

# **RESUMEN DE LA TESIS DOCTORAL**

## **SUMINISTRO ELÉCTRICO Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN ESPAÑA E INGLATERRA Y GALES.**

### **ESTUDIO COMPARADO EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA**

QUE PRESENTA LA DRA. Dña. NURIA ENCINAR ARROYO PARA OPTAR AL PREMIO INAP 2016  
QUE OTORGA EL INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

29 DE JUNIO DE 2016

El presente trabajo es un estudio comparado de Derecho positivo y práctica real de las relaciones comerciales en materia de *suministro eléctrico* de la Unión Europea, de España y de Inglaterra y Gales, para analizar el grado de desarrollo de sus respectivos procesos de *liberalización*, respecto de las previsiones comunitarias y para identificar el nivel alcanzado en el establecimiento de unos mercados minoristas en libre competencia. A su vez, se trata de analizar el grado de *protección al consumidor eléctrico* que se ha alcanzado en ambas regulaciones.

Para conseguir el objetivo de la Tesis, primero se analiza el *estado de la cuestión*, para después desde su concreción y causas, ofrecer los mecanismos de mejora necesarios en las dos regulaciones, que permitan alcanzar los objetivos tanto de *política energética*, en materia de suministro eléctrico, como de *política de protección al consumidor* que propone la Unión Europea.

Se parte de la hipótesis de que, con distintos grados de implementación, ambos sistemas han alcanzado una relevante integración de las disposiciones europeas, presentando regulaciones sólidas, tanto en materia de *política energética* como de *protección al consumidor*, aunque, no hayan alcanzado, un satisfactorio nivel de competencia efectiva, medida en términos de *movilidad de los consumidores* en la búsqueda de suministradores y en términos de *diversidad de precios* incluso haciéndose patente en el sistema español la existencia de *precios regulados*, como máxima anomalía en un mercado en competencia.

Desde el punto de vista de la *protección al consumidor* se parte de la hipótesis de que existe una carencia de propuesta normativa explícita en el Derecho europeo que permita consolidar los derechos nacionales en materia de protección al consumidor eléctrico. Desde luego, en el sistema español se percibe la falta de solidez institucional en el sistema de asesoramiento y de resolución de controversias de las que fuera protagonista el consumidor.

El marco regulatorio del que parte la tesis, es la *liberalización* que no es sino el tránsito de la *publicatio* a la *despublicatio* de aquellas actividades prestacionales que siendo esenciales para la convivencia de la sociedad dejan de ser de *servicio público* para pasar a ser *servicio privado*, dejan de ser de *titularidad pública* para pasar a la *titularidad privada* sin que tales actividades prestacionales dejen de ser esenciales para la convivencia de los ciudadanos.

El proceso de *liberalización* tiene como consecuencia inmediata el que estas actividades pasen de ser gestionadas con los modos clásicos de la gestión pública, a ser gestionados por la *iniciativa privada en régimen de competencia*. Que las actividades, antes *servicio público*, se gestionen en régimen de competencia exige, que el Estado abandone cualquier tipo de titularidad sobre las mismas, esto es, la *privatización* y, además, se hace necesario que la *regulación* se acomode al régimen de competencia antes inexistente.

Por tanto cambiada la titularidad y la manera de organización del servicio, cambia su denominación, son los denominados *servicios de interés económico general*. Así, el paso de *servicio público* a *servicio de interés económico general* es el resultado de una ley que cambia la realidad y el modo de gestionar los *servicios esenciales* para las necesidades de los ciudadanos. Percíbese que, la mutación que conlleva la *liberalización*, hace que se modifique su naturaleza obligacional, si cuando estaba sometido a la *publicatio* las obligaciones de sus operadores eran *obligaciones de servicio público*, al producirse la *despublicatio*, las mismas

obligaciones se mutan en obligaciones simplemente administrativas, de mayor o menor trascendencia y gravedad.

Tras el paso sucinto por el marco europeo en el que se ubica el presente trabajo, presentamos las principales conclusiones alcanzadas de la Tesis, comenzando por las del Derecho europeo.

**PRIMERA.**- Es radicalmente urgente avanzar en la regulación estableciendo reglas que garanticen la independencia y profesionalidad de los reguladores de los Estados miembros, interdictando toda maniobra de control gubernamental.

**SEGUNDA.**- Hasta que no se solucionen los problemas relativos a las interconexiones será difícil hablar de un *mercado interior de la electricidad* muy especialmente respecto de la isla energética de la Península Ibérica y las Islas Británicas. Es necesario que los Estados miembros asuman compromisos de interconexión para cumplir con el objetivo europeo del 10 % de interconexión para 2020.

**TERCERA.**- Tanto la normativa como la literatura de política energética de la UE como la de España e Inglaterra y Gales denominan consumidor a todos los que contratan el suministro eléctrico, muchos de los cuales son meros *clientes*, sin la singular protección que solo merecen los *consumidores strictu sensu*. Proponemos en el cuerpo de la tesis las definiciones que deberían emplearse. Es objetivo aún no alcanzado, por falta de medios empleados y por la propia complejidad del producto electricidad, la de la generalización del consumidor eléctrico capacitado, aquel capaz de seleccionar suministrador y precios con adecuado criterio y, además, consumir la electricidad con criterios de aprovechamiento eficiente. Razón por la que, se debiera establecer, una estrategia de fomento y difusión de cuánto debe conocer un consumidor, para generalizar la condición de consumidor capacitado.

**CUARTA.**- Es de manifiesta urgencia definir el concepto de *consumidor vulnerable* con un criterio uniformizador europeo, así como las técnicas que le serán de aplicación. Técnicas que serán objetivas, estables, no discriminatorias y coherentes y en las que se concrete adecuadamente el origen de la financiación de los beneficios que se otorguen, sin gravar al sector eléctrico.

**QUINTA.**- Por último, reiteramos la necesidad de que la *Carta Europea de los Derechos de los Consumidores de Energía* sea jurídicamente vinculante, tenga rango de *Derecho originario* como el *Tratado sobre la Carta de la Energía* o, cuando menos con *rango de Reglamento de la UE* de efecto jurídico directo.

A continuación, exponemos las principales cinco conclusiones relativas a la regulación de Inglaterra y Gales:

**PRIMERA.**- *Regulación.* Inglaterra y Gales carecen de un concepto estricto de *servicio público* con los rasgos definitorios que caracterizan al concepto español, razón por la cual la integración del concepto de *servicio de interés económico general* a sus respectivos ordenamientos jurídicos, ha sido más cómoda que en el caso español que ha requerido de esfuerzo doctrinal.

**SEGUNDA.**- *Interconexiones. Transporte. Distribución. Comercialización.* El Reino Unido cuenta con 4 interconexiones lo que representa el 6 % de la capacidad de interconexión, relativamente baja, en comparación con otros países de la Unión

Europea. Actualmente está en proyecto la construcción de 3 nuevas interconexiones para el año 2020 lo que permitirá un mayor flujo de energía, y cumplir así los objetivos de la UE para 2020.

El transporte acoge el sistema de *transportista único*, mediante la *National Grid* que integra tanto al *titular de los activos* como al *Operador del sistema*, lo que a nuestro juicio es una manifiesta anomalía.

En distribución, Inglaterra y Gales tolera una ficticia *competencia en redes* con la existencia de los *Independent Distribution Network Operators* (distribuidores independientes), que surgen al no integrar algunas redes de grandes urbanizaciones o centros de alto consumo en las redes de los *Distributor Networks Operators* (distribuidores). Esta situación no produce tal *competencia* porque entre otras razones que explicamos en la Tesis los consumidores no tienen opción a elegir red. Aunque la *Office of Gas and Electricity Markets* protege esta situación, creemos que tiene que estar llamada a desaparecer por ineficiente.

En comercialización, merece resaltarse la existencia de los *comercializadores white label*, que son aquellos operadores, ajenos al sector eléctrico, que ponen su fuerza de venta en favor de un comercializador con licencia. El *suministro de último recurso*, a nuestro juicio, al basarse en una situación transitoria fácilmente superable no tiene sentido que se mantuviera por un periodo de 1 o 2 meses y, no de 6 como establece la regulación inglesa, y que de no regularizar la situación, se le comunicaría al consumidor la suspensión del suministro hasta su regularización.

**TERCERA.- Reformas y movilidad.** Las dos reformas *Energy Supply Probe 2008* y la *Retail Market Review 2010*, que se apoya en tres pilares: *simpler clearer and fairer energy* abordan una cuestión sustancialmente idéntica la *falta de capacitación del consumidor*. No obstante, ambas llegan a conclusiones distintas lo que ha propiciado que desde junio de 2014 el mercado esté siendo examinado desde la perspectiva de la *Competition and Markets Authority*, con el fin de que los consumidores puedan beneficiarse de un mercado en libre competencia. Las causas profundas que provocan que el mercado esté desprovisto de la suficiente movilidad, pueden ser: i) la gran rigidez del producto de la electricidad; ii) por una política de precios en sí misma compleja; iii) La falta de confianza en el comercializador. No basta con eliminar los *precios regulados* para que se produzca la movilidad de los consumidores, hace falta una actitud proactiva de los comercializadores.

**CUARTA.- La fuel poverty** originalmente se medía mediante el indicador del 10 por ciento y actualmente mediante el *Low Income High Cost (LIHC)*. El Gobierno de Inglaterra y Gales acierta cuando discierne entre *pobreza en general* y *pobreza energética*. Hay personas sumidas en la pobreza que tienen medios baratos para calentar su hogar, mientras que personas que no están, técnicamente, sumidas en la pobreza tienen enorme dificultad para costear su calefacción, como domicilios fríos y mal aislados. La clave de la cuestión está en establecer argumentalmente, si la *pobreza energética* ha de financiarla el sector eléctrico o los presupuestos públicos. Nosotros entendemos que las cargas sociales comunes las deben sufragar los presupuestos públicos.

**QUINTA.-** Tras la *Retail Market Review* se puede vislumbrar un amplio elenco de derechos que amparan a los consumidores *ex ante*, *ex post* y en el momento mismo de la celebración del contrato de suministro. Derechos que más allá de su teoriedad se imponen en la práctica como: i) la realización de una previa

simulación del precio que debe pagar; ii) la inclusión de frases llamativas en las facturas como “*could you pay less*”, o “*remember it is time to switch the supplier or the tariff*”, textos que incitarán al cambio, iii) además de disponer de un robusto sistema de resolución de controversias representado por el *Energy Ombudsman*.

Por último, destacamos las cinco conclusiones principales relativas a la regulación española.

**PRIMERA.- Necesidad de un ente regulador.** España no dispone de un ente regulador del sistema eléctrico, sino que por tal denominación pasa una entidad con funciones de mera supervisión y de manifiesta dependencia política, aunque tenga que superar el veto parlamentario.

No es fácil, ni objeto del presente trabajo, sugerir fórmulas que garanticen la independencia del ente regulador, no obstante, sí que es, por el objeto de la presente Tesis, proponer que, en tanto esta situación perdure, la Ley debiera autorizar a la CNMC a promover y gestionar un sistema arbitral administrado, de carácter civil, y de consumo, para resolver las discrepancias entre los operadores y clientes. Además, la CNMC, podría desarrollar una oficina de atención y asesoramiento al consumidor. Es un grave error otorgar el carácter de árbitro a la CNMC como lo hace el art. 5.1 b) de la Ley 3/2013, por ser un órgano colegiado inadecuado para dictar laudos en derecho, quien además tiene potestad de inspección y de sanción, aunque vulnerando el principio de legalidad trate de corregir este defecto el RD 657/2013. No habrá mejor garantía para que, como ocurrió con la CNE, la CNMC no se estrene en tal función arbitral.

**SEGUNDA.- Interconexiones. Transporte. Distribución y comercialización.** Actualmente la capacidad de interconexión con Francia es el 6% de la potencia instalada. España debiera presionar en la UE porque nuestro aislamiento está afectando muy negativamente a la competitividad de nuestras exportaciones, incluso proponiendo, si fuera necesario, la vuelta transitoria al régimen del *marco legal estable*, hasta que se alcance una interconexión del 10% de la suma de las potencias instaladas en España y Portugal.

En materia de transporte: i) Proponemos la *separación de la propiedad* de las actividades que desarrolla el holding de Red Eléctrica de España; ii) Proponemos que la Ley declare la responsabilidad administrativa y civil del Gestor de la red de transporte y del *transportista único* en el cumplimiento de la *planificación vinculante*; iii) Para establecer, adecuadamente el marco de estas responsabilidades, proponemos que la Ley debiera asignar una fecha de puesta en funcionamiento a cada hito planificado, con un margen de error de 3 meses.

Por lo que hace a la distribución, así como no hay cuestión sobre que la red de distribución es un *monopolio natural* imposible de gestionarse en el ámbito de la competencia, pudiera plantear discusión el hecho de que este monopolio sea de titularidad privada. Una razón en favor de su propiedad privada es que la red eléctrica ha sido construida y explotada siempre por la iniciativa privada con manifiesto buen resultado. Pero hay una razón superior, de eficacia, y es que la *calidad del suministro* depende de la red, no del producto electricidad, por ello si las redes se nacionalizarán, coincidirían propietario, gestor y controlador, lo que se presenta como un monumento a la ineficiencia. La desconfianza en la *gestión privada* tiene solución, regulación y control públicos. La desconfianza en la *gestión pública*, no tiene solución.

Por lo que hace a la comercialización, resuelto por el Tribunal Supremo el conflicto relativo a la posición del comercializador en la contratación del acceso, y, como tal reconocido, auténtico contratante del mismo, quedan no obstante restos en los *contratos de suministro de referencia*, en los que los comercializadores aparecen, como meros mandatarios, lo que obligaría a alterar el régimen de facturación. Urge, por tanto, que se corrijan tales contratos, sin perjuicio de que el actual desarrollo reglamentario debiera corregirse con el fin de establecer claramente la doble posibilidad de la contratación eléctrica con efectos jurídicos, mercantiles y fiscales distintos, que tal doble posibilidad genera.

**TERCERA.- Suministro en la nueva LSE.** La Ley del Sector Eléctrico (LSE) 24/2013 es una ley continuista, respecto de la Ley del Sector Eléctrico 54/1997, muy particularmente en el no reconocimiento de una auténtica potestad regulatoria del órgano indebidamente llamado regulador y el mantenimiento de *precios regulados*, auténticas tarifas. Siendo conscientes de que la eliminación de los *precios regulados* debe acometerse de manera gradual, y sin ánimo de exhaustividad proponemos en el cuerpo de la Tesis y, para esta concreta parcela, 4 propuestas regulatorias hacia la erradicación del *suministro de referencia* a un año vista.

**CUARTA.- Consumidor vulnerable.** Ante la carencia regulatoria en materia de *consumidor vulnerable*, nuestra propuesta pasa por que se establezca una tarifa, llamémosla *tarifa de pobreza energética*: i) que se calcularía como se calcula el PVPC; ii) que se aplicaría a una única vivienda, con una potencia contratada oscile entre 2 y 3 kW en función del número de miembros de la unidad familiar; iii) que la reducción en la factura disponga de tres niveles de descuento en función de la situación de necesidad demostrada; iv) que el descuento sea repercutido por los comercializadores por terceras partes iguales a los ayuntamientos, CC.AA. y a la Admón. General del Estado en las cuentas habilitadas al efecto y; v) que en caso de incumplimiento de éstos se les aplicaría el régimen general de impagos.

**QUINTA.- Derechos.** Tras la nueva LSE 24/2013 se podría vislumbrar un auténtico *estatuto jurídico del consumidor eléctrico*, todo lo cual no empece para insistir en que si en el Derecho europeo se hubiera consagrado como Derecho originario o como Reglamento de la UE la *Carta Europea de los Derechos de los Consumidores de Energía* la traslación de su contenido a un *estatuto jurídico del consumidor eléctrico* hubiera sido más sencilla, más eficaz y más comunitaria. En todo caso, este *estatuto jurídico* carece de un marco institucional de resolución de controversias como ya está dicho. Por último, proponemos que los proveedores hagan entrega a los consumidores de un *Libro del Cliente Eléctrico*, en pro de la consecución de mayor número de *consumidores capacitados* en el mercado.

Como cierre del presente trabajo remachamos que ambos sistemas eléctricos, el español y el de Inglaterra y Gales, están en sintonía con el diseño comunitario de *liberalización* aunque en España se sufre el retraso de mantener precios regulados, si bien ya vinculados al mercado. En ambos sistemas falta la viveza en el mercado, a la hora del cambio de comercializador por lo que no se han alcanzado niveles óptimos de *movilidad* por falta de *competencia efectiva*, siendo relevante la falta de *interconexiones* que facilitan la consagración de un *mercado único*. Con vistas a un *mercado único*, es necesario disponer de un cuerpo normativo europeo en materia de *Derecho de consumo eléctrico*. Por último, creemos que la originalidad y consideración de las variadas *propuestas y sugerencias de mejora* que hacemos en el cuerpo de la Tesis podrían facilitar el objetivo de un auténtico, por competitivo, *mercado único de la electricidad*.