

Transportista, propietario de la red de transporte, gestor de la red de transporte y operador del sistema eléctrico

(un intento de clarificación terminológica y conceptual a la luz de la Directiva núm. 2019/944, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE)

Íñigo del Guayo Castiella

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Almería

Publicado como «Estudio preliminar», en Leiva López, A., La regulación jurídica de las redes de electricidad, ed. Aranzadi, Cizur Menor 2020, pp. 11-40.

1.- Introducción. A propósito de una tesis doctoral:

Desde la aprobación de las primeras normas comunes para la creación de un Mercado Interior de la Electricidad en la Unión Europea, ha existido una asimetría terminológica entre esas normas y las normas españolas relativas a la industria eléctrica. En el lado europeo, se trata de las tres Directivas de 1996, 2003 y 2009¹, y ahora la Directiva de 2019², así como de los dos Reglamentos de 2003 y 2009³, y actualmente el Reglamento de 2019⁴; en el lado español, la Ley núm. 54/1997, de 27 de noviembre de 1997 y a la Ley núm. 24/2013, de 26 de diciembre, ambas del Sector Eléctrico⁵.

En este estudio se examinan las variaciones terminológicas existentes en torno a la actividad del transporte de electricidad. El desconocimiento de esas variaciones, o el intento de ignorarlas para dar un significado equivalente a las expresiones del Derecho europeo y a las del Derecho nacional español, está en el origen de una incorrecta

¹ Directiva núms. 96/92/CE, 2003/54/CE y 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, 26 de junio de 2003 y 13 de julio de 2009 (respectivamente) sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. En el texto me referiré a estas Directivas como las DE1996, DE2003 y DE2009, respectivamente.

² Directiva núm. 2019/944, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE (versión refundida): DO L 158, de 14 de junio de 2019. En adelante, DE2019.

³ Reglamentos núms. 1228/2003, de 23 de junio y 714/2009, de 13 de julio de 2009, y del Parlamento Europeo y del Consejo, relativos a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad.

⁴ Reglamento (UE) 2019/943 del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativo al mercado interior de la electricidad (OJ L 158, de 14 de junio de 2019).

⁵ Sitúo el punto de partida del estudio en 1996, año en que se aprobó la primera Directiva del Mercado Interior de la Electricidad. Aunque en ese momento estaba vigente la Ley núm. 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, le quedaba menos de un año de vigencia cuando la Directiva de 1996 fue aprobada, pues en noviembre de 1997 se aprobó la Ley núm. 54/1997. Por esta razón dejo fuera del análisis la Ley de 1994.

compresión de las normas. También está en el origen de la distorsión que supone cuestionar la corrección jurídica del sistema de separación de actividades en España, cuando nuestro país llevó siempre aquí la delantera y nuestro sistema institucional fue modélico desde su ideación antes, incluso, de la incorporación de España a las Comunidades Europeas.

Este estudio trata de clarificar algunas cuestiones relativas a la separación de actividades. Una cosa es la separación entre actividades, impuesta por el Derecho europeo, y otra es la eventual identificación de intereses contrapuestos, entre unos intereses propios del derecho de propiedad, que persigue rentabilizar la infraestructura de la red transporte, y otros intereses propios de los usuarios de la red de transporte y de los clientes de los comercializadores que acceden a la red. Cuando se alcanza a identificar un conflicto entre esos dos tipos de intereses, y se adoptan medidas, tal separación no puede confundirse con la separación de actividades ni, mucho menos, entender que se trata de una separación impuesta por el Derecho europeo.

Tuve el honor de dirigir la tesis doctoral del Dr. D. Alejandro Leiva López, que es la investigación que está en el origen del libro al que precede este estudio preliminar. Durante la dirección de la tesis de Alejandro, procuré ir proporcionándole orientación sobre algunos conceptos que se revelan oscuros en la legislación eléctrica europea y española. Estas páginas recogen sintéticamente esas orientaciones. El Dr. Leiva llevó a cabo un notable esfuerzo para familiarizarse con esta rama del Derecho, que tiene algunas dificultades. El resultado es el excelente libro que ahora ve la luz, donde el lector puede encontrar sistematizados los elementos esenciales del régimen jurídico de las redes eléctricas. Ese régimen está ahora sujeto a las tensiones provenientes de las nuevas tecnologías, para afrontar las cuales Alejandro ha adquirido la formación necesaria.

2.- Asimetrías terminológicas y/o conceptuales:

La mencionada asimetría terminológica entre el Derecho europeo y el Derecho español se produce en variados e importantes lugares. A continuación, apunto telegráficamente algunas de esas discordancias, para luego detenerme en alguna de ellas:

a) En la normativa europea, la “tarifa” es una “tarifa de acceso”, es decir aquello que en Derecho español conocemos como “peaje”, mientras que en la LSE la “tarifa” es un precio final que paga el usuario;

b) El transporte y la distribución definidos en la DE2019 no coinciden exactamente siempre con el transporte y la distribución definidos en la LSE;

c) La normativa de la UE desconoce el término “comercialización”, a favor de la expresión “suministro”; son expresiones casi idénticas, pero con matices;

d) La operación del sistema del Derecho español no es exactamente lo mismo que la gestión de la red de transporte del Derecho europeo;

e) La transmisión (expresión usada en algunas versiones de las normas europeas) es algo distinto del transporte; y

f) La ley española no habla de propietario de la red, sino de transportista, mientras que las normas europeas se refieren al propietario de la red, y no hablan del transportista.

2.1.- Transmisión y transporte:

Las diversas versiones de la DE2019, en los diferentes idiomas de la UE, oscilan entre el empleo de la palabra «transmisión» y o de la palabra «transporte», para referirse a la actividad de transporte. La expresión «transmisión» parece más correcta, dado que la electricidad no es almacenable (la tecnología, sin embargo, está abriendo posibilidades de almacenamiento, hasta ahora insólitas) y el consumo ha de ser simultáneo a la generación, manteniendo constante la tensión de la red. Por tanto, en puridad, la energía eléctrica no se transporta, sino que es objeto de transmisión. El uso de uno u otro término es relevante, porque la «transmisión» parece acoger, por definición, el despacho de las unidades de generación, mientras que, al gestor de la red de transporte, según la DE2019, puede atribuírsele esa función de despacho⁶. Las siglas inglesas TSO designan a un *Transmission System Operator*, pero la versión española de esas siglas (Gestor de una Red de Transporte) se refieren al transporte. En esta disparidad está la raíz de la disfunción que supone que la LSE establezca que el operador del sistema será el gestor de la red de transporte (art. 30, 1). La palabra *transmission* implica algo más que el transporte. Implica, en realidad, aquellas funciones que el Derecho español confiere al REE, en su condición de OS, como añadido a las funciones que desarrolla REE, en su condición de GRT, y, de modo particular, el *dispatching*.

2.2.- Transporte y distribución:

La DE2019 define el transporte de electricidad de un modo tautológico, pues dice que es *el transporte de electricidad por la red interconectada de muy alta tensión y de alta tensión con el fin de suministrarla a clientes finales o a distribuidores, pero sin incluir el suministro*⁷. Además, no alcanza la DE2019 a distinguir completamente el transporte y la distribución, pues ésta es definida como *el transporte de electricidad por*

⁶ Véase, más ampliamente, el epígrafe 3.

⁷ Art. 2, 34, de la DE2019.

*las redes de distribución de alta, media y baja tensión con el fin de suministrarla a los clientes, pero sin incluir el suministro*⁸.

La LSE no define el transporte, cuanto la red de transporte. No han de extraerse consecuencias de esa disparidad, por la sencilla razón que el transporte se lleva a cabo por medio de una red. Sin embargo, sí ha de destacarse una asimetría terminológica entre el derecho europeo y la legislación española en punto a la definición del transporte mismo (o de la red a través de la cual se lleva a cabo). La LSE distingue entre una red de transporte primario y otra de transporte secundario. La red de transporte primario está constituida por las líneas (y otros activos) con tensiones nominales iguales o superiores a 380 kV. La red de transporte secundario está constituida por las líneas (y otros activos) con tensiones nominales iguales o superiores a 220 kV (que no estén incluidas dentro del transporte primario) y por aquellas otras instalaciones de tensiones nominales inferiores a 220 kV, que cumplan funciones de transporte⁹. Por su parte, la red de distribución está constituida por aquellas líneas (y otros activos), de tensión inferior a 220 kV, salvo aquéllas que, de acuerdo con lo previsto en el precepto que define la red de transporte, se consideren integradas en la red de transporte¹⁰.

Prescindiendo de las disquisiciones bizantinas a que podría dar lugar la comparación de las definiciones de transporte de la DE2019, con las definiciones de transportista, de red de transporte y de red de distribución, de la LSE, pueden extraerse dos conclusiones de relevancia jurídica práctica. En primer lugar, aquello que en la LSE se designa como una red de transporte secundario puede ser considerada, bajo la aplicación de la DE2019, en ocasiones, como una red de distribución. Este es el caso de aquellas instalaciones de tensiones nominales inferiores a 220 kV, que cumplan funciones de transporte, que son transporte secundario para la LSE, pero constituye una actividad de distribución para la DE2019. En segundo lugar, la DE2019 contempla la posibilidad de que haya una distribución en alta tensión (junto a la distribución en media y baja tensión), pero para la LSE toda línea de alta tensión es una línea de transporte; inversamente, una línea de tensión inferior a 220 kV, la cual sería, en principio, una línea de distribución, puede ser considerada como línea de transporte, si cumple funciones de transporte, según la LSE.

⁸ Art. 2, 28, de la DE2019.

⁹ Art. 34, 1, párrafos 2º y 3º, de la LSE. También forman parte de la red de transporte primario, de acuerdo con ese precepto, aquellas otras instalaciones de interconexión internacional y, en su caso, las interconexiones con los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares.

¹⁰ Art. 38, 2, párrafo 1º.

2.3.- Transporte y propietario de la red de transporte:

La LSE no se refiere nunca al «propietario de la red de transporte», sino al «transportista», todo lo contrario de la DE2019 que nunca habla del «transportista» (ni siquiera lo define), sino que sólo se refiere al «propietario de la red de transporte». Esta realidad nos autoriza a trazar una equivalencia entre el propietario de la red de la DE2019 y el transportista de la LSE. La LSE define al transportista y a la red de transporte, mientras que la DE2019 sólo define el transporte, pero no al transportista. La LSE define al transportista como aquella sociedad mercantil que tiene la función de transportar energía eléctrica, así como construir, mantener y maniobrar las instalaciones de transporte y todas aquellas funciones que se recogen en el precepto de la LSE que recoge los derechos y deberes del transportista¹¹.

3.- Transmisión y transporte. Operación del sistema eléctrico y gestión de un sistema de transporte. El despacho de instalaciones de generación (*dispatch*):

El Derecho europeo se ocupa de la figura del gestor de una red de transporte, que puede adoptar diversas formas, fundamentalmente en función de cómo acontezca la separación entre el transporte y las otras actividades eléctricas. Es ilustrativo caer en la cuenta que la versión inglesa de la DE2019 se refiere a un *transmission system operator*, cuando la española habla del gestor de una red de transporte. Es decir, que la versión inglesa prefiere la expresión *transmission* sobre la expresión *transport*. Y la versión española traduce *transmission* como transporte. Sin embargo, no son expresiones sinónimas. La transmisión es algo más amplio, pues abarca todos los elementos del sistema eléctrico (incluyendo suministro y producción), mientras que el transporte se refiere sólo a la red. Por eso el operador del sistema español es operador de un sistema *eléctrico* (no de un *sistema de transporte*), porque incluye poderes, por ejemplo, sobre la producción (por ejemplo, el despacho o *dispatch*). El art. 30, 1, de la LSE atribuye al operador del sistema la función principal de garantizar la continuidad y la seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte.

El gestor de la red de transporte de que habla la DE2019 es, en realidad, un operador del sistema, en el sentido español que tiene esta expresión. Por esta razón, el art. 30, 1, última frase, de la LSE establece que «*el operador del sistema será el gestor de la red de transporte*». Para apreciar la identidad entre el operador del sistema español y el gestor de la red de transporte a que se refiere la DE2019 basta comparar las funciones que

¹¹ Art. 6, 1, letra d, en relación con el art. 36, de la LSE.

se dan al gestor de la red de transporte y al operador del sistema en la DE2019 y en la LSE, respectivamente. Como esa comparación no es suficiente (porque la DE2019 no confiere ninguna función sobre el *dispatching* al gestor de la red de transporte), se debe acudir al Reglamento eléctrico de 2019 para obtener un entendimiento completo.

El artículo 15 de la DE2009, relativo a la ordenación y el equilibrio (*dispatching and balancing*, en inglés), versaba sobre lo más parecido a la figura española de operador del sistema. De acuerdo con ese precepto, la ordenación del funcionamiento de las instalaciones generadoras situadas en su zona (el despacho o *dispatching*) podía encomendarse al gestor de la red de transporte. En cuanto al balance o equilibrio de la red (*balancing*), el precepto parecía presuponer que era llevado a cabo por el gestor de la red de transporte algo, por lo demás, lógico. Las funciones que contemplaba el art. 15 de la DE2009 se asignaban al gestor de la red de transporte y en su condición de gestor de una red de transporte, no como entidad específicamente creada para garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte. A la luz de las funciones que la DE2009 atribuía a los gestores de la red de transporte (art. 12) y atendiendo a la posibilidad de que se les asignase la función del *dispatching* (art. 15), no parecía que hubiese ninguna diferencia entre el operador del sistema española (art. 30 de la LSE) y un gestor de la red de transporte a quien se le hubiese encomendado el despacho de las instalaciones de generación.

El artículo 15 de la DE2009 llevaba por encabezamiento «ordenación y equilibrio». Se refería a dos principales funciones en un sistema eléctrico: el *dispatching* (que es como se refería la versión inglesa de la DE2009 a la *ordenación*) y el balance de la red, llamado equilibrio por el art. 15 de la DE2009 (*balancing*, en la versión inglesa de esa misma Directiva). El precepto señalaba que, sin perjuicio del suministro de electricidad derivado de obligaciones contractuales, incluidas las resultantes de las condiciones de la licitación, el GRT sería competente (siempre que los Estados Miembros le encomendasen esa función) de la *ordenación* del funcionamiento de las instalaciones generadoras situadas en su zona y de la utilización de las interconexiones con otras redes. Es decir, el GRT podría ser responsable del *dispatching* (en terminología inglesa). Esa ordenación (*dispatching*) del funcionamiento de las instalaciones generadoras y de la utilización de las interconexiones debía efectuarse con arreglo a criterios que habían de ser aprobados por las autoridades reguladoras nacionales y debían ser objetivos, publicados y aplicados de forma no discriminatoria, con el fin de lograr un buen funcionamiento del mercado interior de la electricidad. El precepto trataba de asegurar

que en ese *dispatching* se daba preferencia a las renovables y a la electricidad procedente de transferencias por interconexión y admitía la posibilidad de se diese preferencia a la electricidad procedente de cogeneración (*heat and power*) y, con limitaciones, a fuentes autóctonas de electricidad¹². En cuanto al balance de la red, el art. 15 de la DE2009 exigía que las normas adoptadas por los GRTs fuesen objetivas, transparentes y no discriminatorias, incluidas las normas destinadas a hacer pagar a los usuarios de sus redes el desequilibrio energético.

Las pocas previsiones de la DE2009 sobre *dispatch*, se tornan en numerosas previsiones detalladas en el Reglamento de 2019, que incluye dos artículos (12 y 13) sobre el particular. El Reglamento admite la existencia de un modelo de despacho central. Se define por el art. 2, número 29, como aquel *modelo de programación y despacho en el que los programas de generación y los programas de consumo, así como el despacho de las instalaciones de generación de electricidad y las instalaciones de demanda, en referencia a las instalaciones del despacho, están determinados por un gestor de redes de transporte dentro del proceso de programación integrado*.

El Reglamento de 2019 aumenta el número de previsiones sobre el balance de la red, respecto del Reglamento de 2009 e incluye un nuevo art. 6 sobre el mercado de balance. En la actualidad, el art. 40, 1, letra i, de la DE2019, dispone que cada gestor de la red de transporte se encargará de la obtención de servicios auxiliares para garantizar la seguridad operativa. Y en el desempeño de esta función, de conformidad con el art. 40, 4, de la DE2019, los GRTs obtendrán servicios de balance con arreglo a procedimientos transparentes, no discriminatorios y basados en el mercado y a la participación efectiva de todas las empresas eléctricas cualificadas y de todos los participantes en el mercado, incluidos los participantes en el mercado que ofrecen energía procedente de fuentes renovables, participantes en el mercado que presten servicios de la respuesta de demanda, operadores de las instalaciones de almacenamiento de energía y los participantes en el mercado que presten servicios de agregación. A estos efectos, las autoridades reguladoras y los GRTs, en estrecha cooperación con todos los participantes en el mercado, deben establecer los requisitos técnicos para la participación en esos mercados sobre la base de sus características técnicas.

Estas funciones del gestor de la red de transporte en la DE2019, que van más allá de la mera gestión de una red y que incluyen funciones sobre otros aspectos del sistema

¹² Apartados 2 (in fine) y 3.

eléctrico (como la producción), son las que justifican que en la versión inglesa se hable de un sistema de *transmission* (transmisión) y no –sólo- de un sistema de transporte.

4.- ¿Independencia de qué o quién y frente a qué o quién?:

En los estudios regulatorios y en las legislaciones eléctricas de diversos países se hace referencia a la necesaria independencia o separación en el sector eléctrico, pero ¿independencia de qué o de quién y frente a qué o a quién? Se trata, en primer lugar, de la separación entre las actividades de red y las actividades de generación y suministro y, en segundo lugar, de la separación entre la propiedad de la red y la gestión de la red. Veamos ahora ambos tipos de separación y su reflejo en la legislación europea y en la española.

4.1.- Independencia entre las actividades reguladas (transporte y distribución) y las actividades liberalizadas (producción y suministro):

4.1.1.- La libre competencia como finalidad principal del *unbundling*:

Uno de los dos pilares del proceso de creación de un Mercado Interior de la Electricidad en Europa es el *unbundling*, que podemos traducir como separación. El otro pilar es el *Third Party Access* (TPA), que podemos traducir como acceso de terceros a la red (ATR). La separación o independencia promovida por el Derecho de la UE es una separación entre las actividades reguladas de red (transporte y distribución) y las actividades liberalizadas (suministro y generación). La finalidad principal de esta separación es la facilitación de la competencia entre operadores, básicamente, entre suministradores. Al separar los negocios de red de los otros negocios (suministro y generación) se persigue la conversión de la red en una infraestructura neutral que todos los productores y suministradores pueden utilizar en condiciones de igualdad. Si no se estableciese esa separación, el propietario-gestor de la red tendría un claro incentivo para tratar mejor al suministrador o al productor pertenecientes a su mismo grupo empresarial, con discriminación de los demás suministradores o productores. El conflicto de intereses a que trata de dar solución esta separación es el conflicto entre el propietario-gestor de la red y las empresas suministradoras o generadoras pertenecientes a otros grupos empresariales. Esta es la única separación impuesta directamente por el Derecho europeo. Se trata de aquello que la DE2019 llama la «*separación efectiva*». En relación con el tipo más radical de separación posible, que es la separación patrimonial, la DE2019 lo explica con las siguientes palabras:

«En virtud de la separación patrimonial, debe exigirse, por lo tanto, a los Estados miembros que velen por que la misma persona o personas no puedan ejercer control

sobre un productor o un suministrador y, al mismo tiempo, ejercer control o cualquier derecho sobre un gestor de red de transporte o una red de transporte. De la misma manera, el control sobre un gestor de red de transporte o sobre una red de transporte debe excluir la posibilidad de ejercer control o cualquier derecho sobre un generador o suministrador»¹³.

4.1.2.- La seguridad del suministro como finalidad adyacente del *unbundling*:

La finalidad del *unbundling* impuesto por la UE es el fomento de la libre competencia en el mercado eléctrico. Ahora bien, junto a esa finalidad principal, leemos en varios lugares de la DE2019 que la separación de actividades contribuye a garantizar la adecuada inversión en la red y, por ende, la seguridad del suministro. La separación efectiva entre las redes, por un lado, y la generación y el suministro, por otro, no sólo evita el riesgo de discriminación en la explotación de la red sino, también, el riesgo de discriminación «en lo que se refiere a los incentivos de las empresas integradas verticalmente para invertir adecuadamente en sus redes». En relación con la separación patrimonial, se afirma que «es evidentemente una manera efectiva y estable de resolver el conflicto de interés inherente y garantizar la seguridad del suministro». Y, en relación con cualquier sistema de separación entre las redes y la generación y el suministro, la DE afirma que «debe ser eficaz para resolver cualquier conflicto de intereses entre productores, suministradores y gestores de redes de transporte, a fin de crear incentivos para las inversiones que se requieren y garantizar el acceso de nuevos operadores en el mercado con arreglo a un régimen regulador transparente y eficiente»¹⁴. El razonamiento es el siguiente: la separación de los negocios de red del resto de actividades eléctricas (generación y suministro), contribuye a que las necesidades de esas otras actividades no influyan en las decisiones empresariales sobre las redes, incluyendo las decisiones sobre las inversiones. Si los responsables de la red están separados de los demás negocios y gozan de autonomía, invertirán de modo suficiente en la red y de acuerdo con criterios exclusivamente ligados a las necesidades de las redes. Y si hay suficiente inversión en la red, entonces queda garantizada la seguridad del suministro.

4.2.- Independencia entre la propiedad de la red y su gestión:

La segunda finalidad del *unbundling* (la garantía de la inversión y la seguridad del suministro) conecta con otro hipotético posible conflicto de intereses, cual es el conflicto entre el interés del propietario de la red y el interés de la gestión de la red. En el

¹³ Considerando núm. 68 de la DE2019.

¹⁴ Considerandos números 67, 68 y 69 de la DE.

unbundling impuesto por la DE2019 se persigue que la red sea gestionada de modo independiente de las otras actividades eléctricas, como el suministro y la generación. Se entiende que tal independencia contribuye a que haya inversión en la red, una inversión guiada sólo por las necesidades de la red misma, sin interferencia de las necesidades del suministro o de la generación. El abordaje del (posible) conflicto de intereses entre la propiedad de la red y la gestión de la red implica un paso más. Los posibles obstáculos para una inversión y una gestión adecuadas en la red no serían ya las necesidades de los negocios liberalizados (generación y suministro), sino los intereses del propietario de la red. Este planteamiento es hipotético porque parte de dos premisas que no tienen por qué cumplirse siempre necesariamente, cuales son, primero, que el interés del propietario es únicamente la maximización del beneficio y el reparto de dividendos a los accionistas y, segundo, que una adecuada y saneada gestión de la red, atenta a las nuevas tecnologías eléctricas, choca con el interés de la obtención de rentabilidad por parte del propietario.

Con el *unbundling* promovido por el Derecho europeo no se persigue dar una solución al conflicto de intereses entre el propietario de la red y el gestor de la red, con la excepción del sistema ISO (*Independent System Operator*)¹⁵. Este segundo posible tipo de conflicto de interés entre la propiedad y la gestión es abordado por algunas legislaciones nacionales, como la española, sin que sea posible referir el contenido de esa legislación al Derecho de la UE¹⁶. Algunos estudios regulatorios postulan una separación entre la propiedad de la red y la gestión de la red, una separación que tiene ocasionalmente un reflejo en algunas leyes eléctricas. Se arguye que el interés del propietario por maximizar el beneficio que obtiene de la actividad de transporte podría colisionar con otros intereses. Entre los intereses distintos de los del propietario, con los cuales podrían colisionar, pueden destacarse algunos: el adecuado mantenimiento de la red, su adecuada y ordenada renovación, la extensión de la red hacia zonas donde se necesita (pero donde no hay tanto consumo), el fortalecimiento de la red en lugares donde se ubican instalaciones de generación con fuentes renovables, por ejemplo, con el interés en el mantenimiento de una red constantemente mejorada y renovada, o con el interés de dar soporte con la red a nuevos negocios o nuevas formas de producción de electricidad. Se postula, incluso, una separación accionarial o patrimonial entre el gestor de la red y el propietario, con olvido de que determinadas medidas impuestas sobre la conducta del propietario pueden ser más eficaces y menos invasivas que tal separación accionarial.

¹⁵ Véase el epígrafe siguiente 4.3.

¹⁶ Véase el epígrafe siguiente 8.

Dejando ahora a un lado la corrección y veracidad de ese planteamiento, el Derecho europeo no impone esa separación entre propiedad y gestión. Al contrario, en el sistema de separación patrimonial, el sistema preferido por la Comisión Europea, se dice que el propietario de la red es el gestor. Tanto el art. 9, 1, letra a, de la DE2009, como el art. 43, 1, letra a, de la DE2019, establecía y establece lo siguiente: «*Los Estados miembros garantizarán que toda empresa propietaria de una red de transporte actúe como gestor de la red de transporte*». El art. 43 de la DE2019 lleva por encabezamiento «*separación patrimonial de las redes de transporte y de los gestores de redes de transporte*». El art. 43 es el único precepto dedicado a la separación patrimonial. Al referirse conjuntamente a la separación patrimonial de las redes y de los gestores de redes de transporte, está corroborando la idea de que propiedad y gestión coinciden en el sistema de separación patrimonial.

Cuando la LSE regula el transporte en el Título VI (arts. 34 a 37, ambos inclusive), incluye un art. 36 que versa sobre «los derechos y obligaciones del transportista». En realidad, el transportista regulado por la LSE es, en gran medida, el propietario de la red. La LSE no se refiere nunca al propietario de la red de transporte, sino al transportista. Esto es justo lo contrario de lo que hace la DE2019 que no habla nunca del transportista, sino del propietario de la red¹⁷.

En ocasiones, algunos partidarios de la separación entre propiedad y gestión, atribuyen al Derecho europeo su propia postura, con olvido de que el derecho europeo se limita a exigir la separación entre actividades. Por ejemplo, existió un «*Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el Mercado Interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE*»¹⁸. El Proyecto mandaba que se constituyesen dos sociedades mercantiles, filiales de Red Eléctrica Corporación, S.A.: una de las sociedades sería el Operador del Sistema (en adelante, el OS) y la otra, Red Eléctrica de España, S.A.U., desarrollaría las funciones de transportista y gestor de la red de transporte (en adelante, TSO). Adicionalmente, se imponía una separación patrimonial, tanto entre el OS y las actividades de producción y suministro, como entre

¹⁷ Para ser preciso, la LSE se refiere en una sola ocasión a REE como propietaria de la red y es en el art. 36, 3, letra l, que atribuye al transportista la siguiente función: «*Maniobrar y mantener las instalaciones de su propiedad de acuerdo con las instrucciones y directrices a las que hace referencia el párrafo l) del artículo 30.2*».

¹⁸ BOCG, Congreso de los Diputados núm. A-141-1 de 15 de julio de 2011.

el TSO y esas mismas dos actividades. El proyecto decayó por la disolución de la Cortes generales. Tras la constitución de la Cortes, el proyecto no fue retomado con el mismo contenido.

4.3.- El sistema del *Independent System Operator* (ISO) y la separación entre actividades eléctricas:

El ISO implica una separación entre la propiedad de la red y su gestión. Sin embargo, el ISO es una opción que el Derecho europeo da a los Estados miembros, no una imposición y apenas es utilizado en la Unión Europea¹⁹. Aun cuando el ISO se caracteriza porque la gestión de la red es llevada a cabo por una entidad distinta e independiente de su propietario, la preocupación principal de los dos preceptos que regulan la figura (arts. 44 y 45 de la DE2019) es la independencia o separación entre la red de transporte y las otras actividades eléctricas desarrolladas. De hecho, para que pueda tener lugar la designación del ISO, el candidato a gestor debe demostrar que cumple las condiciones establecidas sobre separación entre la red, por un lado, y la generación y el suministro, por otro, para el sistema de separación patrimonial²⁰. Por su parte, el art. 45 establece las reglas de separación a que ha de sujetarse el gestor de la empresa propietaria de la red de transporte, respecto de las actividades de generación, suministro y distribución²¹. Dicho de otro modo, en el sistema ISO hay que garantizar que tanto el propietario de la red, como el gestor de la red (ISO) están separados de las actividades de generación, distribución y suministro.

¹⁹ «The ISO model is not a broadly used model»: CEER Status Review on the Implementation of Transmission System Operators' and Distribution System Operators' Unbundling Provisions. Update and Clean Energy Package Outlook, 28 April 2016, Ref. C18-LAC-02-08, June 2019 (<https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/f69775aa-613c-78a5-4d96-8fd57e6b77d4>). Este estudio sólo identifica a Letonia como Estado miembro de la UE que tiene un sistema ISO.

²⁰ Art.44, 2, letra a, en relación con el art. 43, 1, letras b, c y d, ambos de la DE2019.

²¹ El encabezamiento del art. 45 de la DE2019 es el siguiente: «Separación de los propietarios para gestores de red independientes». Considero que es un error de la versión española. La versión inglesa dice «*unbundling of transmission system owners*», lo cual hubiese debido traducirse como «separación de los propietarios de la red de transporte». De hecho, eso es lo que dice, por ejemplo, la versión italiana: «*separazione dei proprietari dei sistemi di trasmissione*». En la versión española, la traducción podría haber sido mejor. Se refiere en dos ocasiones a las «*las personas encargadas de la gestión del propietario de la red de transporte*», pero hubiese sido mejor que hablase de «*las personas encargadas de la gestión de la empresa propietaria de la red de transporte*» (esto es lo que hace, por ejemplo, la versión italiana). La versión francesa es defectuosa, como la española.

5.- Los sistemas de separación de actividades y la independencia:

5.1.- *Transmission System Operator, Independent System Operator e Independent Transmission Operator:*

Conviene realizar algunas aclaraciones terminológicas, sobre los diversos significados de las expresiones *transmission system operator, independent system operator e independent transmission operator*. No se trata de un mero juego de palabras, sino que detrás de la terminología laten unos determinados conceptos. En materia de separación de actividades, predomina en España la terminología inglesa. Los profesionales españoles del sector energético se refieren habitualmente al TSO (*transmission system operator*), al ISO (*independent system operator*), y al ITO (*independent transmission operator*). En ese lenguaje profesional, las tres opciones o modelos de separación se vienen designando como sistema TSO (para referirse al modelo donde existe una separación patrimonial), o sistema ISO (para referirse a un sistema de separación entre la propiedad de la red y su gestión), o sistema ITO (para referirse a un sistema de separación funcional reforzada).

Las versiones españolas de la DE2009 y de la DE2019 se refieren al TSO como *Gestor de Red de Transporte* ó GRT, al ISO como *Gestor de Red Independiente* ó GRI, y al ITO como *Gestor de Transporte Independiente* ó GTI. No era aceptable, sin embargo, que al modelo de separación patrimonial se le designara en la DE2009 como modelo TSO, a secas, por la sencilla razón que también el ISO y el ITO eran un TSO para la Directiva. Esta idea podría ser un tanto confusa en la DE2009, pero está ahora formal y expresamente recogida en la DE2019. Siempre que en este trabajo me refiera al TSO o al Gestor de la Red de Transporte (GRT) ha de entenderse que la expresión abarca a los tres tipos, salvo que del contexto se deduzca que se está refiriendo sólo a uno de los tres modelos. Cuando quiera referirme al TSO separado patrimonialmente, así lo especificaré.

5.2.- Un género y tres especies:

Tanto en la DE2009 como en la DE2019 existe un género, denominado *Transmission System Operator* (TSO) ó Gestor de la Red de Transporte (GRT), dentro del cual existen tres especies o modalidades posibles: a) TSO separado patrimonialmente de la producción y el suministro; b) TSO en forma de ISO y c) TSO en forma de ITO. Para comprender la DE2009 y la DE2019 es importante no perder de vista que tanto el ISO como el ITO, son dos especies posibles de TSO.

De acuerdo con la DE2009 y la DE2019, el gestor de la red de transporte (TSO, en sus siglas en inglés), es toda persona física o jurídica que sea responsable de la

explotación, el mantenimiento y, en caso necesario, el desarrollo de la red de transporte en una zona determinada, así como, en su caso, de sus interconexiones con otras redes, y de garantizar que la red tiene capacidad para asumir, a largo plazo, una demanda razonable de transporte de electricidad²². Ni la DE2009, ni la DE2019 definen el ISO, ni el ITO. Sólo definen al TSO, una definición válida para cualquier clase de TSO. Ese TSO así definido puede ser, bien un TSO separado patrimonialmente²³, bien un ISO²⁴, bien un ITO²⁵.

La DE2009 contenía dos Capítulos específicos sobre el transporte de electricidad y sobre el *unbundling*: el Capítulo IV (Gestión de la Red de Transporte) y el Capítulo V (Gestor de Transporte Independiente).

De acuerdo con la estructura de esos dos Capítulos IV y V de la DE2009, parecía que separaba la regulación del TSO (GRT), de la regulación del ITO (GRI). Sin embargo, el ITO era en la DE2009 una especie de TSO (también lo es la DE2019). Las funciones de los TSO, enumeradas en el art. 12 (que llevaba por encabezamiento «funciones de los TSO»), no sólo eran funciones que debían cumplir los TSO separados patrimonialmente de la producción y el suministro, sino que debían ser ejercitadas por cualquier TSO, incluyendo al ISO y al ITO. Las funciones de todo TSO estaban enumeradas en el art. 12 de la DE2009 y están hoy enumeradas en el art. 40 de la DE2019. El art. 17, 2, de la DE2009 aclaraba que las funciones de ITO que en ese precepto se enumeraban, se añadían a las funciones establecidas del art. 12, un aclaración que en idénticos términos hace hoy el art. 46, 2, de la DE2019.

El art. 13, 2, letra b, de la DE2009 establecía que para autorizar y designar a un ISO, el candidato a gestor debía demostrar que podía cumplir las funciones del art. 12. Y el art. 17, 2, de la DE2009 disponía que el ITO debía cumplir las funciones enumeradas en el art. 12. En el Capítulo IV de la Directiva (con el encabezamiento «*Gestor de la Red de Transporte*») se regulaba tanto el TSO separado patrimonialmente de la producción y el suministro (art. 9), como el TSO en forma de ISO (*Independent System Operator* -ISO- o Gestor de Red Independiente -GRI-) (art. 13).

²² Art. 2, 4, de la DE2009 y art. 2, 35, de la DE2019.

²³ Art. 9 de la DE2009 y art. 43 de la DE2019.

²⁴ Arts. 13 y 14 de la DE2009 y arts. 44 y 45 de la DE2019 (que forman la Sección 2ª del Capítulo IV: «Gestores de red independientes»).

²⁵ Arts. 17 a 23, ambos inclusive, de la DE2009 (que formaban el Capítulo V: «Gestor de Transporte Independiente») y arts. 46 a 51, ambos inclusive, de la DE2019 (que forman la Sección 3ª del Capítulo IV: «Gestores de Transporte Independiente»).

El ITO se regulaba en el siguiente Capítulo V (con el encabezamiento «*Gestor de Transporte Independiente*» ó *Independent Transmission Operator*). Ese Capítulo V de la DE2009 estaba dedicado sólo al ITO (a diferencia del Capítulo IV, el cual estaba dedicado al TSO separado patrimonialmente y al ISO). Hay una explicación clara al hecho que el ITO no estuviese regulado, también, dentro del Capítulo IV (que es el Capítulo dedicado a todo TSO).

La explicación es la siguiente. En la DE2003 existía un Capítulo III, con el encabezamiento «Gestión de la Red de Transporte» ó TSO. En ese Capítulo, la Directiva de 2003 establecía cuáles eran las funciones que debía tener un TSO y se ocupaba de garantizar que si el TSO pertenecía a una empresa integrada verticalmente, estuviese separado, jurídica y funcionalmente, de las otras empresas del grupo energético. Lógicamente, si en algún Estado miembro, como España, el TSO estaba separado patrimonialmente, estaba claro que la DE2009 quedaba cumplida, de modo íntegro. La Comisión Europea propuso el 19 de septiembre de 2007 un texto que luego se convirtió en la DE2009. La propuesta consistía en una modificación de la DE2003. Se proponían algunas modificaciones en el Capítulo III, para que los Estados miembros escogiesen entre dos opciones: un TSO separado patrimonialmente de la producción y el suministro, o un TSO en forma de ISO. Ambos TSOs (el separado patrimonialmente y el ISO) quedaban regulados en el único Capítulo -el III- dedicado a los TSO²⁶. Frente a la propuesta de la Comisión Europea reaccionaron Francia y Alemania, seguidos de otros Estados miembros, de forma que en los Consejos de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2007 y de 6 de junio de 2008 (*transportes, telecomunicaciones y energía*), se abrió una tercera vía. Esa tercera vía es la del *Gestor de Transporte Independiente* o ITO. Eran tantos los cambios derivados de la incorporación de esa *tercera vía*, que la propuesta se transformó de una mera modificación de la DE2003, a una nueva Directiva, que habría de derogar a la DE2003. Pues bien, en la propuesta de una nueva Directiva, en lugar de introducir las previsiones sobre el ITO (promovidas por Francia y Alemania) en el Capítulo sobre el TSO, se optó por hacer un Capítulo independiente sobre el ITO. Esa es la explicación de que en la DE2009 el ITO esté en un Capítulo distinto al Capítulo donde se regula el TSO separado patrimonialmente y al TSO en forma de ISO. Se trata de una

²⁶ *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/54/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad*, COM (2007) 528 final, de 19 de septiembre de 2007.

razón derivada del trámite de aprobación de la Directiva de 2009, no de una razón sustantiva.

Que el ITO estuviese regulado en la DE2009 en un Capítulo distinto al Capítulo relativo al TSO separado patrimonialmente y al ISO, no significaba que el ITO no debiese ser considerado como una especie o modalidad de TSO. Por el contrario, existían argumentos en la DE2009 para afirmar que el ITO era una especie o modalidad de TSO, entre los que se encuentran los cinco siguientes: a) no había en la DE2009 nada más que una definición de TSO, válida para las tres opciones (art. 2, 4); b) el art. 17, 2, de la DE2009 decía que el ITO tenía que cumplir las funciones del art. 12 (este artículo estaba ubicado en el Capítulo sobre el TSO); c) el procedimiento de certificación del ITO era común al procedimiento de certificación del TSO separado patrimonialmente y al ISO: el art. 18, 10, de la DE2009 remitía al Reglamento de 2009 y al art. 10 de la DE2009 (este artículo estaba ubicado en el Capítulo sobre el TSO); d) el art. 9, 9, de la DE2009 designaba al ITO como TSO; y e) el art. 22, 1, de la DE2009 designaba al ITO como TSO.

La opción preferente de la Comisión Europea y de la DE2009 misma es el TSO separado patrimonialmente de las actividades de producción y suministro. Esta modalidad se encontraba en el art. 9 de la DE2009 (apartados 1 a 7, ambos inclusive), dentro del Capítulo IV. En cuanto al TSO en forma de ISO, existía un propietario de la red, pero la gestión íntegra de la red y todas las funciones que el art. 12 de la DE2009 establecía para los TSO (incluyendo su gestión y mantenimiento), eran ejercitadas por una entidad designada con esa finalidad. El propietario de la red era un mero tenedor de un activo (la red), y no tenía ninguna responsabilidad sobre la gestión de la red. Esta modalidad se encontraba en el art. 13 de la DE2009, dentro del Capítulo IV. La modalidad de TSO en forma de ITO fue introducida después de que la Comisión Europea hiciese su propuesta el 19 de septiembre de 2007, lo cual explica que constituyese un Capítulo independiente. Se trató de una versión reforzada del TSO separado funcionalmente, respecto de la separación funcional exigida por la DE2003. La red de transporte y su gestión permanecía en una empresa integrada verticalmente, pero había de estar separada -jurídica y funcionalmente- del resto de actividades. Esta modalidad se encontraba en el Capítulo V (arts. 17 a 23, ambos inclusive), de la DE2009.

5.3.- La gestión de la red de transporte en la Directiva de 2019 y la separación de actividades:

El Capítulo IV de la DE2009 versaba sobre la Gestión de la Red de Transporte (fuere cual fuere la forma de separación de actividades), mientras que el Capítulo V versaba sobre el Gestor de Transporte Independiente (sistema ITO). No había un capítulo específico sobre la separación de actividades, lo cual generaba algunas dificultades interpretativas, acerca del alcance y aplicabilidad de los tres regímenes de separación. Esta defectuosa estructura de la DE2009 ha sido notablemente corregida por la DE2019: después de un capítulo general sobre las normas generales aplicables al gestor de la red de transporte (V: que incluye un precepto sobre las funciones de todos los gestores de red de transporte), se contiene uno específico sobre la separación de los gestores de red de transporte. Los cambios introducidos por la DE2019 en materia de *unbundling* en el transporte de electricidad no son sustanciales, respecto de la DE2009. Aquello que mejora es la estructura de la norma.

La estructura de la DE2019 viene a corroborar aquello que ya estaba establecido, un poco más confusamente en la DE2009, a saber, que existe un concepto de Gestor de la Red de Transporte (GRT) o TSO (*Transmission System Operator*), dentro del cual existe tres modalidades en función de la manera en que se separe la red de las actividades negociales (generación y suministro) y de la distribución: TSO separado patrimonialmente, ITO e ISO. El Capítulo V de la DE2019 lleva por título «*normas generales aplicables al gestor de la red de transporte*» y contiene las funciones aplicables a todos los gestores de la red de transporte, sea cual sea la forma en que se constituya²⁷. El Capítulo VI lleva por encabezamiento «*separación de los gestores de las redes de transporte*», con cinco secciones: una relativa a la separación patrimonial (art. 43), otra relativa a los gestores de red independiente (GRI ó ISO: arts. 44 y 45), una sección dedicada a los gestores de transporte independientes (GTI ó ITO: arts. 46 a 51), una cuarta sección sobre designación y certificación de los gestores de redes de transporte: arts. 52 a 54) y una sección quinta sobre separación y transparencia de cuentas (arts. 55 y 56).

La Sección 1ª (arts. 53 y 54) lleva por encabezamiento «*separación patrimonial de las redes de transporte y de los gestores de la red de transporte*». Esa forma de expresarse es coincidente con la que tenía el encabezamiento del art. 9 de la DE2009, que

²⁷ La versión inglesa es más ilustrativa en este sentido, pues el encabezamiento del Capítulo V está en plural (a diferencia del español, que está en singular): «*general rules applicable to transmission system operators*».

trataba del mismo tema. Y es una forma de expresarse que genera una cierta perplejidad en el intérprete. El precepto no persigue establecer reglas de separación entre la red y la gestión de la red. El precepto persigue separar la red y la gestión de la red de las otras actividades eléctricas (generación y suministro). Para superar aquella perplejidad, es preciso tener presente que en el sistema de separación patrimonial el propietario de la red es su gestor y que, por tanto, el encabezamiento de la Sección 1ª está hablando del propietario-gestor.

La DE2019 dedica un Capítulo, el VI, a la separación de los gestores de red de transporte, el cual se llama *unbundling of transmission system operators*, en inglés. Dentro de ese capítulo se regula tanto la separación patrimonial (Sección 1ª), como la separación entre la propiedad y la gestión de los gestores de red independientes (ISO, en inglés: Sección 2ª), como el sistema de gestor de transporte independiente (ITO, en inglés: Sección 3ª). Es relevante que los gestores de esos tres sistemas sean denominados como *transmission system operators* (TSO), en inglés. Es relevante porque en la jerga energética española nos hemos acostumbrado a designar el sistema de separación patrimonial como sistema TSO (bien es verdad que, a veces, y algunos, hablan del TSO separado patrimonialmente). Se trata de una aclaración importante, para evitar confusiones en la comunicación y para que el Derecho de la UE sea aplicado adecuadamente.

5.4.- ¿Dónde radica, de verdad, la independencia? El lenguaje como obstáculo:

El lenguaje sirve para comunicarse, pero, en ocasiones, contribuye a oscurecer los conceptos o a dificultar la comunicación. Este es, aquí, el caso. El sistema que verdaderamente contribuye a la separación de actividades (la separación entre la red de transporte y las otras actividades eléctricas) es el sistema de separación patrimonial, el TSO separado patrimonialmente. Cuando en un sistema eléctrico se impone a la empresa de transporte la obligación de desinvertir en activos de distribución, generación y suministro, se convierte a la empresa de transporte en una empresa que gestiona sólo los activos de transporte y se le prohíbe tener ninguna actividad de generación, distribución o suministro, entonces esa empresa es independiente, en un sentido propio y verdadero. Esa prohibición va lógicamente acompañada de la prohibición de que la empresa de transporte adquiera participaciones en empresas de generación, distribución o suministro, y *viceversa*. A pesar de que el TSO separado patrimonialmente es el que verdaderamente garantiza la independencia de la red de transporte de otras actividades eléctricas, la

palabra *independencia* no está en el nombre que se utiliza para designarlo. Sin embargo, en el sistema ISO y en el sistema ITO, que son sistemas de separación que no garantizan la independencia de la red de transporte de forma tan radical, está la palabra independencia (gestor de red independiente o *independent system operator* y gestor de transporte independiente o *independent transmission operator*). Por esta razón, en este aspecto el lenguaje oscurece la realidad, al prescindir de la palabra *independiente* para referirse al TSO separado patrimonialmente y utilizarla para referirse a las otras dos formas de separación (ITO e ISO) que no garantizan la independencia con tanta intensidad.

6.- Red Eléctrica de España y sus funciones:

Para entender correctamente la posición que ocupa REE en el sistema eléctrico español hay que atender a varios preceptos de la LSE. El art. 6, apartado 1, de la LSE establece que las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica son desarrolladas por los siguientes sujetos:

«(...) c) El operador del sistema, que es aquella sociedad mercantil que tiene las funciones que le atribuye el artículo 30.

d) El transportista, que es aquella sociedad mercantil que tiene la función de transportar energía eléctrica, así como construir, mantener y maniobrar las instalaciones de transporte y todas aquellas funciones que se recogen en el artículo 36» (en ese precepto se lee lo siguiente: «El transportista será responsable del desarrollo y ampliación de la red de transporte...»).

De acuerdo con el art. 30, 1, segunda frase, de la LSE, el operador del sistema es el gestor de la red de transporte. Por su parte, el art. 34, 2, de la LSE, dispone que Red Eléctrica de España, S.A., actúa como transportista único, desarrollando la actividad en régimen de exclusividad en los términos establecidos en la LSE. El art. 34 de la LSE define la red de transporte primario como aquella constituida por las líneas, parques, transformadores y otros elementos eléctricos con tensiones nominales iguales o superiores a 380 kV y aquellas otras instalaciones de interconexión internacional y, en su caso, las interconexiones con los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares.

Se trata, por tanto, de dos figuras distintas: una cosa es la operación del sistema (gestión de la red de transporte) y otra es el transporte, aunque sean ejercitadas por la misma entidad (REE).

El art. 8, 2, de la LSE dispone que la operación del sistema, la operación del mercado, el transporte y la distribución de energía eléctrica tienen carácter de actividades

reguladas a efectos de su separación de otras actividades, y su régimen económico y de funcionamiento se ajustará a lo previsto en la LSE.

El art. 30. 1, de la LSE dispone que el operador del sistema tiene como función principal garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte. Ejerce sus funciones en coordinación con los operadores y sujetos del Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica bajo los principios de transparencia, objetividad, independencia y eficiencia económica. De acuerdo con ese mismo precepto, el operador del sistema es el gestor de la red de transporte.

De conformidad con el art. 31, 1, de la LSE, la sociedad mercantil que actúe como operador del sistema debe ser autorizada y designada como gestor de la red de transporte por el Ministro de Industria, Energía y Turismo, a solicitud de la interesada. Entre los sujetos del sistema eléctrico enumerados en el art. 6 de la LSE no se encuentra el Gestor de la Red de Transporte. La explicación podría estribar en una incorrecta secuencia lógica de la LSE, que es la siguiente: a) hay un operador del sistema entre los sujetos del sistema eléctrico, que es el gestor de la red de transporte²⁸; b) hay un transportista único²⁹; y c) el operador del sistema es el gestor de la red de transporte³⁰. Una lógica mejor hubiese debido conducir a esta otra secuencia: a) existe un transportista único; b) ese transportista único es el gestor de su red, o sea, el gestor de la red de transporte (que es también único, como único es el transportista), y c) el gestor de la red de transporte es, además, el operador del sistema.

Cabría preguntarse si cabe introducir una cuarta figura (junto al transportista, al gestor de la red de transporte y al operador del sistema), que sería el propietario de la red de transporte. De acuerdo con el Derecho europeo, hay una identificación práctica entre transportista y propietario de los activos de transporte. Por ejemplo, el art. 9, 1, letra a, de la DE2009 establecía que los Estados miembros debían garantizarán que toda empresa propietaria de una red de transporte actuase como gestor de la red de transporte, donde está implícita la identificación, a mi juicio, entre transportista y propietario de la red. De hecho, la DE2009 no define la figura del transportista, y tampoco lo hace la DE2019 (aunque sí definen el transporte). La DE2019 establece una distinción clara entre el gestor de la red de transporte y el propietario de la red (es decir, entre el GRT y el transportista).

²⁸ Art. 6, 1, letra c, en relación con el art. 30, 1, ambos de la LSE.

²⁹ Art. 6, 1, letra d, en relación con el art. 34, 2, ambos de la LSE.

³⁰ Art. 31, 1, de la LSE.

Así, por ejemplo, en el art. 41, 1, de la DE2019. En la LSE no existe la figura del propietario de la red, como algo distinto al transportista. De la definición de transportista del art. 6, 1, letra d, se desprende que ese sujeto es el propietario de la red. La palabra “propietario” no se usa en ningún lugar de la LSE.

7.- La separación patrimonial entre el transporte y el resto de actividades eléctricas en Derecho español:

El art. 12 de la LSE lleva por encabezamiento «separación de actividades». Su primer apartado dispone que las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas de transporte, distribución y operación del sistema³¹ deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de tales actividades sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción, de comercialización o de servicios de recarga energética, ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades.

Este precepto hay que leerlo conjuntamente con aquellos otros que abordan específicamente la separación patrimonial a que está sujeta REE (art. 30 de la LSE y DA 23^a de la LSE de 1997). De acuerdo con el art. 12, 1, LSE, REE puede llevar a cabo el transporte y la operación del sistema (gestión de la red de transporte), pero la DA 23^a obliga a que, dentro de REE, haya dos unidades distintas, una para el transporte y otra para la operación del sistema/gestión de la red de transporte.

A continuación, el segundo apartado del art. 12 de la LSE permite que un grupo de sociedades desarrolle actividades incompatibles de acuerdo con la LSE, siempre que sean ejercidas por sociedades diferentes, y se cumplan determinados criterios de independencia. Ese apartado 2 versa sobre lo que en la DE209 se llama el *independent transmission operator* (ITO). Ese art. 12, 2, se aplica a los grupos energéticos que tienen filiales de distribución y comercialización. Sin embargo, el Derecho español ha ido más allá respecto del transporte de electricidad. El derecho español ha implantado el transportista único y un sistema de separación patrimonial, que rebasa las previsiones del art. 12, 2, de la LSE.

La implementación del sistema de separación patrimonial del gestor de la red de transporte/operador del sistema, recogido en el art. 43 de la DE2019, se encuentra en el art. 30 de la LSE de 2013 y en la DA 23^a de la LSE de 1997 (uno de los pocos preceptos de esa Ley que aún subsisten).

³¹ El precepto remite aquí al art. 8, 2, de la LSE, donde se enumeran las actividades reguladas (por oposición a las liberalizadas).

A la sociedad matriz de REE le es de aplicación lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 30 de la LSE³² El operador del sistema debe adoptar la forma de sociedad mercantil. El régimen societario se ajusta a las condiciones siguientes:

a) Ninguna persona física o jurídica tiene derecho:

1.º A ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o comercialización, y simultáneamente ejercer control, de manera directa o indirecta o ejercer ningún derecho en el operador del sistema, ni

2.º a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre el operador del sistema eléctrico o sobre el gestor de la red de transporte de electricidad o de gas natural y simultáneamente ejercer control, de manera directa o indirecta o ejercer ningún derecho en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o comercialización.

Estas primeras limitaciones del art. 30, 1, letra a, de la LSE coinciden con las limitaciones establecidas, para la separación patrimonial, por el art. 43, 1, letra b, de la DE2019. Ahora bien, en el art. 30, 1, letra a, 1º, de la LSE vemos que la ley española habla de control o derecho «*en el operador del sistema*», pero la DE2019 se refiere a control o derecho «*en un gestor de la red de transporte o en una red de transporte*» (art. 43, 1, letra b, letra i). La explicación estriba en que el operador del sistema es el gestor de la red de transporte y la DE2019 distingue entre gestor de la red y red, de la misma manera que la LSE española distingue entre operador del sistema y transportista. Sin embargo, en Derecho español hay una identidad entre estas tres figuras: operador del sistema-gestor de la red-transportista. En realidad, cuando la DE2019 habla de «red» como algo distinto del «gestor de la red», está distinguiendo entre el propietario de la red (la red) y el gestor de la red (ya sabemos que la LSE española no habla de propietario de la red, sino de transportista).

Por otra parte, el art. 30, 1, letra a, 2º, habla de ejercer control «*sobre el operador del sistema eléctrico o sobre el gestor de la red de transporte de electricidad o de gas natural*», mientras que el art. 43, 1, letra b, letra ii, se refiere a «ejercer control sobre un gestor de la red de transporte o una red de transporte». La distinción de la DE2019 entre la «red» y el «gestor de la red» merece un comentario idéntico al realizado en el párrafo anterior. La discordancia entre ambas normas pone de relieve una cierta redacción

³² La referencia al art. 34, 1, de la DA 23ª LSE de 1997 ha de entenderse hecha hoy al art. 30, 1, de la LSE de 2013.

defectuosa de la LSE, porque el *gestor de la red de transporte de electricidad* es lo mismo *operador del sistema eléctrico*, es decir, REE. El defecto consiste en que la idea está repetida dos veces. La LSE amplía la prohibición de control sobre la generación y la comercialización a aquella persona física que controle al gestor de la red de transporte de gas natural.

En relación con el gas natural, el último párrafo del art. 30, 1, de la LSE, dispone que, a los efectos de lo dispuesto en la letra a de ese art. 30, 1, se incluyen también dentro del concepto de empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o comercialización a aquellas que realicen las actividades de producción y comercialización en el sector del gas natural. Aquí coincide también la LSE con el art. 43, 3, de la DE2019.

b) Ninguna persona física o jurídica tiene derecho a nombrar a los miembros del órgano de administración del operador del sistema o gestor de la red de transporte de electricidad o de gas natural si, directa o indirectamente, ejerce control o ejerce derechos en una empresa que realice cualquiera de las actividades de generación o comercialización.

c) Ninguna persona física o jurídica tiene derecho a ser miembro del órgano de administración, simultáneamente en una empresa que realice cualquiera de las actividades de generación o comercialización y en el operador del sistema.

Las limitaciones del art. 30, 1, letras b y c, de la LSE son las impuestas por el art. 43, 1, letra c y d, respectivamente, de la DE2019. La distinción de la DE2019 entre la «red» y el «gestor de la red», y su sustitución en la LSE por la referencia al operador del sistema, merece comentarios idénticos a los realizados en los párrafos anteriores.

d) Los derechos indicados en los párrafos a) y b) anteriores, incluyen, en particular:

1.º La facultad de ejercer derechos de voto en relación con los órganos de administración o gobierno de las sociedades;

2.º La facultad de designar a miembros del órgano de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, o

3.º la posesión de participaciones accionariales mayoritarias conforme se establece en el art. 42.1 del Código de Comercio³³.

Además de la aplicación de las previsiones del art. 30, 1, de la LSE de 2013, la sociedad matriz de REE tiene las siguientes limitaciones:

³³ El contenido del art. 30, 1, letra d, de la LSE, coincide con el contenido del art. 43, 2, de la DE2019.

a) Puede participar en cualquier persona física o jurídica, siempre que la suma de su participación directa o indirecta en el capital de esta sociedad no supere el 5 por ciento del capital social ni ejerza derechos políticos por encima del 3 por ciento. Estas acciones no pueden sindicarse a ningún efecto³⁴.

b) Aquellos sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico y aquellas personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital de dichos sujetos con una cuota superior al 5 por ciento, no pueden ejercer derechos políticos en la matriz por encima del 1 por ciento (sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el art. 30, 1, de la LSE, para los comercializadores y generadores)³⁵.

Estas limitaciones no son aplicables a la participación correspondiente a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, que debe mantener, en todo caso, una participación en la sociedad matriz Red Eléctrica Corporación, S.A., no inferior al 10 por ciento³⁶.

La CNMC está legitimada para el ejercicio de las acciones legales tendentes a hacer efectivas estas limitaciones³⁷.

A efectos de computar la participación en el accionariado, se atribuyen a una misma persona física o jurídica, además de las acciones y otros valores poseídos o adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo, tal y como éste se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, aquellas cuya titularidad corresponda: a) a las personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquélla, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión. Se entiende, salvo prueba en contrario, que actúan por cuenta de una persona jurídica o de forma concertada con ella los miembros de su órgano de administración; b) a los socios junto a los que aquélla ejerza el control sobre una entidad dominada conforme a lo previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. En todo caso, se tiene en cuenta tanto la titularidad dominical de las acciones y demás valores como los derechos de voto que se disfruten en virtud de cualquier título³⁸.

El incumplimiento de la limitación en la participación en el capital se considera infracción muy grave, siendo responsables las personas físicas o jurídicas que resulten titulares de los valores o a quien resulte imputable el exceso de participación en el capital

³⁴ DA 23^a, 2, primer párrafo, letra a, de la LSE de 1997.

³⁵ DA 23^a, 2, primer párrafo, letra b, de la LSE de 1997.

³⁶ DA 23^a, 2, segundo párrafo, de la LSE de 1997.

³⁷ DA 23^a, 3, primer párrafo, de la LSE de 1997.

³⁸ DA 23^a, 3, segundo párrafo, de la LSE de 1997.

o en los derechos de voto. En todo caso, es de aplicación el régimen sancionador previsto en la LSE³⁹.

Red Eléctrica Corporación, S.A. no puede transmitir a terceros las acciones de las filiales que realicen actividades reguladas⁴⁰.

Red Eléctrica Corporación, S.A. tiene prohibida la realización de actividades distintas de la operación del sistema, el transporte y la gestión de la red de transporte a través de las filiales reguladas incluida la toma de participación en sociedades que realicen otras actividades⁴¹.

Los derechos políticos correspondientes a las acciones u otros valores que posean las personas que participen en el capital de la sociedad matriz Red Eléctrica Corporación, S.A., que excedan los límites máximos señalados, quedaron en suspenso desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista, en tanto no se adecuen a dichos límites⁴².

En cuanto a la separación entre transporte y distribución, REE no está implicada en la actividad de distribución. En puridad, ni la DE2019 ni la LSE prohíben a REE que desarrolle actividades de distribución. No hay en la LSE un precepto como el art. 63, 2, de la Ley núm. 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, que imponen al transportista la obligación de dedicarse sólo al transporte. Ocurre que, de hecho, la sociedad transportista REE, S.A. tiene un objeto social limitado al transporte.

8.- La separación entre la operación del sistema (gestión de la red de transporte) y el transportista (propietario):

En el año 2007, para transponer la DE2003, el legislador dispuso que REE, S.A., debía constituir una sociedad filial en la que ostentase la totalidad del capital social y a la que correspondiesen las funciones de operador del sistema, gestor de la red de transporte y de transportista. La constitución de la nueva sociedad se realizaría con la aportación de todos los activos materiales y personales que se encontrasen en ese momento dedicados al ejercicio de tales actividades. Red Eléctrica de España, S. A. quedó autorizada a

³⁹ DA 23ª, 4, de la LSE de 1997.

⁴⁰ DA 23ª, 5, de la LSE de 1997.

⁴¹ DA 23ª, 6, de la LSE de 1997.

⁴² DA 23ª, 7, de la LSE de 1997.

transmitir su denominación social a dicha sociedad filial. A la nueva sociedad filial de Red Eléctrica de España, S. A. constituida se le habrían de aplicar todas las disposiciones de la LSE y concordantes relativas al operador del sistema y gestor de la red de transporte y le correspondería el derecho de adquisición preferente establecido en el art. 91 de la Ley núm. 53/2002, de 30 de diciembre. Podría participar en el accionariado de la sociedad matriz cualquier persona física o jurídica, siempre que la suma de su participación directa o indirecta en el capital de esta sociedad no superase el cinco por ciento del capital social ni ejerciese derechos políticos por encima del tres por ciento. Estas acciones no podrían sindicarse a ningún efecto. En el caso de sujetos que realicen actividades en el Sector Eléctrico y aquellas personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital de éstos con una cuota superior al cinco por ciento, no podrían ejercer derechos políticos en la sociedad responsable de la operación del sistema por encima del uno por ciento. Red Eléctrica de España, S. A., no podría transmitir a terceros las acciones de esta filial que realiza actividades reguladas⁴³.

La misma Ley núm. 17/2007 introdujo cambios en la LSE y estableció que, para el ejercicio de las funciones correspondientes al operador del sistema y gestor de la red de transporte, REE debía proceder a crear una unidad orgánica específica, que había de ejercer en exclusiva las funciones de operador del sistema eléctrico y gestor de la red de transporte con la adecuada separación contable y funcional. El director ejecutivo de esa unidad orgánica específica es nombrado y cesado por el Consejo de Administración de Red Eléctrica de España, S.A., con el visto bueno del Ministerio El personal de la Unidad que ejerza las funciones como operador del sistema y gestor de la red de transporte debe suscribir el código de conducta al que hace referencia el art. 12 de la LSE, garantizando su independencia respecto al resto de unidades del grupo empresarial⁴⁴.

Con ocasión de la implementación de la DE2009, el Real Decreto-ley núm. 13/2012, de 30 de marzo, derogó la Disposición Adicional Tercera de la Ley núm. 17/2017 (que obligaba a REE a constituir una filial con las funciones de operador del

⁴³ Disposición Adicional Tercera de la Ley núm. 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

⁴⁴ Disposición Adicional Vigésimo Tercera introducida en la LSE de 1997 por la Ley núm. 17/2007. Es uno de los pocos preceptos que subsisten de la LSE de 1997, por expresa previsión de la LSE2013. Esta DA 23ª dice que esta unidad debe de dar cumplimiento a los criterios establecidos sobre separación de actividades del art. 14. En ese precepto de la LSE se implementaban las normas sobre separación funcional de la DE2003, pero preciso es tener presente que la separación impuesta a REE era ya más exigente que la funcional, pues REE estaba separada patrimonialmente de cualquier otra actividad eléctrica. En todo caso, la referencia al art. 14 de la LSE de 1997 ha de entenderse hecha hoy al art. 12 de la LSE de 2013.

sistema, gestor de la red de transporte y transportista) y desarrolló las previsiones de la Disposición Adicional Vigésimo Tercera, sobre la nueva unidad orgánica para la operación del sistema y la gestión de la red de transporte⁴⁵.

La LSE distingue entre unas funciones que se dan a REE como operador del sistema o gestor de la red de transporte (art. 30, 2, de la LSE) y otras funciones que se dan a REE como transportista (art. 36). En la DE2019 no existe esa distinción entre transportista (propietario) y gestor de la red de transporte. Por esta razón, las funciones atribuidas en la LSE al transportista (art. 36) son funciones que, en líneas generales, la DE2019 atribuye al gestor de la red de transporte. Por ejemplo, el art. 40, 1, letra a, de la DE2019 atribuye a todo gestor de una red de transporte la función de *«garantizar que la red pueda satisfacer a largo plazo una demanda razonable de transporte de electricidad; explotar, mantener y desarrollar, en condiciones económicamente aceptables, redes de transporte seguras, fiables y eficientes, teniendo debidamente en cuenta el medio ambiente, en estrecha cooperación con gestores de redes de transporte y gestores de redes de distribución vecinos»*. Pues bien, el contenido de esta función puede ser referida, en términos amplios, a varias funciones que la LSE atribuye al transportista. Por ejemplo, el art. 36, 2, de la LSE atribuye al transportista las siguientes dos funciones, que puede entenderse comprendidas en las funciones que el art. 40, 1, letra a, atribuye al gestor de la red de transporte: *«garantizar el desarrollo y ampliación de la red de transporte ejecutando la planificación de la red de transporte aprobada, de tal manera que se asegure el mantenimiento y mejora de una red configurada bajo criterios homogéneos coherentes y de mínimo coste»* (letra g) y *«realizar sus actividades en la forma autorizada y conforme a las disposiciones aplicables, prestando el servicio de transporte de forma regular y continua con los niveles de calidad que se determinen reglamentariamente por el Gobierno y manteniendo las instalaciones en las adecuadas condiciones de conservación e idoneidad técnica»*.

9.- Conclusiones

España cumple completamente con las normas sobre separación de actividades de la DE2019. El transporte de electricidad está patrimonialmente separado en España (*ownership unbundling*), de la distribución, la generación y el suministro, por medio de la figura de REE. España fue pionera en el mundo con la creación de Red Eléctrica de

⁴⁵ Los detalles de esos desarrollos han sido expuestos en el epígrafe 7.

España el 29 de enero de 1985, una empresa dedicada a la operación del sistema eléctrico y al transporte de electricidad. España optó en 1985 por un sistema de separación patrimonial, casi veinticinco años antes de que esa separación patrimonial fuese regulada por la legislación eléctrica europea (DE2009). Es cierto que el sistema de separación patrimonial se fue perfeccionando en España a lo largo del tiempo, pero ya estaba íntegramente diseñado con la LSE de 1997, antes que se aprobase la DE2009. Es cierto también que subsistieron durante un tiempo después de la liberalización de 1997 otros pequeños transportistas, distintos de REE, que no estaban sujetos a separación patrimonial, pero se trataba de situaciones residuales que desembocaron en 2007 en la introducción de la figura del transportista único (REE). A la luz de lo anterior, resulta chocante que se pueda enjuiciar la situación española de modo negativo a la luz del Derecho de la UE.

La LSE distingue entre la operación del sistema y el transporte, y lleva a cabo una identificación práctica entre la operación del sistema y la gestión de la red de transporte. La figura española del operador del sistema coincide con la figura del gestor de una red de transporte de la DE2019, a quien adicionalmente se encomienda, entre otras, la función de *dispatching*. Tanto la operación del sistema como el transporte son llevados a cabo por REE. Separada REE patrimonialmente del suministro (comercialización) y la generación, ¿qué más separación hace falta, si ya el ordenamiento jurídico español es completamente conforme con el Derecho de la UE? La LSE contiene una serie de medidas para separar, dentro de REE, la operación del sistema (gestión de la red de transporte) del transporte (propiedad). Desde el año 2007 existe la obligación de crear una unidad separada para que lleve a cabo la operación del sistema y la gestión de la red de transporte. Estas medidas (separación entre propiedad y gestión), sin embargo, no vienen exigidas por el Derecho de la UE. En el sistema ISO hay una separación entre la propiedad y la gestión, pero ese sistema no viene impuesto por el Derecho europeo y, además, sólo ha sido adoptado por un pequeño Estado miembro. La LSE separa entre el operador del sistema (y gestor de la red de transporte) y el transportista, porque el transportista es el propietario de la red. Son medidas que se han introducido porque el legislador español ha entendido que conviene separar la propiedad de la red de transporte de la separación del sistema/gestión de la red de transporte.

Cuando las normas europeas y españolas acometen la regulación de la separación de actividades (*unbundling*) persiguen separar la actividad de transporte del resto de actividades eléctrica (generación, distribución y suministro). El objetivo no consiste en

separar la propiedad de la red de la gestión de la red. Ahora bien, desde ciertas posiciones regulatorias se defiende la bondad de separar propiedad y gestión. Se aduce que el propietario está interesado en obtener el máximo provecho de sus activos, mientras que una correcta gestión de la red perseguiría otros objetivos. Sin embargo, esa contradicción entre ambos intereses (propiedad y gestión) no puede presumirse en todo caso y circunstancia. Si surge tal contradicción debe adoptarse soluciones que corrijan el comportamiento del propietario, sin que sea conveniente llegar a una separación accionarial o patrimonial, pues algunas medidas impuestas sobre la propiedad pueden alcanzar resultados de la misma eficacia.