

EL DÉFICIT DE INGRESOS EN EL SECTOR ELÉCTRICO (1)

Por

RAFAEL GÓMEZ-FERRER RINCÓN
Doctor en Derecho

SUMARIO: I. PROBLEMA QUE SE PLANTEA.—II. EL DÉFICIT DE INGRESOS EN LA LIQUIDACIÓN DE LAS ACTIVIDADES REGULADAS.—III. REACCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE LA EXISTENCIA DE UN DÉFICIT DE INGRESOS.—IV. SOBRE SI LA SOLUCIÓN QUE SE HA DADO AL PROBLEMA DEL DÉFICIT DE INGRESOS RESULTA CONFORME A DERECHO Y SOBRE SI EXISTE UN DERECHO DE LAS EMPRESAS A LA RECUPERACIÓN DE SU FINANCIACIÓN: 1. *La situación jurídica de las empresas de generación.* 2. *La incidencia de las Órdenes Ministeriales de repercusión del déficit sobre la situación jurídica de las empresas de generación.* 3. *Sobre la conformidad a Derecho del sistema de repercusión del déficit y sobre si existe un derecho de las empresas a recuperar las cantidades aportadas para su financiación.*—V. DÉFICIT DE INGRESOS Y CONTROL DE LA INFLACIÓN.—VI. DÉFICIT DE INGRESOS Y MERCADO DE GENERACIÓN ELÉCTRICA: ¿NECESIDAD DE REPENSAR EL SISTEMA?

I. PROBLEMA QUE SE PLANTEA

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante, «LSE»), modificó la regulación del sector con el fin de permitir la libre competencia en el mismo. Desde entonces se han planteado no pocos problemas regulatorios, entre los que destaca con fuerza el del déficit de ingresos en la liquidación de las actividades reguladas.

Pues bien, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dedica la Sección 2.^a del Capítulo I de su Título V a la intervención administrativa en el sector de la energía. Dentro de dicha Sección, el artículo 94 se refiere al establecimiento de una metodología para la aprobación o modificación de la tarifa eléctrica media o de referencia durante el período 2003-2010. Y, en el apartado 2.*b*) de dicho precepto, se establece que se incluirá como coste en la tarifa la cuantía correspondiente a la anualidad que resulte para recuperar linealmente el valor anual neto del déficit de ingresos en la liquidación de las actividades reguladas generado entre el 1 de enero de 2000 y el 31 de diciembre de 2002.

El artículo 94 de la Ley 53/2002 ha sido desarrollado por el Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para la aprobación o modificación de la tarifa eléctrica media o de referencia. El artículo 4 de esta última norma considera al coste correspondiente

(1) Este trabajo se ha realizado en el marco del Programa de Investigación «Aspectos jurídicos de la liberación y la introducción de la competencia», dirigido por el Prof. Dr. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Ref. SEC 2001/1184.

al desajuste de ingresos de las actividades reguladas anterior a 2003 como uno de los costes previstos para retribuir las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica a considerar en el cálculo de la tarifa eléctrica media o de referencia. En concreto, se establece en dicho precepto que la cuantía correspondiente a la anualidad que resulte para recuperar linealmente el valor actual neto de dicho desajuste de ingresos se incluirá como coste en la tarifa hasta el año 2010, inclusive; que la asignación del desajuste se distribuirá entre las empresas que hayan contribuido al mismo de acuerdo con determinados porcentajes, y que el cobro de dicha cuantía se asimila a un ingreso de las actividades reguladas (2).

En definitiva y de conformidad con lo expuesto, parece que puede afirmarse que el déficit de ingresos que se ha producido en la liquidación de las actividades reguladas entre el 1 de enero de 2000 y el 31 de diciembre de 2002 será recuperado, por determinadas empresas, con cargo a la tarifa eléctrica hasta el año 2010, inclusive.

A nuestro juicio, las previsiones contenidas en los preceptos a que nos acabamos de referir plantean al menos los siguientes problemas:

— La primera dificultad que plantean es la de su mera comprensión. En concreto, se plantea el problema de qué debe entenderse por déficit de ingresos en la liquidación de las actividades reguladas y, junto a éste, el de por qué se produce dicho déficit.

— Una segunda cuestión que inmediatamente suscitan las previsiones normativas expuestas es la de por qué se prevé la recuperación de dicho déficit de ingresos por determinadas empresas. Se plantea así el problema de determinar si dichas empresas tienen derecho a la recuperación del desajuste de ingresos producido. Se trata de un tipo de discusión familiar al sector eléctrico, donde recientemente se ha debatido de forma muy viva en relación con el problema de si la compensación reconocida a determinadas empresas eléctricas por la existencia de unos costes de transición a la competencia (en adelante, «CTC») respondía a un derecho preexistente de dichas empresas o si, por el contrario, debía ser considerada como una ventaja concedida por el legislador susceptible de constituir una ayuda de Estado; ayudas que, como es conocido, resultan con carácter general prohibidas por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 25 de marzo de 1957 (3).

— Junto a las anteriores, una tercera cuestión que se plantea es la de cómo incide la acción de los poderes públicos destinada al control de la in-

(2) Recientemente se ha publicado en el «BOE» la Orden del Ministerio de Economía 2714/2003, de 25 de septiembre, por la que se desarrolla el Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre, en lo referente a la cesión y/o utilización del coste correspondiente al desajuste de ingresos de las actividades reguladas anterior a 2003 y del coste correspondiente a las revisiones derivadas de los costes extrapeninsulares («BOE» núm. 237, de 3 de octubre de 2003).

(3) En relación con este tema puede verse el excelente trabajo de G. ARIÑO, J. DE QUINTO y L. LÓPEZ DE CASTRO, *Costes de transición a la competencia (Sector eléctrico)*, Fundación de Estudios de Regulación, Madrid, 1999; también mi libro *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico*, Marcial Pons e INAP, Madrid, 2003.

flación en todo este tema, lo que se reconduce a un problema ya clásico como es el de la concurrencia de la potestad tarifaria y de la política de control de precios sobre una misma actividad.

— Por último, las previsiones normativas a que nos hemos referido ofrecen todavía un último tema para el debate, no ya tan clásico, como es el de la relación entre el déficit de ingresos y el funcionamiento del mercado eléctrico.

El presente trabajo constituye una reflexión sobre los problemas planteados con la finalidad de clarificar toda esta cuestión. Se trata de un tema importante. La cuantía del déficit de ingresos objeto de recuperación por determinadas empresas eléctricas es la primera muestra de ello. En este sentido, y tal y como inmediatamente demostraremos, puede afirmarse que el déficit de ingresos en la liquidación de las actividades reguladas asciende a la cantidad de 1.500 millones de euros (250.000 millones de pesetas) (4). Es también un problema importante porque, dado el actual régimen económico del sector eléctrico, es posible que en el futuro puedan producirse nuevos déficits de ingresos con los que, sin duda, y dados los intereses en juego, surgirán intensos debates sobre si deben o no ser recuperados por las empresas eléctricas. Por último, la discusión de si existe o no un derecho a la recuperación del déficit de ingresos es también importante precisamente desde el punto de vista de los intereses en juego. Y ello desde una perspectiva múltiple. En primer lugar, desde la perspectiva de los poderes públicos. En efecto, la eventual afirmación de que las empresas eléctricas tienen derecho a la recuperación del déficit de ingresos producidos —y que pudiera producirse en el futuro— condicionaría el ejercicio de la potestad administrativa de intervención sobre el régimen económico del sector. En segundo lugar, desde la perspectiva de los propios operadores eléctricos. Y ello porque, como es evidente, estamos ante un debate que afecta directamente a sus cuentas de resultados. En tercer lugar, la cuestión planteada es también de gran importancia para los consumidores. En efecto, debe tenerse en cuenta que afirmar el derecho a la recuperación del déficit de ingresos no resulta gratuito. Por el contrario, tal y como hemos expuesto, se ha previsto su recuperación con cargo a la tarifa y, por tanto, con cargo a los consumidores que, en este sentido, resultan afectados.

(4) Exactamente a la cantidad de 1.522.332,04 miles de euros, de conformidad con la Orden del Ministerio de Economía 2714/2003, a la que ya nos hemos referido. Esta cantidad podrá variar en función del resultado de las liquidaciones anuales y definitivas que todavía no se han realizado. No obstante, probablemente con la finalidad de dar seguridad a las operaciones de cesión y/o titulación del coste correspondiente al desajuste de ingresos de las actividades reguladas anterior a 2003, la Orden 2714/2003 afirma que es una cifra definitiva. En el caso de existir modificaciones en más o en menos, éstas podrán ser objeto de corrección a través de la cuenta de retribución fija en el sistema de liquidaciones. Cfr. la disposición adicional segunda de la Orden 2714/2003 y el Informe 8/2003, de 31 de julio de 2003, de la Comisión Nacional de la Energía, en relación con la propuesta de Orden Ministerial por la que se desarrolla el Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre, en lo referente a la cesión y/o titulación del coste correspondiente al desajuste de ingresos de las actividades reguladas anterior a 2003 y del coste correspondiente a las revisiones derivadas de los costes extrapeninsulares, págs. 23 y 24.

Pues bien, con el fin de reflexionar sobre los problemas planteados y clarificar la cuestión del déficit de ingresos en el sector eléctrico, vamos a proceder de la siguiente forma:

— En primer lugar, analizaremos qué es lo que debe entenderse por déficit de ingresos en la liquidación de las actividades reguladas del sector eléctrico y por qué se ha producido.

— En segundo lugar, estudiaremos cómo ha respondido el ordenamiento jurídico ante este problema y explicaremos el porqué de dicha respuesta.

— A continuación, nos preguntaremos si la solución que se ha dado al problema resulta conforme a Derecho y si existe un derecho de las empresas eléctricas a recuperar dicho déficit de ingresos.

— Por último, concluiremos con dos epígrafes en los que se contienen unas reflexiones finales en relación con el tema que nos ocupa, la política económica destinada al control de la inflación y el funcionamiento del mercado eléctrico.

II. EL DÉFICIT DE INGRESOS EN LA LIQUIDACIÓN DE LAS ACTIVIDADES REGULADAS

1. En una primera aproximación al problema del déficit de ingresos en la liquidación de las actividades reguladas es posible afirmar que dicho déficit surge porque en la actividad de liquidación que realiza la Comisión Nacional de la Energía (en adelante, «CNE») no existen ingresos suficientes para cubrir los costes de las actividades reguladas (transporte y distribución).

2. El Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento (en adelante, «RD 2017/1997»). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de esta norma, puede afirmarse que son *ingresos sujetos a liquidación* los siguientes:

— Los ingresos por aplicación de las tarifas y peajes vigentes a los suministros y accesos a las redes de transporte o distribución que hayan tenido lugar en el período objeto de liquidación.

— Los ingresos por acometidas, verificaciones, enganches y alquileres de contadores y otros equipos de medida imputables a las empresa o agrupaciones de las mismas sometidas al proceso de liquidación (5).

(5) El RD 1432/2002 ha añadido, además, como ingreso liquidable el de otros ingresos o pagos —en cuyo caso tendrán signo negativo— resultantes de los transportes intracomunitarios o de las conexiones internacionales.

3. De conformidad con lo dispuesto en el propio artículo 4 del RD 2017/1997, puede afirmarse que son *costes sujetos a liquidación* los siguientes:

— La retribución de la *actividad de transporte*.

— La retribución de la *actividad de distribución*. Esta retribución incluirá la retribución de la actividad de comercialización que corresponda ser abonada por los consumidores a tarifa; *actividad de comercialización a tarifa* que, como es conocido, realizan los propios distribuidores (6).

— El coste reconocido por las *adquisiciones de energía* en el mercado de la electricidad para atender los suministros a tarifas reguladas. A estos efectos, se considerará como coste reconocido a cada distribuidor el resultado de multiplicar el precio medio ponderado, que resulte en el período de liquidación a las adquisiciones de energía de éste, por la energía distribuida por dicho distribuidor, incrementada en la energía correspondiente a las pérdidas estándar que se establezcan en la disposición que apruebe la tarifa para el año correspondiente.

— Los *costes permanentes de funcionamiento del sistema*. Dichos costes son los siguientes: costes por el desarrollo de actividades de suministro de energía eléctrica en territorios insulares y extrapeninsulares que puedan integrarse en el sistema de conformidad con el artículo 12.3 de la LSE (7); costes reconocidos al operador del sistema y al operador del mercado; costes de funcionamiento de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico; costes de transición a la competencia.

— Los *costes de diversificación y seguridad de abastecimiento*. Dichos costes son los siguientes: primas a la producción del régimen especial; costes asociados a la moratoria nuclear; fondo para la financiación del segundo ciclo del combustible nuclear; costes de *stock* estratégico del combustible nuclear.

— El coste correspondiente a la potencia y energía adquirida a las instalaciones de producción de energía eléctrica que siguieran acogidas al régimen económico del Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre (8).

— Costes para compensar las adquisiciones de energía de las instalaciones acogidas al régimen especial que realicen los distribuidores que no hubieran estado sujetos al Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, por el que se determina la tarifa eléctrica de las empresas gestoras del servicio, así como las compensaciones a dichos distribuidores por aquellos

(6) El RD 1432/2002 ha introducido, además, como coste liquidable los costes de gestión comercial reconocidos a los distribuidores por atender a suministros de consumidores cualificados que ejerzan como tales.

(7) Dicho artículo establece que los costes derivados de las actividades de suministro de energía eléctrica, cuando se desarrollen en territorios insulares y extrapeninsulares y no puedan ser sufragados con cargos a los ingresos obtenidos en dichos ámbitos territoriales, se integrarán en el conjunto del sistema a los efectos de lo previsto en el artículo 16 de la LSE (artículo que regula la retribución de actividades y funciones del sistema).

(8) Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, sobre producción de energía por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables.

suministros a tarifas que se establezcan por el Ministerio de Industria y Energía, mientras permanezcan sujetos al régimen establecido en la disposición transitoria undécima de la LSE.

4. De conformidad con lo establecido en el RD 2017/1997 y de conformidad con lo dispuesto por la CNE en sus informes sobre liquidaciones (9), dicha liquidación se realiza básicamente de la siguiente forma:

— En primer lugar, y partiendo de los ingresos sujetos a liquidación, se descuentan los costes definidos como cuotas con destino específico. Es decir, se trata de costes definidos como un porcentaje de la facturación; porcentaje que varía según se aplique a la tarifa por suministro de energía o a la tarifa de acceso a la red. Los costes definidos como cuotas con destino específico se identifican básicamente con los costes permanentes de funcionamiento del sistema, con los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento y con los costes para compensaciones específicas para los distribuidores a los que es de aplicación la disposición transitoria undécima de la LSE. No obstante, debe señalarse que las primas a la producción del régimen especial (que son un coste de diversificación y seguridad de abastecimiento) no son un coste definido como cuota con destino específico. Asimismo, resulta de especial importancia a los efectos de este trabajo destacar cómo los costes de transición a la competencia (que son un coste permanente del funcionamiento del sistema) no eran un coste definido como cuota con destino específico en la redacción original de la LSE, sino que se determinaban por el denominado sistema de liquidación por diferencias, al que posteriormente nos referiremos. No obstante, tras la modificación de la LSE realizada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, los costes de transición a la competencia pasaron tanto a considerarse parcialmente como un coste definido como cuota con destino específico como a determinarse también parcialmente por el denominado sistema de liquidación por diferencias. Tras posterior modificación de la LSE en virtud del Real Decreto-Ley 2/2001, de 2 de febrero, y la Ley 9/2001, de 4 de junio, se volvió al sistema original de la LSE (10).

— A continuación ha de descontarse el coste de las adquisiciones de la energía necesaria para satisfacer los suministros de los consumidores a tarifa. Este coste tiene a su vez dos componentes: el coste por las adquisiciones de energía en el mercado de electricidad y el coste por las adquisiciones de energía al régimen especial.

— Una vez descontados los costes definidos como cuotas con destino específico y el coste de la adquisición de la energía a que nos acabamos de referir, pasarán a retribuirse las actividades reguladas. Dichas actividades

(9) Informe sobre la liquidación anual correspondiente al ejercicio 2000 y verificaciones practicadas, de 27 de febrero de 2003; Informe sobre los resultados de la liquidación provisional núm. 14 de 2002 y verificaciones practicadas, de 10 de abril de 2003.

(10) Evolución a la que me he referido en detalle en mi libro *La transición a la competencia...*

son el transporte y la distribución. En este sentido, debe tenerse en cuenta que dentro de la distribución incluimos la retribución de la actividad de comercialización a tarifa. Asimismo, debe tenerse en cuenta que tras la entrada en vigor de la Orden de 21 de noviembre de 2000, a la que inmediatamente nos referiremos, la prima por el consumo de carbón autóctono devengada a partir del 1 de julio de 2000 se deberá tener en cuenta con el mismo nivel de prioridad que la retribución de las actividades de transporte y distribución a los efectos de determinar el déficit de recaudación en la liquidación de las actividades reguladas. A este respecto, es importante señalar que dicha prima se incluye por la disposición transitoria sexta de la LSE dentro de los costes de transición a la competencia.

— Si una vez satisfechas las actividades reguladas existe remanente en los ingresos sujetos a liquidación, se destinarán al pago de los costes de transición a la competencia. En el caso de que dicho remanente no exista, no se percibirán por las empresas eléctricas dichos costes de transición. Así es como funciona el pago de la retribución fija por los costes de transición a la competencia a la que se refiere la disposición transitoria sexta de la LSE obtenida por el sistema de liquidación por diferencias.

5. Después de cuanto se acaba de exponer, resulta ya sencillo comprender lo que ha de entenderse por déficit de ingresos en la liquidación de las actividades reguladas. Dicho déficit se produce cuando los ingresos sujetos a liquidación no son suficientes para cubrir el coste de las actividades reguladas.

— También se le denomina como déficit de tarifa, previsiblemente porque los ingresos sujetos a liquidación se obtienen principalmente de las tarifas (por suministro de energía y de acceso a la red).

— Pues bien, lo cierto es que dicho déficit de ingresos en las actividades reguladas ha existido en los años 2000, 2001 y 2002. Y, tal y como hemos señalado, en una importante cuantía: 1.500 millones de euros (250.000 millones de pesetas). Así se aprecia claramente en los informes de la CNE a que nos hemos referido con anterioridad, de los que puede obtenerse el cuadro-resumen de la página siguiente.

<i>Concepto</i>	<i>Liquidación anual 2000 (miles de euros)</i>	<i>Liquidación núm. 14 2001 (miles de euros)</i>	<i>Liquidación núm. 14 2002 (miles de euros)</i>
Ingresos por facturación de clientes a tarifa..	10.165.474	9.912.199	10.327.683
Otros ingresos	(11)	47.820	47.852
Ingresos por facturación de tarifas de acceso	654.294	800.838	854.900
TOTAL INGRESOS BRUTOS	10.819.768	10.760.857	11.230.435
Cuota compensaciones extrapeninsulares	107.580	122.258	198.619
Cuota operador del sistema	6.310	8.449	12.775
Cuota operador del mercado	6.666	8.449	9.061
Cuota CNE	7.257	8.449	8.844
Cuota CTC	535.542	54.259	0
Cuota moratoria nuclear	381.117	379.080	395.692
Cuota <i>stock</i> básico de uranio	2.381	730	0
Cuota 2. ^a parte ciclo combustible nuclear	95.107	97.700	107.202
Cuota compensación por interrumpibilidad y régimen especial	7.015	18.078	16.591
TOTAL CUOTAS	1.148.975	697.452	748.784
TOTAL INGRESOS NETOS	9.670.793	10.063.405	10.481.651
Coste energía en el mercado (consumidores a tarifa).....	4.849.552	4.620.370	5.597.753
Coste energía adquirida al régimen especial .	1.600.065	1.889.106	2.202.333
TOTAL COSTE ENERGÍA	6.449.617	6.509.929	7.800.086
IMPORTE A LIQUIDAR ACTIVIDADES RE- GULADAS Y RESTO CTC	3.221.176	3.553.929	2.681.565
Transporte	550.142	581.834	626.683
Distribución	2.823.765	2.898.669	2.956.640
Prima de carbón	97.530	173.660	247.515
CTC Diferencias	0	0	0
Déficit de ingresos para el transporte, distri- bución y prima del carbón	-250.261	-100.234	-1.149.273

III. REACCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE LA EXISTENCIA DE UN DÉFICIT DE INGRESOS

1. El problema que plantea la existencia de un déficit de ingresos en la liquidación de las actividades reguladas se ha solucionado por el ordenamiento jurídico imputando dicho déficit no a las actividades reguladas, sino a las empresas de generación perceptoras de costes de transición a la competencia. Y todo ello, tal y como se indica en la página 6 de la Memo-

(11) En la página 7 del Informe sobre la liquidación anual correspondiente al ejercicio 2000, de 27 de febrero de 2003, se señala que los ingresos por acometidas, verificaciones, enganches y alquileres de contadores y otros equipos de medida transitoriamente se liquidan descontándose de la distribución, con lo que los costes reconocidos a esta actividad se liquidan netos de estos ingresos.

ria justificativa del Real Decreto 1432/2002, con la finalidad de asegurar que las actividades reguladas (distribución y transporte) percibieran la retribución que se había establecido en el Real Decreto de tarifas.

Dicho sistema de repercusión del déficit se reguló inicialmente en la Orden del Ministerio de Economía de 21 de noviembre de 2000 y, posteriormente, por la Orden del Ministerio de Economía 1587/2002, de 12 de junio, por la que se establece para el año 2000 y siguientes la precedencia en la repercusión del déficit de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas (12). Básicamente, lo que dispone la Orden de 12 de junio de 2002 es lo siguiente:

— Que en el caso de existencia de déficit de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas se imputará a los perceptores de derechos de compensación reconocidos en la disposición transitoria sexta de la LSE (costes de transición a la competencia); imputación que se realiza en virtud de la fórmula que se contiene en la propia Orden de 12 de junio de 2002 (13).

— Que a la hora de determinar el déficit de recaudación en las liquidaciones de las actividades reguladas que realice la CNE, la prima al consumo de carbón autóctono devengada a partir del 1 de julio de 2000 se deberá tener en cuenta con el mismo nivel de prioridad que la retribución de las actividades de transporte y distribución.

— Que las cantidades descontadas a cada empresa a los efectos de cubrir el déficit de ingresos de las actividades reguladas de un año serán tenidas en cuenta a la hora de calcular el saldo de costes de transición a la competencia a 31 de diciembre de dicho año.

El funcionamiento del sistema de repercusión del déficit de ingresos a las empresas de generación que perciben costes de transición a la competencia puede apreciarse con claridad en las liquidaciones efectuadas por la CNE en los años 2000, 2001 y 2002.

(12) Asimismo, se señala en la Exposición de Motivos de la Orden de 21 de noviembre de 2000 que, en virtud de Resolución de la Dirección General de la Energía de 28 de marzo de 2000, se estableció la precedencia en la repercusión del déficit de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas correspondientes al año 2000 con carácter provisional hasta que se dictara la correspondiente Orden de desarrollo del RD 2017/1997.

(13) La disposición transitoria sexta de la LSE ha reconocido a las sociedades titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica, que a 31 de diciembre de 1997 estuvieran incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, sobre determinación de la tarifa de las empresas gestoras del servicio (también conocido como Marco Legal y Estable), el derecho a percibir una compensación por los costes de transición al régimen de mercado competitivo previsto en la propia LSE.

<i>Desglose CTC</i>	<i>Liquidación año 2000 (miles de euros)</i>	<i>Liquidación núm. 14 2001 (miles de euros)</i>	<i>Liquidación núm. 14 2002 (miles de euros)</i>
Cuota 4,5%	535.542	54.259	0
Stock de carbón	0	0	0
Prima del carbón año en curso	97.530	173.660	140.597
Prima del carbón año 2000 (devengada y no cobrada)	—	0	124.358
Reducción de prima	—	0	-17.440
Asignación General	0	0	0
Asignación Específica	0	0	0
Cobertura del déficit	-250.261	-100.234	-1.149.273
TOTAL CTC	382.811	127.685	-901.758

2. La cuestión que inmediatamente surge es la de por qué se asigna dicho déficit de ingresos precisamente a las empresas de generación perceptoras de costes de transición a la competencia.

De la lectura de los documentos elaborados por el Ministerio de Economía y por la CNE en relación con este problema puede deducirse, sin demasiada dificultad, que el déficit de ingresos se repercute a las empresas generadoras porque se considera que la causa de dicho déficit se encuentra en los elevados precios que se han producido en el mercado de generación (14).

— En efecto, lo primero que puede observarse en dichos informes es que el precio real del mercado de generación ha sido muy superior al precio de mercado previsto en la elaboración de la tarifa para el año correspondiente. Así, el precio medio en el mercado de generación en el año 2000 fue de 4,129 cent. euro/Kwh, en el año 2001 fue de 4,095 cent. euro/Kwh y en el año 2002 de 4,828 cent. euro/Kwh, alcanzándose incluso el récord histórico en enero de 2002 de 7,358 cent. euro/Kwh. Son todos ellos precios medios muy alejados del precio de referencia, que es el de 3,606 cent. euro/ Kwh (6 ptas/Kwh) (15).

— Este precio más elevado en el mercado de generación tiene como consecuencia que uno de los costes sujetos a liquidación (coste de las adquisiciones de energía en el mercado de electricidad para atender a los suministros a tarifa) sea también más elevado que el previsto al calcular la tarifa para el año correspondiente. Y es este exceso de coste el que parece provocar el déficit. Así, en la página 3 del Informe de la CNE de 10 de abril

(14) En este sentido, vid. la Memoria justificativa del RD 1432/2002; el Informe 16/2002, de 4 de diciembre, de la CNE, sobre la propuesta de Real Decreto por el que se establece la metodología para la aprobación o modificación de la tarifa media o de referencia y se modifican algunos artículos del Real Decreto 2017/1997, y los informes sobre liquidaciones a los que nos hemos referido anteriormente.

(15) Se trata de los precios medios de compra de los distribuidores en el mercado mayorista.

de 2003 sobre los resultados de la liquidación provisional núm. 14 de 2002 se afirma que «si bien son varios los motivos que coadyuvan a la formación del déficit, cabe citar como más destacable el superior coste de adquisición de energía en el mercado organizado para los suministros a tarifa, en relación al previsto en el expediente de tarifas». Y en la página 21 del Informe 16/2002 de la CNE se señala que «el déficit que se produce en los años 2000, 2001 y 2002, tiene su origen, fundamentalmente, en la elevación del precio resultante del mercado, en comparación con los precios de generación considerados en las tarifas integrales».

— Incluso se apunta en la Memoria justificativa del RD 1432/2002 que la existencia de precios más elevados en el mercado de generación se podría haber producido de forma artificial, en clara alusión a la posición de dominio que en el mercado de generación ocupan determinadas empresas eléctricas. Se trata de una afirmación que se recoge posteriormente por la CNE en su Informe 16/2002, de 4 de diciembre, en relación con la propuesta de Real Decreto por el que se establece la metodología para la aprobación o modificación de la tarifa media o de referencia y en el voto particular a dicho informe. Se trata de una afirmación al menos aventurada, sobre todo teniendo en cuenta que en la propia Memoria se atribuye también el incremento del coste de generación a otras circunstancias como la baja hidraulicidad de 2001 y 2002. Pero lo cierto es que es una afirmación que explica el porqué de la repercusión del déficit a los generadores. En el fondo, da la sensación de que se considera a éstos responsables de la aparición de dicho déficit.

— Partiendo de esta base, la solución al problema que se adopta parece lógica: que sean las empresas de generación —que son las que artificialmente habrían causado el déficit— las que lo asuman. En caso contrario, estas empresas estarían percibiendo unos ingresos muy superiores a los que les corresponden o, al menos, a los que les corresponderían de acuerdo con la previsión de la tarifa para el año correspondiente.

3. Pero la solución al problema parece no obedecer sólo a esta razón. La Memoria justificativa del RD 1432/2002 señala en su página 6 que la causa que provoca el déficit se encuentra en un desfase entre el precio de la energía en el mercado y la previsión del mismo que se ha ido haciendo en los cálculos de la tarifa eléctrica de cada año. Y, de acuerdo con la Memoria, este desfase viene provocado por alguna de, o conjuntamente por, estas dos causas:

- Baja previsión del coste de generación en la tarifa de cada año.
- Precios de mercado elevados artificialmente.

El problema del déficit de ingresos se ha solucionado considerando la segunda de estas circunstancias. Pero da la sensación de que se ha obviado que quizá el déficit pudiera tener su origen en una baja previsión del coste de generación en la tarifa de cada año. Es decir, puede que los precios no hayan sido elevados artificialmente —lo cual, por otra parte, sólo es una

hipótesis— y que el desfase a que nos referimos se haya producido por esta otra circunstancia (16).

La cuestión que surge entonces es la de por qué se ha obviado en la solución del problema del déficit de ingresos en la liquidación de las actividades reguladas el que éste pudiera tener su causa en una baja previsión tarifaria. Y creo que la respuesta a este problema podría encontrarse quizá en una circunstancia ajena al funcionamiento del sector eléctrico, pero íntimamente conectada con la política macroeconómica, como es el control de la evolución de la tarifa —previsiblemente por sus efectos sobre la inflación—. Y, en este sentido, la estabilidad macroeconómica aparece hoy claramente formulada en el RD 1432/2002 como uno de los objetivos que se persigue con la aprobación de la metodología de cálculo para fijar la tarifa eléctrica media o de referencia de cada año.

A este respecto, parece que puede entenderse que en la solución que se ha adoptado al problema del déficit de ingresos en el sector eléctrico subyace también una decisión de política económica destinada a controlar la evolución de la tarifa —y así controlar también la incidencia de ésta sobre la inflación—. La explicación de esta afirmación puede reconducirse simplícidamente a los siguientes puntos:

a) El coste de adquisición de energía en el mercado de generación depende directamente del precio de dicho mercado, por lo que cuanto mayor sea el precio, mayor será dicho coste. A su vez, cuanto mayor sea el coste de adquisición de la energía, mayor deberá ser también la tarifa para poder cubrirlo. Lógicamente, esa senda tiene una incidencia alcista sobre la evolución de la tarifa.

b) Desde el punto de vista del control de la tarifa, la cuestión que entonces surge es la de cómo es posible romper esta senda alcista o, en términos alternativos, la pregunta es la de cómo conseguir que una tarifa adecuada desde el punto de vista de la política económica sea suficiente para

(16) Parece, además, que la baja previsión del coste de generación puede ser original —el Gobierno hizo una previsión baja *ab initio*— o sobrevenida —la previsión inicial devino insuficiente como consecuencia de un acontecimiento sobrevenido como es, por ejemplo, la baja hidraulicidad que hace entrar en funcionamiento las centrales de generación más caras y, por tanto, incrementa el coste de generación—. La existencia de acontecimientos sobrevenidos parece difícilmente previsible para el Gobierno al elaborar la tarifa. Pero es que, realmente, el déficit no se produce sólo por un desfase entre el precio de la energía en el mercado y la previsión del mismo que se ha ido haciendo en los cálculos de la tarifa eléctrica de cada año, sino más bien cuando el desfase entre el coste real de adquisición de la energía en el mercado y la previsión que se hizo en la tarifa de dicho coste de adquisición no puede ser cubierto con cargo a los CTC previstos en la tarifa de ese año. En este sentido debe afirmarse que la cantidad prevista para CTC cada año puede aplicarse a cubrir el coste de adquisición de energía —y, por tanto, un eventual incremento del coste de generación ocasionado por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas—, porque en el sistema de liquidación por diferencias los CTC son como «un colchón» que sólo se paga cuando los demás costes han quedado cubiertos. El problema se presenta cuando la previsión que de ese colchón realiza el Gobierno es también baja, porque entonces ya no hay ingresos suficientes para cubrir todos los costes del suministro y surge el déficit. Y no es descartable que esto haya sido así dado que la evolución de la tarifa eléctrica ha seguido una importante senda decreciente desde la entrada en vigor de la LSE.

cubrir todos los costes del suministro. La respuesta en este caso parece que puede ser la siguiente:

— Intentando conseguir que el coste de adquisición de la energía en el mercado de producción se adecue a las previsiones que ha realizado el Gobierno al fijar la tarifa para el año en curso.

— Para el caso de que esto no sea así y que, por tanto, se produzca un déficit de ingresos (17), buscando una forma de financiación de dicho déficit.

c) Ambos objetivos se consiguen con el mecanismo de financiación del déficit previsto en las Órdenes Ministeriales de repercusión del déficit a que nos hemos referido:

— En el caso de que exista un déficit de ingresos en el sector, éste se financia por los generadores con derecho a la percepción de costes de transición a la competencia. Con razón se ha dicho que el mecanismo de repercusión del déficit trae consigo el nacimiento de una nueva fuente de financiación (18).

— Pero, además, el mecanismo de repercusión del déficit persigue que el precio del mercado de generación se ajuste al precio previsto por el Gobierno al fijar la tarifa para cada año y, consecuentemente, persigue que el coste de adquisición de la energía en el mercado de producción se ajuste al coste previsto por el Gobierno al fijar la tarifa. En este sentido, parece que el mecanismo de repercusión del déficit existente tiene como consecuencia que las empresas de generación —que perciben CTC— pierdan el incentivo que pudieran tener a que el precio del mercado de generación supere el precio de referencia previsto gubernamentalmente (6 ptas/Kwh o 3,6 céntimos de euro). Y ello porque, aunque sus ingresos dependen en principio del precio de mercado —a mayor precio, mayores ingresos—, la existencia de un mecanismo de repercusión del déficit hace que esto no sea así:

- En efecto, en principio, los ingresos de los generadores dependen del precio del mercado. A mayor precio, mayores serán sus ingresos vía mercado.

- No obstante, si como consecuencia de un elevado precio de mercado se produce un déficit de ingresos en la liquidación de las actividades reguladas, van a ser los generadores —en concreto, aquellos que perciben CTC— los encargados de financiarlo.

- Lo cual supone que se van a reducir los ingresos que perciben.

4. No obstante lo que se acaba de exponer, lo cierto es que para el año 2003 se ha previsto un notable incremento de la tarifa eléctrica media o de

(17) Déficit que se producirá cuando el exceso del coste real de adquisición de la energía en el mercado sobre la previsión que se hizo en la tarifa de dicho coste no haya podido ser cubierto con la cantidad prevista para CTC.

(18) J. I. UNDA, Consejero de la CNE, en *El déficit tarifario*, 20 de junio de 2002.

referencia. Esta afirmación es fácilmente contrastable con sólo acudir al Real Decreto 1436/2002, de 27 de diciembre, que establece la tarifa eléctrica para el 2003, en cuyo artículo 1 se dispone que las tarifas de suministro se aumentan en promedio global un 1,69%, y que las tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución se aumentan también en promedio global el 1,95% (19).

Pero no sólo esto. Tal y como ya hemos expuesto al inicio de esta trabajo, la Ley 53/2002 y el RD 1432/2002, que la ha desarrollado, han garantizado la recuperación del déficit de ingresos en la liquidación de las actividades reguladas que se ha generado entre el 1 de enero de 2000 y el 31 de diciembre de 2002 por las empresas que han contribuido al mismo, de acuerdo con determinados porcentajes fijados en el Anexo del propio RD 1432/2002, y con cargo a la tarifa eléctrica hasta el año 2010, inclusive. Y la recuperación parece que, efectivamente, queda garantizada al asimilarse el cobro de dicha cuantía a un ingreso de las actividades reguladas.

Parece, por tanto, que se invierte la tendencia existente hasta el momento: se dispone la recuperación del pasado déficit de ingresos por las empresas que han contribuido al mismo y se establece un importante incremento de la tarifa para el año 2003.

Nuevamente surge la duda del porqué de este cambio de tendencia. A nuestro juicio, parece posible afirmar que razones de tipo jurídico son las que podrían haber impulsado el cambio (20). Y es que, a nuestro juicio, el sistema de repercusión del déficit de ingresos presenta serios problemas de conformidad con el ordenamiento jurídico, de los que inmediatamente nos ocuparemos.

5. Sin embargo, los problemas no se acaban con la previsión de que el pasado déficit de ingresos ha de recuperarse. Y ello porque es posible que surjan en el futuro nuevos déficits de este tipo. Dos previsiones contenidas en el RD 1432/2000 permiten pensar que ello es posible:

— En primer lugar, la afirmación de que el precio medio de mercado de producción a considerar en la determinación de la tarifa durante el período transitorio para la energía producida por las instalaciones de producción de régimen ordinario que estaban autorizadas a 31 de diciembre de 1997 pertenecientes a las sociedades con derecho al cobro de CTC será, mientras existan CTC pendientes de recuperar, de 3,6061 céntimos de euro por Kwh. Lo cual permite perfectamente que pueda volver a producirse un nuevo déficit para el caso de que el precio de mercado su-

(19) Si bien es cierto que ya el Real Decreto 1483/2001, de 27 de diciembre, por el que se estableció la tarifa eléctrica para 2002, preveía un ligero incremento de las tarifas para la venta de energía eléctrica del 0,412% —en promedio global—.

(20) Y ello sin que puedan descartarse otro tipo de razones como, por ejemplo, podría ser la de dotar de ingresos a las empresas eléctricas para afrontar futuros procesos de inversión necesarios para garantizar el suministro; razón de interés general que podría haber pesado en la mente de los poderes públicos.

pere dicha cifra (aunque no siempre será así debido al «colchón» que suponen los CTC) (21).

— En segundo lugar, por el hecho de que se fija un límite para el incremento de la tarifa de 2% anual como máximo. Dicho incremento máximo podría no ser suficiente para cubrir el incremento del coste que se pudiera producir en la adquisición de la energía en el mercado de generación debido a una elevación del precio de dicho mercado causada, por ejemplo, por un incremento del precio del gas que emplean las nuevas centrales de ciclo combinado para producir electricidad. En relación con esta cuestión, el RD 1432/2000 establece que el precio medio del mercado de producción a considerar en la determinación de la tarifa durante el período transitorio para la energía producida por el resto de instalaciones de producción en régimen ordinario (las que no estaban autorizadas a 31 de diciembre de 1997 pertenecientes a sociedades con derecho al cobro de CTC) se estimará teniendo en cuenta las mejores previsiones del precio del gas. Pero, de conformidad con lo expuesto, parece que en ningún caso la tarifa podría incrementarse en más de un 2% para hacer frente al incremento de dicho precio del gas.

En definitiva, parece que nuevos déficits de ingresos en la liquidación de las actividades reguladas serán posibles en el futuro. Y la pregunta que nos formulábamos al comienzo de este trabajo adquiere ahora toda su dimensión: ¿existe un derecho de las empresas que financian el déficit a recuperar las cantidades aportadas?

IV. SOBRE SI LA SOLUCIÓN QUE SE HA DADO AL PROBLEMA DEL DÉFICIT DE INGRESOS RESULTA CONFORME A DERECHO Y SOBRE SI EXISTE UN DERECHO DE LAS EMPRESAS A LA RECUPERACIÓN DE SU FINANCIACIÓN

Para abordar las cuestiones planteadas vamos a proceder de la siguiente forma:

— En primer lugar, nos referiremos brevemente a la situación jurídica de las empresas de generación.

— A continuación, analizaremos cuál es la incidencia de las Órdenes Ministeriales de repercusión del déficit sobre dicha situación jurídica.

— Por último, abordaremos el análisis de las cuestiones planteadas.

(21) Es decir, se producirá un déficit cuando el precio de mercado sea tal que dé lugar a que los costes de adquisición de energía reales superen a la cuantía prevista por el Gobierno al calcular la tarifa y el exceso no pueda ser cubierto con cargo a la cantidad prevista para CTC, tal y como hemos explicado.

1. *La situación jurídica de las empresas de generación*

Con carácter general, puede afirmarse que la situación jurídica de las empresas de generación es una situación jurídica objetiva definida por la reglamentación del sector (22). De entre toda esa reglamentación, y a los efectos del presente trabajo, nos interesa referirnos someramente al régimen económico de la actividad, cuyas características principales pueden reconducirse a las siguientes:

1) La actividad de generación tiene en la LSE la consideración de actividad no regulada. En efecto, la LSE distingue entre actividades no reguladas (generación y comercialización) y actividades reguladas (transporte, distribución, gestión económica y gestión técnica del sistema) en función de si son susceptibles o no de ser prestadas en régimen de libre competencia.

En relación con la actividad de generación, el artículo 11.1 de la LSE afirma que:

«1. La producción de energía eléctrica se desarrolla en un régimen de libre competencia basado en un sistema de ofertas de energía eléctrica realizadas por los consumidores que ostentan la condición de cualificados, los distribuidores y los comercializadores que se determinen reglamentariamente.

Los sujetos a que se refiere el párrafo anterior podrán pactar libremente los términos de los contratos de compra-venta de energía eléctrica que suscriban, respetando los contenidos mínimos previstos en la presente Ley y en su Reglamentos de desarrollo».

2) El hecho de que se trate de una actividad no regulada que se desarrolla en un régimen de libre competencia supone que la retribución de dicha actividad no se determina reglamentariamente, sino por el mercado.

A este respecto debe afirmarse que, sin perjuicio de la posibilidad de celebrar contratos bilaterales, la LSE regula un mercado organizado de generación eléctrica. El funcionamiento de dicho mercado se establece básicamente en los artículos 23 y 24 de la LSE y en el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica.

El funcionamiento de este mercado es un tema complejo que está bien explicado en el propio RD 2019/1997. A los efectos del presente trabajo, lo que nos interesa destacar es que el precio en dicho mercado se fija por la concurrencia de la oferta (productores) y la demanda (distribuidores, comercializadores y consumidores cualificados).

(22) Calificación ya defendida por J. SALAS, *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977, págs. 75 y ss.

Pues bien, lo fundamental es señalar que la retribución de la actividad de generación se determina en la LSE atendiendo principalmente al precio resultante de la casación de oferta y demanda en el mercado de generación. En este sentido debe señalarse que el artículo 16 de la LSE, al referirse a la retribución de la actividad de generación, establece que incorpora los siguientes conceptos:

a) Sobre la base del precio ofertado al operador del mercado por las distintas unidades de producción, la energía eléctrica se retribuirá en función del precio marginal correspondiente a la oferta realizada por la última unidad de producción cuya entrada en el sistema haya sido necesaria para atender la demanda de energía eléctrica de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la presente Ley.

Este concepto retributivo se definirá considerando, asimismo, las pérdidas incurridas en la red de transporte y los costes derivados de las alteraciones del régimen normal de funcionamiento del sistema de ofertas.

b) Se retribuirá la garantía de potencia que cada unidad de producción preste efectivamente al sistema (...).

c) Se retribuirán los servicios complementarios de la producción de energía eléctrica necesarios para garantizar un suministro adecuado al consumidor (...).

A la retribución de la actividad de generación así establecida debería añadirse la compensación que determinados generadores —los acogidos al RD 1538/1987— pudieran percibir en concepto de costes de transición a la competencia en función de lo dispuesto en la disposición transitoria sexta de la LSE, a la que ya nos hemos referido.

3) Después de aclarar cuál es la retribución que corresponde a la actividad de generación de conformidad con lo dispuesto en la LSE, lo que nos interesa es analizar cómo se satisface dicha retribución y, en concreto, cómo se satisface dicha retribución por las adquisiciones de energía que los distribuidores realicen en el mercado de generación para atender a sus suministros a tarifa.

Pues bien, se trata de una cuestión que viene resuelta en el RD 2019/1997, al que nos acabamos de referir. Esta norma regula en su Capítulo IV la liquidación de las transacciones efectuadas en el mercado de producción de electricidad.

De conformidad con lo dispuesto en dicho capítulo, debe entenderse por liquidación el proceso mediante el cual el operador del mercado determina el precio e importe final a pagar por el comprador y el precio e importe a percibir por los vendedores.

Este precio e importe final que el comprador ha de satisfacer al vendedor no es sino la retribución de la actividad de generación a que nos aca-

bamos de referir, si bien en la regulación reglamentaria se detalla algo más que en la LSE cuáles son los conceptos que incorpora —lo cual es lógico dado su carácter de norma de desarrollo—.

No nos interesa especialmente referirnos a este procedimiento liquidatorio, pero sí señalar que necesariamente el operador del mercado remitirá nota de abono o de cargo comprensiva a los derechos y obligaciones correspondientes a ese período a los agentes que hubieran realizado transacciones en el mercado de producción, que antes del día 15 de cada mes los obligados al pago deberán hacerlo efectivo en la cuenta bancaria que designe el operador del mercado, y que este operador notificará a la entidad titular de la cuenta en la que los pagos han de realizarse los vendedores a quienes corresponde el cobro y el importe a satisfacer a cada uno de ellos.

Por tanto, debe entenderse que los distribuidores quedan obligados frente a los generadores a satisfacer el importe que resulte de la liquidación por las adquisiciones de energía que realicen en el mercado de generación para atender a sus suministros a tarifa. Lógicamente, para satisfacer dicha obligación cuentan con los ingresos que han obtenido de los consumidores a los que han suministrado energía a tarifa; ingresos que se liquidan de conformidad con lo dispuesto en el RD 2017/1997, tal y como ya hemos expuesto. En este sentido puede observarse cómo el artículo 17 de la LSE, al regular la tarifa que debe ser satisfecha por los consumidores, incluye en su estructura el coste de producción de energía eléctrica, que se determinará atendiendo al precio medio previsto del kilovatio hora en el mercado de producción durante el período que reglamentariamente se determine.

2. *La incidencia de las Órdenes Ministeriales de repercusión del déficit sobre la situación jurídica de las empresas de generación*

Con el fin de determinar cuál es la incidencia de las Órdenes de repercusión del déficit sobre la situación jurídica de las empresas de generación, resulta obligado partir del tenor literal de dichas normas. Así, en la Orden de 12 de junio de 2002 se establece lo siguiente:

«Primero.—En el caso de la existencia de déficit de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas del año 2000 y siguientes, éste se imputará a los perceptores de derechos de compensación según la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997 en su redacción dada por la Ley 9/2001, de 4 de junio, según la siguiente fórmula (...).».

La norma no es, por tanto, muy explícita en cuanto a cómo ha de repercutirse el déficit a los generadores a los que se refiere. Únicamente se establece que se les imputará dicho déficit. La pregunta que entonces surge es la de cómo se produce dicha imputación y, básicamente, si afecta o

no al sistema de liquidación del mercado organizado de generación al que nos acabamos de referir.

A este respecto parece que son dos las posibilidades. En primer lugar, podría pensarse que el mecanismo de repercusión del déficit afecta a la liquidación de los derechos de cobro y de las obligaciones de pago derivadas de dicho mercado.

En este caso, los distribuidores no satisfarían a los generadores el ingreso que les correspondería de conformidad con la liquidación realizada por el operador del mercado (OMEL), sino que descontarían a dicha cantidad la necesaria para cubrir el déficit de ingresos.

En segundo lugar, también podría pensarse que el mecanismo de repercusión del déficit no afecta a los derechos y obligaciones derivados del funcionamiento del mercado organizado de generación. En este caso, la liquidación se produciría en los términos establecidos por el RD 2019/1997 y, paralelamente, los generadores a quienes se imputa el déficit tendrían la obligación de financiarlo.

De la investigación que sobre el tema hemos realizado resulta que la imputación del déficit se realiza conforme a la segunda de estas posibilidades y, por tanto, se traduce en una obligación de los generadores que perciben CTC de financiar el mismo (23).

(23) Así, en el Informe sobre la liquidación anual correspondiente al ejercicio 2000, de 27 de febrero de 2003, la CNE señala en la pág. 32 que «así, para cubrir la imputación correspondiente al transporte (550.142 miles de euros), a la distribución (2.823.765 miles de euros) y a la prima por consumo de carbón autóctono devengada a partir de julio de 2000 (97.530 miles de euros), ha sido preciso recurrir a la financiación del déficit, cuya cuantía asciende a 250.261 miles de euros. Este déficit de ingresos se ha imputado a los perceptores de derechos de compensación a los que se refiere la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 54/97 (en su redacción modificada por el artículo 107 de la Ley 50/1998), según el método que se indica en la Orden Ministerial anteriormente mencionada. Si se considera la cantidad percibida como cuota de CTCs y se descuenta la cantidad que se ha debido aportar para la financiación del déficit para la retribución de las actividades reguladas, la cantidad destinada a disminuir los CTCs tecnológicos pendientes de cobro asciende a 285.281 miles de euros». Y en el Informe sobre los resultados de la liquidación provisional núm. 14 de 2002, de 10 de abril de 2003, la CNE afirma en la pág. 14 que «en aquellos casos en que el importe para liquidar las actividades reguladas y CTCs por diferencias es insuficiente para el pago de las actividades reguladas y de la prima por consumo de carbón autóctono de 2002, se aplica la Orden ECO/1588/2002, de 12 de junio, por la que se establece para el año 2000 y siguientes la precedencia en la repercusión del déficit de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas. En aplicación de esta Orden y de la Orden ECO/3146/2002, de 25 de noviembre, se procede a pagar 626.683 miles de euros al transporte, 2.956.640 miles de euros a la distribución, 140.597 miles de euros a las empresas generadoras en concepto de prima por consumo de carbón autóctono de 2002, 124.358 miles de euros a las empresas generadoras en concepto de prima al consumo de carbón autóctono devengada y no cobrada de los seis primeros meses del 2000 y se reduce la anterior cuantía en 17.440 miles de euros en concepto de prima al consumo de carbón autóctono de los años 1998 y 1999. Todo lo anterior origina un déficit para la liquidación de estas cantidades de 1.149.273 miles de euros, superior al de la liquidación anterior. Esta cantidad se financia por los perceptores de los derechos de compensación por CTCs según el método que se recoge en la citada Orden Ministerial de 12 de junio».

3. *Sobre la conformidad a Derecho del sistema de repercusión del déficit y sobre si existe un derecho de las empresas a recuperar las cantidades aportadas para su financiación*

La determinación de si la obligación de financiar el déficit de ingresos resulta conforme a Derecho exige necesariamente preguntarse sobre su fundamento. ¿Cuál es el fundamento en virtud del cual se impone esta obligación de carácter patrimonial a determinadas empresas? ¿Qué autorización a la Administración —organización vicarial— a imponer una obligación de este tipo a ciertos particulares?

1) En este sentido, lo primero que es necesario constatar es que en las Órdenes de 21 de noviembre de 2000 y 12 de junio de 2002 dicho fundamento no se explicita. Simplemente se impone dicha obligación.

2) En segundo lugar, debe descartarse que el fundamento de la obligación pueda encontrarse en el carácter tasado de la retribución que los generadores perciben en el mercado de generación. Si verdaderamente la retribución de la generación estuviera administrativamente fijada y los generadores hubieran percibido ingresos en el mercado superiores a los que les correspondieran conforme a aquella retribución, entonces sí estarían obligados a devolver dicho exceso.

Sin embargo, y tal y como ya hemos expuesto, el precio del mercado de generación es libre —no tasado— y la retribución que perciben los generadores depende fundamentalmente de dicho precio —no está determinada administrativamente—. Por tanto, si los ingresos que perciben en el mercado de generación son superiores al coste de generación previsto por el Gobierno anualmente en la tarifa, no existe fundamento legal para obligar a aquéllos a devolver parte de los ingresos que han percibido. En este sentido debe afirmarse que cuando el artículo 54 de la Ley 53/2002 —y el RD 1432/2002— prevén determinados precios de la energía, lo están haciendo a efectos del cálculo de la tarifa, pero no están tasando el precio de mercado. Es decir, le están diciendo al Gobierno que cuando calcule cuál va a ser la tarifa para el año siguiente tenga en cuenta ese determinado precio para calcular cuáles pueden ser los costes de generación que deben cubrirse. Por ejemplo, para que el Gobierno no tenga en cuenta un precio más bajo con el fin de reducir la tarifa favoreciendo la lucha contra la inflación.

3) En realidad, parece que el fundamento de la obligación a que nos referimos se ha querido buscar en el régimen de los costes de transición a la competencia. Da la sensación de que la Administración ha querido financiar el déficit de ingresos con cargo a los costes de transición a la competencia percibidos por los generadores en años anteriores.

Así resulta con claridad de la página 4 de la Memoria justificativa del RD 1432/2002, en la que se establece que las empresas con derecho a co-

bro de CTC han debido asumir el déficit de ingresos como devolución del cobro por este concepto correspondiente a años anteriores. Es decir, ya no se estarían devolviendo ingresos obtenidos en el mercado, sino los CTC percibidos en años anteriores. Y esto explicaría por qué se imputa el déficit sólo a los generadores con derecho a percibir CTC y no a todos los generadores (24). Y esto explicaría también por qué en la Orden de 12 de junio de 2002 —antes en la Orden de 21 de noviembre de 2000— se establece que las cantidades descontadas a cada empresa a los efectos de cubrir el déficit de ingresos de las actividades reguladas de un año serán tenidas en cuenta a la hora de calcular el saldo de costes de transición a la competencia a 31 de diciembre de dicho año. Es decir, parece que las cantidades que se descuentan a cada empresa de los CTC que ya han sido percibidos serán tenidas en cuenta para incrementar el saldo de los CTC pendientes de compensar (25).

Sin embargo, lo cierto es que tampoco se explica en ningún sitio por qué ni con qué fundamento se obliga a devolver los CTC ya percibidos. La idea que parece subyacer a todo esto es que cuando el precio del mercado de generación supera un determinado nivel, entonces los generadores no sufren un verdadero perjuicio como consecuencia de la transición a la competencia —no tienen un coste de transición a la competencia— y, por tanto, no sólo no deben percibir CTC, sino que incluso deben devolver los que han percibido.

(24) Ya hemos señalado cómo la LSE ha reconocido, a las sociedades titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica que a 31 de diciembre de 1997 estuvieran incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1538/1987, el derecho a percibir una compensación en concepto de costes de transición a la competencia. Curiosamente, y dada la reestructuración que han sufrido estas sociedades, parece que los titulares del derecho a la percepción de los CTC no siempre son las sociedades dedicadas dentro de cada grupo a realizar la actividad de generación sino, en ocasiones, sus matrices. Cfr. el Informe 8/2003, de la CNE, ya citado, págs. 14 y 29, y, asimismo, la Orden del Ministerio de Economía 2714/2003, punto quinto.

(25) En realidad, en esta medida de incremento del saldo no puede verse un equivalente económico de la obligación de financiación que se impone. Y ello porque, de conformidad con la actual regulación de los costes de transición a la competencia contenida en la disposición transitoria sexta de la LSE, parece que la recuperación de dicho saldo pendiente de costes de transición a la competencia no queda garantizada, sino que se trata solamente de una cantidad máxima de compensación que nunca se podrá superar. Por ello, se ha señalado que resulta posible que las empresas de generación nunca recuperen las cantidades que les han sido descontadas a los efectos de cubrir el déficit de ingresos de las actividades reguladas. En este sentido se ha expresado el Consejero de la CNE D. Juan Ignacio UNDA en su trabajo, de 20 de junio de 2002, *El déficit tarifario*, al que ya nos hemos referido, al señalar lo siguiente: «Si analizamos la estructura actual de repercusión del déficit que se deriva de la Orden Ministerial de 21 de noviembre de 2000, podemos presentar las siguientes reflexiones. Por una parte, las empresas generadoras, beneficiarias de los CTCs, aportan en el momento “n” y la legislación reconoce esa aportación para el recálculo del límite de costes de transición a la competencia que se establecerá para el futuro (n+1 ...). Es decir, que esa aportación se “recuperará” en el futuro, y en el supuesto de que las condiciones de mercado lo posibiliten, por lo tanto *a priori* no se asegura la recuperación para las empresas aportantes. Por otro lado, debemos considerar que el horizonte temporal de los CTCs es limitado, ya que así lo establece la legislación. Podría ocurrir que finalizara el periodo de vigencia de los CTCs, y las empresas ni siquiera recuperan las cantidades aportadas al déficit».

Pero esta forma de razonar parece chocar con la regulación establecida en la disposición transitoria sexta de la LSE. En dicha regulación, y para el caso de que el coste medio de generación resultara anualmente superior a 6 pesetas por Kwh, se prevé una reducción de la cuantía máxima de los CTC que pueden percibir las empresas en el futuro, debiendo establecerse anualmente por el Ministro de Economía las nuevas cantidades y porcentajes de CTC que corresponden a cada sociedad. Pero no se establece que en el caso de que el precio de generación supere una determinada cuantía deben devolverse los CTC percibidos. Y ello tiene perfecta lógica, porque los CTC percibidos por las empresas eléctricas ya están incorporados a su patrimonio (26).

4) En definitiva, la obligación de financiación del déficit de ingresos no sólo no parece encontrar un fundamento en la LSE, sino que incluso parece vulnerar lo dispuesto en la misma:

— En la medida en que pudiera pensarse que reduce la retribución de los generadores, iría en contra del derecho de éstos a percibir la retribución establecida en la Ley —derecho reconocido en el art. 26.1.e) de la LSE—.

— Y en el caso más probable de que se entendiera que no es esta retribución la que se reduce, sino que los generadores financian el déficit me-

(26) Además de en la disposición transitoria sexta de la LSE —cuya redacción actual procede de la Ley 9/2001—, me parece que esto está muy claro en el RD 2017/1997, cuyo artículo 14.2 se refiere a cómo calcular el importe global máximo de la compensación a 31 de diciembre. En concreto, y para el concepto de la asignación general, que es el que ahora nos interesa, señala que «del importe máximo de la asignación general deberán deducirse los importes recuperados por tal concepto en el año. Igualmente, se deducirá del valor máximo para cada empresa el importe correspondiente a los ingresos anuales medios obtenidos por cada una de las empresas generadoras en el mercado de electricidad que excedan de aquellos que se hubieran obtenido con un precio de generación de 6 pesetas/Kwh...». También era muy clara la Ley 50/1998. Como ya hemos señalado, esta Ley establecía un sistema mixto de CTC —por cuotas que en todo caso cobrarían las empresas, y por liquidación por diferencias, que las empresas cobrarían si existía remanente—. Pues bien, al referirse al sistema de liquidación por diferencias, señala la Ley que «si el coste medio de generación a que se refiere el artículo 16.1 de la presente Ley resultara en media anual superior a 6 pesetas por Kwh, este exceso se deducirá del importe *pendiente* de compensación (...)».

Y es que, en realidad, éste es el sistema que obedece a la filosofía de los CTC. Los CTC son una compensación que se otorga a determinadas empresas eléctricas por los perjuicios que les supone el cambio de regulación del Marco Legal Estable a la libre competencia. Este perjuicio se cifra en la diferencia de ingresos que hubieran percibido según MLE y los que se supone van a percibir en un régimen de libre competencia. Para calcular lo que van a percibir en este nuevo entorno se presume un precio de mercado de 6 ptas/Kwh. Esa diferencia arroja una determinada cantidad que, después de reducirse en un 32,5% en concepto de eficiencia, da una cantidad máxima de CTC a percibir; cantidad que las empresas van a ir percibiendo durante un cierto número de años. Pues bien, cuando el precio de mercado excede de 6 ptas/Kwh se entiende que las empresas no sufren perjuicio, o que sufren un perjuicio menor del que se ha calculado (se acerca su retribución a la del Marco Legal Estable), y por ello se reduce la cantidad máxima que pueden percibir. De tal forma que en el futuro ya no percibirán aquella cantidad máxima, sino una cantidad inferior. Éste es el mecanismo establecido por la Ley para ajustar la compensación por CTC a los perjuicios efectivos. Pero en ningún sitio dice la Ley que haya que devolver los CTC ya percibidos en años anteriores.

diante la devolución de los CTC ya percibidos, porque se vulneraría lo dispuesto en la disposición transitoria sexta de la LSE.

— Además, y en la medida en que, como ya hemos explicado, el mecanismo de repercusión del déficit incide sobre la libre formación del precio de mercado de generación, también podría entenderse que queda vulnerado el artículo 11 de la LSE, en cuanto establece que la producción de energía eléctrica se desarrolla en un régimen de libre competencia.

5) Por todo ello podría entenderse que las empresas a quienes se ha imputado el déficit de ingresos tenían fundamentos jurídicos suficientes como para haber obtenido en vía contencioso-administrativa una declaración de nulidad de pleno derecho de las Órdenes Ministeriales de 21 de noviembre de 2000 y 12 de junio de 2002. Y junto a esta declaración de nulidad, y de conformidad con los artículos 31 y 71 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, parece que también podían haber pretendido y obtenido el restablecimiento de su situación jurídica mediante una compensación.

Y precisamente es a este derecho de compensación al que parecen responder la Ley 53/2002 y el Real Decreto 1432/2002, cuando establecen que el déficit de ingresos que se ha producido en la liquidación de las actividades reguladas entre el 1 de enero de 2000 y el 31 de diciembre de 2002 será recuperado por las sociedades que hayan contribuido al mismo con cargo a la tarifa eléctrica hasta el año 2010, inclusive (27).

V. DÉFICIT DE INGRESOS Y CONTROL DE LA INFLACIÓN

1. Hemos señalado que el mecanismo de repercusión del déficit de ingresos contenido en la Orden de 12 de junio puede presentar serios problemas de conformidad a Derecho. Lo que ahora nos planteamos es cómo incide dicho análisis en la política económica del Gobierno destinada al control de la inflación. En concreto, lo que parece obligado cuestionarse es si al fijar anualmente la tarifa eléctrica el Gobierno puede tener en cuenta el objetivo macroeconómico del control de la inflación o si, por el contrario, debe atender exclusivamente a la cobertura de todos los costes del suministro y fijar una tarifa que previsiblemente sea suficiente para cubrirlos.

El problema expuesto parece así reconducirse al problema clásico de la concurrencia de la potestad tarifaria y la política de control de precios so-

(27) Obsérvese cómo la Orden del Ministerio de Economía 2714/2003 emplea específicamente el término «derecho de compensación por desajuste de ingresos de las actividades reguladas en los ejercicios 2000, 2001 y 2002», lo cual es lógico porque estamos ante una norma que regula la cesión, en su caso mediante titulización, de dicho derecho. En relación con el problema que nos hemos planteado en este epígrafe puede verse el interesante trabajo de J. SALMADOR SEGURA, «El precio de mercado en la retribución de la actividad de generación de energía eléctrica. Algunos supuestos y componentes ajenos al mercado que inciden en la retribución», dentro del libro *La nueva regulación eléctrica*, Civitas, Madrid, 2002.

bre una determinada actividad (28). Sin embargo, lo cierto es que cuando este problema se plantea sobre actividades competitivas debe abordarse desde una nueva perspectiva, tal y como inmediatamente pasamos a señalar.

2. En principio, parece que puede afirmarse que al fijar anualmente la tarifa eléctrica el Gobierno podrá tener en cuenta el objetivo macroeconómico del control de la inflación, siempre que el Legislador le habilite para ello.

En este sentido, parece que dicha habilitación puede encontrarse en el artículo 94 de la Ley 53/2002, que en su apartado primero permite al Gobierno establecer un límite máximo anual al incremento medio de la tarifa eléctrica media o de referencia. Esta habilitación encuentra su lógica en la lucha contra la inflación, tal y como se confirma con la simple lectura de la Exposición de Motivos del RD 1432/2002, que, como ya hemos señalado, ha desarrollado el artículo 94 de la Ley 53/2002 estableciendo la metodología para la aprobación o modificación de la tarifa eléctrica media o de referencia. En dicha Exposición de Motivos se establece como uno de los objetivos de la norma el de contribuir en el proceso de formación de la tarifa al objetivo de estabilidad macroeconómica, si bien de forma compatible con una evolución gradual de las tarifas, señalando asimismo que se trata de objetivos generales de la política económica del Gobierno. Por ello se afirma también en la Exposición de Motivos que la metodología contempla el proceso de determinación de la evolución de las tarifas de suministro y de acceso, incluyendo los costes correspondientes a cada una de ellas pero fijando unos límites, de tal forma que si dicha evolución resultara positiva la subida nunca superará el 2%. Y ello se recoge en los artículos 1 y 8 de la propia norma.

Por tanto, parece que el artículo 94.1 de la Ley 53/2002 y, en su desarrollo reglamentario, el RD 1432/2002, han querido que el control de la inflación —estabilidad macroeconómica— sea uno de los objetivos que haya de tenerse en cuenta en la fijación anual de la tarifa: la tarifa habrá de incluir los costes que correspondan y reflejar su subida, pero dicha subida nunca superará el 2%.

Se han calificado este tipo de supuestos como de superposición de potestad tarifaria y de política de control de precios sobre una misma actividad y de primacía de esta última sobre la primera. En el caso concreto que nos ocupa, más que de una superposición deberíamos hablar de una fusión, y ello porque es el mismo órgano administrativo —el Gobierno— el que, a través de la misma declaración de voluntad —el Real Decreto que

(28) Sobre este tema pueden verse G. ARIÑO, *Las tarifas de los servicios públicos*, Instituto García Oviado, Sevilla, 1976; J. TORNOS, *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1982; J. TORNOS, *Potestad tarifaria y política de precios*, núm. 135 de esta REVISTA, septiembre-diciembre de 1994; F. J. VILLAR ROJAS, *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos*, Comares, Granada, 2000; G. ARIÑO (ed.), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001.

anualmente fija la tarifa—, tiene en cuenta tanto el objetivo de cobertura de costes como el de control de la inflación (29).

En definitiva, la regulación del sector eléctrico parece inclinarse por permitir valorar la estabilidad macroeconómica en la determinación de la tarifa (30).

3. El gran problema que entonces se plantea es precisamente el de qué sucede en el caso de que los ingresos que se obtienen como consecuencia de la aplicación de la tarifa sean insuficientes para cubrir los costes del suministro. Es decir, el primer problema que se plantea es el de la existencia de un déficit de ingresos.

Pues bien, tomando como premisa que un mecanismo de repercusión del déficit como el contenido en la Orden de 12 de junio de 2002 presenta serios problemas de viabilidad jurídica, la primera solución al problema puede ser la de que fueran las actividades reguladas las que soportaran el déficit en primera instancia, reconociéndoles normativamente el derecho a recuperar dicho déficit con cargo a la tarifa del año siguiente.

Lo cierto es que es posible dudar de la eficacia de esta solución como medio de controlar la inflación: el incremento tarifario que no se quiere re-

(29) Aspecto sobre el que ha llamado la atención G. ARIÑO en el «Prólogo» al libro *Precios y tarifas en sectores regulados*, al que ya nos hemos referido.

(30) La Ley 53/2002 ha entrado en vigor recientemente, lo cual permite a su vez plantearse si antes de su entrada en vigor el Gobierno estaba habilitado para considerar el control de la inflación como uno de los objetivos a considerar en la fijación anual de la tarifa. Esta habilitación no se encuentra en la LSE. Pero podría intentar apoyarse en las previsiones contenidas en el artículo 16 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. En dicho precepto —que se remite al Anexo 1 de la norma— se considera que el precio de electricidad es un precio autorizado. Como es conocido, la técnica de los precios autorizados es una de las posibles técnicas al servicio de la política de control de precios, cuya finalidad última es el control de la inflación (en este sentido, J. TORNOS, *Régimen jurídico...*, págs. 93 y 99). Pues bien, el apartado dos del precepto establece que las modificaciones de precios solicitadas se valorarán teniendo en cuenta la evolución de los costes del sector y las ganancias de productividad, en el marco del establecimiento de crecimientos máximos de los precios sectoriales formulados en términos de variaciones del IPC minoradas en determinados porcentajes. Por lo tanto, no está claro que se habilite a la Administración para tener en cuenta el control de la inflación en la determinación de la tarifa eléctrica, sino más bien parece que sólo podrá considerar la evolución de los costes y la productividad. Sin embargo, dicha habilitación podría encontrarse en el Decreto de 28 de octubre de 1977, de medidas relativas a la política de precios, en cuyo artículo 7 se establece que «la Junta Superior de Precios, al elevar informe sobre los aumentos de precios autorizados tendrá en cuenta, junto a las repercusiones de costes, consideraciones de política fiscal, energética u otras que correspondan a políticas generales aprobadas por el Gobierno». El problema a debatir es si dicho precepto ha quedado o no derogado tácitamente por el Real Decreto-Ley 7/1996 en cuanto no contempla expresamente esta posibilidad. En este sentido, F. J. VILLAR ROJAS, *op. cit.*, pág. 216, parece inclinarse porque continúa vigente. Lo cual, desde luego, es discutible, tal y como afirma también el propio VILLAR ROJAS. Por lo demás, no parece que exista inconveniente en calificar la tarifa eléctrica como un precio autorizado —que los consumidores satisfacen a los distribuidores— ni tampoco en entender que la competencia que el Real Decreto-Ley 7/1996 otorga a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos en cuanto a la variación de los precios autorizados pasa al Gobierno tras la LSE de 1997, en que se atribuye a éste en su artículo 17 la competencia para la fijación de la tarifa.

conocer hoy deberá reconocerse en el futuro como medio de garantizar el derecho de los sujetos que han soportado el déficit de ingresos a recuperar la parte de retribución que les es debida. En definitiva, se está trasladando de cara al futuro un problema presente (31).

Lo frustrante de esta afirmación obliga a cuestionarse si existe alguna alternativa satisfactoria al problema planteado. Lo cierto es que el tema no es sencillo porque la situación jurídica en que se encuentran las empresas eléctricas no parece permitir otras formas de compensación que no sean las estrictamente dinerarias.

Una situación jurídica individual —como es, por ejemplo, la situación jurídica del concesionario— admite diversas posibilidades de compensación que no han de ser necesariamente dinerarias. En la mente de todos está la posibilidad de prolongar el plazo de duración de la concesión o la posibilidad de extinguir la obligación de reversión de instalaciones —posibilidad que se ha empleado frecuentemente como compensación en el caso de la liberalización de determinados servicios públicos— (32). Por el contrario, la situación jurídica general en la que se encuentran las empresas eléctricas —situación definida por la reglamentación del sector y a la que se incorporan en virtud de un acto-condición como es la autorización— no parece permitir este tipo de compensaciones.

Por ello, y frente a la alternativa de cubrir la financiación que determinadas empresas realicen de los déficits de ingresos que pudieran producirse en el sector con cargo a la futura tarifa, sólo aparece como posible una alternativa no menos dolorosa para la política económica del Gobierno: su financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

En este sentido, es de todos conocida la solución que el artículo 129 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales —Decreto de 17 de junio de 1955— establece para el caso de la concesión de servicios públicos: la subvención con cargo a los fondos de la Corporación (33).

4. Sin embargo, no terminan aquí los problemas que plantea la consideración del control de la inflación como uno de los objetivos a tener en cuenta en la fijación anual de la tarifa.

En efecto, la tarifa eléctrica es el precio que los consumidores satisfacen a los distribuidores por el suministro de energía eléctrica. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el suministro o venta de energía eléctrica a los consumidores puede realizarse de alguna de estas dos formas: me-

(31) En este sentido, L. LÓPEZ DE CASTRO, en «Las tarifas eléctricas: el caso español», dentro del libro *Precios y tarifas en sectores regulados*, al que ya nos hemos referido.

(32) En este sentido pueden verse el artículo 248 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —precepto introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública—, en el que se establece expresamente la posibilidad de aumentar el plazo concesional para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, o la disposición adicional sexta de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, que extingue la obligación de reversión de instalaciones de los concesionarios existentes en el momento de entrada en vigor de la Ley.

(33) Solución que ya anticipó G. ARIÑO, *Las tarifas...*, pág. 120.

diante contratos de suministro a tarifa o mediante la libre contratación de la energía y el correspondiente contrato de acceso a las redes.

El contrato de suministro a tarifa ha de suscribirse con el correspondiente distribuidor. La alternativa al suministro a tarifa consiste en contratar libremente la adquisición de la energía —directamente o a través de un comercializador— y el acceso a las redes —directamente con el distribuidor o a través de un comercializador—.

En definitiva, y simplificadoamente, creemos que puede afirmarse que el mercado del suministro o venta de electricidad es un mercado en el que compiten distribuidores —que venden electricidad a tarifa— y comercializadores —que venden la electricidad a precio libre—.

El problema que puede plantearse es el de qué sucedería en el caso de que, por motivos de control de la inflación, la tarifa de suministro no alcanzara a reflejar el incremento que fuera necesario para cubrir todos los costes del suministro y, en concreto, para cubrir el incremento del coste de generación ocasionado por una subida de precios en dicho mercado.

En este caso, en que la tarifa de suministro se sitúa por debajo del coste, parece que se estaría alterando la competencia entre distribuidores —que venden electricidad por debajo de coste— y comercializadores —que han adquirido la electricidad en el mercado de generación— (34).

Esta alteración de la competencia constituye un serio obstáculo para admitir la fijación de tarifas por debajo de coste porque podría suponer una vulneración del derecho a competir en condiciones de igualdad que debe entenderse comprendido dentro del artículo 38 de la Constitución.

Se trata, además, de una cuestión sobre la que ha llamado la atención la CNE en su Informe 16/2002, relativo al RD 1432/2002, por el que establece la metodología para la aprobación o modificación de la tarifa media o de referencia. En la página 18 del Informe, y en relación con uno de los tres objetivos contemplados en la norma como es el de permitir la plena elegibilidad a todos los consumidores sin interferir en el mercado, la Comisión afirma que considera fundamental que las tarifas reguladas que se definan no sean una opción discriminatoria frente a los precios y peajes que existan en el mercado libre.

Estamos ante un tema abierto e importante. Recientemente ha aparecido en prensa —«ABC», martes 20 de mayo de 2003— una noticia en la que básicamente se afirmaba que la empresa GAS NATURAL ha recurrido el RD 1432/2002 alegando que éste dificulta la entrada de nuevos competidores en el sector, ya que la nueva metodología de las tarifas eléctricas utiliza una estimación muy baja, por lo que entiende esta compañía que resulta

(34) Lógicamente, nos estamos refiriendo a la tarifa media o de referencia; luego habría que ver cómo se plasma esa política de control de inflación en cada una de las tarifas. En general, habrá un problema de competencia en el mercado cuando la tarifa sea inferior al coste, lo cual reconduce también al importante problema de la existencia de subvenciones cruzadas, que no es objeto de este trabajo. Así, en términos generales sobre fijación de tarifa por debajo de coste e incidencia sobre competencia en el mercado, F. J. VILLAR ROJAS, *op. cit.*, y L. LÓPEZ DE CASTRO, «Las tarifas...» y, también, en «La nueva Ley 54/1997, del Sector Eléctrico», en *Privatización y liberalización de servicios*, BOE, Madrid, 1995 —donde se refiere expresamente al problema de las subvenciones cruzadas—.

muy difícil competir en un mercado liberalizado con tarifas tan baratas y en el que las compañías eléctricas tradicionales pueden recuperar ese desequilibrio con el déficit de tarifas.

VI. DÉFICIT DE INGRESOS Y MERCADO DE GENERACIÓN ELÉCTRICA: ¿NECESIDAD DE REPENSAR EL SISTEMA?

1. El análisis que hemos realizado tiene también trascendencia en cuanto a la posibilidad de limitar la retribución de los generadores y en cuanto a la posibilidad de incidir sobre la libre formación del precio en el mercado mayorista de generación a que ya nos hemos referido.

En efecto, de conformidad con lo expuesto, las empresas de generación tendrán derecho a percibir la retribución que corresponda al precio marginal del mercado mayorista de generación, cualquiera que sea éste. Además, no será posible emplear el mecanismo de repercusión del déficit como medio de incidir sobre la formación del precio en el mercado mayorista.

2. La pregunta que entonces surge es si la situación a la que se llega es o no razonable porque, en los términos que ya han quedado expuestos, puede entenderse que los generadores podrían percibir unos ingresos muy superiores a los que razonablemente les corresponden; sobre todo teniendo en cuenta la hipotética posibilidad de la existencia de precios elevados artificialmente a que se refiere la Memoria justificativa del RD 1432/2002 y el Informe de la CNE 16/2002 (35).

3. Ante esta pregunta creemos que son posibles dos soluciones. En primer lugar, resulta posible mantener la regulación existente para el sector eléctrico, confiando en que los mecanismos previstos en el Derecho de Defensa de la Competencia funcionen adecuadamente con el fin de evitar una posible fijación artificial de precios en el mercado mayorista de generación.

Pero cabe, en segundo lugar, la posibilidad de repensar el modelo que hoy se deriva de la regulación existente para el sector eléctrico. En este sentido es ya conocida la opinión de M. A. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ y de la antigua Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (hoy CNE) en cuanto a la necesidad de reestructurar el sector y obligar a las compañías eléctricas a desinvertir con el fin de permitir la competencia (36). También conocemos

(35) Pero no sólo por esto. Aun cuando la elevación del precio se haya producido naturalmente como consecuencia de la baja hidraulicidad, parece que los generadores siguen beneficiándose de dicho precio más alto. Y ello porque al fijarse el precio del mercado de generación —precio al que va a ser retribuida toda la generación— en función del precio ofertado por la última central de generación necesaria para atender la demanda —que es la central más cara—, parece que el incremento de ingresos que percibe la generación como consecuencia de la elevación natural de los precios es superior al incremento de los costes que produce dicha situación.

(36) M. A. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, «La desregulación de los monopolios y su relación con las políticas de liberalización y defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia*

hoy que en Inglaterra y Gales se ha sustituido el modelo del *pool* por una nueva regulación que, aparentemente, está funcionando muy bien —resalto el término «aparentemente»— y cuyo núcleo no es la existencia de un mercado organizado de generación, sino que se fundamenta en los acuerdos bilaterales entre compradores y vendedores de electricidad (37). Por último, y desde otra perspectiva, tampoco resulta descartable volver la vista atrás y replantearnos si verdaderamente el sector eléctrico puede funcionar como cualquier otro mercado en régimen de libre competencia.

La solución a la cuestión planteada es, sin embargo, un problema que excede de los límites de este trabajo.

1996, Marcial Pons; COMISIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ELÉCTRICO, *Documentos sobre el Proyecto de Ley del Sector Eléctrico. Documento núm. 2: Aspectos esenciales para que haya competencia en el sector eléctrico*, de 8 de julio de 1997; *Documentos sobre el Proyecto de Ley del Sector Eléctrico. Documento núm. 3: La transición a la competencia y las empresas eléctricas*, de 8 de julio de 1997, pág. 64; *Informe por el que se recomienda al Gobierno que no acepte la solicitud de las empresas eléctricas de que el Estado les conceda derechos para la titulización de los costes de transición de la competencia que no están contemplados en la legislación vigente*, de 28 de septiembre de 1998.

(37) Resulta en este sentido muy interesante la lectura del documento *The review of the first year of NETA [New Electricity Trading Agreements]*, de julio de 2002, disponible en la página web de OFGEM [*The Office of Gas and Electricity Markets*].