



Comisión  
Nacional  
de Energía

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO LUIS ALBENTOSA PUCHE AL INFORME, APROBADO POR LA MAYORÍA DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA (CNE), SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY 54/1997 PARA ADAPTARLA A LO DISPUESTO EN LA DIRECTIVA 2009/72/CE SOBRE NORMAS COMUNES PARA EL MERCADO INTERIOR DE LA ELECTRICIDAD.**

01 El consejero que emite este voto particular ha votado en contra del informe que, sobre el anteproyecto de ley que modifica la Ley 54/1997 para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2009/72/CE, ha aprobado la mayoría del consejo de la CNE. La razón principal por la que este consejero ha votado en contra, y por la que emite este voto particular, estriba en que la mayoría del consejo de la CNE rechaza la separación jurídica del operador del sistema (OS) y del gestor de la red de transporte (GRT), figuras ambas incardinadas en REE.

**I EL INFORME DE LA MAYORÍA DEL CONSEJO DE LA CNE**

02. El primer párrafo de la página 54 del informe aprobado por la mayoría del consejo de la CNE (en adelante *el informe*) (que a su vez es el primer párrafo del epígrafe 3.11 dedicado a *De la separación jurídica y de funciones entre el Operador del Sistema y el Gestor de la Red de Transporte*, epígrafe objeto de este voto particular) afirma que

*...tal vez uno de los cambios más relevantes del anteproyecto es la ruptura en la identificación entre las figuras del OS y GRT.*

03. Resulta sorprendente que el informe de la mayoría del consejo hable de la identificación del OS con el GRT, cuando será muy difícil encontrar algún documento de la CNE en el que no quede claramente puesta de manifiesto la distinción entre uno y otro.

04. Esta supuesta ruptura es rechazada por el informe cuando en el último párrafo de la página 59 concluye afirmando que

*...esta Comisión recomienda mantener la redacción anterior (se supone que quiere decir la redacción actual de varios artículos\_ de la Ley 54/1997); el OS no va a ser más OS por el hecho de supervisar al GRT (sic), sino que debe continuar coordinando y modificando los planes de mantenimiento de las redes de transporte, allí donde el OS y GRT sólo coordinaba y modificaba.*

05. Este párrafo, último de la página 59, además de resumir la posición que la mayoría del consejo tiene sobre este punto, constituye una singular expresión de lo que es la autorregulación de una empresa privada, que, al ser predicada por un órgano regulador, resulta antológica al tiempo que preocupante.

06. Llegados a este punto cabe preguntarse cuáles son los cimientos sobre los que descansa la decisión de la mayoría del consejo de la CNE. Cinco han sido utilizados.

**Primero: la separación jurídica  
entre OS y GRT no es impuesta  
por la directiva a trasponer**

07. En primer lugar, el informe recuerda que la separación jurídica entre el OS y el GRT va más allá de lo previsto en la directiva que la futura ley va a trasponer. Este hecho es recordado en cuatro ocasiones a lo largo de las siete páginas dedicadas al epígrafe 3.11 del informe.

08. El consejero que emite este voto particular considera oportuno hacer cuatro apreciaciones a este respecto. Por un lado, son varias las modificaciones legales no impuestas por la directiva a trasponer que se han incorporado en este anteproyecto de ley y en ninguna otra se señala este aspecto de modo tan reiterado. Por otro lado, no es aventurado afirmar que nada prohíbe incorporar a un proyecto de ley que transpone una directiva europea modificaciones legales relacionadas con la materia objeto de transposición. Además, en consonancia con este aspecto, se echa en falta en el informe aprobado por la mayoría del consejo alguna referencia a que la Ley 12/2007, que transpuso otra directiva



europea, estableció que el transporte eléctrico, además de prestarse –lógicamente- en régimen de monopolio, sería prestado a partir de entonces en todo el territorio nacional por un solo transportista –REE-. Finalmente, si con este argumento la mayoría del consejo quiere hacer patente su crítica a la no muy ortodoxa práctica legislativa, últimamente tan frecuente, de aprovechar cualquier proyecto de ley para legislar sobre asuntos no muy relacionados, el consejero que suscribe este voto particular quiere señalar que, en este caso, alguna relación sí que hay.

**Segundo: el OS y el GRT unidos,  
e independientes del universo**

09. El segundo punto de apoyo utilizado por la mayoría del consejo para rechazar la separación jurídica del OS y el GRT, que el Gobierno propone en este anteproyecto de ley, se encuentra en el cuarto párrafo de la página 55 cuando afirma que...*la característica fundamental del TSO, a preservar en todo caso, es la de su independencia.*

10. El consejero que suscribe este voto particular quiere llamar la atención sobre la reincidencia que el informe aprobado por la mayoría hace sobre la autorregulación de una empresa privada, ya que remarca la independencia del OS y GRT, considerados conjuntamente, frente al resto de los agentes.

**Tercero: los conflictos de interés  
entre el OS y el GRT no existen**

11. En tercer lugar, en el final de la página 15 y en la primera mitad de la página 16 de la *memoria del análisis de impacto* del anteproyecto de ley se afirma:

*En la actualidad, REE tiene legalmente encomendado el desempeño de dos funciones claramente diferenciadas...:*

- a) *A la hora de contribuir al proceso de planificación de las infraestructuras energéticas. En la medida en que las inversiones en infraestructuras de transporte están bien retribuidas existe el riesgo de que la empresa transportista sobrevalore las necesidades del sistema. Sólo un operador*



*del sistema independiente del transportista podría valorar si las propuestas de la empresa transportista son adecuadas, asegurando que la garantía del suministro se logra al mínimo coste.*

*b) A la hora de dar prioridad a las inversiones, el transportista valorará aquellos proyectos con mayor expectativa de retribución (que no tienen por qué coincidir con aquéllos que son más necesarios para la seguridad del suministro). En definitiva, la mejora de la coordinación en un sistema energético cada vez más interdependiente sólo puede lograrse a medio plazo a través de una adecuada separación jurídica entre el transportista y el operador del sistema. No se plantea en ningún caso la separación de activos (con lo cual se evita la pérdida de las posibles sinergias existentes en la gestión). Sólo se plantea la separación jurídica (no de propiedad) y la posible inclusión de restricciones a la hora de nombrar al director ejecutivo de la empresa responsable de la operación.*

12. El párrafo con el que termina la página 55 y empieza la 56 del informe aprobado por la mayoría del consejo de la CNE probablemente tiene presente estos dos párrafos de la memoria del análisis de impacto, pues afirma:

*...si la principal intención de la separación es evitar posibles conflictos de interés entre las figuras de OS y GRT (...), lo cierto es que, por lo general, estos mismos intereses serán los del OS, que logrará una mayor fiabilidad en la operación del sistema cuanto más crezcan las inversiones en transporte (sic)...*

13. Es difícil encontrar más claridad que la de los dos largos párrafos de la memoria reproducidos en el punto 11 de este voto particular. En opinión de este consejero más difícil aún es encontrar una falta de respuesta a los argumentos señalados en la memoria, que por otra parte son de aceptación bastante generalizada. Más aún, en el penúltimo párrafo de la página 55 del informe se afirma que

*...los posibles beneficios derivados de la separación funcional del TSO (...) deben ser cuidadosamente evaluados en contraposición con los inevitables costes (...) en términos de pérdida de sinergias y mayor dificultad de coordina-*



*ción entre las dos nuevas figuras entre sí y con sus respectivos homólogos en otros países.*

14. Ante un párrafo como éste, este consejero se pregunta, en primer lugar, si acaso la mayoría del consejo desconoce que el transportista único es una empresa privada que invierte teniendo una elevada garantía de obtener una rentabilidad que puede considerarse alta en relación con el riesgo en el que incurre. La rentabilidad (más que moderada) de las inversiones del transportista único se obtiene independientemente de cuál sea la *rentabilidad social* (necesidad colectiva a cuya satisfacción pretende contribuir) de tales inversiones. A nadie se le oculta que pudieran existir insuficiencias de infraestructuras eléctricas (para evacuar la energía eléctrica producida en determinada zona geográfica o para abastecer de energía eléctrica a cierta área) al tiempo que se invierte en la dotación de otras infraestructuras cuya *rentabilidad social* es manifiestamente inferior.

15. En segundo lugar, este consejero se pregunta por qué el informe de la mayoría no especifica las sinergias que considera están en peligro. Más concretamente por qué el informe no detalla las sinergias y seguidamente asigna a cada una de ellas el peligro que corren. ¿Cuáles son las dificultades de coordinación que la mayoría del consejo considera que el OS y el GRT van a encontrar? Específicamente, ¿cuáles son las dificultades de coordinación que OS y GRT van a tener por el hecho de estar separados jurídicamente? ¿desconoce la mayoría del consejo el papel que puede desempeñar la cooperación, tal como la Ley de Economía Sostenible, recientemente aprobada por el parlamento español, sostiene y tal como propugna la Directiva que pretende trasponer la ley cuyo anteproyecto se informa. Por último sorprende que el informe de la mayoría del consejo no haga alusión alguna a eventuales restricciones a la hora de nombrar al director ejecutivo de la empresa responsable de la operación del sistema. De cualquier modo este consejero de la CNE desconoce que el OS haya comunicado, en algún momento, al transportista único alguna instrucción o le haya reconvenido algún comportamiento.



16. Una situación como ésta viene propiciada por el juego de los incentivos existentes en el vigente marco institucional del sector eléctrico español. Una empresa privada (que, por ello, intenta maximizar la retribución del accionista), encargada de construir infraestructuras eléctricas, se encuentra incentivada a aumentar el tamaño de ellas, independientemente de si cada uno de los elementos de tales infraestructuras son demandados socialmente, ya que el coste de tales instalaciones (siempre, claro está, que no supere determinado valor) y los correspondientes márgenes de beneficio son incorporados automáticamente a las tarifas de acceso. En una situación como ésta, las inversiones en infraestructuras siempre serán sufragadas por los consumidores y no tendrán restricciones a su financiación. La tarifa (de acceso) puede con todo.

**Cuarto: la separación jurídica,  
un viaje sin billete de vuelta**

17. El cuarto punto de apoyo que utiliza el informe de la mayoría para oponerse a la separación jurídica del OS y del GRT aparece en el segundo párrafo de la página 55, que afirma

*...que la separación de actividades es un camino sólo de ida, sin posibilidad de desandar ni un paso de lo ya recorrido.*

18. El consejero que suscribe este voto particular no puede sino sorprenderse por la manifestación (sin argumento alguno de apoyo) de que la separación jurídica es irreversible. Si algo caracteriza a la vida energética española de la última década son los numerosos procesos en virtud de los cuales se ha procedido unas veces a escindir y otras a fusionar sociedades; muchísimos de estos procesos han sido supervisados y/o autorizados por la CNE.

**Quinto: insuficiente simetría entre  
los sectores eléctrico y gasista**

19. El quinto punto en el que se apoya el informe de la mayoría se expresa en el último párrafo de la página 58 y, especialmente, en el primer párrafo de la página 59.



20. En primer lugar, como es sabido, la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos (aprobada hace menos de 10 días, contados desde la fecha en que este voto particular ha sido emitido), establece la separación jurídica entre el OS gasista (Gestor Técnico del Sistema, GTS) y el principal transportista gasista (figuras ambas incluidas en Enagás) operación idéntica a la propuesta por el anteproyecto de ley para el sector eléctrico.

21. En segundo lugar, el primer párrafo de la página 59 afirma que

*...no sería necesario optar por una estructura simétrica en gas y electricidad, habida cuenta de que los modelos en uno y otro caso no son exactamente iguales.*

Así de rotundo; el informe no necesita mayor justificación. Al consejero que suscribe este voto particular se le ahorra cualquier comentario.

### **Conclusiones**

22. La *primera* conclusión que puede obtenerse de la lectura de la parte del informe referida a la separación jurídica del OS y del GRT es el desacuerdo del consejero que emite este voto particular con la oposición a tal medida que expresa la mayoría del consejo de la CNE. La *principal* conclusión es sin embargo la extrema debilidad de esta parte del informe.

23. Afirmar que no debe producirse la separación jurídica del OS y del GRT porque no viene impuesta, aunque tampoco prohibida, por la directiva a trasponer, porque proceder a la separación jurídica es iniciar un viaje sin billete de vuelta y porque la reciente separación jurídica entre el GTS y el transportista gasistas no puede servir de referencia (ya que entre ambos sectores no hay suficiente simetría) pone de manifiesto una gran debilidad argumental.

24. Lo más importante, sin embargo, son las dos posiciones básicas mantenidas por el informe. En primer lugar, la defensa de un OS y un GRT unidos e independientes del universo: es difícil encontrar a un organismo regulador que



defienda la autorregulación ejercida por una empresa privada. En segundo lugar, no deja de sorprender que un regulador despache los conflictos de interés entre dos entes que desarrollan actividades reguladas en el seno de una empresa privada del modo como lo hace el informe aprobado por la mayoría del consejo de la CNE. Ambas posiciones solo pueden producir tristeza.

## II RAZONES PARA LA SEPARACIÓN JURÍDICA DE OS Y GRT

25. Cuando normalmente se habla de modelo energético casi siempre se está pensando en la estructura de los medios de producción energéticos (conjunto de tecnologías utilizadas o *mix* energético). Basta observar –no ya leer atentamente- los numerosos *papeles* (documentos, informes, dictámenes, análisis) que se han elaborado en los últimos dos años para comprobar que buena parte de la sociedad española identifica/confunde modelo energético y *mix* energético. Dos consideraciones más. Una: tal identificación no sólo se produce como consecuencia de una falta de pulcritud terminológica; ha alcanzado al ámbito de lo conceptual. Dos: en tal identificación no solo incurren personas ajenas al sector, también protagonistas y analistas.

26. El modelo energético viene definido, ciertamente, por el *mix* energético, pero también por el tamaño y calidad de las infraestructuras energéticas y por el marco regulatorio.

27. El marco regulatorio del sector eléctrico español está constituido por un amplio conjunto de disposiciones legales de diferente rango normativo y por un específico conjunto de agentes que constituyen su armazón institucional.

28. Está ampliamente asumido que la tecnología de un sector productivo condiciona de modo decisivo su funcionamiento; esto es especialmente así en algunos de los sectores que necesitan organizarse en red (telecomunicaciones y sector eléctrico principalmente).

29. Es más difícil detectar, sin embargo, el papel que desempeñan en tal funcionamiento los específicos rasgos institucionales de cada sector. En ocasio-



nes, transcurrido no demasiado tiempo, se comprueba que el funcionamiento de un sector (las condiciones en las que el conjunto de empresas suministran el bien o servicio característico) genera efectos indeseados y no esperados. Con frecuencia, este distinto funcionamiento o no está diagnosticado o lo está incorrectamente. En sectores en los que las consideraciones técnicas son muy decisivas en la mera prestación del servicio, los aspectos institucionales pueden pasar desapercibidos o ser analíticamente despreciados. Se suele pensar, no sin razón, que nunca en el pasado tales aspectos fueron importantes. Ocurre, sin embargo, que lo que pudo ser cierto y correcto en el pasado deja de serlo cuando, como consecuencia de más exigentes demandas sociales, para prestar el servicio son necesarias más y más complejas condiciones,

30. El marco regulatorio no suele ser algo inmóvil. Por ejemplo, puede resultar necesario modificar algunas disposiciones legales, para adaptarlas a las exigencias introducidas por la masiva incorporación de fuentes energéticas intermitentes (energías renovables). Puede suceder que algo similar ocurra con las reglas a las que están sujetas las instituciones propias del sector. Lo importante sin embargo es que los cambios que por estas u otras razones se produzcan no modifiquen los principios básicos (la naturaleza) del modelo energético; desde luego, con esto no se quiere decir que no se pueda o no se deba cambiar la naturaleza del modelo energético sino que, en caso de que se aborde esta transformación, debe hacerse con transparencia y con debate y sin ocultar tal pretensión con cambios que, siendo necesarios, son utilizados como coartadas.

31. En este sentido existe el riesgo de que se utilicen modificaciones adaptativas del ordenamiento jurídico para alterar las reglas de funcionamiento del conjunto de instituciones, modificándose finalmente la naturaleza del modelo energético.

### **El modelo energético español**

32. El sector eléctrico español presenta en 2011 un balance de situación difícil de valorar, pues junto a muy positivas partidas muestra retrasos difícilmente



justificables en el desarrollo de algunas áreas y un conjunto de graves problemas. Entre estos problemas hay algunos cuya solución no será rápida ni fácil y otros que están en fase incipiente de incubación. En principio, salvo mejor opinión, no parece que tales problemas sean achacables al vigente modelo eléctrico español en funcionamiento desde 1998.

33. El consejero que suscribe este voto particular considera que hay cinco razones para proceder a la separación jurídica del OS y del GRT eléctricos, residenciados en REE.

34. En primer lugar, el sector eléctrico español tiene algunos problemas serios. Muchos de estos problemas eléctricos pueden solucionarse con una mejor ejecución de la planificación y con una mejor regulación.

35. La planificación, tal como está definida en nuestro ordenamiento jurídico, exige que todos los agentes ejerzan sus funciones, sin que ninguno de ellos haga dejación de sus responsabilidades.

36. La regulación es un mundo que no puede abordarse desde una sola disciplina; es un mundo bien alejado de lo determinístico. En el ámbito de la regulación eléctrica esto es así aún más. Casi siempre hay que actuar con varias herramientas no siempre de la misma naturaleza. De todas estas consideraciones surge el principal rasgo con el que debe definirse la regulación: la interdisciplinariedad.

37. La necesidad de utilizar medidas en varios frentes no supone que todas ellas hayan de actuar simultáneamente. Por eso, no se puede juzgar y valorar la idoneidad de cada instrumento regulatorio a partir de un análisis que lo suponga actuando en solitario. Si se adopta este enfoque forzosamente se tendrá poca esperanza en que un instrumento (la separación jurídica de sociedades o cualquier otro) pueda ser eficiente para lograr un objetivo. Esto debería saberlo cualquier organismo regulador.



38. En segundo lugar, la experiencia acumulada por el sector eléctrico español le obliga (sin contravenir el ordenamiento jurídico europeo) a seguir actuando como lo ha hecho hasta ahora. Desde que se implantó en 1998 el vigente modelo eléctrico, España ha ido por delante del resto de países de la UE en el ámbito regulatorio. Recientemente en Europa se ha asistido a debates y a la adopción de importantes decisiones regulatorias, que ya se habían adoptado en España. La decisión adoptada por la mayoría del consejo de la CNE despreja la experiencia acumulada en los últimos años, gran parte de la cual se manifiesta en los problemas aludidos más arriba. De cualquier modo, este consejero considera que el hecho de que la directiva que este anteproyecto de ley va a trasponer no obligue (aunque no impide) a la separación jurídica del OS y GRT no ha sido un factor determinante en la decisión adoptada por la mayoría del consejo de la CNE.

39. En tercer lugar, la decisión adoptada por la mayoría del consejo de la CNE de informar negativamente la separación jurídica del OS y GRT sorprende sobremanera porque en numerosísimos documentos elaborados por este organismo regulador se alude a la separación de actividades energéticas (aunque ciertamente la mayoría de las veces, no se sabe muy bien porqué utilizando el vocablo inglés *unbundling*) como la piedra angular de la regulación energética española. A la vista de la decisión adoptada cabe preguntarse si lo de la piedra angular es algo perteneciente al mundo de la retórica.

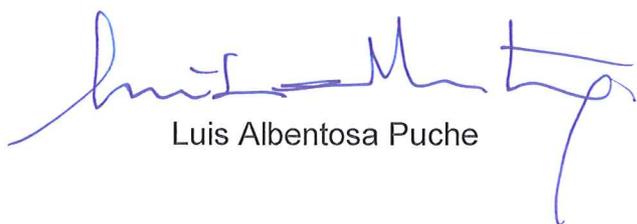
40. En cuarto lugar, para explicar la negativa a introducir una medida regulatoria que dificulta los eventuales conflictos de interés que puedan producirse entre el OS y el GRT quizá haya que pensar que el derecho es una materia sutil, imperceptible e intangible a la que se le otorga poca virtualidad, especialmente en ámbitos acostumbrados a trabajar y a operar con activos físicos muy voluminosos. Esta hipótesis resulta, sin embargo, sorprendente en un momento histórico como el actual en el que se padece una grave crisis económica de la que se puede responsabilizar (entre otros muchos factores) a una laxa regulación y al comportamiento de reguladores poco preocupados por los conflictos

de interés y cuando menos muy tolerantes con distintas formas de autorregulación, más o menos encubierta.

41. El mundo del derecho tiene como santo patrón a san Raimundo de Peñafort. A decir verdad, este consejero ha descubierto recientemente que el liderazgo de Raimundo no es pacífico, pues otro santo disputa, aunque de modo sordo, sin estridencias, el patronazgo de tan amplio colectivo relacionado con el derecho. Se trata de san Ivo o Ibo en castellano e italiano, sant lu en catalán, san Ibon en vasco, saint Ives en francés. Pues bien, no estaría de más solicitar de ambos que intercedan para que los agentes energéticos confíen más en la virtualidad de los mecanismos jurídicos puestos al servicio de la regulación.

42. Finalmente, uno de los asuntos más importantes que debe resolver la regulación energética es el de responder a la pregunta de qué mecanismo o institución debe determinar el volumen de infraestructuras y su composición. Desde luego, no son los usuarios de las infraestructuras (los agentes privados que desarrollan las actividades liberalizadas) los que han de decidir qué infraestructuras se construyen. Pero tampoco los que construyen y gestionan las infraestructuras son los que deben decidir cuáles han de ser construidas; aunque éstos deben ser escuchados.

43. Es necesario evitar procesos de sobreinversión, sufragados en última instancia por los consumidores a través de unas más altas tarifas de acceso; para ello es necesario que ambos reguladores (Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y CNE) sean capaces de determinar cuáles son las inversiones socialmente útiles y rentables y de imponerlas. De este modo los consumidores energéticos (domésticos e industriales) no tendrán que hacer frente a unos suministros más caros de lo estrictamente eficiente, sin poder beneficiarse de los eventuales bajos precios de la energía (electricidad y gas natural).



Luis Albentosa Puche

Madrid, a 07 de junio de 2011