

LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO EN LA COMUNIDAD EUROPEA: EL CASO RENDO Y SU PROYECCIÓN EN ESPAÑA

(Comentario a las Sentencias del TPI y del TJCE
de 18 de noviembre de 1992, de 19 de octubre de 1995
y de 12 de diciembre de 1996, asunto *Rendo NV y otros
contra Comisión de las Comunidades Europeas*)

Por LIDIA MORENO BLESÁ (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS ETAPAS PREVISTAS PARA LA LIBERALIZACIÓN.
1. *La primera etapa.* 2. *La segunda etapa.*—III. EL SECTOR ELÉCTRICO
HOLANDÉS Y LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE COMPETENCIA EN EL CASO
RENDO. 1. *La aplicación del art. 85 del Tratado de Roma.* a) La recla-
mación de las partes. b) La Decisión de la Comisión. 2. *La prohibición
de importar y exportar en el sector del suministro público.* a) La recla-
mación de las partes. b) La decisión del Tribunal de Primera Instancia.
3. *La prohibición de importar en el sector del suministro público antes
de la entrada en vigor de la nueva Ley de electricidad.* a) La reclama-
ción de las partes. b) La decisión del Tribunal de Justicia. 4. *La solu-
ción final del caso Rendo.* a) La reclamación de las partes. b) La deci-
sión del Tribunal de Primera Instancia.—IV. LAS DERIVACIONES DEL
CASO RENDO EN ESPAÑA.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

(*) Becaria de F.P.I. del M.E.C., Departamento de Derecho Internacional Pri-
vado, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid.

I. INTRODUCCION

La liberalización del sector eléctrico en la Comunidad Europea se enfrenta a una serie de condicionamientos específicos. Por un lado, estarían los que nosotros denominamos intrínsecos, es decir, los propios de dicho sector; y por otro, tendríamos los que hemos catalogado de extrínsecos, esto es, los originados por la diversidad de estructuras empresariales en los diferentes Estados miembros.

Dentro de los primeros, podríamos empezar por señalar los tres segmentos que integran necesariamente el ciclo eléctrico a escala mundial. Así, en un momento inicial aparece la fase de producción a partir de cualquier fuente de energía primaria (1), que finaliza con la distribución o suministro a los consumidores y, sirviendo de enlace a estas dos, se encuentra la fase de transporte a través de las grandes redes. Además, la electricidad no se puede almacenar, por lo que la oferta y la demanda tienen que mantener constantemente una correspondencia equilibrada para asegurar el abastecimiento. De tal forma que en esta labor de ajuste desempeña una función substancial el transporte por las redes, al poner en relación tanto la oferta de electricidad producida como la distribución demandada. A su vez, esta necesidad de coordinar la producción y el consumo de electricidad sin interrupción exige garantizar unos niveles aceptables de fiabilidad y suministro seguro. Lo que unido al peculiar sistema de transporte empleado en este sector, nos referimos a los cables eléctricos o también conocidos como «redes de distribución», permite calificar esta fase de *monopolio natural* con intervención del estado (2), creando el principal obstáculo para la pretendida liberalización.

(1) Nótese que la electricidad, considerada una fuente de energía derivada, puede ser extraída de cualquier recurso energético primario: carbón, petróleo, gas natural, nuclear y las renovables (hidráulica, solar, eólica, geotérmica y biomasa). Como consecuencia, se convierte en un vector económico de primer orden, debido, fundamentalmente, a la flexibilidad para su producción, que pasa por ser posible transformar cada una de las fuentes primarias en electricidad, contribuyendo al desarrollo de la sociedad industrializada de una manera casi ilimitada.

(2) JACCARD, M., «Oscillating currents. The changing rationale for government intervention in the electricity industry», *Energy Policy*, vol. 23, n.º 7, 1995, p. 580, puntualiza, además, que el carácter de monopolio natural del transporte de electricidad se debe principalmente al innecesario coste económico de multiplicar el sistema de las redes; al mismo tiempo que considera la intervención estatal sinónimo de eficiencia en la gestión, aunque se renuncie a la obtención de un mayor beneficio.

En relación al panorama eléctrico existente en la Comunidad, ya pusimos de manifiesto su gran diversidad y los condicionamientos extrínsecos que ello producía en el camino hacia la total apertura del sector. Lo anterior significa que, en la mayor parte de los Estados miembros, el sector eléctrico presenta una integración vertical, donde una sola empresa produce, transporta y distribuye. Aunque también se han dado casos de separación de actividades, pero con dominio estatal; además de la experiencia inglesa, que desde 1990 ha introducido un alto grado de privatización en su sector (3). Con estos datos, se puede comprender que el mercado eléctrico permanece muy compartimentado, impidiendo el desarrollo normal de las operaciones de intercambio. Por lo tanto, es imprescindible proceder a su reestructuración, mediante el establecimiento de medidas legislativas y la aplicación del Derecho comunitario. En estas dos tareas, conducentes a la total liberalización del sector eléctrico en la Comunidad, están participando activamente la Comisión y las instancias judiciales comunitarias. Así, la aprobación de medidas legislativas, en concreto Directivas, para abrir la producción, el transporte y la distribución de electricidad se ha debido, sobre todo, a la actuación de la Comisión con arreglo al art. 100.A del Tratado CE. Aunque también la Comisión ha procedido a la aplicación de las normas del Tratado CE, a través de las decisiones en materia de competencia. Si bien es cierto, que son las instancias judiciales comunitarias las encargadas de acomodar, en última instancia, los comportamientos desplegados en el ámbito de la electricidad. Por lo tanto, de la combinación adecuada del derecho derivado y del recurso al Tratado CE se obtendrá en un futuro muy próximo la completa comunitarización del sector eléctrico. Siendo el objetivo de este trabajo analizar los obstáculos encontrados en este proceso aperturista, al mismo tiempo que se examinan las aportaciones realizadas por las instituciones comunitarias para eliminarlos.

(3) Concretamente, los países más cercanos a una estructura eléctrica integrada son: Francia, Italia, Irlanda, Grecia y Bélgica; mientras que en el grupo de los puramente descentralizados se incluyen: Dinamarca, Reino Unido y los Países Bajos, *vid.* MCGOWAN, F., *The Struggle for Power in Europe*, R.I.I.A., London, 1993, pp. 5-9. No obstante, el resto de los Estados miembros también están llevando a cabo actualmente procesos de adaptación hacia sistemas descentralizados, *vid.* CROSS, Eugene D., *Electric utility regulation in the European Union. A country by country guide*, Wiley, 1996, pp. 121-124.

II. LAS ETAPAS PREVISTAS PARA LA LIBERALIZACION

Es inevitable referirse previamente a la aprobación del Acta Única Europea, el 17 y 28 de febrero de 1986, por su contribución a la progresiva eliminación de los obstáculos intracomunitarios en el sector de la electricidad. En concreto, este texto se encargó de hacer realidad, en todos los ámbitos de la economía y, por ende, en el de la electricidad, la consecución del mercado único europeo. Teniendo en cuenta que éste se define en el art. 8.A, introducido por el Acta en el Tratado CEE, como: «un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado».

Basándose en este objetivo, la Comisión elaboró la Comunicación sobre «el Mercado Interior de la Energía», en 1988 (4), que tuvo una repercusión muy favorable en el sector de la electricidad. Y es que, en dicho documento se detallan las distintas trabas con que se enfrenta el mercado interior eléctrico, así como los instrumentos apropiados para suprimirlas. En cuando a las barreras que se oponen a la unificación, destacan las siguientes: diferencias de trato fiscal y financiero de las empresas productoras; desigualdad en los requisitos técnicos para el suministro, en las normas de protección ambiental y de seguridad, así como en los requisitos para autorizar la construcción de centrales; existencia de monopolios de distribución y derechos exclusivos; falta de transparencia en los precios y costes de la electricidad y, por último, limitaciones en el funcionamiento del sistema de interconexión de alto voltaje. En suma, una industria eléctrica escasamente integrada, cuyas notas predominantes son el fuerte intervencionismo estatal y las restricciones a la libre competencia.

Respecto a las medidas que deben acabar con los impedimentos a la realización de ese gran mercado eléctrico, se recurre, con carácter general, a dos líneas de actuación. De una parte, se concede prioridad a la aprobación de directivas, ya que permiten un planteamiento gradual, concediendo a las empresas un período de tiempo suficientemente largo para adaptarse al nuevo entorno de una manera flexible y ordenada. De otra, se exige también el cumplimiento de los Tratados, en el caso de los monopolios de distribución y derechos exclusivos, cuando los operadores económicos se muestran reacios a la apertura de dicho mercado. Aunque

(4) COM (88) 238 final. Bruselas, 3 de junio de 1988.

consideramos oportuno analizar una y otra de forma separada, por sus distintas implicaciones en el proceso de comunitarización de la electricidad.

Así, a propósito de las directivas, la Comisión se decantó por ellas en su propuesta, presentada al Consejo el 29 de octubre de 1991, de llevar a cabo la plena liberalización de la generación, el transporte y la distribución del sector eléctrico, dividida en tres etapas (5). En efecto, la primera etapa consistiría en poner en marcha las directivas relativas a la transparencia de los precios y al tránsito de electricidad. En otra posterior, que debería comenzar el 1 de enero de 1993, se intentaría poner fin a los derechos exclusivos. Y finalmente, la tercera empezaría el 1 de enero de 1996, completando la apertura del sector conforme a la experiencia adquirida en la etapa anterior. Todo ello basado en la observancia de cuatro principios generales, concernientes a la necesidad de una implantación progresiva, a la conveniencia tanto de no imponer mecanismos rígidos como de evitar caer en una reglamentación excesiva y, además, a la preferencia de trámites legislativos que permitan un diálogo político con el Consejo y el Parlamento Europeo. Pero no siempre se ha conseguido una aceptación igual de todo el elenco programático previsto en cada etapa, ya que algunos Estados miembros se resisten a la modificación de sus mercados nacionales. De ahí, la conveniencia de examinar, a continuación, los concretos avances producidos hasta la fecha.

1. LA PRIMERA ETAPA

Se entiende ya cumplida con la adopción en 1990 de las directivas sobre transparencia de los precios y tránsito de electricidad por las grandes redes. De tal forma, que la aplicación de estas dos normas marca el comienzo hacia la consecución del tan ansiado mercado interior. Así, la Directiva del Consejo de 29 de junio de 1990 sobre transparencia de los precios (6) introduce un procedimiento que trata de hacer más difícil el falseamiento de la competencia y de eliminar las discriminaciones existentes con respecto a los consumidores finales de electricidad. Como consecuencia, estos últimos pueden optar libremente entre fuentes de energía y proveedores. Lo que se convierte en fundamental para la realización y el correcto funcionamiento del citado mercado interior.

(5) *Bull. CE* 10-1991, punto 1.2.24.

(6) Directiva del Consejo 90/377/CEE, DOCE n.º L 185/16 de 17.7.90.

La forma de conseguir los objetivos anteriores se articula en torno a los datos que las empresas suministren a la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas y que ésta publicará dos veces al año. Concretamente, el art. 1 de esta directiva especifica que se debe comunicar la siguiente información: los precios y condiciones de venta aplicables a los consumidores industriales finales de electricidad; los sistemas de precios vigentes; y la distribución de los consumidores y de los volúmenes correspondientes por categorías de consumo, para garantizar la representatividad de dichas categorías a escala nacional. Por lo tanto, se fomenta a todas luces la claridad en materia de precios, aunque preservando, según el art. 4, la confidencialidad de los datos que, por su naturaleza, podrían considerarse secretos comerciales de las empresas. Con la advertencia de que la directiva no impone esta obligación de reserva a los Estados miembros, debiéndose estar a lo dispuesto por el derecho nacional de cada uno de ellos (7).

No obstante, es la Directiva del Consejo de 29 de octubre de 1990 relativa al tránsito de electricidad por las grandes redes (8) la que inicia expresamente la liberalización del sector. La razón estriba en que con esta medida se pretende conseguir la disminución, aunque leve, de las restricciones que soporta el acceso a las redes de alta tensión. Lo que supone llegar a incrementar los intercambios de electricidad en la Comunidad, en particular, si tal acceso se extiende no sólo a las entidades responsables del transporte en cada uno de los Estados miembros, sino también a las empresas de distribución y a los grandes consumidores industriales (9).

Sin embargo, la posibilidad de aumentar los intercambios se encuentra muy limitada en la propia norma, por cuanto ya en su art. 1 no se contiene una obligación de tránsito, conformándose el precepto con que los Estados miembros adopten las disposiciones necesarias para facilitar-lo. Además, el art. 2.1.a) restringe el ámbito de aplicación *ratione personae* de la directiva a las entidades encargadas del transporte por las redes en cada país, con exclusión de los distribuidores. Restricción que corrobora el mismo art. 2 en su párrafo 2.º, cuando se remite al único anexo incluido en esta directiva, donde se ofrece una lista taxativa de las entidades

(7) HANCHER, L., *EC Electricity Law*, Chancery Law Publishing, London, 1992, p. 176.

(8) Directiva del Consejo 90/547/CEE, DOCE n.º L 313/30 de 13.11.90.

(9) Así se expresa, FINON, D., «Opening access to European grids», *Energy Policy*, June, 1990, p. 433.

responsables, sin aludir en ningún momento a las empresas de distribución. Asimismo, no se menciona a los grandes consumidores industriales y, por tanto, debemos entender que tampoco pueden disfrutar del acceso a ese tránsito. En definitiva, esta directiva sólo permite transportar electricidad por las grandes redes a las entidades responsables de las mismas en cada uno de los Estados miembros.

Ahora bien, no podemos olvidar que esta actividad se realizaba mucho antes al amparo del mutuo acuerdo (10). Es decir, que las entidades responsables del transporte en cada país, al conectar la producción y el consumo a través de las grandes redes, se veían obligadas, y actualmente lo están, a celebrar contratos de intercambio en casos de necesidad, por ejemplo en situaciones de urgencia por trastornos en la red, para garantizar la seguridad del suministro. Siendo la directiva relativa al tránsito la que ha venido a formalizar estos trasvases, que a partir de ahora estarán basados en condiciones no discriminatorias, ni abusivas (art. 3.2); así como sujetos a los procedimientos del Derecho comunitario, cuando se deniegue un tránsito de forma arbitraria (art. 4). Por lo tanto, esta directiva únicamente establece un cauce adecuado de negociación entre grandes redes que deseen concluir contratos de tránsito, pero no admite que los terceros, esto es las empresas de distribución y los consumidores industriales de mayor tamaño, puedan utilizar las líneas de alta tensión en ningún caso. Dicha utilización ocurriría si trajeran la electricidad de un país distinto al suyo o de una región alejada de su zona de influencia, cuya empresa generadora estipulara condiciones económicas más beneficiosas. De tal forma que la negación de esta práctica comporta el mantenimiento de restricciones a la libre circulación, pues se deja fuera del tránsito a los terceros; y la continuidad de posiciones anticompetitivas, ya que se sigue dando el monopolio en el transporte de electricidad. En conclusión, lo contrario de un mercado interior.

2. LA SEGUNDA ETAPA

La propuesta de Directiva, presentada por la Comisión el 21 de febrero de 1992 y relativa al establecimiento de normas comunes para el mer-

(10) Como indica ANDERSEN, C., desde 1950 se han estado produciendo, entre las compañías gestoras de las redes, intercambios voluntarios de electricidad, en «Free movement of electricity - third party access and quantitative restrictions», *L.I.E.I.*, 1994/2, p. 68.

cado interior de la electricidad (11), introduce nuevos elementos destinados a superar la siguiente fase del proceso de liberalización. Y es que la finalidad de aquélla es avanzar en la apertura del sector eléctrico, tanto para aumentar la eficacia de la producción, la transmisión y la distribución de la electricidad; como para garantizar que todos los usuarios puedan comprar electricidad en las mismas condiciones, evitando así el falseamiento de la competencia en las industrias usuarias (12). De acuerdo con estas ideas, el contenido de la propuesta presta especial atención a los siguientes aspectos:

- La generación y la construcción de líneas eléctricas se abren a la competencia, mediante la creación por los Estados miembros de un sistema transparente y no discriminatorio de autorizaciones. Además, el otorgamiento de estas últimas sólo puede denegarse por razones de seguridad, de protección del medio ambiente, de ordenación del territorio, y de capacidad técnica y financiera de la empresa solicitante.
- La contabilidad y la gestión de las empresas integradas verticalmente se separan, «unbundling». A tal efecto, se dividirán las actividades y las cuentas relativas a la generación, transmisión y distribución de electricidad en tantos departamentos como actividades haya.
- Finalmente, el acceso de terceros a las redes (ATR o TPA, Third Party Access, en siglas inglesas) se liberaliza, con algunas limitaciones. Lo que equivale a permitir el uso de los sistemas de transporte a unas determinadas empresas, en contraprestación al pago de un precio razonable, y cuando las necesidades puedan satisfacerse con la capacidad disponible. En concreto, se consiente que ciertos clientes establecidos en un Estado miembro puedan comprar y recibir la electricidad o contratar la compra y el transporte de electricidad procedente de un productor o distribuidor situado en el mismo Estado miembro o en otro distinto, a través de la red de transporte y previo acuerdo con los gestores encargados de la misma. Pero siempre teniendo en cuenta que, para garantizar la fiabilidad de la red y la seguridad de abastecimiento, la libertad de tránsito se limita a los siguientes clientes: grandes usuarios in-

(11) COM (91) 548 final, Bruselas, 21 de febrero de 1992.

(12) *Ibidem*, considerando segundo, p. 30.

dustriales cuyo consumo exceda de los 100 GWh anuales y empresas de distribución cuyas ventas representen al menos el 3 % del consumo total del Estado miembro de que se trate.

Sin embargo, un amplio núcleo de los participantes en los debates sobre la apertura del sector eléctrico en la Comunidad expresaron su disconformidad con la propuesta de la Comisión, sobre todo se resistían al libre acceso de terceros a las redes (TPA) (13). Ante este rechazo masivo, el Consejo de Ministros, en sus conclusiones del 30 de noviembre de 1992, solicitó a la Comisión que modificara sus propuestas a la luz de los trabajos del Consejo y del dictamen del Parlamento Europeo. Por lo que, una vez emitido el dictamen preceptivo del Comité Económico y Social, así como también presentadas una serie de enmiendas por el Parlamento Europeo, la Comisión elaboró una nueva propuesta de Directiva relativa al establecimiento de normas comunes para el mercado interior de la electricidad (14). Los cambios más significativos recogidos en el texto revisado por la Comisión son los siguientes:

(13) Así, ARGYRIS, N., recoge los argumentos de un importante grupo de empresas eléctricas que se opusieron a la introducción del libre acceso de terceros a las redes. Las discrepancias esgrimidas por este colectivo se centraban en que la adopción del TPA podría reducir la seguridad del suministro, elevaría los precios y llegaría a requerir un alto grado de regulación. En concreto, la seguridad del suministro se vería amenazada por la presión constante de una mayor competencia, que acabaría por desincentivar los acuerdos de intercambio celebrados entre las entidades responsables de las grandes redes para garantizar un fluido eléctrico continuo, hasta en situaciones deficitarias. Además, la posibilidad de usar las líneas de alta tensión por los terceros pondría en peligro las inversiones empleadas en esta industria. Y es que las empresas estarían menos dispuestas a gastar su dinero en el sector eléctrico por el riesgo a perder los clientes hacia los competidores, con la consiguiente desestabilización de los aprovisionamientos. Por último, las compañías generadoras tratarían de emplear los recursos energéticos más económicos en la producción de electricidad, aunque ello fuera en detrimento de una mayor certidumbre en el abastecimiento. Con respecto a los efectos del TPA en los precios, se daría una elevación de los destinados a los consumidores en general para compensar las reducciones que los clientes con derecho al acceso pudieran negociar. Finalmente, los detractores del libre tránsito consideraban que la apertura del sector llevaría aparejada una mayor regulación, si el objetivo era conseguir una competencia efectiva en la producción y el suministro de electricidad. Por lo tanto, más que hablar de una desregulación del sector, sería aconsejable referirse a una reforma de sus normas. En «Regulatory reform in the electricity sector: an analysis of the Commission's internal market proposals», *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 9, n.º 1, 1993, pp. 39-43.

(14) COM (93) 643 final, Bruselas, 7 de diciembre de 1993.

- Como consecuencia de los avatares por los que está pasando la segunda etapa, el establecimiento del mercado interior eléctrico se pospone, a más tardar, al 1 de enero de 1999. Además, se amplían los procedimientos que las empresas pueden utilizar para instalar plantas de generación y construir redes de transporte: reconociéndose la posibilidad de optar entre un sistema de autorizaciones, o un nuevo procedimiento de licitación, basado en la adjudicación de las capacidades disponibles mediante concurso.
- El *unbundling* de gestión desaparece, pero se mantiene la segregación de la contabilidad respecto de las empresas integradas verticalmente, con el fin de prevenir los posibles abusos de posición dominante, como por ejemplo, tarifas anormalmente bajas o elevadas, o las prácticas discriminatorias relativas a transacciones equivalentes.
- Por último, la controversia suscitada en torno al libre acceso de terceros cualificados se trata de apaciguar con la introducción de un acceso negociado. Esta modificación supone eliminar el derecho automático al tránsito e implantar un mecanismo más flexible de transporte por las redes. Como consecuencia, el acceso de terceros a la red se concede, tanto a determinados clientes para abastecer sus propias instalaciones, como a las empresas de generación y distribución de electricidad interiores y exteriores al territorio cubierto por la red para celebrar contratos de suministro con algunos clientes finales. Pero las condiciones del acceso han de negociarse con el gestor de la red de transporte, que sólo atenderá las peticiones de los siguientes clientes: los grandes consumidores industriales cuyo consumo supere los 100 GWh al año y las empresas de distribución que provean el volumen de electricidad consumido por estos grandes consumidores industriales. En definitiva, se pasa de una apertura obligatoria de las redes, recogida en la primera propuesta, a una más potestativa, contenida en la actual.

De nuevo, la controversia se centró en el acceso de terceros a las redes que, en su versión de TPA negociado, fue objeto de reticencias por parte de algunos socios comunitarios. Concretamente, Francia propuso un nuevo concepto de «comprador único», que podría operar en paralelo con el acceso negociado. En este sistema, el comprador único actuaría como la entidad responsable de la red correspondiente, decidiendo la eventual

puesta a disposición de electricidad hacia las empresas de distribución y los grandes consumidores industriales. A diferencia del acceso negociado, donde los productores y distribuidores de electricidad, nacionales o extranjeros, así como determinados clientes podían entablar relaciones contractuales directas de suministro eléctrico, que incorporaban un derecho al tránsito tras la oportuna negociación con la entidad responsable. Es decir, con el modelo francés, un consumidor industrial puede concluir un contrato de compraventa de electricidad con un productor extranjero, pero a continuación este último está obligado a vender la electricidad al comprador único quien a su vez debe concluir un acuerdo con la red situada en el territorio del consumidor industrial para que éste finalmente reciba al suministro (15). Por lo tanto, el esquema del libre tránsito negociado se ve disminuido e incluso obstaculizado en el planteamiento francés que, al estar basado en la existencia de un único intermediario situado entre los productores de electricidad, por un lado, y los distribuidores y consumidores, por otro, impide los intercambios directos de electricidad a través de las grandes redes.

Con todo, la propuesta de directiva acabó por admitir los dos tipos de acceso: el negociado y el de comprador único. Así, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (16) recoge ambos supuestos, permitiendo a los Estados miembros elegir uno de ellos (art. 16) (17). Más allá de la modificación del acceso, esta norma tam-

(15) HANCHER, L., *Energy security, energy market liberalization - Who can untie the Gordian Knot?*, en Hancher, L.: *The european energy market: reconciling competition and security of supply*, ERA, 1995, p. 11.

(16) Directiva 96/92/CE, DOCE n.º L 27/20 de 30.1.97.

(17) No obstante, respecto a los tipos de acceso identificados por nosotros en la Directiva, esto es, el negociado (art. 17, apartados 1 a 3) y el de comprador único (art. 18), GENESTE, B., entiende que es posible distinguir un tercero en el art. 17, apartado 4, denominado «acceso a la red regulado». Según este autor, el acceso regulado consiste en que los clientes cualificados tengan acceso al mercado del suministro eléctrico por la aceptación de las tarifas publicadas para la utilización de las redes de transporte y distribución. Por lo tanto, considera que la organización del acceso a la red, prevista en la Directiva, se haría de la siguiente manera: los Estados miembros podrían optar entre dos fórmulas bien diferenciadas, una primera, donde a su vez se elegiría entre dos modelos alternativos —el acceso negociado y el reglamentado—, y otra que sería la de comprador único. En «La libéralisation du marché de l'électricité», *R.A.E.-L.E.A.*, 1997/2, p. 149. Sin embargo, nosotros preferimos seguir ofreciendo una estructura dual de la organización del acceso a la red,

bién contiene otras variaciones con respecto a la última propuesta de la Comisión de 1993, como son: el descenso del umbral para ser cliente elegible y tener acceso al tránsito de electricidad por las redes, que ahora se concede a las industrias con un consumo superior a los 40 GWh al año y a las empresas distribuidoras con capacidad para hacer llegar el volumen consumido por las anteriores (art. 19). Pero esta cuota de 40 GWh al año se reducirá de forma gradual a lo largo de un período de seis años, con el fin de ir adaptando progresivamente los sectores eléctricos de cada Estado miembro a la liberalización. De tal forma que en un primer momento se llegará a 20 GWh de consumo eléctrico anual, después de tres años de la entrada en vigor de la directiva, esto es, el 19 de febrero del 2000; para continuar bajando hasta 9 GWh de consumo eléctrico anual el 19 de febrero del 2003. Por otra parte, se suprime la licitación destinada a la construcción de nuevas redes, aunque se mantiene el régimen de las autorizaciones (art. 21.2). Por último, se vuelve a retrasar el inicio de la segunda etapa, teniendo que estar listo el mercado interior de la electricidad, a más tardar, el 19 de febrero de 1999 (art. 27). En estas condiciones, la puesta en marcha de la fase final, que debía haber comenzado el 1 de enero de 1996 con el fin de completar la total apertura del sector eléctrico, se encuentra indefinida y a la espera de ver los avances del mercado interior.

III. EL SECTOR ELECTRICO HOLANDES Y LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE COMPETENCIA EN EL CASO RENDO

Es evidente que la liberalización del sector eléctrico en la Comunidad requiere, junto a las medidas legislativas adoptadas, acudir a la aplicación de las reglas generales del Tratado CE. El largo proceso seguido hasta la aprobación de la Directiva sobre el mercado interior de la electricidad, así como los recortes finalmente acogidos por la misma en el acceso de ter-

que permita escoger entre el acceso negociado o el de comprador único. Y es que, el acceso regulado se llevaría a la práctica, como indica expresamente el art. 17.4, otorgando «un derecho de acceso, como mínimo equivalente, en términos de acceso a la red, a los otros procedimientos de acceso contemplados en el presente capítulo». Se refiere al negociado o al de comprador único. Lo que significa poder decantarse sólo entre estos dos, aunque cuando cualquiera de ellos se haya decidido con arreglo a las tarifas publicadas para la utilización de las redes de transporte y distribución, será además «regulado».

ceros a las redes demuestran la escasa predisposición de los Estados miembros hacia la apertura de sus mercados nacionales. Por consiguiente, el recurso al Derecho originario se convierte en el aliado indispensable para acabar con la parcelación de los sistemas eléctricos en cada país. Teniendo en cuenta que la fase de transporte permanece más cerrada a la competencia y precisa, por lo tanto, de una mayor actuación comunitaria, como se pone de manifiesto en el sector eléctrico holandés.

En concreto, los Países Bajos tienen la producción y distribución de electricidad separadas, donde cuatro grandes compañías producen electricidad y unas treinta distribuidoras a nivel provincial y/o municipal la suministran a los consumidores finales. La red de transporte se encuentra gestionada por una sola empresa, la Samenwerkende Elektriciteits Productiebedrijven (en lo sucesivo, SEP), que es una sociedad anónima cuyas acciones están en manos de las productoras. Con la nueva ley neerlandesa de electricidad, en vigor desde el 8 de diciembre de 1989, la SEP tiene el derecho exclusivo para importar electricidad destinada al suministro público, mientras que las importaciones de voltaje inferior a 500 voltios están liberalizadas. Respecto a las exportaciones, las empresas productoras están obligadas a suministrar energía eléctrica únicamente a SEP quien, a su vez, la debe vender a las distribuidoras (18).

Esta configuración del transporte permite vislumbrar la introducción de un acceso de terceros a las redes muy limitado, cuando se trata de la importación; y el establecimiento de un sistema de comprador único, en el caso de la exportación. Pero la conclusión de un acuerdo de cooperación suscrito el 22 de mayo de 1986 entre las productoras y la SEP cerró cualquier tipo de acceso a la red. De manera muy especial, el art. 21 del acuerdo atribuía a SEP un derecho exclusivo de importación y exportación de electricidad en todos los supuestos, imponiendo al mismo tiempo a las productoras la obligación de estipular, en los contratos de suministro que celebren con las empresas distribuidoras de energía eléctrica, que estas últimas se abstendrán de efectuar importaciones o exportaciones de electricidad. En definitiva, con este acuerdo se eliminó la posibilidad de transportar electricidad por los terceros, otorgando a SEP una posición privilegiada.

(18) Esta organización del sector eléctrico holandés, junto con algunas otras peculiaridades, se analizan por CROSS, Eugene D., *op. cit.*, nota 3, pp. 167-189.

1. LA APLICACIÓN DEL ART. 85 DEL TRATADO DE ROMA

a) *La reclamación de las partes*

La situación generada tras la conclusión del acuerdo de cooperación llevó a tres distribuidores locales a presentar una reclamación ante la Comisión el 26 de mayo de 1988 con arreglo al art. 3 del Reglamento n.º 17, que iba dirigida contra SEP e Ijsselcentrale (IJC), empresa de distribución regional encargada de abastecer a las locales, en base a los siguientes aspectos:

- La prohibición explícita de importación impuesta a los reclamantes, que se deducía del acuerdo de cooperación de 1986 (art. 21).
- La obligación de compra en exclusiva que se derivaba de los acuerdos entre los reclamantes e IJC, como consecuencia de las disposiciones correspondientes del acuerdo de cooperación.
- Y la facultad de IJC para determinar los precios unilateralmente que le confería su *status* de dominio, a raíz del acuerdo de cooperación.

b) *La Decisión de la Comisión*

A la vista de la reclamación interpuesta por los distribuidores locales, la Comisión adoptó la Decisión de 16 de enero de 1991 relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del entonces Tratado CEE (19), que se refería a SEP y al art. 21 del acuerdo de cooperación por ser los causantes de los resultados en este caso. Así, la Comisión declaró en el art. 1 de esta Decisión lo siguiente:

«El artículo 21 del acuerdo de cooperación... constituye una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE, en la medida en que tiene por objeto o por efecto restringir las importaciones de los consumidores privados industriales y las exportaciones de la producción fuera del campo del suministro público

(19) Decisión 91/50/CEE, DOCE n.º L 28/32, de 2.2.91.

de las empresas de distribución y de los consumidores privados industriales, en particular los autoprodutores» (20).

Además, la Comisión procedió al examen del apartado 2 del art. 90 del Tratado CEE, que fue invocado por SEP para evitar la aplicación de las normas sobre la competencia, cuando la sujeción a dichas normas pudiera impedir a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. En sus conclusiones, la Comisión partió de considerar a SEP una empresa dedicada a servicios de interés económico general (21). Y ello, se fundamentaba en el art. 2 de la ley de electricidad de 1989, que encomendaba a SEP el funcionamiento fiable y eficaz del suministro público nacional de electricidad, y con anterioridad en una concesión del Ministerio de economía. Se comprende la importancia que éste tenía, al dar una pautas que podían justificar el cumplimiento de servicios de interés económico general. En este caso, la Comisión estimó que tanto una base jurídica, representada por la ley de electricidad de 1989, como un acto de derecho público, actuado por la concesión del Ministerio de economía, servían para considerar a unas empresas encargadas de estos servicios.

Cumplido el primer requisito del art. 90.2, a continuación la Comisión distinguió entre la prohibición de importar y exportar prevista en el acuerdo para el sector del suministro público y la prevista en el acuerdo para el suministro distinto del de carácter público. En relación con esta última prohibición, la Comisión consideró que la aplicación de las normas sobre la competencia no impedía a SEP desarrollar correctamente su misión, por lo que no se cumplía el segundo requisito del art. 90.2 (22). Por el contrario, la Comisión no se pronunció sobre si la limitación de las importaciones y exportaciones de electricidad destinadas al suministro público se justificaba con arreglo al art. 90.2. El argumento utilizado fue que esta limitación se establecía en la ley de electricidad de 1989 y pronunciarse al respecto sería anticipar la decisión sobre la compatibilidad de la nueva ley con el Tratado, lo que no constituía el objeto de ese procedimiento (23).

(20) *Ibidem*, p. 46.

(21) *Ibidem*, apartado 40, p. 43.

(22) *Ibidem*, apartados 43 y 46, pp. 43 y 44.

(23) *Ibidem*, apartado 50 y párrafo primero del apartado 51, pp. 44 y 45.

2. LA PROHIBICIÓN DE IMPORTAR Y EXPORTAR EN EL SECTOR DEL SUMINISTRO PÚBLICO

a) *La reclamación de las partes*

La abstención, por parte de la Comisión, de formular juicio alguno sobre la prohibición de importar y exportar en el sector del suministro público contenida en el acuerdo de cooperación, llevó a los distribuidores locales a interponer un recurso el 14 de marzo de 1991 ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades, en el que solicitaban la anulación parcial de la Decisión. Además, se pedía que la Comisión declarara el art. 21 del acuerdo de cooperación constitutivo de una infracción al art. 85.1 del Tratado, en la medida en que dicho art. 21 tenía por objeto o por efecto restringir las importaciones y exportaciones efectuadas por sociedades de distribución dentro del sector del suministro público y, por ende, obligara a las sociedades beneficiarias del acuerdo a poner fin a las infracciones comprobadas.

b) *La decisión del Tribunal de Primera Instancia*

El recurso de anulación de los distribuidores locales fue desestimado por el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 18 de noviembre de 1992 (24), distinguiendo la prohibición de importar, por un lado, y la de exportar, por otro, relativas ambas al suministro público. En cuanto a las exportaciones, el Tribunal declaró la inadmisibilidad del recurso, por cuanto una posible decisión de la Comisión de no obligar a las partes del acuerdo de cooperación a poner fin a los obstáculos a la exportación que de éste se hubieran derivado, en el sector del suministro público, para las empresas de distribución, no hubiera afectado individualmente a las demandantes (25). Por lo que respecta a las importaciones, el Tribunal procedió a examinar, tanto si existía una decisión relativa al período anterior a la entrada en vigor de la nueva ley de electricidad, como en relación con el período posterior. En este último caso, el Tribunal observó que el

(24) Sentencia de 18 de noviembre de 1992, asunto T-16/91, *Rendo NV y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1992, p. II-2417.

(25) *Ibidem*, apartado 75, p. 2441.

acuerdo y la ley actual contenían casi idénticas restricciones a la importación de electricidad destinada al suministro público (26). De ahí, que la Comisión no se pronunciara sobre la prohibición de importar contenida en el acuerdo, pues según se desprende de la sentencia:

«La Comisión no puede obligar a las empresas a adoptar un comportamiento contrario a una ley nacional, con objeto de poner fin a una infracción del artículo 85, sin realizar una valoración de dicha ley a la luz del Derecho comunitario» (27).

En consecuencia, el Tribunal desestimó el recurso sobre el particular por infundado. Por último, la prohibición de importar en el ámbito del suministro público antes de la entrada en vigor de la nueva ley se saldó con la siguiente conclusión del Tribunal:

«La Decisión impugnada no contiene ningún pronunciamiento relativo a las restricciones a la importación aplicables durante el período anterior a la entrada en vigor de la Ley de electricidad. Por lo tanto, no produjo efectos jurídicos a este respecto y, en tal medida, no existe una Decisión de la Comisión. En consecuencia, debe declararse la inadmisibilidad del recurso en cuanto que se pretende obtener la anulación de una supuesta Decisión de la Comisión de abstenerse de pronunciarse acerca de las restricciones a la importación aplicables durante dicho período» (28).

3. LA PROHIBICIÓN DE IMPORTAR EN EL SECTOR DEL SUMINISTRO PÚBLICO ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LEY DE ELECTRICIDAD

a) *La reclamación de las partes*

En atención a los resultados obtenidos en el recurso de anulación por los recurrentes, éstos acudieron en casación ante el Tribunal de Justicia

(26) Recuérdese que el art. 21 del acuerdo de cooperación atribuía exclusivamente a SEP la importación y exportación de electricidad en todos los supuestos. Por su parte, la nueva ley neerlandesa de electricidad establecía que SEP era la única encargada de las importaciones de electricidad para el suministro público.

(27) *Supra*, nota 24, apartado 106, p. 2449.

(28) *Ibidem*, apartados 61 y 62, p. 2437.

de las Comunidades para conseguir la anulación de la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia, que ahora si tendría consecuencias satisfactorias. En concreto, el motivo alegado por las partes demandantes que prosperó se refería a que el Tribunal de Primera Instancia había incurrido en un error de calificación de la Decisión impugnada, al estimar que ésta no se pronunciaba en absoluto sobre las restricciones a la importación aplicables durante el período anterior a la entrada en vigor de la Ley de electricidad.

b) *La decisión del Tribunal de Justicia*

El Tribunal de Justicia emitió su veredicto el 19 de octubre de 1995 (29), anulando la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de noviembre de 1992, en la medida en que declaró que la Decisión 91/50/CEE de la Comisión, por lo que se refiere a las restricciones a la importación aplicables durante el período anterior a la entrada en vigor de la Ley de electricidad, no había producido efectos jurídicos y que debía declararse la inadmisibilidad del recurso sobre este punto. Al respecto, el Tribunal trajo a colación la opinión de la propia Comisión recogida en el apartado 34 de la sentencia recurrida del Tribunal de Primera Instancia, según la cual la Decisión impugnada suponía el archivo parcial e implícito de la denuncia de las demandantes, en la medida en que no condenó la prohibición de importar electricidad con destino al suministro público, tal y como ésta se desprendía del art. 21 del acuerdo de cooperación, con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley. Además, durante el procedimiento del recurso de casación se dictó la sentencia de 27 de abril de 1994 en el caso *Almelo* (30), que decidió sobre un litigio similar al que estamos analizando. En este sentido, las cuestiones debatidas en el asunto referenciado tenían como marco el sistema de distribución de electricidad en los Países Bajos entre los años 1985 y 1988, es decir, antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de electricidad. En concreto, se trataba de dilucidar si la prohibición de importar electricidad destinada al

(29) Sentencia de 19 de octubre de 1995, asunto C-19/93 P, *Rendo NV y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, p. I-1.

(30) Sentencia de 27 de abril de 1994, asunto C-393/92, *Gemeente Almelo y otros contra Energiebedrijf Ijsselmij NV*, Rec. 1994, p. I-1477.

suministro público que pesaba sobre unos distribuidores locales estaba en contra de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE. Teniendo en cuenta que la prohibición de importar se apoyaba en dos acuerdos distintos: uno, el conocido como de cooperación entre los productores y la SEP de 1986; y otro, consecuencia inmediata del anterior, que regulaba el suministro de electricidad entre los distribuidores regionales y los locales, imponiendo a estos últimos una obligación de compra en exclusiva y, por tanto, una prohibición implícita de importar. Al respecto, el Tribunal de Justicia declaró, entre otras cosas, que:

«El art. 85 del Tratado se opone a que una empresa de distribución regional de energía eléctrica aplique una cláusula de compra en exclusiva incluida en las condiciones generales de venta que prohíbe a los distribuidores locales importar electricidad destinada a la distribución pública y que, habida cuenta de su contexto económico y jurídico, afecta al comercio entre los Estados miembros. Y el art. 86 del Tratado se opone a que una empresa de distribución regional de energía eléctrica aplique una cláusula de compra en exclusiva incluida en las condiciones generales de venta que prohíbe a los distribuidores locales importar electricidad destinada a la distribución pública y que, habida cuenta de su contexto económico y jurídico, afecta al comercio entre los Estados miembros, en el supuesto de que dicha empresa de distribución regional forme parte de un grupo de empresas que ostente una posición dominante colectiva en una parte sustancial del mercado común» (31).

Inclusive, el órgano judicial comunitario analizó la posibilidad de aplicar la excepción del art. 90.2 del Tratado, llegando a la conclusión de que correspondía al Tribunal nacional remitente examinar si la cláusula de compra en exclusiva que prohibía al distribuidor local importar electricidad era necesaria para permitir a la empresa de distribución regional garantizar su misión de interés general (32). Por lo tanto, el Tribunal de Justicia entendió que la prohibición de importar en el sector del suministro público con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley de elec-

(31) *Ibidem*, apartado 51, letras a) y b), pp. 1521 y 1522.

(32) *Ibidem*, apartado 50, p. 1521.

tricidad había infringido las disposiciones comunitarias sobre libre competencia (33).

En estas circunstancias, la casación asumió que la Decisión de la Comisión había producido efectos jurídicos derivados de proceder al archivo parcial e implícito de la denuncia de las demandantes y consistentes en no sancionar las restricciones a la importación aplicables antes de la nueva Ley, máxime cuando se había decidido lo contrario en el caso *Almelo*. Lo que concluyó con la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia y la devolución del asunto a este último para su resolución definitiva.

4. LA SOLUCIÓN FINAL DEL CASO RENDO

a) *La reclamación de las partes*

Tras la devolución del asunto por el Tribunal de Justicia, las demandantes presentaron un escrito el 18 de diciembre de 1995 al Tribunal de Primera Instancia, en el que solicitaban, entre otras cosas, la anulación de la Decisión 91/50, en la medida en que desestimaba la denuncia relativa a la prohibición de importar aplicable a las empresas distribuidoras antes de la entrada en vigor de la Ley de electricidad. De los fundamentos de derecho invocados por los reclamantes, sólo fue necesario examinar el basado en el art. 190 del Tratado, pues según las demandantes la Comisión no había precisado por qué motivos consideraba que no se había cometido una infracción.

(33) Esta solución llevaba implícito, además, el mandato de devolver la situación a su normalidad, es decir, que si el Tribunal nacional remitente no estimaba la excepción del art. 90.2, las empresas de distribución local podían importar electricidad destinada al suministro público. Y ello, parafraseando el apartado 106 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el caso *Rendo* (Véase, *supra*, nota 24), no obligaba a las empresas a adoptar un comportamiento contrario a una ley nacional, pues según el Abogado General, Sr. Darmon, en el caso *Almelo* (Véase, *supra*, nota 30, apartado 73, p. 1491) la ley sobre importación de electricidad aplicable entre 1985 y 1988 no prohibía las importaciones en el sector del suministro público, sino que simplemente las supeditaba a la obtención de una licencia.

b) *La decisión del Tribunal de Primera Instancia*

Finalmente, el Tribunal de Primera Instancia decidió, en su sentencia de 12 de diciembre de 1996 (34), estimar las pretensiones de las demandantes. Con ello, se anuló la Decisión 91/50/CEE de la Comisión, por falta de motivación suficiente, en la medida en que produjo efectos jurídicos contrarios a las demandantes, en relación con las restricciones a la importación en el sector del suministro público previstas en un acuerdo entre empresas y aplicables durante el período anterior a la entrada en vigor de la nueva Ley de electricidad.

IV. LAS DERIVACIONES DEL CASO RENDO EN ESPAÑA

Como apunte introductorio, conviene precisar las características que presenta el sector eléctrico español (35). En la actualidad, la industria eléctrica en España aparece muy concentrada, organizándose en torno a cuatro grandes compañías que producen y distribuyen electricidad a todo el territorio nacional, siendo éstas por orden de mayor a menor cuota de mercado detentada por cada una de ellas, el grupo ENDESA, el grupo Iberdrola, Unión Fenosa e Hidroeléctrica del Cantábrico. La red de transporte se encuentra gestionada, al igual que en los Países Bajos, por una sola empresa, denominada Red Eléctrica de España S.A. y participada mayoritariamente por el sector público. Esta sociedad estatal fue creada bajo la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, sobre explotación unificada del sistema eléctrico nacional, que declaró el transporte de electricidad a través de las redes de alta tensión un servicio público de titularidad estatal. En su virtud, el Real Decreto 91/1985, de 23 de enero, autorizó la constitución de la Sociedad estatal «Red Eléctrica de España», en forma de Sociedad Anónima, para llevar a cabo el transporte de electricidad en todos los supuestos.

(34) Sentencia de 12 de diciembre de 1996, asunto T-16/91 RV, *Rendo NV y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, p. II.1.

(35) Respecto a las peculiaridades más relevantes que configuran el sector eléctrico español en la actualidad, se han tenido en cuenta las aportaciones de ARIÑO ORTIZ, G., *Regulating competition and security of supply: the case of Spain*, en HANCHER, L.: *The european energy market: reconciling competition and security of supply*, ERA, 1995, pp. 57 - 65; y DE CROSS, Eugene D., *op. cit.*, nota 3, pp. 205-230.

Esta organización del transporte permite establecer similitudes con la existente en el sector eléctrico holandés, pues la nueva Ley neerlandesa de electricidad de 1989 otorgó a la SEP el derecho exclusivo para importar electricidad destinada al suministro público (36). Por consiguiente, tanto Red Eléctrica en España, como SEP en los Países Bajos constituyen monopolios nacionales de carácter comercial prohibidos por el art. 37 del Tratado CE. Y es que, según tiene establecido el Tribunal de Justicia de las Comunidades, cuando las autoridades nacionales están en condiciones de controlar o dirigir los intercambios entre los Estados miembros, o bien de influir sensiblemente en dichos intercambios, por medio de un organismo constituido con ese fin o de un monopolio cedido por el Estado a un tercero, el art. 37 deviene aplicable (37). De tal forma que la Comisión inició un procedimiento con arreglo al art. 169 del Tratado CE contra España y los Países Bajos, junto con otros Estados miembros, relativo a los monopolios públicos en el sector de los intercambios de corriente eléctrica (38). En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha declarado que la legislación de estos países, por medio de la cual el Estado concede a un organismo la gestión exclusiva del transporte de electricidad, no está en contra de las normas del Tratado CE (39). Concretamente, tanto en el caso de España (40), como en el de los Paí-

(36) Téngase en cuenta, que ya la Decisión 91/50 de la Comisión en el caso Rendo aludía a la prohibición, para las empresas de producción y de distribución, de importar electricidad al margen de SEP destinada al suministro público, como consecuencia de la nueva Ley de electricidad. Pero la Comisión no se pronunció al respecto, pues consideró que decidirse hubiera sido anticipar una posición sobre la compatibilidad de la nueva Ley con el Tratado, lo que no constituía el objeto de ese procedimiento.

(37) Sentencia de 4 de mayo de 1988, asunto 30/87, *Corinne Bodson contra SA Pompes funèbres des régions libérées*, Rec. 1988, p. 2479, apartado 13 y sentencia de 14 de diciembre de 1995, asunto C-387/93, *Proceso Penal contra Giorgio Domingo Bancho*, Rec. 1995, p. I-4663, apartado 26.

(38) Vid. Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, n.º 32/96, semana del 25 al 29 de noviembre de 1996, p. 9, que además especifica los otros Estados miembros recurridos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades, aludiendo a la República Italiana y la Francesa.

(39) Sentencias de 23 de octubre de 1997, asuntos C157-160, *Comisión contra los Países Bajos, Comisión contra Italia, Comisión contra Francia, Comisión contra España*, p. I-1.

(40) Las razones aducidas por el Tribunal se basan en la letra e) del apartado 1 del art. 2 de la Ley de 1984, pues aunque encomienda a Red Eléctrica la explotación de cualquier elemento de interconexión internacional, no excluye la posi-

ses Bajos (41), el Tribunal desestimó el recurso interpuesto por la Comisión, al igual que en los asuntos relativos a la República Italiana y la Francesa (42)

Con todo, es necesario tener en cuenta, por lo que respecta a España, la importante modificación operada en el sector por la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional. Y ello, porque se contemplan en la misma aspectos que permitirían hablar de una desregulación y apertura a la libre competencia. Además, en la actualidad se está llevando a cabo la reforma sustantiva del marco normativo del sector eléctrico español, como consecuencia del Protocolo para el establecimiento de una nueva regulación del Sistema Eléctrico Nacional que, fir-

bilidad de que empresas distintas a Red Eléctrica accedan a la red de Transporte gestionada por esta última, incluidos los elementos de interconexión internacional, con fines de importación y exportación de electricidad. También, el Tribunal alude a la letra i) del apartado 1 del art. 2 de la Ley de 1984 que permite, cuando concurren ciertas circunstancias, a Red Eléctrica asignar a cada empresa la participación que le corresponda en los intercambios internacionales. Es decir, esta disposición implica que dichas empresas pueden participar en tales intercambios y en absoluto excluye que no puedan hacerlo libremente cuando dichas circunstancias no se den.

(41) El argumento principal de la instancia judicial comunitaria versa sobre el apartado 2 del art. 90 del Tratado CE que, invocado por el Gobierno neerlandés, obligada a la Comisión a demostrar el incumplimiento por parte del Estado holandés de las normas del Tratado y, por consiguiente, la inaplicabilidad de la excepción del art. 90.2, según ha interpretado el Tribunal de Justicia el art. 169 del Tratado CE. Pues bien, el hecho de que la Comisión se limitara a recordar que, para que determinadas medidas puedan quedar fuera de la aplicación de las normas del Tratado al amparo del apartado 2 del artículo 90, es preciso no sólo que esta aplicación impida directa o indirectamente el cumplimiento de la misión específica confiada, sino también que el interés de la Comunidad no resulte afectado, sin facilitar, sin embargo, ninguna explicación destinada a demostrar que a causa de los derechos exclusivos de importación de SEP, los intercambios intracomunitarios de electricidad se han desarrollado y continúan haciendo en forma tal que sea contraria al interés de la comunidad, llevó al Tribunal a desestimar el recurso.

(42) Respecto a la República Italiana y la Francesa, el Tribunal de Justicia viene a decir lo mismo que en la sentencia de los Países Bajos. En estas circunstancias, la Comisión debía probar que los dos Estados miembros habían infringido las normas del Tratado CE. Como consecuencia, el art. 90.2, alegado por las partes con el fin de evitar someterse a la disciplina comunitaria, fue analizado por la Comisión, pero ésta no llegó a demostrar que la situación mantenida en ambos países era contraria al interés de la Comunidad. Es decir, la imposibilidad de excepcionar la vulneración del Tratado no quedó suficientemente justificada, por lo que el Tribunal no pudo condenar y desestimó el recurso.

mado en Madrid el 11 de diciembre de 1996 por el Ministerio de Industria y Energía y las empresas eléctricas más representativas, sentó las bases para la completa apertura del sector.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El objetivo prioritario de la Comunidad en relación con el sector eléctrico es conseguir su progresiva liberalización. Para lo cual se aprobaron las Directivas sobre transparencia de precios, tránsito de electricidad y normas comunes para el mercado interior de la electricidad, que han supuesto un avance importante para acabar con los obstáculos existentes en este sector. Aunque la última de estas directivas ha traído consigo una disminución en la intensidad del proceso aperturista, por lo que se refiere al transporte de electricidad. Y es que del libre acceso de terceros (grandes consumidores industriales y empresas de distribución), previsto en la primera propuesta de directiva del año 1992, se ha llegado finalmente en 1996 al acceso negociado y al de comprador único, elegibles por los Estados miembros. Lo que equivale a impedir los intercambios directos de electricidad a través de las redes. Y ello es así, porque las reformas emprendidas en este ámbito no siempre han contado con el apoyo de todos los Estados miembros, debido principalmente a que la mayor parte de ellos ha desarrollado a lo largo del tiempo una industria eléctrica nacional y contraria a la libre competencia. Además, las empresas de electricidad tampoco se han mostrado partidarias del cambio, pues éste significaba renunciar al proteccionismo dispensado por el cierre de fronteras en cada país.

Con todo, la aplicación de las reglas generales del Tratado CE resulta imprescindible para completar la apertura del sector eléctrico. Lo que se hace especialmente necesario en el transporte de electricidad, cuando la imposibilidad de hacer llegar la electricidad de un Estado miembro a otro a través de la red vulnera la regulación comunitaria. En este sentido, el caso Rendo proporciona las pautas que deben cumplir las empresas dedicadas al transporte de electricidad en materia de competencia. Concretamente, la Decisión de la Comisión, origen del asunto que nos ocupa, recurrió al art. 85.1 del Tratado para sancionar un acuerdo entre empresas de electricidad que restringía las importaciones y exportaciones no destinadas al suministro público. Aunque también se detuvo en el examen de si cabía la excepción del art. 90.2 en este caso. Acertadamente, la Comi-

sión se inclinó por considerar que no se cumplía uno de los requisitos para evitar la aplicación de las normas sobre competencia. Y es que la forma de obtener una liberalización con plena efectividad pasa por la interpretación restrictiva del art. 90.2.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia que resolvió el recurso de anulación contra la Decisión de la Comisión aportó datos esclarecedores sobre una prohibición de importar en el sector del suministro público contenida tanto en un acuerdo entre empresas, como en una ley nacional en relación con las normas comunitarias de la competencia. Al respecto, la solución dada por el órgano judicial puede considerarse sobradamente fundada, pues advierte que la aplicación del art. 85, con objeto de poner fin a un comportamiento contrario a la competencia y derivado de un acuerdo entre empresas, no puede obligar a esas empresas a incumplir una ley nacional. De este pronunciamiento se derivaron dos consecuencias bien distintas. Por un lado, la prohibición de importar contenida en un acuerdo entre empresas que coincidía con la nueva ley neerlandesa de electricidad de 1989 se saldó con la apertura de un procedimiento paralelo ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades, con arreglo al art. 169 del Tratado CE. Eso sí, teniendo en cuenta que la materia objeto de la controversia era la prohibición de importar contenida en la ley nacional y el art. 37 del Tratado CE podría haber resultado aplicable, pero la instancia judicial comunitaria desestimó el recurso interpuesto por la Comisión, ya que ésta no demostró la inaplicabilidad de la excepción del art. 90.2 y, por consiguiente, no dio muestras claras de un incumplimiento por parte del Estado holandés de las obligaciones que le incumbían en virtud del Tratado CE. Por otro, la decisión sobre si la prohibición de importar comprendida en un acuerdo entre empresas y comparada con la regulación vigente antes de la entrada en vigor de la nueva ley de 1989 infringía las normas de la competencia, se resolvió en el caso *Almelo*. En efecto, la sentencia del Tribunal de Justicia en este asunto estimó (al igual que la Decisión de la Comisión en el caso *Rendo* respecto de la prohibición de importar no destinada al suministro público) que la restricción de las importaciones en el sector del suministro público convenida entre empresas estaba en contra de las normas sobre la competencia. Este resultado era posible, según el Abogado General, porque la ley de electricidad aplicable con anterioridad a la de 1989 no prohibía las importaciones en el sector del suministro público. De otro modo, se hubiera puesto en cuestión la decisión del Tribunal de Primera Instancia.

cia que resolvió el recurso de anulación en el caso *Rendo*, consistente en no poder infringir una ley nacional, con objeto de poner fin a un comportamiento contrario al art. 85 del Tratado CE.

Por todo lo expuesto, se entiende que en el caso *Rendo*, tanto el Tribunal de Justicia en su recurso de casación, como el de Primera Instancia tras la devolución del asunto por aquél, decidieran que la Decisión de la Comisión había producido efectos jurídicos consistentes en no sancionar las restricciones a la importación aplicables antes de la nueva ley, sobre todo cuando se había decidido lo contrario en el caso *Almelo*. De ahí, que finalmente se anulara la Decisión de la Comisión, contribuyendo con ello al esclarecimiento de algunas incógnitas que presenta la liberalización del sector eléctrico en materia de libre competencia.