

DISTORSIONES DEL COMERCIO ELECTRICO CAUSADAS POR LA GENERACION A PARTIR DE ENERGIAS RENOVABLES *

Norberto REDONDO MELCHOR
Departamento de Derecho Privado
Area de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca

RESUMEN

La Comisión Europea ha abierto el debate sobre la armonización de las medidas de apoyo a la generación eléctrica a partir de energías renovables, como medio para evitar la distorsión de los flujos comerciales en el nuevo Mercado Interior de la Energía Eléctrica. En una región fronteriza como Castilla y León, donde el desarrollo de este sector es importante, resulta de interés analizar dichas distorsiones.

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva 96/92/CE, *sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad*¹, entró en vigor en febrero de 1997, antes que los Estados miembros de la Unión Europea llegaran a un acuerdo acerca de las medidas de armonización paralelas que el nuevo mercado eléctrico requiere. Las eléctricas y los consumidores han sido situados, pues, en un contexto europeo competitivo no del todo homogéneo, un nuevo mercado interior en el que se sufrirán por un tiempo las distorsiones derivadas de las diferentes regulaciones nacionales de esos otros aspectos relacionados con la actividad eléctrica, especialmente en el ámbito fiscal y en el de la protección del medio ambiente.

El nuevo Mercado Interior de la Energía Eléctrica -en adelante MIEnEI- aspira a ser una manifestación más del objetivo general del mercado común europeo, que se caracteriza por el respeto a dos principios básicos: la libre circulación de mercancías y la libre competencia². No es posible dudar ya de que la energía eléctrica sea una *mercancía*, en el sentido del Tratado de la Comunidad Europea -TCE-, acreedora por tanto del mismo régimen de libertad que gozan los demás objetos del comercio. Así lo afirma sin lugar a dudas el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en una de sus recientes sentencias -la Comisión contra cuatro Estados Miembros- sobre el mantenimiento de derechos exclusivos de importación y exportación de energía eléctrica contrarios al TCE³. También aclara el Tribunal que el tráfico intracomunitario de esta mercancía no pierde su carácter de *comercio* en favor del de *prestación de un servicio* -con lo que se vería libre

de las estrictas reglas sobre libre circulación-, ya que las actividades necesarias para la importación y exportación de energía eléctrica y para su transporte y su distribución no son la extensión de ningún servicio hacia el extranjero, sino los meros instrumentos del suministro al usuario de una mercancía en el sentido del Tratado. El hecho de que para la consecución del suministro el interesado deba convertirse en prestatario final de un servicio remunerado no desvirtúa la autonomía del fin pretendido, la venta de energía eléctrica⁴. Así pues, el MIEnEl deberá ser totalmente equiparable al mercado interior en el que se insertan cualesquiera otras mercancías.

La Directiva 96/92/CEE encamina a los Estados miembros, por ello, hacia la liberalización de los intercambios intracomunitarios de energía eléctrica. Pero no se limita a armonizar dicha liberalización, ya que de nada serviría, por ejemplo, eliminar sólo los derechos exclusivos de importación y exportación sin modificar, además, las normas sobre libre circulación de la energía en el interior de los Estados. Por eso requiere de éstos el enorme esfuerzo adicional de reformar totalmente los sistemas nacionales, de manera que resulte efectivamente posible comprar y vender libremente energía eléctrica en todo el espacio de la Unión Europea, con independencia de la nacionalidad de los interesados o de si la mercancía cruza o no las fronteras entre sistemas. Sin embargo, el decidido compromiso de la Comunidad a favor de la protección del medio ambiente ha posibilitado la inclusión, en esta norma europea, de la preocupación por el fomento de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, de residuos, o mediante procedimientos que exploten un procedimiento de producción combinada de calor y energía eléctrica -cogeneración-.

En el Considerando 28 de la Directiva aparece reflejado el compromiso de todos los Estados miembros de dar prioridad, por razones de protección del medio ambiente, a la generación de energía eléctrica a partir de energías renovables. Desgraciadamente esta voluntad común no pudo materializarse de forma sustancial en el texto definitivo⁵, y sólo se incluyó un párrafo en el artículo octavo que dice así:

«El Estado miembro podrá imponer al gestor de la red de transmisión la obligación de que, en la ordenación del funcionamiento de las instalaciones de generación, dé preferencia a las instalaciones de generación que utilicen fuentes de energía renovables o de residuos o que exploten un procedimiento de producción combinada de calor y electricidad».

2. DISTORSIONES DEL COMERCIO ELÉCTRICO TRANSFRONTERIZO

La Directiva parte de la base de que el gestor de la red de alta y media tensión será el encargado de impartir las instrucciones de funcionamiento -el despacho- de las unidades de producción de cierta relevancia que vierten energía a su red, lo que determina quién produce energía y quién no y, en último término, quién vende y quién no. Procederá de acuerdo con criterios objetivos, públicos y no discriminatorios,

respetando el orden de precedencia económica de la energía disponible, es decir, tendiendo a incorporar primero la energía de los que la ofrezcan más barata y así sucesivamente, hasta cubrir la demanda en cada momento. Las únicas excepciones son: (a) las derivadas de restricciones técnicas del sistema, y las dos opcionales de (b) utilización de hasta un 15% de energía obtenida a partir de combustibles autóctonos y (c) la preferencia de la energía generada a partir de esas fuentes renovables. Así pues, el compromiso de protección del medio ambiente, que la Unión Europea ratificó poco después en la cumbre de Kyoto, sólo fue recogido en esta Directiva como una mera *opción* de los Estados miembros que, si lo desean, podrán privilegiar la incorporación al sistema de la energía eléctrica del mencionado origen.

Los productores tienen básicamente dos formas de conseguir vender su energía: una, a través de contratos bilaterales directos o físicos con ciertos clientes, negociados libremente; y dos, entregándosela al gestor de la red para que éste la haga llegar a los distribuidores y consumidores finales, de acuerdo con las reglas del mercado mayorista establecidas por el regulador. Si partimos de que la energía generada a partir de fuentes renovables es, en general, más cara que la obtenida en otras centrales -hay pocas excepciones-, no resulta lógico deducir que, sin ayudas de otro tipo, encontrará salida a través de contratos bilaterales físicos donde el precio es determinante. En consecuencia, deberá ser absorbida por el resto del sistema o no podrá ser producida. Si el regulador, que es quien controla esta segunda posibilidad, decide favorecer la generación eléctrica de este tipo -art. 8 de la Directiva-, deberá disponer las necesarias alteraciones del orden de despacho, en contra de la precedencia económica, para dar cabida a la proporción de energía eléctrica “verde” que considere conveniente. Pero el sobrecoste de esta decisión deberá ser asumido por alguien, y la Directiva no dice nada al respecto.

Los Estados miembros no pudieron ponerse de acuerdo sobre el tema durante la negociación del texto final. Querían favorecer la producción eléctrica a partir estas fuentes, pero en aquellas circunstancias la cuestión era de una importancia relativamente menor y la urgencia no era mucha. Individualmente, sin embargo, han desarrollado diferentes sistemas para solventar el problema aludido, que si bien comparten el mismo objetivo, amenazan a un tiempo el correcto desenvolvimiento de los intercambios en el MIEEl. En efecto, esta falta de armonización puede causar distorsiones en el mercado, como recoge la Comisión en un Informe al respecto ⁶. En su opinión, en el contexto de un mercado eléctrico total o parcialmente liberalizado, la falta de armonización de las medidas de fomento de la generación a partir de energías renovables causa dos tipos de efectos adversos:

a) Ineficiencias derivadas de la provisión de medidas que pueden afectar a individuos o empresas que no pertenecen a la jurisdicción -Estado- que las procura; por ejemplo, las subvenciones a la venta de energía que no tengan en cuenta el origen nacional o no de ésta -los generadores extranjeros, que ya reciben apoyo en su país, también cobran en éste, al exportar y vender aquí; los exportadores nacionales que venden fuera no reciben ayudas ni aquí ni en el extranjero-.

b) Distorsiones de los diferentes grados de apoyo de la generación a partir de fuentes renovables en los precios de la energía eléctrica y en la competitividad global de la energía del sistema; frente al extranjero, una mayor participación de las energías renovables en la producción eléctrica puede significar mayor coste medio total de la energía disponible internamente, de donde potencialmente surgen presiones que alteran el flujo normal de los intercambios comerciales.

La evaluación del efecto real de estas distorsiones sobre el funcionamiento correcto del MIEEnEl no ha sido hecha, pero depende de factores como el coste adicional de la generación a partir de estas energías, del porcentaje del comercio transfronterizo que represente, de los incentivos reales para el comercio con energía “verde”, etc. En último término, sin embargo, todo gira en torno al diseño concreto de las medidas de apoyo y fomento que se introduzcan en los Estados miembros para liberar a los generadores del sobre coste de esta energía. En efecto, el regulador puede conseguir que el coste medio total para el generador sea incluso menor que el soportado por otros competidores tradicionales, conseguir que esta energía acceda fácilmente a la red y a los interconectores para ser transportada al y desde el extranjero, y conseguir que las garantías de, por ejemplo, vender toda la energía que pueda ser producida a partir de ciertas fuentes, estimulen la entrada de nuevos generadores en el sector. Pero el desequilibrio respecto de países vecinos puede alterar el normal desenvolvimiento de los intercambios de energía en el Mercado Interior, resultando en violaciones de los principios de libre circulación de mercancías y libre competencia.

3. UNIFORMIDAD DE LOS REGÍMENES DE FOMENTO Y APOYO DE LA GENERACIÓN A PARTIR DE ENERGÍAS RENOVABLES

A primera vista parece que la uniformidad total de estas medidas, a nivel europeo, dentro del respeto al derecho comunitario, eliminaría los efectos negativos resumidos más arriba, y el coste global de dicha unificación no sería elevado, pues la relevancia de la generación eléctrica a partir de energías renovables es aún pequeña. Como esta circunstancia cambiará rápidamente, según previsiones también de la Comisión, sería éste el momento de actuar⁷. Sin embargo, la tarea de unificar los diferentes regímenes de fomento y apoyo a la producción eléctrica “verde” presenta algunas dificultades:

a) No hay una solución privilegiada entre todas las posibles. Se trata de cómo repartir el sobre coste que tiene la decisión política de fomentar la generación “verde”, y para simplificar podemos considerar dos alternativas: que lo asuman los consumidores de energía eléctrica o que corra a cargo de los contribuyentes. Las dos reflejan diferentes opciones, también políticas, y ambas, en principio, encontrarían acogida en alguno de los quince Estados miembros. Su naturaleza, en cambio, es tan diferente que permite suponer sin mucho compromiso que la duplicidad causará desequilibrios en el grado de desarrollo y comercialización de la energía eléctrica de este origen.

b) La situación de partida es muy diferente en cada Estado miembro. La organización del sector eléctrico en cada uno -tipo de integración de la industria, configuración geográfica de la red, distribución espacial de centros de producción y consumo, etc.- harán que en unos casos sea más adecuada la incorporación de la energía al mercado mayorista, mientras que en otros sea preferible facilitar sólo el acceso a la red como vehículo para favorecer la venta bilateral de la energía “verde”.

c) Las diferentes líneas de desarrollo potencial de la generación eléctrica a partir de energías renovables dependen de la disponibilidad de las mismas. Si partimos de la hipótesis simplificada de que la tecnología necesaria está igualmente disponible en cualquier Estado miembro, al mismo coste, con la misma eficiencia en todos los sentidos, etc., y que el desarrollo del sector es sólo función del coste de las materias primas disponibles en cada Estado miembro, la proporción final de energía eléctrica de origen “verde” generada en cada Estado -y la correlativa elevación del coste medio total- será esencialmente distinta, lo que plantea un problema de imposibilidad intrínseca de uniformización.

d) Y aún subsisten otros factores determinantes de la decisión política adoptada en cada Estado miembro y que tendrán su reflejo en lo que podrá y no podrá ser unificado. La sensibilidad de la población ante la necesidad de desarrollar este sector, su disposición a asumir el sobrecoste que ello conlleva, o los compromisos en otros ámbitos relacionados -a menudo de difícil compatibilidad, como la reducción de emisiones contaminantes y el abaratamiento simultáneo de la factura eléctrica como estímulo a la competitividad-, impedirán que la uniformidad alcance niveles adecuados. Esta es otra razón intrínseca de la imposible unificación.

El análisis anterior, aunque construido sobre hipótesis excesivamente simples, nos lleva ya a la conclusión de que la armonización de las medidas de fomento y desarrollo de la generación eléctrica “verde” no puede ser entendida como unificación de las mismas, ya que ésta no es posible. En consecuencia, la premisa de que ésa era la solución para evitar las distorsiones del comercio eléctrico transfronterizo falla porque no es viable, luego admitiremos que habrá ciertas distorsiones del tipo ya señalado en el epígrafe 2.

4. LOS CERTIFICADOS VERDES

La Comisión Europea declara estar trabajando para proponer, en breve, una Directiva que solucione el problema de la introducción y desarrollo de la tecnología sobre energías renovables en el contexto de competencia y libre circulación del MIEEnEl, que evite al máximo los efectos negativos para el mercado de esta decisión política. En su primer Informe al respecto ⁸ concentra su interés en dos aspectos: cómo asegurar la compra y financiación de energía eléctrica “verde”, y cómo tratar el problema de las

perturbaciones en el comercio transfronterizo con dicha energía. En cuanto a la primera cuestión, parece que se perfilan como idóneos dos métodos alternativos:

a) Diseñar una regulación común para controlar las ayudas estatales de fomento y financiación permanente del sobrecoste de la generación a partir de energías renovables –concretamente, ayudas directas financiadas por una clase de impuesto especial que soportarían los contribuyentes-; o

b) Perfeccionar un incipiente sistema de “certificados verdes”, según el cual se obligaría a todos los consumidores a adquirir energía eléctrica “verde” para satisfacer cierta proporción de su consumo; una hipótesis de partida para este mercado consistiría en que esa adquisición no sería necesariamente física o real, sino que bastaría con que los generadores pudieran verter su energía a la red emitiendo una especie de bonos o certificados, y los consumidores adquirieran energía de la red y vinieran obligados, además, a comprar cierto número de certificados -precisamente en la cantidad representativa exigida según su consumo-. El precio de venta de esos certificados lo fijaría cada generador como la diferencia entre el precio medio de la energía en el mercado y el coste medio al que él la produce, con lo que al venderlos obtendría la financiación del sobrecoste buscada. Aparecería así un mercado alternativo para certificados, en el que los más cotizados serían los más baratos, precisamente aquéllos que remuneran, en principio, la generación más eficiente.

La Comisión parece proclive a favorecer este segundo sistema porque crea ese mercado paralelo para la energía de fuentes renovables, ya que en él podrían alcanzarse mejores resultados de fomento, mejora de la competitividad y descenso de precios que bajo la alternativa regulatoria⁹.

Hay, sin embargo, otra hipótesis diferente de partida, que consiste en asociar de alguna manera las transacciones con certificados verdes y las transacciones físicas de energía entre las mismas partes. Esta asociación conllevaría que cuando, por ejemplo, el comprador interesado en adquirir energía “verde” sea extranjero, éste deba adquirir no sólo el número apropiado de certificados sino, además, deba gestionar la exportación física de energía eléctrica hacia su sistema. Pero ocurre que esta vinculación de los intercambios físicos de energía con las compraventas de certificados no aporta nada al sistema buscado -al sistema de financiación del sobrecoste de las energías renovables-, sino todo lo contrario: puede impedir la generación por cuestiones totalmente ajenas como dificultades de acceso a la red, de negociación de contratos, de capacidad de las interconexiones, etc. Bajo la otra hipótesis, en cambio, los generadores pueden verter su energía a la red en función de la disponibilidad de ésta a aceptarla -lo que dependería, a su vez, de si el regulador ha impuesto sobre el gestor de la misma la obligación de priorizar esta clase de generación en cuanto al orden de despacho y acceso a la red, prevista en el art. 8 de la Directiva-, y emitir al tiempo los certificados verdes. Por la venta de la energía al sistema reciben, al menos, el precio medio de la energía disponible en éste, y sólo les quedaría colocar los certificados en el mercado paralelo, a un precio

suficiente como para recuperar el sobrecoste en que incurrieron. Suponiendo que éste sea el mecanismo uniformemente adoptado en toda la Unión Europea, que el comprador final de los certificados sea extranjero, de un país B por ejemplo, significa que el precio es más atractivo en A que en B, de forma que la financiación del sobrecoste de la generación verde en A provendría de consumidores de A pero también de B. Como la energía no está asociada a los certificados, la exportación hacia B sólo se produciría si, además, el precio medio en A es también más atractivo que el precio medio en B, si esta energía tiene acceso a la red y a las interconexiones, si hay capacidad disponible, etc. Luego una cosa sería la financiación de la energía “verde” y otra los motivos del comercio internacional. Se pone así de manifiesto que la desvinculación de los certificados y los intercambios físicos de energía verde elimina la distorsión en el comercio derivada de la diferente presencia de las energías renovables en la generación eléctrica de cada Estado miembro.

Retornando, pues, a la hipótesis de independencia total de los certificados y la energía físicamente obtenida y entregada a la red, es previsible, no obstante, una considerable oposición de los Estados miembros a adoptar este mecanismo, no exento de fallos, por otro lado. Señalemos algunas razones probables:

- a) Aunque el fomento de la producción eléctrica a partir de esta clase de energías goza del consenso de todos, aparte de alguna declaración de principios no hay acuerdos concretos. Habría, pues, que partir de cero en la creación de un mecanismo novedoso respecto del cual pocos Estados tienen alguna experiencia ¹⁰.
- b) A pesar de que el MIEnEl gozaba del pleno respaldo del derecho comunitario, ya que venía impuesto por el Tratado CE al ser la energía eléctrica una mercancía, su plasmación en la práctica está requiriendo de un período de tiempo considerable, una década larga. El mercado de los certificados verdes, iniciativa novedosa, no cuenta ni con ese respaldo siquiera, por lo que esta medida no puede considerarse en modo alguno privilegiada respecto a la alternativa del régimen regulatorio más o menos armonizado, basado en ayudas directas financiadas por impuestos especiales.
- c) Las dificultades de realización práctica de este mercado son grandes: en algunos Estados la energía eléctrica “verde” no puede ser comprada libremente por los consumidores cualificados y ha de ser vertida al sistema, que la remunera a un precio estándar; luego el mercado de certificados no podrá corresponderse, en general, con transacciones físicas -otra razón para no poder adoptar la segunda hipótesis descrita más arriba-. Resulta irrelevante, por ello, que esta energía tampoco tenga acceso a las interconexiones y no pueda ser importada o exportada, a efectos de admitir en el mercado de certificados a agentes extranjeros: éstos podrían comprar y vender certificados aunque estas transacciones no se correspondieran con flujos de energía transfronterizos ¹¹. Los estímulos a los productores para elevar la competitividad funcionarían igual -e

incluso mejor, ya que el mercado para sus certificados sería más amplio, toda la Unión Europea- pero los Estados pierden el control sobre el desarrollo de “su” sector: éste crecería sólo donde resultara realmente rentable en función de criterios comerciales. De esta forma no podrían satisfacer sus compromisos medioambientales, sociales o de otra índole -si bien la eficiencia a escala europea sería probablemente mayor-.

- d) Por último, el que puede ser el peor problema de todos, que es doble a su vez: por un lado, la demanda de certificados verdes no es real, sino que viene impuesta por el regulador; ningún consumidor compraría estos certificados si no viniera obligado a ello. Pero el tipo de demanda así fijada es necesariamente arbitraria -la cantidad de compra obligatoria es arbitraria- y también inelástica -nadie comprará más, pero tampoco menos, de la cantidad justa de certificados que sea obligatoria-. En esas circunstancias, el precio lo determinan sólo los oferentes, situación nada deseable por su inestabilidad y artificiosidad. Y por otro, al ser la cantidad obligatoria regulada la que determina el exceso o carencia de certificados en el mercado, habría que diseñar un delicado sistema para gestionar esas situaciones que, por otra parte, serán las normales -lo anormal sería que ni sobran ni faltaran certificados, lo que haría cero la velocidad de evolución del sector-.

La segunda hipótesis de partida, la que consideraba que los certificados sí estuvieran asociados a un flujo físico de energía entre el que los emite y el consumidor que los adquiere, chocaría también con el problema de que este tipo de energía no siempre tiene libre acceso a la red, pero incluso con que entonces los certificados mismos no serían necesarios, pues bastaría con que ambas partes concluyeran contratos bilaterales físicos, y, de nuevo, con que la dificultad de fijar arbitraria e inelásticamente la demanda, debiendo gestionarse los desajustes respecto de la disponibilidad real de las energías renovables en el mercado.

La solución más sencilla, en el ámbito de la primera hipótesis, podría pasar por la concienciación de los consumidores acerca de la necesidad de adquirir energía eléctrica “verde”, de forma que se creara una auténtica demanda de certificados -si bien adolecería del defecto contrario, sería excesivamente elástica-. Pero el proceso podría resultar demasiado lento e insuficiente, y probablemente no permitiera cumplir con los compromisos medioambientales ya contraídos.

5. LA SOLUCIÓN INTERVENCIONISTA

La tendencia más extendida de los gobiernos de los Estados miembros, puesta ya de manifiesto en muchos de ellos, apunta hacia los sistemas de apoyo directo de la generación eléctrica “verde”. En el Informe de la Comisión de marzo de 1998 puede consultarse un resumen de los mecanismos que ya han adoptado o van a adoptar los

distintos países para fomentar el desarrollo de este tipo de generación ¹². Así, entre los sistemas de ayuda se incluyen la obligación de compra por el sistema de esta energía a un precio garantizado, las exenciones de impuestos, las subvenciones directas por kWh producido, el apoyo a la investigación y al desarrollo en estas materias, la cofinanciación de inversiones, etc. Y entre los mecanismos para obtener la financiación necesaria para las ayudas anteriores están la imposición de una tasa “verde” a todos los consumidores de energía -aunque la adquieran en su totalidad en el extranjero, lo que se parece demasiado a una exacción equivalente a los derechos de aduana, contraria a la libre circulación de mercancías y prohibida por el art. 12 TCE-, el sistema de certificados “verdes” ya explicado, o los pagos de los distribuidores a un fondo de compensación para las energías renovables.

A favor de este tipo de regulación de ayudas directas, que podríamos denominar intervencionista por contraposición con la medida basada en el mercado de certificados, están la mayor experiencia de los Estados en la gestión de mecanismos similares, el control absoluto que mantendrían en todo momento sobre el desarrollo de su sector nacional, y la serie de ventajas derivadas de ese control, entre las que están la de poder cumplir los compromisos medioambientales contraídos, o la de disponer de nuevas parcelas de la actividad económica a las que destinar parte del gasto público, por ejemplo. En contra juega, esencialmente, la ineficiencia inherente a la intervención pública en la actividad económica, intervención a la que el sector eléctrico ha estado sometido durante décadas y de la que ahora, con la liberalización en marcha, pretendía “escapar”.

6. EL COMERCIO ELÉCTRICO A TRAVÉS DE LA FRONTERA PORTUGUESA DE CASTILLA Y LEÓN

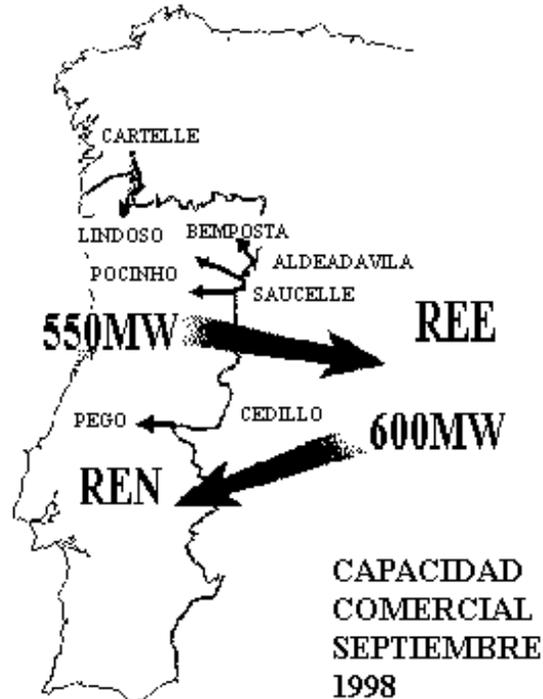
El propósito último de esta comunicación es exponer algunos resultados acerca de la posible alteración del comercio eléctrico entre España y Portugal a través de la frontera del Duero, a consecuencia de los regímenes de apoyo a las energías renovables vigentes a ambos lados. En los párrafos que siguen se expone sólo una aproximación a la cuestión, distinguiendo, por un lado, las circunstancias que afectan al comercio directo con energía procedente de fuentes renovables y, por otro, a las distorsiones sobre el comercio eléctrico en general a causa de los regímenes de fomento de las energías renovables adoptados en los dos países.

A) Comercio transfronterizo con energía eléctrica procedente de energías renovables

En una región fronteriza como la nuestra puede resultar interesante exportar hacia Portugal parte de la energía eléctrica que producen las centrales dedicadas a la transformación de energías renovables y la excedentaria en los procesos de cogeneración. No hemos comenzado por la evaluación de los estímulos que pueden motivar a los generadores a decidirse a exportar hacia Portugal, pues primero creímos conveniente

estudiar el marco objetivo -técnico y legal- aplicable a estas operaciones. A continuación se resumen algunos resultados de esta primera etapa del análisis.

Las condiciones técnicas a las que se sujetarían las exportaciones e importaciones a través de la frontera del Duero son, en general, favorables. Según información publicada por la empresa gestora de las interconexiones con Portugal, Red Eléctrica de España (REE) -*vid. mapa*-, las empresas españolas pueden exportar hacia el país vecino hasta 600MW en total, a través de las interconexiones de Galicia, Castilla y León y Extremadura. En sentido inverso, el sentido de las importaciones, la potencia disponible parece ser de 550MW. Parte de esta capacidad de intercambios podrá encauzarse a través de las relativamente numerosas interconexiones de nuestra región, que consisten en tres líneas de alta tensión de 220kV entre las centrales y subestaciones de Aldeadávila y Saucelle, en España, y *Bemposta* y *Pocinho* en Portugal.



Fuente: Red Eléctrica de España, S.A.

Las posibilidades legales de exportación hacia Portugal requieren una pequeña introducción. Desde la Ley de 1997 del Sector Eléctrico ¹³, que incorpora los principios de la Directiva 96/92/CE, los intercambios intracomunitarios de energía eléctrica pueden realizarse libremente por parte de los productores y comercializadores nacionales, previa comunicación al operador del sistema -REE- y la autorización del Ministerio de Industria

y Energía, que podrá denegarla, exclusivamente, cuando la operación implique un riesgo cierto para el suministro nacional -cfr. art. 13-. Los productores cuya potencia instalada no supere los 50MW y que utilicen la cogeneración, energías renovables o residuos, están acogidos al *régimen especial de producción eléctrica* -arts. 27 a 31-. Tienen derecho a incorporar al sistema la totalidad de la energía que produzcan, estando el Gobierno facultado, previo informe de las Comunidades Autónomas, para restringir temporalmente esta prerrogativa. El pago por esta energía entregada puede venir fijado por dos regímenes optativos, a elección del interesado: el primero, el vigente antes de la entrada en vigor de la Ley y mantenido por ésta durante el período transitorio de 10 años, establece precios fijos para cada tipo de centrales ¹⁴; el segundo es el general de la Ley del Sector Eléctrico, basado en los precios del mercado horario de producción más una prima fijada por el Gobierno. Por lo demás, le son de aplicación a este régimen especial de producción las demás normas generales, entre las que se incluye el participar de la libertad de intercambios y el acceso a las redes e interconexiones. Deberán pagar los peajes y costes permanentes del sistema que proporcionalmente les correspondan ¹⁵.

Así pues, por el lado de la exportación no hay inconvenientes en la legislación española. Pero la entrada en Portugal de esta energía sólo puede tener lugar de dos formas: a) en virtud de contratos bilaterales físicos con sujetos pertenecientes al *Sistema Eléctrico Não Vinculado* -SENV, *vid.* gráfico-, pues tienen capacidad de adquirir energía en el extranjero y utilizar la *Red Nacional de Transporte* para ello; y b) también mediante contratos bilaterales físicos pero con las compañías de distribución en media y alta tensión del SEP, hasta el límite legalmente permitido. Estas últimas, aunque obligadas legalmente a adquirir la mayor parte de la energía de la Red Nacional de Transporte -RNT-, pueden también contratar con terceros hasta un 15% -el límite para 1996 se situaba en el 8%, y su fijación corresponde a la *Entidade Reguladora do Sector Eléctrico* ERSE, bajo supervisión de la *Direção General de la Energia* y con el tope máximo legal del 15% ¹⁶.

Organización del sector eléctrico portugués

Al la inversa, los productores portugueses que emplean procedimientos de cogeneración o energías renovables, no pueden exportar ya que, legalmente, no gozan de acceso a la red. En efecto, la cuestión del acceso a las interconexiones con la red española está regulada en el Decreto-Lei nº 182/95, de 27 de julio ¹⁷ de la siguiente forma:

«...las empresas titulares de una licencia de distribución vinculada en media o alta tensión podrán construir y explotar directamente líneas de conexión con el exterior del territorio continental, en alta o en media tensión, y concluir a través de ellas contratos de importación o exportación de energía eléctrica...» -art. 23-.

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23, las entidades que integran el SENV pueden contratar la utilización de parte de la capacidad de la red de interconexión para realizar importaciones o exportaciones de energía eléctrica, en las condiciones que prevea el Reglamento de Acceso a las Redes y a las Interconexiones -RARI-.

«2. La regulación prevista en el número anterior presupone un principio de reciprocidad en la utilización de las interconexiones por parte de las entidades responsables de la gestión de las redes con las que el SEN se interconecta» -art. 52-.

A su vez, el RARI restringe el derecho de acceso a las redes e interconexiones del SEP a los productores y consumidores integrados en el SENV y a las distribuidoras en media y alta tensión del SEP hasta el límite fijado por ERSE y la DGE -siempre menor del 15%-.

En consecuencia, no es legalmente posible el comercio con energía eléctrica generada a partir de fuentes renovables, cogeneración o residuos, más que en el sentido España-Portugal, y no al revés. De aquí se deduce ya una conclusión: el fomento de esta clase de generación en España puede favorecer al productor español frente al portugués en sus posibilidades de comerciar con el país vecino, distorsionándose así los intercambios. Pero dicha distorsión no es causada por la posible diferencia de regímenes de apoyo a este sector -cuestión que aún no se ha tratado- sino simplemente por las diferencias en los regímenes de acceso a las redes e interconexiones.

B) Regímenes de fomento de la generación "verde" y comercio transfronterizo con energía eléctrica

Los regímenes en vigor en ambos países difieren poco a grandes rasgos¹⁸, pues ambos otorgan plenas facilidades a los productores para integrar su energía en el sistema general, y les remuneran con el precio del sistema más una serie de ayudas por kWh producido. Existiendo mecanismos de liquidación de costes estructurados en torno a tarifas fijadas por el regulador, el reparto del esfuerzo para financiar las energías renovables se diluye, de forma similar en los dos países, entre todos los usuarios del sistema eléctrico, bien por medio de las tarifas aplicables al consumo, bien a través de otros cánones relacionados con los servicios que presta el sistema -despacho centralizado, ajustes de energía físicos y después económicos, liquidación de pagos y cobros, sostenimiento de las entidades reguladoras, etc-. En ambos casos el sobre coste de la energía eléctrica verde lo asume el consumidor: en el primero lo hace directamente al

abonar la tarifa aplicable al suministro, y en el segundo indirectamente, pues aunque no sea el prestatario inmediato de los servicios de la red, su coste es repercutido también vía tarifas, o vía acuerdos bilaterales, por su proveedor.

La importación y la exportación de la energía eléctrica no libera a los interesados del pago de este sobrecoste, precisamente porque esta “disfrazado” en las tarifas, cánones y términos fijos de utilización del sistema que los agentes externos deben satisfacer igualmente. De manera que se llega a la conclusión de que dicho sobrecoste influye en el precio final de la energía destinada al tráfico transfronterizo, con independencia de si fue generada a partir de energías renovables o no, ya que, ante la generalidad con que se establece la obligación de pago de esos cánones y tarifas, no es posible hacer esa distinción en cuanto al origen de la energía gravada.

Se cumplen así los requisitos para asegurar que el diferente nivel de esfuerzo financiero eventualmente requerido en cada sistema, español y portugués, a causa de la decisión política de fomentar el desarrollo de la producción eléctrica “verde”, distorsiona el comercio eléctrico entre ambos países: dicho comercio depende del precio final de la energía en la frontera, pero en él se incluyen también los peajes, términos fijos y demás partidas de la tarifa eléctrica a que se sujetan las importaciones y exportaciones, y en ellos el regulador ha incluido los sobrecostes de la generación “verde”. Luego el precio en frontera está “alterado” por esta decisión política, de forma que el diferente grado de apoyo en ambos países modifica los precios finales de la mercancía, influyendo en los patrones normales del comercio internacional. La evaluación de esta alteración sólo puede hacerse con precisión partiendo de los datos, no publicados, que relacionan las tarifas eléctricas en sentido amplio con cada una de las partidas que cubren o financian.

Por último, hay que señalar que tratándose de comercio entre Estados miembros de la Unión Europea, ningún legislador puede imponer condiciones que alteren o restrinjan de manera injustificada los principios claramente establecidos por el Tratado CE en cuanto a la libre circulación de mercancías. En particular, la imposición a la exportación y a la importación de exacciones no explícita y directamente relacionadas con los servicios requeridos para el cruce de las fronteras, pueden ser asimilados a los derechos de aduana y exacciones equivalentes prohibidos por el art. 12 TCE y, en consecuencia, pueden atraer la atención sancionadora de la Comisión. Resumiendo mucho, son permisibles los peajes por el uso de las interconexiones, dada su directa y precisa vinculación con el cruce de las fronteras, pero no ya otros costes incluidos en el mismo peaje que financian aspectos tan extraños a la importación y la exportación como la promoción de las energías renovables o los más difusos costes permanentes del sistema.

Por las distorsiones que inducen en el comercio, y por la violación del derecho del Tratado que significan, estos -y otros- costes deberían ser recuperados al margen de los peajes y cánones, sacados fuera de la tarifa e individualizados, probablemente en forma de impuesto especial que grave la generación o el consumo interno y deje exentas

las exportaciones e importaciones -al menos hasta que culminen los esfuerzos por alcanzar una armonización suficiente de la fiscalidad del negocio eléctrico en todo el MIEnEl-.

7. CONCLUSIONES

La Comisión Europea ha iniciado el debate acerca de los efectos adversos sobre el comercio eléctrico intracomunitario de las medidas de fomento de la producción eléctrica a partir de energías renovables, residuos y cogeneración. Si bien no se han cuantificado aún esas distorsiones, hay argumentos para deducir que efectivamente se producirán. Se perfilan ya dos soluciones a nivel europeo: la que requiere la creación de un nuevo mercado para los llamados “certificados verdes”, emitidos por los generadores para sufragar el sobrecoste en que incurren al producir energía eléctrica, y la alternativa regulatoria de apoyo directo a estas energías, financiada probablemente mediante impuestos especiales.

En el caso concreto del comercio transfronterizo entre España y Portugal, los distintos regímenes legales imposibilitan el flujo de energía eléctrica “verde” desde Portugal hacia España, de donde se deducen evidentes distorsiones que, no obstante, no tienen su origen en las medidas de apoyo necesitadas de armonización, sino en las condiciones de acceso a las redes e interconexiones. Y en cuanto a dichas medidas de apoyo, su financiación no transparente a través de las tarifas, cánones y peajes en ambos sistemas, además de constituir una violación de los principios de libre circulación de mercancías, son causa de alteración de los flujos comerciales entre ambos países.

NOTAS:

* Agradecemos la financiación proporcionada por los proyectos de investigación cicyt sec 97-1455 y JCyL Sa 68/96.

¹ DO L27, de 30 de enero de 1997, pp. 20 ss.

² Libre circulación de mercancías, arts. 7A y 9 ss. TCE; libre competencia, arts. 85 ss. TCE.

³ En concreto lo hace en el caso contra Italia, Asunto C-158/94, *Comisión v. Italia*, sentencia de 23 de octubre de 1997. Los otros tres son: Asunto C-157/94, *Comisión v. Países Bajos*, sentencia de 23 de octubre de 1997; Asunto C-159/94, *Comisión v. Francia*, sentencia de 23 de octubre de 1997; y Asunto C-160/94, *Comisión v. España*, sentencia de 23 de octubre de 1997.

⁴ *Vid. Conclusiones del Abogado General G. Cosmas a propósito de los asuntos acumulados C-157/94, C-158/94, C-159/94, y C-160/94*, presentadas el 26 de noviembre de 1996, pt. 16. La Directiva 96/92/CE, citada, es coherente con este planteamiento y tiene en cuenta expresamente las normas específicas en cuanto a las

restricciones a la libertad de movimientos de mercancías y a la libre competencia del Tratado -*cfr.* Considerandos 15 a 17-.

- ⁵ Los estudios e informes previos de la Comisión en pro de la consecución del MIEnEl se remontan a 1990, y su *Propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de normas comunes para el mercado interior de la electricidad y el gas natural*, fue aprobada el 22 de enero de 1992 -COM(91) 548 final, 21 de febrero de 1992-. A ésta seguiría una *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al establecimiento de normas comunes para el mercado interior de la electricidad* -COM(93) 643 final, 7 de diciembre de 1993-, y, por último, tras una durísima labor negociadora en la que el propio Consejo llegó a elaborar un texto articulado considerablemente diferente de esa segunda propuesta de la Comisión, se adoptó el texto final de la Directiva el 20 de noviembre de 1996, con ocasión de la reunión del Consejo de Pesca. El proceso de negociaciones concretas se había alargado más de cinco años, y las presiones de todo tipo para plasmar el necesario consenso en un texto definitivo, apresuraron el desenlace. El Parlamento tampoco había querido retrasar el final de su tramitación, y tras un pacto político entre los diferentes grupos, decidió no presentar ninguna enmienda al delicado compromiso final. El resultado no puede sino calificarse de acuerdo de mínimos, y habrá que estar a su incorporación a las legislaciones nacionales para verificar si alcanza o no los objetivos perseguidos.
- ⁶ Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre necesidades de armonización de la Directiva 96/92/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad*, COM (98) 167, 16 de marzo de 1998.
- ⁷ El momento idóneo habría sido el de la adopción de la Directiva 96/92/CE, porque entonces se ponía en marcha el MIEnEl. Las estimaciones de crecimiento de la participación de las energías renovables en la generación eléctrica están en Comisión Europea, *Comunicación Energía para el futuro: fuentes de energía renovables. Libro Blanco para una Estrategia Comunitaria y Plan de Acción*, COM(97) 599 final, 26 de noviembre de 1997, anexo tabla 3.
- ⁸ Comisión Europea, *Informe... cit.*, COM (98) 167, 16 de marzo de 1998.
- ⁹ Habría otro motivo, y es que la alternativa regulatoria exigiría pasar, en cada situación particular, el examen complejo y considerablemente incierto de su compatibilidad con el derecho comunitario de libre circulación de mercancías -arts. 34 a 37 TCE- y libre competencia -en especial por lo que se refiere a la intervención directa de los Estados, arts. 90 a 94 TCE-.
- ¹⁰ De hecho, las propuestas de la Comisión no iban en este sentido hasta hace bien poco. Así, por ejemplo, en Comisión Europea, *Comunicación Energía para el futuro... cit.*, COM(97) 599, 26 de noviembre de 1997, se prefería el desarrollo de políticas de promoción directa del sector, y no se mencionaba la creación de un nuevo mercado.
- ¹¹ Este es uno de los aspectos más controvertidos, sobre el que la Comisión afirma no haber llegado a ninguna conclusión, pero es porque acoge confusamente algún tipo de vinculación certificados-energía, que tampoco aclara, Comisión Europea, *Informe... cit.*, COM (98) 167, 16 de marzo de 1998, p. 10.
- ¹² Comisión Europea, *Informe... cit.*, COM (98) 167, 16 de marzo de 1998, pp. 5 y 6.

- ¹³ Ley 54/1997, de 27 de noviembre, *del Sector Eléctrico*, BOE 285, de 28 de noviembre de 1997.
- ¹⁴ Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, *sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables*, BOE 313, de 13 de diciembre de 1994.
- ¹⁵ Art. 35.4 del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, *por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica*, BOE 310, de 27 de diciembre de 1997. Los costes permanentes vienen definidos en el art. 4 f) del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, *por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento*, BOE 310, de 27 de diciembre de 1997, y consisten en los costes para el desarrollo del suministro en los territorios insulares, los reconocidos al operador del sistema y al operador del mercado, los de funcionamiento de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, y los de transición a la competencia durante un período de diez años.
- ¹⁶ Límite que el Estado portugués deberá justificar -si es posible- en el marco de la Directiva 96/92/CE, ya que es claramente contrario al principio de libre circulación de mercancías. Probablemente se trate de una medida transitoria para la que, no obstante, deberá solicitar su conformidad a la Comisión. *Cfr.* art. 16 del Decreto-Lei nº184/95, de 27 de julio, Diário da República-I série A, nº 172, de 27 de julio de 1995; reformado por el Decreto-Lei nº56/97, de 14 de marzo, Diário da República-I série A, nº 62, de 14 de marzo de 1997.
- ¹⁷ Decreto-Lei nº182/95, de 27 de julio, Diário da República-I série A, nº 172, de 27 de julio de 1995. Reformado por el Decreto-Lei nº56/97, de 14 de marzo, Diário da República-I série A, nº 62, de 14 de marzo de 1997.
- ¹⁸ Para Portugal es aplicable, con carácter general, el Decreto-Lei nº 189/88, de 27 de mayo de 1988, que recoge el régimen jurídico de la generación eléctrica a partir de energías renovables, residuos y cogeneración. Sin embargo, el régimen de esta última actividad, la producción eléctrica en instalaciones de cogeneración, ha sido reformado por el Decreto-Lei nº 186/95, de 27 de julio de 1995, Diário da República-I série A, nº 172, de 27 de julio de 1995, el cual, a su vez, fue revisado en el Decreto-Lei nº56/97, de 14 de marzo, Diário da República-I série A, nº 62, de 14 de marzo de 1997. Para España sigue en vigor, de nuevo con carácter general, el citado Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, *sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables*, BOE 313, de 13 de diciembre de 1994. Pero son también de aplicación las normas concordantes sobre producción eléctrica en régimen especial de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, *del Sector Eléctrico*, BOE 285, de 28 de noviembre de 1997; y toda una pléyade de otras normas, estatales y autonómicas, sobre distintos aspectos puntuales. Su enumeración puede consultarse en el Anexo de Ente Regional de la Energía (EREN), *Las Energías Renovables en Castilla y León*, 2a. ed., Junta de Castilla y León, Ponferrada, 1997, pp. 77 a 81.