a las mismas actividades: un mismo servicio de interés económico general puede prestarse en

---

<sup>51</sup> «Desarrollado por las Instituciones de la Comunidad, este concepto evolutivo define un conjunto de exigencias de interés general a las que deberían someterse en toda la Comunidad las actividades de telecomunicaciones o de correos, por ejemplo. Las obligaciones que derivan de este servicio tienen por objeto garantizar el acceso de todos a determinadas prestaciones esenciales, de calidad y a un precio asequible». Comunicación de 11 de septiembre de 1996 COM (96) 443 final, DO C 281, de 26.9.1996.

<sup>52</sup> «31. Por otro lado, también pueden imponerse obligaciones de servicio público, bajo determinadas condiciones, por razones de interés general tales como la ordenación del territorio, la seguridad del abastecimiento y el medio ambiente». Comunicación de 11 de septiembre de 1996, COM (96) 443 final; DO C 281, de 26.9.1996.

<sup>53</sup> «32. El servicio universal y las demás obligaciones de servicio público contribuyen a los objetivos de solidaridad e igualdad de trato. Garantizan a los ciudadanos y a la sociedad europea la defensa del interés general. El servicio universal constituye así la expresión en Europa de las exigencias y especificidades del modelo europeo de sociedad, en el marco de una política que concilia dinamismo del mercado, cohesión y solidaridad». Se trata de la misma Comunicación de la nota anterior.

<sup>54</sup> Vid. las referencias de las Comunicación y Libros Verde y Blanco en nota 11 anterior.

<sup>55</sup> Sobre el mismo puede verse Matilde CARLÓN RUIZ, «Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal», en *Derecho de la regulación económica*, Santiago MUÑOZ MACHADO (coord.), vol. I, págs. 514 y ss.

régimen de servicio público o en régimen de competencia<sup>56</sup>. Por eso no puede decirse, sin más, que servicio público, servicio de interés general o servicio esencial sean lo mismo, pues no tienen en cuenta las distintas funcionalidades y planos en que se mueven los términos. Lo mismo ocurre con el concepto de servicio universal o de otras obligaciones de servicio público; ambos términos aluden a obligaciones de servicio público en un escenario liberalizado, pero el sentido de cada una viene determinado por el fin característico del servicio universal frente a los distintos fines de las demás obligaciones que pueden imponerse en ese escenario liberalizado a los servicios de interés económico general que se prestan en régimen de competencia<sup>57</sup>.

## 2. *El concepto de servicio universal en la Directiva MIE y en la LSE*

La exposición del concepto de servicios de interés económico general, de servicio universal y de las demás obligaciones de servicio público nos permite abordar ya las razones y el sentido que en la Directiva MIE tiene la conceptualización del suministro de último recurso como instrumento del servicio universal, así como la forma en que la LSE ha recogido la previsión de la Directiva MIE.

El precepto clave de la norma comunitaria es el artículo 3.3, en el que se vincula la figura del suministrador de último recurso con el servicio universal. Junto a dicho número del artículo 3 deben citarse también los números 2, 5, 7 y 9, así como el anexo A. En todo caso, en los considerandos de la Directiva MIE se adelantan ya las razones de lo que luego se va a decir en los citados preceptos.

Como ya se ha afirmado antes, la figura del suministrador de último recurso existe también en la Directiva 2003/55/CE, sobre el mercado interior del gas natural. Sin embargo, en esta última no se habla

<sup>56</sup> «9. Esta comunidad de valores da lugar a una diversidad de modos de organización de los servicios de interés general en los distintos países e incluso en las distintas regiones, y según los sectores. En efecto, misiones similares se cumplen en función de situaciones diferentes: obstáculos geográficos o técnicos, organización política y administrativa, historia y tradiciones.

10. Estos servicios pueden ser prestados, en monopolio o en régimen de competencia, tanto por empresas privadas como por organismos públicos, así como por asociaciones público-privadas. La actividad de estos agentes, a veces llamados explotadores, está controlada por las autoridades locales, regionales o nacionales, con prerrogativas y estatutos variables. La relación entre organismo de control y operador puede adoptar a su vez formas muy diversas». Comunicación de 11 de septiembre de 1996, COM (96) 443 final.

<sup>57</sup> Cfr. José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, «Servicio público, servicio universal y “obligación de servicio público” en la perspectiva del Derecho comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 39. A pesar del intento de clarificar los distintos conceptos, no me parece que se distingan suficientemente los distintos planos y funciones en que se mueve cada concepto.

para nada del servicio universal ni del suministro de último recurso como instrumento de tal servicio universal, puesto que ni siquiera se menciona. Lo cierto es que en la propuesta inicial<sup>58</sup> de la Directiva MIE —común para gas y electricidad— tampoco figuraba alusión alguna ni al servicio universal ni al suministrador de último recurso, sino que aparece posteriormente en la propuesta de la Comisión<sup>59</sup>. Ello puede dar idea de una cierta improvisación a la hora de hacer la redacción final.

En todo caso, además de en su artículo 3, en los considerandos de la Directiva MIE finalmente aprobada surge ya la referencia al servicio universal en el considerando 24; también en el considerando 27 se recoge la posibilidad de designar un suministrador de último recurso, si bien aquí no se vincula con el servicio universal.

La novedad del considerando 24 es que se establece la obligación para los Estados de garantizar que los clientes domésticos y, en su caso, las pequeñas empresas tengan derecho a un suministro de electricidad de una calidad determinada, a unos precios comparables, transparentes y razonables. Tal novedad radica en que la garantía del suministro debería ser para todos los consumidores, sean domésticos o no y sean pequeñas o grandes empresas. Hasta la Directiva MIE el problema del servicio universal se vinculaba fundamentalmente —como puso de relieve la sentencia *Almelo*<sup>60</sup>— con la dimensión territorial del servicio, puesto que el coste de casi todos los servicios de interés económico general no es el mismo según la localización del consumidor (pequeños municipios, población dispersa frente a ciudades grandes o poblaciones con más de 50.000 habitantes, por poner una cifra de referencia) y no tanto según su situación social o el nivel de consumo.

El «descreme» del mercado que justificaba el servicio público en sentido subjetivo se basaba en suponer que la entrega de una actividad de interés general a las reglas del mercado iba a conducir a que las empresas, guiadas por su legítimo ánimo de lucro, no iban a invertir en la parte de mercado más costosa, sino que se iban a centrar en la parte rentable; parte ésta cuya existencia guarda íntima conexión con la distribución territorial de la población<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> COM (2001) 125 final [2001/0077 (COD)]. Propuesta de Directiva por la que se modifican las Directivas 96/92/CE y 98/30/CE, sobre normas comunes para los mercados interiores de la electricidad y del gas natural (13.3.2001).

<sup>59</sup> Documento COM (2002) 304 final [2001/0077 (COD)]. Propuesta modificada de Directiva por la que se modifican las Directivas 96/92/CE y 98/30/CE, sobre normas comunes para los mercados interiores de la electricidad y del gas natural.

<sup>60</sup> Sentencia de 27 de abril de 1994, *Almelo y otros* (C-393/92, Rec. p. I-1477).

<sup>61</sup> Así se decía en la Directiva 96/92/CE, de 19 de diciembre de 1996, considerandos 13 y 14: «que para garantizar la seguridad de suministro, la protección del consumidor y la protec-



Si un servicio es de interés económico general, entonces, por definición y congruencia, debe asegurarse a todas las personas físicas o jurídicas. Hacerlo sólo para los clientes domésticos o las pequeñas empresas resulta extraño. Tan extraño que la propia Directiva MIE en diversos considerandos se refiere a la seguridad del suministro sin distinciones entre un tipo de consumidores u otros.

Esa perplejidad que suscita el considerando 24 se materializa cuando el artículo 3.2 de la Directiva MIE, antes de hablar del servicio universal de forma expresa, se refiere a la seguridad del suministro, su regularidad, su calidad y su precio sin hacer distinciones entre un tipo de usuarios u otros. Y, sin embargo, inmediatamente después, en el número 3 del mismo artículo, se refiere ya a los clientes domésticos y, en su caso —es decir, si los Estados miembros lo consideran adecuado—, a las pequeñas empresas que empleen menos de 50 trabajadores. Para estos clientes es para los que se prevé la posibilidad para el Estado de garantizar que disfruten «en su territorio» de un servicio universal. Aparece así la referencia territorial que ha venido caracterizando el servicio universal, pero en este caso parece que se trata de una palabra vacía —un *flatus vocis*— porque en realidad la garantía nada tiene que ver con los problemas clásicos que provoca la distribución de la población sobre el territorio.

En el número 3 del artículo 3 el territorio es irrelevante. Lo único relevante es la condición de cliente doméstico o de pequeña empresa. Y eso está indicando que hay algo en lo que no acaba de confiarse, pero que no tiene que ver con el acceso a los servicios en realidad, sino con el coste de los mismos. En esas condiciones se trata de saber si es que se desconfía del mercado y de la competencia por los promotores de la liberalización, hasta el punto de buscar un remedio a una eventual desprotección frente al mercado de los clientes domésticos o de las pequeñas empresas con independencia del lugar en que se encuentren.

Si eso fuera así, no estaríamos ante un problema de servicio universal por razón del territorio, sino ante un problema de defectos de un sistema que, sin razones objetivas, dejaría a los consumidores domésticos y a las pequeñas empresas inermes en un mercado en el que parecería dudarse de que la competencia vaya a procurar remedio para su situación de desventaja respecto de, por ejemplo, las grandes empresas consumidoras de energía.

---

*ción del medio ambiente, para algunos Estados miembros puede ser necesaria la imposición de obligaciones de servicio público, puesto que, en su opinión, la libre competencia por sí misma no las garantiza; (14) Considerando que la planificación a largo plazo es uno de los medios para realizar dichas obligaciones de servicio público».*

Debe notarse que en el servicio universal, en su concepción clásica, el territorio comporta —objetivamente— costes diferentes que el mercado no puede evitar, porque necesariamente se incurre en ellos cuando se quiere llevar un carta a una aldea perdida en la montaña o llevar el servicio telefónico a la misma aldea. No es que el mercado no funcione, sino que no se le puede pedir que ignore que los servicios tienen costes diferentes según su ámbito de prestación. Ante esa realidad, o se impone a las empresas la obligación de prestar sus servicios en todo el territorio y hacerlo con los mismos precios (y entonces se compromete la libertad de empresa) o se les deja libertad, pero se impone una obligación de servicio universal a uno o varios competidores, financiada por todos los que concurren al mercado de que se trate o financiada de cualquier otra forma (y entonces la libertad de empresa no compromete la igualdad de los ciudadanos). Ésta es la solución que comporta el servicio universal, que exige así imponer a algún operador<sup>62</sup> obligaciones de atender a todo el mundo y hacerlo a precios asequibles y comparables, para evitar que el mercado, entregado a su propia dinámica, o abandone determinadas zonas del territorio o les repercute los costes que corresponden a su propia dificultad (orografía, dispersión, tamaño de población, etc.), estableciendo precios diferentes entre unos ciudadanos y otros por servicios que, en sí mismos, son idénticos, aunque sus costes sean diferentes. En definitiva, para evitar que la liberalización y la apertura a la competencia se traduzcan en abandono del principio de igualdad en el acceso a los servicios de interés económico general que había siempre inspirado la creación de los servicios públicos en sentido subjetivo.

Pues bien, en el servicio universal en el suministro de electricidad, en la concepción no territorial sino personal que inspira la Directiva MIE, no se trata de los mayores costes que objetivamente se derivan de las circunstancias territoriales, sino probablemente del hecho de que se teme que ese mercado no pueda proteger a los consumidores domésticos<sup>63</sup>. Y se teme, tal vez, pensando en que tienen menor poder negociador.

Algo de eso podría desprenderse del inciso final del artículo 3.3 de la Directiva MIE, cuando declara que ninguna disposición de la Directiva impedirá que «*los Estados miembros refuercen la posición en el*

---

<sup>62</sup> Lo impone directamente o lo hace si nadie ofrece en el oportuno concurso hacerse cargo del servicio universal por el menor precio que pagarán todos los operadores del mercado de que se trate o se cobrará con algún derecho exclusivo (distribución y transporte exclusivo de correspondencia de determinadas características que se supone que compensa la obligación de servicio universal).

<sup>63</sup> Salvo que lo que se tema, como se ha indicado más arriba, sea que el cliente doméstico, al llegar a la tierra prometida de la libertad de elección, se quede perplejo sin saber qué elegir.

*mercado de los consumidores domésticos, pequeños y medianos, promoviendo las posibilidades de agrupación voluntaria de la representación de estos grupos de consumidores».*

Si eso fuera así, se está invocando el servicio universal en vano; se está utilizando su nombre o su prestigio para ocultar los defectos de un mercado del que, en el fondo, se desconfía. En todo caso, se trataría de defectos de un mercado que nada tienen que ver con el hecho de que los costes sean distintos objetivamente por razones territoriales, sino con el hecho de temer que en el corazón de la competencia —en las leyes de la oferta y la demanda— tal y como se establece en el sector eléctrico anide algo que distorsiona la fijación del precio para algunos colectivos y obliga a establecer sistemas alternativos.

Después de establecer esa garantía de un servicio universal para una categoría subjetiva de clientes, describe el artículo 3.3 de la Directiva MIE las características de ese servicio universal como el derecho al suministro de electricidad de una calidad determinada, y a unos precios razonables, fácil y claramente comparables y transparentes. Y es en ese momento cuando establece que para garantizar la prestación del servicio universal que acaba de describir «*los Estados miembros podrán designar un suministrador de último recurso*». El SUR aparece así como un instrumento eventual —en cuanto no lo impone a los Estados miembros— de lo que llama servicio universal.

Ciertamente, los elementos que describe son los propios del servicio universal si no fuera porque el más importante y nuclear de todos —el derecho mismo al suministro de electricidad— lo tiene garantizado todo el mundo, en realidad, por otros medios (no por el SUR) y, entre ellos, por la planificación de las redes para garantizar la distribución y el transporte a todos los puntos del territorio con precios o peajes únicos en todo el territorio (art. 17.1 LSE). Esa planificación y las tarifas únicas de los peajes de acceso son el auténtico instrumento del servicio universal, aunque no se emplee la técnica del servicio universal. En efecto, si las redes llegan a todo el territorio, el acceso a las mismas y al suministro al cliente final estaría ya garantizado prácticamente. Es el artículo 3.2 de la misma Directiva MIE el que establece esa garantía para todos bajo el rótulo de obligaciones de servicio público que los Estados pueden imponer en relación con la seguridad, la regularidad, la calidad, el precio, la protección del medio ambiente, la protección del clima y la eficiencia energética<sup>64</sup>. No obstante, el propio artículo 3.3, des-

---

<sup>64</sup> «Artículo 3.2. Dentro del pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los su-

pués de describir el servicio universal y señalar que el suministrador de último recurso es el instrumento de tal servicio, se ve en la precisión de establecer, ahora con carácter obligatorio, que los Estados miembros deberán imponer a las «empresas distribuidoras» la obligación de conectar a los clientes a su red con arreglo a condiciones y tarifas establecidas de acuerdo a criterios que hagan posible la inversión necesaria en las redes, permitiendo la viabilidad de dichas redes. De nuevo, pues, se pone de relieve cómo el instrumento auténtico del servicio universal —sin entrar ahora en si puede denominarse así— es el despliegue de las redes y las tarifas de conexión y acceso a las mismas. Y hasta tal punto lo es que cuando se habla de conductas en relación con las redes no se plantea como cuestión de «posibilidad» para los Estados miembros, sino de obligación para ellos.

En cuanto a los demás elementos del servicio universal que recoge el artículo 3.3 de la Directiva MIE, se aplican en el caso de la electricidad con un sentido diferente del tradicional en el servicio universal en otros sectores. En efecto, en éstos, la «calidad determinada» pretende salir al paso de que en las zonas menos rentables se pudiera dar un servicio de segunda división —con repartos y recogidas trimestrales de cartas, por ejemplo<sup>65</sup>— o bien ofrecerlo a un precio más caro que trate de compensar el diferente coste objetivo de suministro a tales zonas, y por eso se habla de precios razonables que probablemente no impiden (otra cosa es lo que luego hagan los Estados miembros) alguna diferencia en precios que envíe una señal del mayor coste, pero sin que pueda haber diferencias significativas entre unas zonas y otras. En ese sentido, la referencia a precios razonables y fácil y claramente comparables y transparentes (asequible es el término en el ámbito de las telecomunicaciones) pretende justamente aclarar que no existan diferencias y que los consumidores puedan conocer con facilidad lo que pagan ellos y los demás por los servicios que reciben.

En el caso de la electricidad, sin embargo, la cuestión consiste en saber por qué la condición de consumidor doméstico o pequeña empresa podría dar lugar a un suministro de calidad inferior o por un precio superior, salvo que lo que pase sea que el consumidor doméstico, en un

---

*ministros, así como a la protección del medio ambiente, incluida la eficiencia energética y la protección del clima. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Unión Europea el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales. En relación con la seguridad del suministro, la eficiencia energética y la gestión de la demanda, y con miras al cumplimiento de objetivos medioambientales, mencionados en el presente apartado, los Estados miembros podrán establecer una planificación a largo plazo, teniendo en cuenta la posibilidad de que terceros quieran acceder a la red».*

<sup>65</sup> En el sector eléctrico sería con cortes frecuentes de electricidad o sin garantía de una tensión adecuada y constante.

contexto de mercado, esté más indefenso para negociar que las grandes empresas. Pero si ello es así, la cuestión no hace sino descubrir un problema que afecta al mercado mismo y a su idoneidad para lograr los objetivos que se pretende que satisfaga tal mercado.

Por su parte, en la LSE el servicio universal no aparece recogido en su articulado como tal, si bien en la Exposición de Motivos de la Ley 17/2007, que la modificó, sí se afirma que el suministro eléctrico para determinadas personas se concibe como servicio universal. No obstante, lo hace de forma algo ambigua pues no deja claro si habla del suministro en sentido amplio o del suministro de último recurso, aunque desde luego lo hace a propósito de la tarifa de último recurso. Como se ve, la Ley de reforma de la LSE es prudente a la hora de los calificativos; especialmente si se tiene en cuenta que en la terminología hay un equívoco conceptual.

En efecto, para la LSE el concepto de suministro comprende todo el conjunto de actividades que concluyen haciendo posible la venta de energía, como se pone de manifiesto en sus artículos 1 y 9. En eso se diferencia de la Directiva 2003/54/CE, que se preocupa en el artículo 2 por separar y distinguir el suministro de energía, entendido como la venta de la misma, de cada una de las fases anteriores.

Con esa diferencia terminológica, la ambigüedad de la intención de la Exposición de Motivos de la Ley 17/2007, cuando afirma que el suministro para determinados consumidores se concibe como servicio universal, exige una cierta exégesis para saber qué ha querido decir. Si nos atuviéramos al sistema conceptual de la propia Ley española, podría estarse refiriendo al conjunto de actividades que hacen posible el suministro, desde la generación hasta la distribución y comercialización. Ahora bien, en la Exposición de Motivos parece que se está refiriendo al suministro en los términos del Derecho comunitario, puesto que en realidad está hablando de la tarifa de último recurso para determinados consumidores para quienes se concibe el suministro eléctrico como servicio universal «tal como lo contempla la Directiva». No obstante ello, la Ley española no ha llevado al texto dispositivo de la misma la afirmación de que el SUR sea una obligación de servicio universal, aunque en la Exposición de Motivos acoge sin más la calificación del Derecho comunitario.

Ahora bien, en la parte dispositiva de la LSE hay muchos elementos que contribuyen a poner en duda que, en realidad, el SUR sea el instrumento fundamental de una especie de servicio universal. Así, en el artículo 2 de la LSE, tras reconocer de forma genérica la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de actividades destinadas al suministro, se establece que dichas actividades «se ejercerán garantizando el acceso

y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional y tendrán la consideración de servicio esencial».

En línea con eso se establece como instrumento la planificación —que tiene carácter indicativo salvo para el transporte, para el que es vinculante— y muy singularmente se reconoce —en el art. 10 de la LSE— que «todos los consumidores» tienen derecho al acceso e interconexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica en el territorio nacional y además con peajes únicos. Por tanto, el derecho es de «todos» y no sólo de los domésticos o de las pequeñas empresas (consumidores con potencia contratada igual o inferior a 10 kW). En ese derecho para «todos» y en «todo» el territorio es donde se mostraría el concepto de servicio universal en sentido material, si no fuera porque el transporte y la distribución no son actividades que se ejerzan en régimen de libre competencia (art. 11.2), como ocurre con la producción y la comercialización (art. 11.1 y 3); y si no se ejercen en régimen de libre competencia, el concepto de actividad regulada que les otorga el artículo 11.2 de la LSE tiene un sentido distinto al de una actividad libre que se regula por los poderes públicos, actuando así sobre una actividad libre. En realidad, tratándose de actividades reguladas —y reguladas tan intensamente como luego veremos— podría dudarse de que en un contexto no liberalizado completamente —sino sólo en determinados segmentos de la actividad— se pueda hablar de aplicación de técnicas de servicio universal, pues tales técnicas presuponen la liberalización de la actividad, esto es, su ejercicio en régimen de libre competencia<sup>66</sup>, y en el caso de las actividades reguladas del sector eléctrico la liberalización es en buena medida nominal<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO, «Fundamentos e instrumentos...», *ob. cit.*, pág. 20, en que considera inapropiado creer que la regulación opera necesariamente en un marco de competencia plena. No obstante, habría que distinguir entre la regulación de sectores en los que hay ámbitos de competencia y ámbitos de regulación y el servicio universal con que se caracteriza el suministro de último recurso en el sector eléctrico.

En todo caso, puede hablarse a justo título de regulación económica para designar la actividad administrativa —o pública en general— que se desarrolla sobre actividades liberalizadas para asegurar la existencia de una efectiva competencia. Y esa intervención pública —esa nueva función regulatoria pro mercado— parte de la convicción de que la actividad en dichos sectores liberalizados por su tendencia al monopolio, por las *essentials facilities* que tiene, por sus costes hundidos, etc., puede acabar negando el mercado mismo si no se desarrolla una actividad de regulación sobre ellos (otras veces la intervención descansa en la convicción de que hay que lograr seguridad en las transacciones, como ocurre en el mercado de valores), pero de alguna manera el presupuesto es una actividad libre pero regulada para la competencia. Aquí la regulación presupone la libre actividad y competencia de los operadores —sean del sector de la energía, del gas, del sector postal o de las telecomunicaciones—; por eso puede resultar un eufemismo hablar de actividades reguladas para referirse al transporte, a la distribución o a la operación del mercado o del sistema, puesto que en todas ellas el porcentaje de libertad de empresa es despreciable.

<sup>67</sup> ¿Hasta qué punto es correcta la calificación legal como actividad regulada la del operador del sistema o del mercado que se mueve al servicio de una actividad liberalizada como

En todo caso, tales actividades reguladas tienen la obligación de dar acceso y conexión a todos los consumidores, con lo que satisfacen uno de los objetivos esenciales del servicio universal. Ese acceso y conexión tendrán como consecuencia el pago de unos peajes (art. 17 de la LSE) que serán únicos para todo el territorio nacional, por lo que puede decirse que el lugar del territorio en que se encuentre cualquier consumidor no influye en uno de los componentes del coste del suministro, por otra parte clave para que el suministro final sea posible.

La regulación de las actividades de transporte y distribución eléctrica muestra su auténtica naturaleza y dónde reside la garantía del derecho de todos al acceso y conexión con la exigencia de autorización para las instalaciones correspondientes y la responsabilidad del desarrollo y ampliación de la red de transporte que pesa sobre los titulares de las redes, con la obligación de presentar planes de inversión anuales para su aprobación (art. 35.2 y 5 de la LSE), así como con la previsión para las redes de distribución de que los gestores de las mismas son responsables del desarrollo de la red y de su interconexión con otras para «asumir a largo plazo una demanda razonable de distribución de la electricidad». Ahí es donde está la finalidad a que pretende servir el servicio universal, pero con una técnica distinta que consiste en la imposición de obligaciones.

La LSE no deja lugar a dudas sobre la naturaleza subyacente de la actividad de distribución, por ejemplo, cuando, tras afirmar que la autorización de las redes de distribución no concederá derechos exclusivos, establece, sin embargo, que tales autorizaciones se otorgarán «atendiendo tanto al *carácter del sistema de red única y monopolio natural, propio de la distribución eléctrica*, como al criterio de menor coste posible, propio de toda actividad con retribución regulada, y evitando el perjuicio a los titulares de redes ya establecidas obligadas a atender los nuevos suministros que se soliciten».

En definitiva, que no se tiene derecho preexistente a la autorización pues, por su carácter de monopolio natural y por razón de opti-

---

la generación y la comercialización? Para que pueda darse la liberalización de una parte, hay otras que dan la sensación de que están administrativizadas, aunque sea con técnicas de autoadministración. Así, el artículo 1.1 de la LSE incluye entre las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica la gestión económica y técnica del sistema eléctrico, y en el artículo 2 se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro. Por su parte, el artículo 11.2 configura la operación del sistema como actividad regulada. Pese a ello, es imposible concebir la gestión del sistema (el operador del mercado y del sistema) como manifestación de la libertad de empresa. La moda de la liberalización no puede llevar al nominalismo de dar por bueno que una actividad regulada es una actividad libre, sujeta a alguna intervención. En el seno de una actividad liberalizada subsisten piezas de intervención pública, como ocurre en los ejemplos citados, que no se contraen a una mera imposición de obligaciones a los agentes y empresarios libres. Algo semejante ocurre con el transporte y distribución, aunque menos acusado, según se verá más abajo.

mización de costes y la evitación de perjuicios a las redes establecidas!, puede no otorgarse tal autorización. No se puede hablar de la distribución en este contexto como actividad liberalizada sujeta a regulación sin más, aunque, en principio, tampoco quepa hablar de régimen concesional con derechos exclusivos *per se* (es decir, que impidan a cualquier otro llegar a pedir una nueva autorización), pero en la práctica el titular de la red tiene una posición semejante a la de monopolio, como llega a reconocer el artículo 40 de la LSE.

Todo ello pondría de relieve que el legislador español garantiza el derecho al acceso y conexión a las redes de transporte y distribución, con peajes únicos en todo el territorio nacional, y lo hace a través de actividades que la LSE en su artículo 11.2 llama «reguladas» (sin que pueda evitar que de sus rasgos pueda deducirse su auténtico carácter), para diferenciarlas de las de generación y comercialización, de las que afirma que se desarrollan «en régimen de libre competencia». Pues bien, transporte y distribución no responden propiamente al concepto de actividades libres en sentido propio que sean, pese a ello, reguladas para facilitar la competencia en esa actividad (si acaso «sobre» esa actividad) supuestamente libre. Así, la actividad de distribución en el fondo obedece a derechos exclusivos o especiales —más o menos camuflados— y su regulación para fijar tarifas únicas para el consumidor en todo el territorio nacional (que no dejan sin embargo de considerar, al final, los costes reales que debe percibir cada distribuidor) pone de manifiesto que nada tiene que ver con la actividad del generador, por ejemplo, que se supone libre, pero que en realidad es a la que correspondería el nombre de regulada, como reconoce la propia LSE en cierto modo en sus artículos 1 y 2, donde define el objeto de la Ley como la «regulación» de todas esas actividades. Hasta tal punto es así que, en realidad, cuando hablamos de regulación del sector eléctrico no pensamos tanto en la situación de los segmentos llamados «regulados» en la Ley, sino en lo que se llama actividades que se desarrollan en régimen de libre competencia.

En todo caso, con esa garantía que pesa sobre las redes es con lo que se asegura el núcleo esencial del suministro y se superan todos los obstáculos que el territorio opone a ese derecho. A partir de ahí no haría falta servicio universal alguno para garantizar el suministro. Lo único que le queda al usuario es encontrar un comercializador ordinario que ahora exige la LSE para la fase final de adquirir la energía eléctrica. Ese comercializador está obligado a contratar, como lo prueban los artículos 60 y siguientes de la LSE —relativos al régimen de infracciones y sanciones—, en los que se establece como infracción muy grave la negativa a suministrar energía eléctrica a nuevos usuarios (art. 60.14), sin



que existan razones que lo justifiquen, y como infracción grave el retraso en el comienzo de la prestación a nuevos usuarios (art. 61.8).

La cuestión de fondo no radica, sin embargo, en la negativa a contratar, sino en el precio al que se ofrece el contrato por el comercializador una vez que se ha liberalizado esa fase del suministro. El legislador parte de la hipótesis de que la compra de energía en el mercado diario y en los mercados a plazo va a determinar el precio justo de la energía, que será, en principio, el precio de esos mercados, que se supone que funcionarán lo más perfectamente posible. Se supone que, aguas abajo de esas compras en los mercados mayoristas, los usuarios y consumidores finales encontrarán el precio justo negociándolo con los comercializadores. Por eso, el artículo 11.3 de la LSE dispone que la comercialización se ejercerá libremente en los términos previstos en la misma y «su régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes». Y, por otra parte, el artículo 44.2 reconoce el derecho de los usuarios a elegir comercializador de entre los varios que les puedan ofrecer el suministro<sup>68</sup>.

Si el mercado y la competencia, aguas arriba del comercializador y entre comercializadores, funcionan correctamente puede pensarse que no hace falta regular el precio (ni siquiera máximo) —que además sería contradictorio con la liberalización— pues será el resultante de un mercado que funciona razonablemente bien, en defecto de un mercado perfecto.

El problema del suministro de último recurso y las razones para su establecimiento probablemente se localizan en esta fase de la compra por el consumidor y en su precio, por tanto, y no en los obstáculos tradicionales que el territorio impone en muchas de las actividades de servicio público. Y ese problema —el que quiere afrontar la figura del SUR— parece consistir en que o bien se piensa por el legislador comunitario y nacional que el consumidor de bajas potencias (igual o inferior a 10 kW), que básicamente es el consumidor doméstico<sup>69</sup>, no está en condiciones de buscar la mejor oferta (los *rational ignorants*) o bien se piensa que el consumidor doméstico no tiene la fuerza suficiente para negociar un precio ventajoso, como en cambio pueden hacer los grandes consumidores de electricidad. Pero eso no es un problema provocado por el territorio, sino por el funcionamiento del mercado. Para dar solución a ese problema se configura probablemente el suministro de último recurso con precios máximos fijados

---

<sup>68</sup> Sin perjuicio de la posibilidad del consumidor directo en el mercado que contrata con otros sujetos autorizados en el mercado de producción.

<sup>69</sup> Aunque puede llegar a serlo la pequeña, mediana y aun gran empresa por ese límite genérico de los 10 kW.

administrativamente (se cita el máximo porque ahí radica la garantía del consumidor de un precio razonable).

En ambos casos el problema no es el de asegurar el suministro propiamente —que es la esencia del servicio universal y que, en realidad, se garantiza con la obligación de extensión de las redes y con unos peajes únicos por su uso—, sino corregir un defecto del mercado, ya sea porque se impone a los consumidores una obligación de elección para la que no se sienten preparados, ya sea porque se teme que todo el sistema de liberalización vaya muy bien para negociar un precio justo para las grandes empresas consumidoras de energía, pero deje en condiciones de inferioridad al pequeño consumidor.

En cualquier caso, revela una desconfianza de los propios promotores de la liberalización en que el sistema funcione para el consumidor doméstico o los pequeños consumidores. Desconfianza que es más grave si se piensa en la segunda posibilidad —inferioridad negociadora de los pequeños consumidores—, pues implica reconocer esa inferioridad en las personas físicas y las familias. Si al final de la corrida son las personas físicas y las familias quienes quedan en mala posición puede pensarse si ha valido la pena todo el proceso.

El suministro de último recurso parece ser la solución a ese problema y no puede criticarse en su objetivo general —al margen de sus defectos—, pero no debía calificarse el SUR como una manifestación del servicio universal para encubrir un eventual fallo del mercado que se ha puesto en pie y ahorrarse explicaciones sobre ese fallo, aunque esas explicaciones muestren las auténticas insuficiencias y falencias del mercado, que, desde luego, es preciso corregir, pero sin que el instrumento para ello pueda denominarse «servicio universal».

#### IV. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA FIGURA DEL SUMINISTRO DE ÚLTIMO RECURSO

El análisis que se ha realizado hasta aquí de la figura del suministrador de último recurso nos lleva a concluir el mismo con algunas reflexiones finales. La primera reflexión tiene que ver no con la naturaleza del SUR, sino con su concreta regulación, que se ha expuesto más arriba, y en este aspecto son muchas las consideraciones que pueden hacerse.

En primer lugar está el deseo de evitar que la tarifa del SUR pueda volver a dar lugar al déficit tarifario del pasado. Es evidente que la tarifa de último recurso no puede volver a ser una tarifa deficitaria que produzca los efectos negativos que la distribución a tarifa ha produci-

do hasta ahora. La regulación actual que se ha analizado trata de evitarlo y la primera medida es la propia limitación del ámbito de los beneficiarios de la TUR. Antes, a la tarifa regulada podían acogerse todos, si libremente no contrataban con comercializadores por ser consumidores cualificados. Ahora sólo pueden acogerse a la TUR los consumidores predeterminados, que, aunque suponen una parte importante del consumo de energía, no cubren, ni mucho menos, la mayoría de la demanda. Por otra parte, para evitar el déficit, incorpora al propio texto legal y a las normas de desarrollo la obligación de no ocasionar distorsiones a la competencia.

En segundo lugar está la caracterización como mínima de una tarifa que la LSE preveía sólo que fuera máxima; ello no se ajusta a la norma legal de cobertura y, por otra parte, no está claro cuál es el beneficio para los usuarios de que no se establezca competencia entre comercializadores de último recurso<sup>70</sup>. El reglamento ha operado, tal vez, en este punto bajo el temor al recuerdo del déficit tarifario, pero la eventual rebaja que sobre las máximas autorizadas pudieran hacer los distintos CUR son rebajas que las hacen a su propia costa y, por tanto, sin poder esperar que el Estado les compense por tales rebajas. Nada tiene que ver una tarifa regulada deficitaria con una eventual rebaja sobre la TUR que puedan hacer los comercializadores de último recurso a su propia costa. El riesgo de que practiquen precios predatorios no se conjura impidiendo la rebaja de los precios máximos, sino persiguiendo tales prácticas.

En tercer lugar está la cuestión de los conceptos que en el Real Decreto 485/2009 y en la Orden ITC/1659/2009 se incluyen en la tarifa, y que en algún caso parece que van más allá de lo que establece el artículo 18.2 de la LSE, como ocurre especialmente con la llamada prima de riesgo, puesto que la designación como CUR de los incumbentes del sector parece haberse hecho precisamente para minimizar el riesgo que pudiera derivarse para los CUR del hecho de comprar en los mercados a plazo y de las oscilaciones del precio en dichos mercados. Sin embargo, pese a ello se introduce una prima de riesgo que podría ponerse en cuestión pues parecería haber una doble protección de los riesgos de los incumbentes designados como CUR.

En cualquier caso, la combinación de la limitación reglamentaria consistente en considerar la TUR como tarifa mínima, y no sólo máxima, como preveía la LSE, con la prima de riesgo y los costes de comercialización puede tener efectos inesperados. Podría darse el caso de

---

<sup>70</sup> Vid. María Teresa COSTA CAMPÍ, «El suministro de último recurso...», *ob. cit.*, págs. 69 y ss.

llegar a una situación en que los precios libremente pactados al margen de la TUR por una persona con derecho a TUR fueran inferiores a la citada tarifa de último recurso. Esa hipótesis podría producirse si los comercializadores libres entendieran que el margen de comercialización que se impone en la TUR es en un momento dado superior a lo que necesitan —o si prefieren asegurar clientes ordinarios en una primera etapa bajando tales márgenes—; y lo mismo podría ocurrir con la prima de riesgo.

Esas rebajas sobre la TUR las puede ofertar un comercializador ordinario que no está siquiera sujeto a tarifa alguna (aunque pueda tomar la TUR como referencia), pero no las puede ofertar un comercializador de último recurso.

Como se ve, la opción reglamentaria al disponer que lo que en la LSE es una tarifa máxima sea también mínima puede tener importantes consecuencias. En todo caso, desde la perspectiva del Derecho suscita la cuestión de su legalidad, y desde el punto de vista económico o regulatorio la de su oportunidad.

La segunda reflexión tiene que ver con la constatación de que el SUR no es un instrumento del servicio universal, sino más bien una obligación de servicio público, como lo es también en el ámbito del gas, en el que no se ha calificado como servicio universal. La cuestión en este punto es, también, por qué no se ha configurado, además de como una tarifa para determinados colectivos, como un suministro de sustitución, como lo han hecho en otros países. En realidad, en la regulación española también se ha hecho así, pero a ese suministro de sustitución no se le da el carácter de suministro de último recurso, sino un suministro excepcional, anómalo y transitorio. Nada hubiera impedido, sin embargo, que ese suministro a personas que transitoriamente no tienen contrato con un suministrador, o cuando el suyo está incurso en incumplimiento de sus pagos o no ofrece las garantías debidas —ese suministro de sustitución, en definitiva—, se hubiera caracterizado como SUR sin perjuicio de que la tarifa correspondiente se regulase de forma que forzase la búsqueda de un contrato con un suministrador libre.

Parece que los fallos mismos del mercado de la electricidad se han querido ocultar con la invocación de un servicio universal que tradicionalmente ha sido el noble instrumento para superar las diferencias que el territorio, sobre todo, imponía en la prestación universal de servicios indispensables.