

Funciones públicas ejercidas por particulares: El caso del Operador del sistema eléctrico según la Ley 54/1997

Lucía López de Castro García-Morato

Prof. Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

En este estudio se analiza el fenómeno del ejercicio privado de funciones públicas en el contexto de la “operación del sistema eléctrico” regulada en la Ley 54/1997, del Sector eléctrico y que realiza la compañía Red Eléctrica de España, S.A. Se pretende determinar en qué medida constituye el ejercicio de funciones públicas por un particular y en qué medida su configuración y régimen jurídico se corresponde con la naturaleza de sus funciones. Una vez identificada la naturaleza pública de las funciones asignadas al Operador del sistema (entre otras, se le atribuyen potestades para dictar actos de autoridad como autorizaciones e instrucciones), se analizan los mecanismos de control público sobre el ejercicio de dichas funciones, y se proponen algunas mejoras al respecto.

Palabras clave: entidades privadas; funciones públicas; energía eléctrica

ABSTRACT

This article analyses the nature of the functions assigned to the “System operator” regulated in the Spanish Electric Power Act (Act 54/1997) and played by the Company Red Eléctrica de España. The objective of the study is to determine whether there are public functions assigned to a private entity and whether the legal framework corresponds to the nature of the functions. Once the public nature of the functions assigned to the electricity system operator is identified (among others, it is entitled to dictate acts covered with authority, like authorisations and instructions), the study analyses the public controls established and concludes with some recommendations to improve them.

Key words: private entities; public functions; electric power.

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR PARTICULARES Y LA OPERACIÓN DE SISTEMAS ELÉCTRICOS. A. Planteamiento general. B. El ejercicio de funciones públicas por particulares, C. Los modelos de explotación de los sistemas eléctricos, la actividad de operación del sistema eléctrico, y la Ley 54/1997, del sector eléctrico.- II. FUNCIONES EJERCIDAS POR EL GESTOR TÉCNICO DEL SISTEMA ELÉCTRICO EN ESPAÑA Y SU NATURALEZA PÚBLICA A. Funciones genéricas del Operador del sistema eléctrico y su función principal, la garantía de seguridad del suministro eléctrico, B. La coordinación del Operador del sistema con el operador del mercado y otros sujetos, C. Funciones específicas (art. 34 LSE): su clasificación y naturaleza, D. Conclusión sobre la naturaleza de las funciones del Operador del sistema.- III. EL SOMETIMIENTO A CONTROL PÚBLICO DE LAS FUNCIONES DEL OPERADOR DEL SISTEMA, A. El control a través de su configuración jurídico-organizativa, 1. *Forma societaria, con restricciones en su accionariado y presencia significativa de capital público*, 2. *Separación funcional y orgánica*, B. El sometimiento a regulación de las funciones del Operador del sistema eléctrico español, 1. *Razones para la regulación de las funciones del Operador del sistema. Monopolio y atribución legal de funciones públicas*, 2. *Sometimiento a Derecho de las funciones del Operador del sistema, en aplicación de la normativa y de acuerdo con ella. El problema de la discrecionalidad técnica*, 3. *Naturaleza jurídica de los procedimientos de operación de carácter instrumental y técnico*, C. Control a posteriori por las autoridades reguladoras, 1. *Sometimiento a supervisión*, 2. *Procedimiento sancionador*, 3. *Resolución de conflictos por la CNE*.- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. SOBRE LA NATURALEZA DEL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS DEL OPERADOR DEL SISTEMA Y SU RÉGIMEN JURÍDICO Y ALGUNAS CUESTIONES PENDIENTES. A. El Operador del sistema eléctrico según la Ley 54/1997: ejercicio de funciones públicas por un particular, B. Algunas cuestiones pendientes y propuestas de mejora, 1. *Existencia de algunas incertidumbres e insuficiencias en relación con el alcance de las funciones públicas del Operador del sistema*, 2. *Sobre la relación entre los gestores técnicos de electricidad y gas*, 3. *Sobre el control de la discrecionalidad técnica de los actos de autoridad del Operador del sistema*

I. INTRODUCCIÓN. EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR PARTICULARES Y LA OPERACIÓN DE SISTEMAS ELÉCTRICOS

A. Planteamiento general

El objeto de este artículo es analizar el fenómeno del ejercicio de funciones públicas por particulares en un contexto sectorial de gran complejidad técnica, el sector eléctrico. De esta forma se analizará la función de “Operación del sistema” o gestión técnica que realiza Red Eléctrica de España SA (en

adelante, REE), en aplicación de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico (LSE), para determinar en qué medida constituye el ejercicio de funciones públicas por un particular y en qué medida su configuración y régimen jurídico se corresponde con la naturaleza de sus funciones¹.

La oportunidad del estudio de este tema es clara ya que la cuestión del modelo organizativo de la gestión de las redes y la operación de los sistemas energéticos ha sido una de las cuestiones más debatidas en el proceso de negociación desde el año 2007 del tercer paquete de normativa comunitaria para la realización del mercado interior de electricidad y de gas que ha sido aprobado en julio de 2009². Mientras se desarrolla este debate a nivel europeo, también en España se ha planteado la polémica³, y recientemente la prensa española anunciaba que el Gobierno estudiaba privatizar las redes de transporte de electricidad y gas, y la creación de un ente público con la función de la gestión técnica del sistema eléctrico y gasista⁴.

¹ Este estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación "Ejercicio de funciones públicas por particulares", Ministerio de Educación y Ciencia, SEJ 2004-03571, dirigido por el profesor Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2005-2007.

² La Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el desarrollo del mercado interior de electricidad, con un texto de mínimos, permite tres modelos: no sólo los modelos ISO (*independent system operator*, que separa patrimonialmente la gestión técnica del sistema y la propiedad del transporte) y TSO (*transport system operator*, en el que el Operador del sistema es también propietario de las redes de transporte), sino también el modelo ITO (*independent transport operator*).

³ En el caso español, en el que el Operador del sistema eléctrico realiza también la función de transportista único, se han planteado posturas opuestas entre los que denuncian los peligros de los conflictos de interés y falta de objetividad del Operador del sistema frente a la actividad de transporte (por ejemplo, recientemente, NEBREDA PÉREZ, J.M. (2007): "Las redes eléctricas tras la reforma legal del año 2007", en *Comentarios a la Ley de Reforma del Sector eléctrico*, coord. por LÓPEZ-IBOR, Madrid, Thomson-Civitas, pág. 275, y ALBENTOSA PUCHE L. (2009), "El papel del regulador en el sector eléctrico", en Becker, F. y Cazorla, L.M. (dir), *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Madrid, Aranzadi), y los que defienden las sinergias y ventajas de la unión de la operación del sistema eléctrico y el transporte (por ejemplo, vid. G. ARIÑO ORTIZ, G. (2006): *Energía en España y desafío europeo*, Granada, Comares, págs. 64 y ss.), mientras que otras posturas intermedias han analizado las ventajas y riesgos de dicha integración con la conclusión de la falta de claridad sobre el grado de separación deseable entre la operación del sistema y el transporte de electricidad (así, PÉREZ ARRIAGA, J.I. y OLMOS CAMACHO (2009): "La regulación del transporte de energía eléctrica", en BECKER, F. y CAZORLA, L.M. (dir), *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Madrid, Aranzadi, pág. 600-601).

⁴ Vid. por ejemplo, Cinco días, 10 de marzo de 2009. Sin embargo, poco después el Real Decreto Ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector ener-

En todo caso, mientras se mantenga el modelo actual en España, de integración del Operador del sistema eléctrico y de transportista único, es crucial que se garantice la independencia y objetividad del Operador del sistema, que no debe favorecer los intereses de la actividad del transporte. Y estas exigencias de objetividad y no discriminación de la actuación del Operador del sistema eléctrico se acentúan con el análisis jurídico que revela la naturaleza pública de muchas de las funciones atribuidas del Operador del sistema eléctrico.

Por ello, en este contexto de controversia sobre la organización y configuración jurídica de los gestores de las redes de electricidad, en este artículo nos centraremos en el análisis del marco jurídico actual del Operador del sistema eléctrico español, identificando el alcance y naturaleza de las funciones encomendadas al Operador del sistema eléctrico (en nuestro caso, REE) y su régimen jurídico, sin perder de vista que entre las funciones encomendadas al Operador del sistema y gestor de la red, se encuentra precisamente el control de la actividad operativa del transportista, que es también una actividad que desarrolla la empresa REE. Como veremos, en algunos supuestos las funciones atribuidas por la Ley 54/1997 al Operador del sistema eléctrico se traducen en actos de autoridad, lo que unido a la configuración societaria de mayoría de capital privado, nos llevará al fenómeno de la colaboración de particulares en el ejercicio de funciones públicas. Ahora bien, ¿es acorde el régimen jurídico de la operación del sistema a la naturaleza de funciones públicas desarrolladas y su necesario control público? Para poder contestar a esta cuestión se exponen a continuación los principios jurídicos que rigen el ejercicio de funciones públicas por particulares.

B. El ejercicio de funciones públicas por particulares

La realización de funciones públicas por personas físicas o jurídicas, ajenas a la organización administrativa, es un fenómeno analizado desde hace tiempo por la doctrina ius administrativista, siguiendo los trabajos de Zanobini bajo la denominación de *ejercicio privado de funciones públicas*⁵. Como es sabido, la Administración acude a la colaboración del sector privado por razones diversas, entre otras, por sus recursos escasos, por el carácter de elevada

gético y se aprueba el bono social, consagra la figura del transportista único de la red troncal de gas, por lo que parece que se confirma el modelo TSO.

⁵ Vid. SAINZ MORENO, F. (1983): "Ejercicio privado de funciones públicas", *Revista de Administración Pública* 100-102, pág. 1699 y ss.

especialización técnica de ciertas actividades, y por la mayor eficiencia que pudiera tener en ocasiones la gestión privada. Dentro de esta materia, se engloban supuestos muy diversos ya que el aumento de funciones estatales ha dado lugar a la creación de nuevas formas de colaboración de personas privadas para el ejercicio de funciones públicas. En todo caso, en el ejercicio privado de funciones públicas, aparecen dos datos comunes, destacados por Santamaría Pastor: la actividad constituye una función pública, no una tarea de interés público, y la persona privada que realiza la actividad lo hace con sus medios y en nombre propio (lo que no impide que por razones de control a veces sus actos sean en algún caso recurribles ante la autoridad administrativa)⁶. En este contexto, la figura del *colaborador* se caracterizaría por los siguientes rasgos: a) es una persona privada, una empresa con ánimo de lucro, que procura la satisfacción de sus intereses propios, si bien adicionalmente ejerce una función pública, b) esta colaboración se realiza de forma estable y organizada, y c) está sujeta a reglamentación y controles administrativos⁷.

Ahora bien, como ha explicado el profesor Gallego Anabitarte, conviene depurar el concepto de colaborador, ya que en ocasiones se denomina colaborador a personas privadas que sólo ejercen actividades materiales, como mero auxiliar de la Administración, y que actúan como sus mandatarios y sometidos a sus instrucciones, por lo que se debe analizar cuándo hay efectivo ejercicio de función pública (de actos de autoridad que se imponen de forma vinculante sobre los sujetos, como función pública que se ejerce en nombre propio por el colaborador, aunque sometido a controles de carácter material⁸), y cuándo hay simple colaboración en actividades materiales, que se ejercen como mero auxiliar de la Administración⁹.

⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2009): *Principios de Derecho administrativo*, vol 1, Madrid, Iustel, 2ª ed., pág. 324.

⁷ En esta cuestión seguimos a GONZÁLEZ VARAS, S. (2001): *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Granada, Comares, pág. 52.

⁸ Este ejercicio de funciones públicas en nombre propio y sometido a tutela material se enmarcaría dentro de la delegación de competencias entre personas jurídicas, según los conceptos de Derecho de la organización administrativa explicados en GALLEGO ANABITARTE, A. y otros (2000): *Conceptos y Principios fundamentales de Derecho de Organización*, Madrid, Marcial Pons, págs. 96 y ss. Sobre el ejercicio de funciones públicas por particulares en el ámbito urbanístico, vid. CHINCHILLA PEINADO, J.A. (2009): *El convenio expropiatorio*, Madrid, la Ley, págs. 143 y ss.

⁹ GALLEGO ANABITARTE, A. (2007): *Actos de autoridad y potestades administrativas*, mimeo; y sobre la necesaria depuración del concepto de colaboración, anteriormente en GALLEGO ANABITARTE, A (2000): "De la reconversión industrial a la acción concertada pasando por la pro-

De esta forma, en el estudio del fenómeno del ejercicio de funciones públicas por parte del Operador del sistema eléctrico, que es la empresa REE en España, se analizarán las funciones atribuidas al Operador del sistema eléctrico y gestor de la red de transporte por la Ley 54/1997, para determinar su naturaleza y en qué medida suponen el ejercicio de funciones públicas mediante la adopción de actos de autoridad vinculantes sobre los agentes (y no una simple actividad material, como auxiliar de la Administración), que se ejerzan en nombre propio y bajo control público.

C. Los modelos de explotación de los sistemas eléctricos, la actividad de operación del sistema eléctrico y la Ley 54/2007, del Sector Eléctrico

La existencia del ejercicio de funciones públicas en relación con la explotación de los sistemas eléctricos trae su origen en las peculiaridades técnicas del sector eléctrico: la electricidad no es almacenable y se transmite por las redes a la velocidad de la luz, por lo que se debe igualar oferta y demanda de electricidad en todo momento, manteniendo los parámetros técnicos de la red de transmisión. Ello exige que se realice una actividad de coordinación técnica de las instalaciones de generación, de transporte y de distribución, que forman un “sistema”¹⁰, para garantizar en todo momento la seguridad y la fiabilidad del suministro de electricidad¹¹. Estas actividades de coordinación técnica son imprescindibles para la explotación de todo sistema eléctrico, y esta es una de las razones por las que el sector eléctrico siempre será un sector regulado, como bien destaca la Exposición de Motivos de la Ley 54/1997 del sector eléctrico.

moción de viviendas de protección oficial: el régimen de concierto” Estudio preliminar a F. IGLESIAS GONZÁLEZ, *Régimen jurídico de la protección pública a la promoción y adquisición de viviendas*, Pamplona, Aranzadi, pág. 34.

¹⁰ A este respecto conviene precisar, siguiendo a I. del Guayo, que el término “sistema” pertenece al campo semántico de la intervención pública, pero no se identifica con la falta de libertad. Así, la Ley de Explotación unificada del Sistema eléctrico nacional de 1984 y la LOSEN de 1994 diseñan un sistema cerrado y monopolizado, mientras que en la Ley del Sector eléctrico de 1997 se diseña un sistema abierto con una intervención fomentadora de la competencia. GUAYO CASTIELLA, I. DEL (2001): “El sistema gasista y su gestión técnica”, *Revista Jurídica de Navarra* 32, pág. 60.

¹¹ Sobre esta cuestión técnica, vid. SOLÉ MARTÍN, C. (2009): “La operación del sistema”, en *Tratado de regulación eléctrica*, pág. 567.

Sin embargo, conviene recordar que la necesaria coordinación técnica del sistema de generación y transporte de electricidad, en la historia reciente ha dado lugar a dos modelos básicos de explotación de los sistemas eléctricos: la explotación centralizada y la explotación descentralizada¹², en los que se observa, como hemos explicado en otro lugar, el *ejercicio de funciones públicas de alcance diverso* y con modalidades organizativas también diversas¹³. En esta evolución histórica, el gran cambio en el modelo de explotación de los sistemas eléctricos y la aparición de la figura del Operador del sistema es el que se produce con la introducción de competencia en el sector, que comienza a finales de los 80 y se extiende en los 90 en Europa y otros países desarrollados. Y así, la creación de mercados en el sector eléctrico ha sido posible gracias al principio del acceso de terceros a las redes de transporte y la *figura del Operador del sistema*, que permite, además de gestionar la red de forma independiente, compatibilizar la *explotación descentralizada del sistema*, en base a las decisiones

¹² Como hemos explicado en otra ocasión, a su vez, dichos modelos de explotación se corresponden con dos modelos regulatorios: el *modelo industrial, regulado*, cerrado, de servicio público tradicional, planificación conjunta, explotación centralizada y remuneración en base a costes, y por otra parte, el *modelo de competencia regulada*, abierto, desintegrado, introduciendo competencia en lo posible (producción, y suministro), presidido por los principios de planificación empresarial, explotación descentralizada, con acceso a las redes y remuneración en base a precios. ARIÑO ORTIZ, G. y LÓPEZ DE CASTRO, L. (1998): *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Madrid, Montecorvo, in totum.

¹³ ARIÑO ORTIZ, G. y LÓPEZ DE CASTRO, L. (1998). En España, ejemplos del modelo centralizado de explotación del sistema eléctrico, han sido en primer lugar, la explotación conjunta a través de asociaciones privadas: el sistema de UNESA-RECA, a partir de 1944, y el sistema de ASELÉCTRICA, con un delegado del gobierno, a partir de 1979. Ambos supuestos se han calificado por la doctrina como el ejercicio de funciones públicas por particulares. Así, por ejemplo, J. SALAS HERNÁNDEZ (1977), capítulo IV, "Entidades de base privada que ejercitan funciones públicas directamente relacionadas con la organización del sector eléctrico", en *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de de España. En segundo lugar como supuesto de modelo centralizado debe recordarse el sistema de explotación unificada, según la Ley 49/1984, a través de la empresa pública Red Eléctrica de España, que fue creada en 1985 precisamente para ser el gestor del nuevo servicio público de la explotación unificada así como propietario de gran parte de las instalaciones de transporte. En este caso, dado que se trataba de una empresa de capital público, que ejercía funciones públicas mediante actos vinculantes sobre los operadores y no susceptibles de recurso, nos encontrábamos ante un supuesto singular, que podría calificarse como la huida al Derecho privado (así, TRILLO FIGUEROA, J. y LÓPEZ-JURADO F.B. (1996): *Regulación del sector eléctrico*, Madrid, Civitas, pág. 222), o incluso como la nacionalización encubierta del sector, ya que se despoja a las empresas de su capacidad de toma de decisiones empresariales fundamentales, vid. ARIÑO ORTIZ, G. y LÓPEZ DE CASTRO, L. (1998): 151 y ss.

de los agentes en el mercado, y la realización de la actividad de coordinación técnica necesaria para igualar oferta y demanda en todo momento y mantener los parámetros de seguridad técnica de la red, para garantizar la fiabilidad y calidad del suministro.

Dicho modelo se adopta en España mediante la Ley 54/1997, del sector eléctrico, entre cuyos principios básicos destaca la separación de actividades, que se traduce en una *dualidad de régimen jurídico de las actividades*: se distinguen actividades liberalizadas (generación y comercialización de electricidad) y actividades reguladas (gestión técnica, transporte y distribución). Todo ello se complementa con la creación de un mercado organizado de producción de energía eléctrica y con la garantía del acceso de terceros a las redes de transporte y producción¹⁴. Así, la explotación del sector eléctrico se organiza en base a un mercado organizado (si bien pueden aparecer otros mercados no organizados) basado en criterios económicos y gestionado por el operador del mercado, el cual casará ofertas y demandas en función de sus precios, mientras que el Operador del sistema, velará por el mantenimiento de la seguridad y la estabilidad de la Red en todo momento, gestionando entre otros, la resolución de restricciones técnicas, los servicios complementarios, y la gestión de desvíos¹⁵.

Dentro de este marco jurídico de la LSE, se sitúa el Operador del sistema eléctrico y el régimen jurídico de la gestión técnica como actividad regulada (11.2 LSE).

Tras estas consideraciones preliminares, veamos a continuación las funciones que ejerce el Operador del sistema y su naturaleza.

¹⁴ Sobre este modelo liberalizado, que introduce en España la Ley 54/1997, del Sector eléctrico, vid. ampliamente en ARIÑO ORTIZ, G. Y LÓPEZ DE CASTRO, L. (1998). Asimismo, vid. de la CRUZ FERRER, J. (1999): *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Madrid, Marcial Pons, in totum.

¹⁵ Según el art. 11.1 LSE, en su redacción por Ley 17/2007, "La producción de energía eléctrica se desarrolla en un régimen de libre competencia en el mercado de producción de energía eléctrica. El *mercado de producción de energía eléctrica* es el integrado por el conjunto de transacciones comerciales de compra y venta de energía y de otros servicios relacionados con el suministro de energía eléctrica. El mercado de producción de energía eléctrica se estructura en mercados a plazo, mercado diario, mercado intradiario, la resolución de restricciones técnicas del sistema, los servicios complementarios, la gestión de desvíos y mercados no organizados".

II. FUNCIONES EJERCIDAS POR EL GESTOR TÉCNICO DEL SISTEMA ELÉCTRICO EN ESPAÑA Y SU NATURALEZA PÚBLICA

A. Funciones genéricas del Operador del sistema y su función principal, la garantía de seguridad del suministro eléctrico

En cuanto a las funciones del Operador del sistema, el art. 34.1 LSE comienza señalando su función principal y sus principios de actuación, en los siguientes términos: “El Operador del sistema tendrá como *función principal garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte*, ejerciendo sus funciones en coordinación con los operadores y sujetos del Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica, bajo los principios de transparencia, objetividad e independencia”. En segundo lugar, el art. 34.1 establece que “El Operador del sistema será el *gestor de la red de transporte*”. Por su parte, el gestor de la red de transporte, según el art.35.2 LSE “es responsable del *desarrollo y ampliación de la red de transporte* en alta tensión definida en este artículo, de tal manera que garantice el mantenimiento y mejora de una red configurada bajo criterios homogéneos y coherentes. Asimismo corresponderá al gestor de la red de transporte la *gestión del tránsito de electricidad entre sistemas exteriores* que se realicen utilizando las redes del sistema eléctrico español”.

En la atribución legal de la función principal del Operador del sistema, “*garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte*” (art. 34.1 LSE), se manifiestan tres aspectos fundamentales para la conexión de la Operación del sistema con funciones públicas: primero, la garantía de la seguridad del suministro; segundo, la garantía de la correcta coordinación del sistema de producción y transporte, y tercero, la garantía de la continuidad del suministro eléctrico.

Como ha explicado G. Ariño, si la responsabilidad de la garantía del suministro a largo plazo corresponde al Estado, que debe hacer frente a ella con una planificación incentivadora, la responsabilidad a corto plazo corresponde al gestor del sistema que es quien tiene la dirección operativa en el día a día¹⁶. En todo caso, se observa que la función principal del Operador del sistema eléctrico está directamente relacionada con el *objetivo de garantía de suministro* en todas sus manifestaciones: garantía en la *seguridad*, garantía en la coordi-

¹⁶ ARIÑO ORTIZ (2006): 64.

nación del sistema (que conlleva también una coordinación a largo plazo, mediante las propuestas de la planificación y el desarrollo de la red de transporte, lo que afecta a la garantía del *abastecimiento* energético), y la garantía de suministro como *continuidad* en la prestación de un servicio esencial (art. 2.1 LSE). En todas estas manifestaciones de la garantía del suministro se observan conexiones con una función pública, si bien en el caso de la garantía de la seguridad, la naturaleza pública es evidente.

B. La coordinación del Operador del sistema eléctrico con el operador del mercado y otros sujetos

El art. 34.1 LSE continúa estableciendo que el Operador del sistema debe ejercer sus funciones “en coordinación con los operadores y sujetos del Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica”¹⁷, lo que enlaza con la previsión del art. 34.2 LSE, letra ñ), de que debe “colaborar con todos los operadores y sujetos del Mercado Ibérico de la Electricidad que resulten necesarios para el ejercicio de sus funciones”. En este contexto conviene señalar el doble significado del término “coordinación”, que en sentido amplio se traduce en un deber general de “colaboración” entre los sujetos¹⁸, y que en sentido estricto se refiere al ejercicio de potestades de coordinación atribuidas por la ley al Operador del sistema y que se imponen de forma ejecutiva sobre los agentes.

Por otra parte, conviene precisar el alcance de la coordinación del Operador del sistema con el operador del mercado (u operadores de otros mercados organizados). La intervención del Operador del sistema sobre la explotación se vincula a la casación de ofertas y demandas que le traslade el operador del mercado, cuyo orden de precedencia económica, junto con el resultado de otras transacciones, debe respetar siempre que sea posible desde un punto de vista técnico. La coordinación con el operador del mercado y otros

¹⁷ Dicha expresión se establece por Ley 17/2007, para su adaptación a los nuevos operadores del mercado (Polo español y Polo Portugués) del Mercado Ibérico de Energía Eléctrica y a la posible aparición de otros operadores de mercados no organizados, frente a la anterior redacción del artículo 34.1 que se refería a la “coordinación con el operador del mercado”. Ello es coherente con la eliminación del carácter regulado de la gestión económica según esta Ley 17/2007.

¹⁸ Por ello, como ha destacado recientemente PAJUELO IGLESIAS, la referencia a la función de colaboración del art. 34.2.ñ) LSE, más que una atribución, recoge un deber general de actuación del Operador del sistema en el desempeño de sus funciones. PAJUELO IGLESIAS, P. (2009): “Gestión técnica y Operador del sistema. Procedimientos de operación”, en *Derecho de la Regulación Económica, III. Sector energético*, Tomo I, MUÑOZ MACHADO, S. (dir), Iustel, Madrid, pág. 472.

sujetos impregna las reglas de funcionamiento del Mercado de Producción del Electricidad y los procedimientos de operación del Operador del sistema. Ello implica que, como regla general, prevalece la explotación del sistema de acuerdo con las decisiones empresariales, frente a una explotación que pudiera ser más adecuada a los efectos de garantizar la continuidad y seguridad del suministro. La coordinación con el operador del mercado y el respeto al orden de precedencia económica según las ofertas y demandas empresariales, y a otras transacciones bilaterales y a plazo realizadas, constituye una obligación que se impone al Operador del sistema y un *límite fundamental en el alcance y ejercicio de las funciones públicas* de garantía de la continuidad y seguridad del suministro que le son asignadas. Ahora bien, en último término, en la *operación real*, el Operador del sistema podrá impartir instrucciones a los agentes en situaciones extremas, al margen de cualquier consideración económica, actuando bajo su criterio y responsabilidad¹⁹.

C. Funciones específicas (art. 34.2 LSE): su clasificación y naturaleza

Tras la definición genérica de la función del Operador del sistema en el art 34.1, el art. 34.2 LSE especifica sus funciones, que han sido reforzadas por la Ley 17/2007 (que añade nuevos apartados p) a x). Dichas funciones del art. 34. 2 LSE podrían agruparse en los términos siguientes²⁰: funciones ejecutivas y de control, funciones de previsión, funciones de liquidación, funciones como gestor de la red de transporte, funciones adicionales en los supuestos de emergencia, y cláusula residual.

En primer lugar, en el ámbito del ejercicio de funciones públicas por particulares, sin duda, hay que destacar las diversas *funciones ejecutivas y de control para la coordinación de generación y transporte*, que se atribuyen al Operador del sistema. Su función principal es la programación de la utilización de los equipos de producción e impartir instrucciones a los generadores y transportistas, ordenando el acoplamiento (o desacoplamiento) de los centros de produc-

¹⁹ Así, Carlos SOLÉ MARTÍN, para explicar las relaciones entre el Operador del sistema y el operador del mercado, ha destacado el mayor protagonismo que cobra el Operador del sistema en el tiempo real. En este sentido, la incertidumbre se encontraría en fijar la frontera entre el mercado y la operación, que se situaría en algún punto entre el corto plazo y el tiempo real. Vid. SOLÉ MARTÍN, C. (2009): 578.

²⁰ En esta clasificación se utiliza un criterio funcional similar al empleado por BERNAL BLAY, M.A. (2006): "Artículo 34", en *Comentarios a las Leyes energéticas, Tomo I. Ley del Sector Eléctrico*, LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. y BENEYTO PÉREZ, J. M (dir), Madrid, Civitas, pág. 538.

ción con criterios de mérito económico, en atención a las demandas que comunique el operador del mercado y a las que resulten de otras transacciones, eliminando restricciones en la red de transporte y coordinando los planes de mantenimiento de producción y transporte, para evitar obstáculos al sistema y, por tanto, al libre mercado.

En el ejercicio de este tipo de funciones el Operador del sistema dicta *actos de autoridad*, que se imponen de forma vinculante sobre los agentes. Ello se deduce claramente del tenor literal de las funciones atribuidas al Operador del sistema en los siguientes apartados del art. 34.2, en el que he añadido cursiva en algunos términos que reflejan la atribución de autoridad pública: “c) Recibir la información necesaria sobre los planes de mantenimiento de las unidades de producción, averías u otras circunstancias que puedan llevar consigo la excepción de la obligación de presentar ofertas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de la presente Ley, a fin de *confirmarlas* con el procedimiento que reglamentariamente se establezca, lo que comunicará al operador del mercado”, d) *Coordinar y modificar*, en su caso, los planes de mantenimiento de las instalaciones de transporte, de manera que se asegure su compatibilidad con los planes de mantenimiento de los grupos de generación y se asegure un estado de disponibilidad adecuado de la red que garantice la seguridad del sistema, e) *Establecer y controlar* las medidas de fiabilidad del sistema de producción y transporte, *afectando* a cualquier elemento del sistema eléctrico que sea necesario, así como los planes de maniobras para la reposición del servicio en caso de fallos generales en el suministro de energía eléctrica *y coordinar y controlar* su ejecución, f) *Impartir las instrucciones* de operación de la red de transporte, incluidas las interconexiones internacionales, para su maniobra en tiempo real, (...), k) *Programar* el funcionamiento de las instalaciones de producción de energía eléctrica de acuerdo con el resultado de la casación de las ofertas comunicadas por el operador del mercado, con la información recibida de los sujetos que participan en sistemas de contratación bilateral con entrega física, teniendo en consideración las excepciones que al régimen de ofertas se puedan derivar de la aplicación de lo previsto en el artículo 25 y resolviendo las posibles *restricciones técnicas* del sistema utilizando criterios de mercado, l) *Impartir las instrucciones* necesarias para la correcta explotación del sistema de producción y transporte de acuerdo con los criterios de fiabilidad y seguridad que se establezcan, y gestionar los mercados de servicios de ajuste del sistema que sean necesarios para tal fin”.

En segundo lugar, dentro de esta actividad de coordinación generación-transporte, el Operador del sistema debe ejercer *funciones de previsión in-*

dicativa, a medio y corto plazo, que orientan a los agentes en sus decisiones de actuación en el mercado. Así, el art. 34.2 LSE comienza su listado de funciones del Operador del sistema con las siguientes: a) *Prever indicativamente* y controlar el nivel de garantía de abastecimiento de electricidad del sistema a corto y medio plazo²¹, y b) *Prever* a corto y medio plazo la utilización del equipamiento de *producción*, en especial, del uso de las reservas hidroeléctricas, de acuerdo con la previsión de la demanda, la disponibilidad del equipamiento eléctrico y las distintas condiciones de hidráulicidad que pudieran presentarse dentro del período de previsión. Es importante destacar el carácter de simple previsión indicativa, en el corto y medio plazo: no aparecen en este ámbito actos vinculantes, sino que las previsiones orientan a los agentes para la adopción de sus decisiones, e incluso orientan al mismo Operador del sistema para la posterior adopción de las decisiones ejecutivas que correspondan.

En tercer lugar, en varios apartados del art. 34.2 -i, j, m, n, w- se articula la colaboración entre el Operador del sistema y el operador del mercado en la *liquidación*, y se atribuyen al Operador del sistema funciones de liquidación en relación con los servicios de ajuste (restricciones técnicas, servicios complementarios y gestión de desvíos) y la garantía de potencia. De esta forma, las recientes reformas de la LSE (por Real Decreto Ley 5/2005 y Ley 17/2007) han atribuido al Operador del sistema ciertas funciones de gestión económica que anteriormente correspondían al operador del mercado.

En cuarto lugar, algunas de las funciones atribuidas al Operador del sistema en el art. 34 LSE se refieren específicamente a su condición de *gestor de la red de transporte*. Así, debe: q) Garantizar el desarrollo y ampliación de la red de transporte definida en el Título VI, de tal manera que se asegure el mantenimiento y mejora de una red configurada bajo criterios homogéneos y coherentes, r) Garantizar que la red de transporte pueda satisfacer a largo plazo la demanda de transporte de electricidad, así como la fiabilidad de la misma, s) Gestionar el tránsito de electricidad entre sistemas exteriores que se realicen utilizando las redes del sistema eléctrico español, t) Proporcionar al gestor de cualquier otra red con la que esté interconectado información suficiente para garantizar el funcionamiento seguro y eficiente, el desarrollo coordinado y la interoperabilidad de la red interconectada, u) Garantizar la no discriminación entre usuarios o categorías de usuarios de la red de transpor-

²¹ En este apartado se unen tanto funciones de previsión indicativa, como funciones de control.

te, y v) Proporcionar a los usuarios la información que necesiten para acceder eficientemente a la red.

En quinto lugar, y en relación con la función general del Operador del sistema de garantizar su seguridad, se le atribuyen *funciones adicionales en los supuestos de emergencia*. Según el art. 34.2.g), el Operador del sistema debe ejecutar, en el ámbito de sus funciones, las medidas que pueda adoptar el Gobierno para garantizar el suministro en casos de emergencia (según art. 10.2 LSE). En este contexto, y según los procedimientos de operación, se debe destacar que el Operador del sistema ostenta un papel protagonista en los supuestos en que se deba garantizar la cobertura de la demanda en situaciones de alerta y emergencia, previstas en el procedimiento de operación P.O. 6.1, aprobado por Resolución de 31 de octubre de 2002 (BOE nº 272). Nuevamente se observa que en el ejercicio de este tipo de funciones excepcionales, el Operador del sistema eléctrico dicta actos de autoridad, que se imponen de forma vinculante sobre los agentes.

Y por último, el art. 34.2 LSE, en sus apartados o) y x), contiene una amplia *cláusula residual* de habilitación, para las actividades relacionadas que sean convenientes para la prestación del servicio y todas aquellas que le asigne la normativa reglamentaria²².

Una vez expuesta la larga e importante lista de funciones del Operador del sistema, con la identificación de la adopción de actos de autoridad vinculantes (de control, de autorización, órdenes directas...), conviene destacar que gran parte de los *actos de autoridad* del Operador del sistema que se imponen a los operadores se refieren precisamente al tiempo real. En este momento de la operación en tiempo real, el Operador del sistema adquiere *gran protagonismo*²³ ya que debe atender al necesario equilibrio entre oferta y demanda en cada instante, manteniendo la seguridad del sistema y el suministro de electricidad con una calidad adecuada.

D. Conclusión sobre la naturaleza de las funciones del Operador del sistema

Como resumen, puede señalarse que las funciones del Operador del sistema consisten en ofrecer, en los tránsitos de energía que exige el libre mer-

²² En particular, se le atribuyen nuevas funciones en el art. 30.2 del Real Decreto 2019/1997 y en el art. 6.2 del Real Decreto 1955/2000.

²³ Protagonismo asimismo destacado por SOLÉ MARTÍN, C. (2009): 578.

cado, la máxima garantía de seguridad, a corto, medio y largo plazo, arbitrando el acceso de energía al sistema con la máxima neutralidad y en razón del mérito económico²⁴. Con dicho fin, el Operador del sistema debe realizar diversas actividades que se pueden clasificar en dos grupos: *actuación material* (previsión indicativa, recepción y suministro de información, ...) que no constituyen actos de autoridad, y por otra parte, actividades que constituyen *actos de autoridad*, que se imponen de forma vinculante a los agentes, como son instrucciones de explotación y coordinación, autorización de planes de mantenimiento, órdenes directas para el despacho en tiempo real y en situaciones de emergencia... Todo ello puede resumirse en una actividad de coordinación de las actividades del resto de los sujetos, con el objetivo de mantener la garantía del suministro y la seguridad del sistema.

De esta forma, la LSE atribuye al Operador del sistema verdaderas *potestades públicas*. Siguiendo a E. García de Enterría y T.R. Fernández, por potestad se entiende aquel poder jurídico, atribuido directamente por el ordenamiento jurídico, que habilita a su titular de forma abstracta a la producción de efectos jurídicos sobre terceros, y entre sus características, en comparación con los derechos subjetivos, destacan las siguientes: la potestad tiene su origen siempre en una norma jurídica; además, posee un objeto genérico, consistiendo su contenido en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos o materiales sobre un sujeto o colectivo de sujetos; y, por último, la potestad es un poder fiduciario, cuyo beneficiario es una persona diferente de su titular y que se confiere a éste para la protección de intereses de terceros. Por todo ello las potestades son irrenunciables²⁵. Pues bien, las potestades atribuidas al Operador del sistema en varios apartados del art. 34.2 cumplen esta definición de potestad, al traducirse en actos de autoridad, que se imponen sobre la esfera jurídico-subjetiva de terceros, así como sus caracteres, en comparación a los derechos subjetivos: las potestades del Operador del sistema son atribuidas por la Ley 54/1997, constituyen la posibilidad abstracta de producir efectos sobre terceros, y se confieren a su titular, en beneficio del conjunto del sistema eléctrico: en definitiva de los intereses generales.

²⁴ Así lo destaca NEBREDA, J.M. (2003): 511.

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1999): *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas, 9ª ed., págs. 435-440. Sobre el concepto de *potestad* y su evolución, y las dificultades que entraña su delimitación, vid. DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. y PRIETO ROMERO C. (2006): "Las ordenanzas municipales como instrumento de la actividad de intervención-limitación en el ámbito municipal". Estudio introductorio al *Repertorio Normativo del Ayuntamiento de Madrid, Tomo II. Seguridad, Sanidad y Circulación*, Bosch, Barcelona, y vid. DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. (2006). *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, Madrid, La Ley pág. 459 y bibliografía citada en nota 579.

De esta forma, el Operador del sistema es habilitado por la norma para emitir *decisiones vinculantes* para los sujetos del sector: para la necesaria coordinación desde una posición de superioridad, autoriza los planes de mantenimiento de las instalaciones, da instrucciones de explotación, afecta las instalaciones que sean necesarias para mantener la seguridad del suministro y la estabilidad del sistema... Todas estas decisiones, aunque formalmente no sean resoluciones administrativas, bajo el régimen de la LRJPAC, son *decisiones ejecutivas*, que se imponen coactivamente a los sujetos del sistema y cuyo incumplimiento constituye infracción administrativa muy grave o grave, según los arts. 60.a.8 y 61.a.4 LSE, por lo que deben considerarse *ejercicio de poder público*²⁶.

La operación del sistema *no es sólo una actividad regulada*, como el transporte, según establece el art. 11 LSE. A diferencia de la actividad de transporte, que es una actividad económica, en ejercicio de la libertad de empresa, la naturaleza de la operación del sistema es muy distinta: se trata de una *actividad institucional*, de suministro de servicios de coordinación al sistema, que exige el *ejercicio de funciones públicas* y que se desarrolla fuera del principio de libertad de empresa en una economía de mercado.

La esencia de la actividad de coordinación, en la que el Operador del sistema se sitúa en una posición de superioridad respecto a los agentes y sus decisiones son ejecutivas, la finalidad de su actividad, la garantía del suministro, encomendada en último término a los poderes públicos, y la lista de potestades públicas atribuidas al Operador del sistema, confirman que la operación del sistema implica el ejercicio de funciones de naturaleza pública. En la medida que dichas funciones se han atribuido a una sociedad anónima de capital mayoritariamente privado, se puede afirmar que se trata de un supuesto de *ejercicio de funciones públicas por un particular*.

III. EL SOMETIMIENTO A CONTROL PÚBLICO DE LAS FUNCIONES DEL OPERADOR DEL SISTEMA ELÉCTRICO

Este ejercicio de las funciones públicas por un particular, el Operador del sistema, se somete a diversos mecanismos de control, unos a priori, como es su configuración organizativa y su régimen jurídico de actuación, y otros a pos-

²⁶ En este sentido seguimos el concepto de ejercicio de poder público y de autoridad analizado en CANALS, D. (2003): *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección, certificación*, Granada, Comares, pág. 242; el ejercicio de autoridad no se realiza sólo a través de resoluciones administrativas, sino que se manifiesta en toda actuación con autoridad que se impone vinculantemente a la voluntad de los sujetos afectados, lo que conlleva la prerrogativa de autotutela declarativa y ejecutiva.

teriori, como es el control que ejerce la Comisión Nacional de Energía (CNE) en su función supervisora y de resolución de conflictos, así como el sometimiento a la normativa sectorial sobre infracciones y sanciones. Veamos en qué medida se produce el efectivo control público de las funciones públicas ejercidas por el Operador del sistema.

A. El control a través de su configuración jurídica–organizativa

La LSE realiza una configuración jurídico–organizativa del Operador del sistema que incluye fundamentalmente dos tipos de medidas para garantizar la objetividad de su actuación: por una parte, en su estructura societaria se introducen restricciones en su accionariado y una presencia significativa de capital público, y por otra parte, en aplicación del principio de separación de actividades se realiza la separación funcional y orgánica de la actividad de Operación del sistema.

1. Forma societaria, con restricciones en su accionariado y presencia significativa de capital público

En primer lugar, en cuanto a su configuración jurídico–organizativa, el art. 34.1 LSE establece que actuará como Operador del sistema una *sociedad mercantil*, con las siguientes *restricciones en su accionariado* (modificadas por el Real Decreto Ley 5/2005). De su accionariado podrá formar parte “cualquier persona física o jurídica siempre que la suma de su participación directa o indirecta en el capital de esta sociedad no supere el 3 por 100 del capital social o de los derechos de voto de la entidad. Estas acciones no podrán sindicarse a ningún efecto. Para aquellos 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, el porcentaje máximo de participación en el capital social del Operador del sistema será del uno por ciento”. Es decir, se opta por la forma jurídica societaria mercantil, con limitaciones en el capital para cada accionista, como mecanismo para garantizar los principios de objetividad e independencia afirmados en el mismo art. 34 LSE.

Continúa el art. 34 señalando que dicha limitación no será aplicable a la participación correspondiente a la *Sociedad Estatal de Participaciones Industriales*, que mantendrá, en todo caso, una participación no inferior al 10 por ciento. De esta forma, la configuración como empresa privada se combina con una participación de capital público significativa (un mínimo de 10 %, siendo ac-

tualmente la SEPI propietaria del 20 % del capital de REE), como medio de control de la actividad del Operador del sistema. Además se establece, que “la suma de participaciones, directas o indirectas, de los sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico no deberá superar el 40 por ciento (...)”, por lo que se introduce una nueva limitación legal al capital del Operador del sistema en manos del sector eléctrico en su conjunto, como garantía adicional de su objetividad e independencia. Por lo tanto, se elige la forma societaria mercantil, si bien en su accionariado se establecen una presencia significativa de capital público y limitaciones importantes a la participación de cada empresa y a la participación conjunta del sector eléctrico.

2. Separación funcional y orgánica

En segundo lugar, en cuanto a su estructura empresarial, el art. 34.1 de la LSE en su redacción original tiene la siguiente previsión respecto a la separación de actividades: “La sociedad que actúe como Operador del sistema desarrollará sus actividades de gestión técnica y de transporte con la adecuada separación contable”. Sin embargo, la Ley 17/2007, en transposición de las exigencias de la Directiva de 2003 sobre “*effective unbundling*”, introduce una nueva Disposición Adicional 23ª en la LSE que refuerza el alcance de la separación de actividades con las siguientes previsiones: a) se exige una separación contable y funcional de las funciones del Operador del sistema y gestor de la red, según los criterios establecidos en el art. 14.2 en relación con el resto de actividades de la empresa²⁷, b) la transformación de REE en estructura de holding²⁸ y la creación de una unidad orgánica específica en la sociedad “Red

²⁷ Entre los nuevos requisitos de la separación funcional, que introduce la Ley 17/2007 en el art. 14.2 LSE, en su aplicación al operador de la red se podría destacar que el gestor debe disponer de medios para desarrollar y gestionar la red, y su personal no debe difundir información comercial delicada. Vid. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A. J. (2007): “La separación de actividades en la Ley 17/2007”, *Comentarios a la Ley de reforma de la Ley del Sector Eléctrico (ley 17/2007)*, coordinado por LÓPEZ-IBOR, V., Madrid, Thomson-Civitas. Por otra parte, sobre el análisis en general de las nuevas exigencias de separación funcional que se introducen en el art. 14 con la Ley 17/2007, vid. ALCOLEA CANTOS, J. M. (2009): “La separación de actividades en los grupos verticalmente integrados del sector eléctrico”, en *Tratado de regulación del sector eléctrico*, dirigido por BECKER, F. y CAZORLA, L. M., Madrid, Aranzadi.

²⁸ Tras su aprobación por la Junta general de accionistas el 22 de mayo de 2008 y su ratificación por el Consejo de administración el 20 de junio, en julio de 2008 se formaliza la reorganización societaria de REE con estructura de “holding”. Vid www.ree.es.

Eléctrica de España”, cuyo director ejecutivo debe ser nombrado y cesado por el Consejo de Administración de la sociedad REE, SA, con el visto bueno del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, y c) exigencia de que el personal de la unidad que ejerza funciones de Gestor técnico del sistema suscriba un Código de conducta al que se refiere el art. 14 LSE, garantizando su independencia respecto al resto de actividades desarrolladas por el grupo empresarial. De esta forma, se introducen medidas de autorregulación (códigos de conducta) y de información a los reguladores y al público para garantizar la efectiva separación funcional e independencia en la operación del sistema y gestión de la red. Para algunos, estas previsiones serían insuficientes y sería necesario articular la separación jurídica e incluso accionarial entre la actividad de operación del sistema (incluyendo la gestión de la red de transporte) y la actividad de transporte. Para otros, estas previsiones serían suficientes siempre que sean efectivamente implementadas y supervisadas.

B. El sometimiento a regulación de las funciones del Operador del sistema eléctrico español

A continuación se analizan los controles que se establecen en su *régimen jurídico de actuación*. Entre dichos controles podemos destacar los siguientes: primero, la gestión técnica es una actividad regulada, sometida a una regulación exhaustiva en la LSE, reglamentos de desarrollo y procedimientos de operación; segundo, la operación del sistema se somete a la supervisión de la CNE; y tercero, las controversias que surjan en torno a la gestión técnica deben someterse a su resolución por la CNE. Todo ello es coherente con la naturaleza de las funciones atribuidas al Operador del sistema: en la medida que el Operador del sistema ejerce *potestades públicas* (no derechos subjetivos) en interés general, su actuación se somete a un régimen de Derecho público, y en particular a control mediante la legislación administrativa especial contenida en la normativa eléctrica.

En este contexto conviene destacar que para lograr la neutralidad del gestor técnico y la garantía a todos los usuarios del suministro eléctrico, la gestión técnica del sistema eléctrico se configura como una *actividad regulada* (art. 11.2 LSE), tanto en las funciones, obligaciones y procedimientos que ha de seguir el Operador del sistema, como en la retribución que recibe en contraprestación por su actividad. En particular respecto a las *funciones*, su regulación queda recogida en el art. 34 LSE, y desarrollada por el art. 30 del RD 2019/1997 de organización del mercado de producción de electricidad y por el art. 6 del RD 1955/2000 sobre las actividades de transporte. Por otra parte, el art. 31 RD 2019/1997 prevé la definición de procedimientos de operación, que han dado

lugar a una regulación exhaustiva de la actuación del Operador del sistema con la aprobación de más de una cincuentena de procedimientos de operación que debe aplicar el Operador del sistema en el ejercicio de sus funciones.

1. Razones para la regulación de las funciones del Operador del sistema. Monopolio y atribución legal de funciones públicas

La necesidad del sometimiento de la actuación del Operador del sistema a la *norma previa* enlaza con dos cuestiones. Por una parte, el Operador del sistema realiza una actuación de coordinación técnica para el conjunto de los agentes, en régimen de *monopolio*. No hay libertad de entrada, ni de empresa, ni mercado en la provisión de los servicios del Operador del sistema. La LSE reserva la actividad de operación del sistema a un único sujeto: el Operador del sistema²⁹. Por definición, el Operador debe ser único. Presta sus servicios “al sistema”. En dicha situación de monopolio, la actuación del Operador del sistema debe someterse a regulación.

Por otra parte, como hemos visto, en ocasiones el Operador del sistema es habilitado por la norma para emitir *decisiones vinculantes* para los sujetos del sector: para la necesaria coordinación desde una posición de superioridad, autoriza los planes de mantenimiento de las instalaciones, da instrucciones de explotación, afecta las instalaciones que sean necesarias para mantener la seguridad del suministro y la estabilidad del sistema, etc. Todas estas decisiones son actos de autoridad, que se imponen coactivamente a los sujetos del sistema. Dicho ejercicio de poder público y la designación legal como Operador del sistema a una sociedad anónima de capital mayoritariamente privado, debe considerarse un ejemplo de colaboración de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas³⁰. Y como hemos recordado con anterioridad toda potestad pública tiene su origen y legitimidad en una norma de atribución.

²⁹ Así, T. de la QUADRA-SALCEDO señala que el ejercicio de funciones reservadas por la ley al Operador del sistema fundamentaría su calificación como ejercicio de función pública. Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: (2006): “Diez años de legislación energética en España”, en *Energía: del monopolio al mercado*. CNE, diez años en perspectiva, Madrid, CNE, Civitas, pág. 330.

³⁰ Se trata de un ejemplo singular de colaboración de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas ya que la atribución del ejercicio de funciones públicas se realiza en este caso por ley, mientras que lo habitual es que el mecanismo jurídico de atribución de funciones públicas sea la concesión y la autorización administrativa, como han destacado recientemente GALÁN GALÁN, A. y PRIETO ROMERO, C. (2009), “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración” en *Anuario de Derecho Municipal 2008*, núm. 2, pág. 85.

2. Sometimiento a Derecho de las funciones del Operador del sistema, en aplicación de la normativa y de acuerdo con ella. El problema de la discrecionalidad técnica

El ejercicio de las funciones del Operador del sistema se realiza *en aplicación de la normativa y de acuerdo con ella*, ya que en ocasiones la normativa establece un margen de discrecionalidad técnica para que el Operador del sistema valore lo que es más adecuado en ese momento. Así, por su naturaleza, la operación del sistema puede exigir decisiones no tipificadas en la norma para el corto plazo y en tiempo real. En efecto, en ciertas ocasiones, en situaciones de muy corto plazo, en tiempo real, de emergencia, la normativa (y en particular los procedimientos de operación) otorga expresamente un margen de *discrecionalidad técnica* al gestor técnico para adoptar las decisiones ejecutivas que considere “adecuadas” para la gestión técnica del sistema, que deberá justificar a posteriori y sin perjuicio de la liquidación económica que corresponda. Así, por ejemplo, en el P.O. 3.2 sobre Resolución de restricciones técnicas (Resolución de 18 de mayo de 2009), apartado 7, se establece: “Mecanismo excepcional de resolución: En el caso de que, ante situaciones de *emergencia o por razones de urgencia, bien por ausencia de ofertas por causa de fuerza mayor o por otra índole no prevista o controlable*, no sea posible resolver las restricciones mediante los mecanismos previstos en este procedimiento, el Operador del sistema podrá adoptar las decisiones de programación que considere *más oportunas*, justificando sus actuaciones a posteriori ante los sujetos titulares afectados y la CNE, sin perjuicio de la liquidación económica de las mismas que sea de aplicación en cada caso”³¹.

³¹ En términos similares, se prevé que el Operador del sistema adopte en situaciones de emergencia, como mecanismo excepcional, las “decisiones que considere más oportunas” en los procedimientos de operación relativos a la Resolución de los desvíos de generación y consumo (apartado 5 de P.O. 3.3, por Resolución de 18 de mayo de 2009), a la Programación de la generación renovable no gestionable (apartado. 6 de P.O. 3.7, por Resolución de 18 de mayo de 2009), al servicio complementario de regulación secundaria (apartado 7 del P.O. 7.2, por Resolución de 18 de mayo de 2009), al servicio complementario de regulación terciaria (apartado 12 del P.O. 7.3, por Resolución de 18 de mayo de 2009), a las Medidas de operación para garantizar la cobertura de la demanda en situaciones de alerta y emergencia (apartado 4.3 P.O.6.1. por Resolución de 31 de octubre de 2002) y al Procedimiento de liquidación (apartado 6.5.3 del P.O. 14.1 por Resolución de 28 de julio de 2008), siempre con justificación posterior a los afectados y a la CNE y sin perjuicio de la liquidación económica correspondiente. En ocasiones, el margen de discrecionalidad técnica se atribuye no sólo para situaciones excepcionales, y de emergencia, sino también en “situaciones especiales” o por otra “causa justificada”. Así, el apartado 4.2 del P.O. 1.5 sobre el *Establecimiento de la reserva para la regulación frecuencia-potencia* (Resolución 13 de julio de 2006 de la SG Energía), prevé que el “Operador del sistema ante situaciones especiales, como eventos de interés público, condiciones climatológicas adversas, paros generales, etc... tomará las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de la reserva necesaria, *aplicando si lo considera necesario*, criterios más estrictos que los descritos en puntos anteriores”

El alcance de las decisiones ejecutivas del Operador del sistema y su margen de discrecionalidad técnica es especialmente significativo en la operación *en tiempo real*, tal y como se refleja en todo el P.O. 8.2, sobre Operación del sistema de producción y transporte (Resolución de 7 de abril de 2006, BOE 31 de mayo de 2006), que se resume en el apartado 4, “El ODS es responsable de la correcta emisión de las correspondientes *instrucciones*³² de operación a las empresas de producción, de transporte y de distribución. Las empresas son responsables de la adecuada *ejecución de las instrucciones* emitidas por el Operador del sistema”, y que concluye con unas previsiones muy significativas, en el apartado 7.4 Operación en estado de emergencia (“el operador del sistema tomará las medidas que estime necesarias...”), y en el apartado 7.5 Operación en estado de reposición (“si no existe un Plan de Reposición de Servicio específico, el operador del sistema dirigirá la reposición dando las *instrucciones necesarias a los distintos agentes, basando sus decisiones en su propia experiencia* y en las herramientas que disponga, con arreglo a los principios de transparencia y neutralidad”).

También en los procedimientos de operación aprobados para la gestión técnica de los *sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares* (Resolución de 28 de abril de 2006, BOE de 31 de mayo de 2006), se observa el margen de actuación discrecional del Operador del sistema para la adopción de las decisiones más oportunas en ciertas situaciones de emergencia, urgencia y en la operación en tiempo real. Así, cabe destacar el P.O. 8 Criterios de operación, que termina con una cláusula totalmente abierta que habilita al Operador del sistema a la adopción de medidas que considere oportunas por cualquier causa justificada, en los siguientes términos: “10. Mecanismo excepcional de resolución. Con objeto de afrontar *situaciones no previstas* en este procedimiento o por *cualesquiera otras razones debidamente justificadas*, el Operador del sistema *bajo su mejor criterio* podrá adoptar las *decisiones que considere más oportunas*, justificando con posterioridad la oportunidad de sus actuaciones ante el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, la Comisión Nacional de la Energía y los sujetos afectados”.

En definitiva, los poderes formidables del Operador del sistema eléctrico son atribuidos por la LSE, y al mismo tiempo, son sometidos a reglamentación

³² En el apartado 6, especifica algunas instrucciones en lo relativo a la maniobra de instalaciones de producción y transporte entre las que se incluyen la aprobación y supervisión de planes de trabajo en las instalaciones ya sean programados o sobrevenidos, tanto en mantenimiento preventivo como correctivo, y la aprobación y supervisión de planes necesarios para la puesta en servicio de nuevas instalaciones.

a través de los reglamentos de desarrollo y en más de cincuenta procedimientos de operación. De esta forma, se prevén actuaciones ejecutivas del Operador del sistema y se pretende reducir la discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones, mediante el sometimiento a procedimientos establecidos. Sin embargo, la elevadísima complejidad de la operación y su necesaria ejecución en el muy corto plazo y en el tiempo real, ante situaciones no siempre previsibles o tipificables, exige que en muchas ocasiones las decisiones del Operador del sistema revistan un elevado grado de discrecionalidad técnica, y así los procedimientos de operación le habilitan para la adopción de las “medidas que considere más adecuadas”, “las decisiones que considere más oportunas”, “las medidas necesarias”, “bajo su mejor criterio”, “basando sus decisiones en su propia experiencia”, con una justificación posterior ante los agentes afectados y ante la CNE y con la liquidación económica correspondiente³³.

3. Naturaleza jurídica de los procedimientos de operación de carácter instrumental y técnico.

Ante esta situación, una vez identificados las potestades administrativas atribuidas al Operador del sistema, conviene reflexionar sobre la naturaleza jurídica de los “procedimientos de operación de carácter instrumental y técnico”, aprobados por Resolución de la Secretaría General de Energía, a los que debe someterse la actuación del Operador del sistema.

Ante la alternativa entre su calificación como acto o disposición administrativa, parece evidente que los procedimientos de operación tienen *carácter normativo*, si aplicamos diversos criterios para la distinción acto administrativo y norma jurídica, como son los criterios de la abstracción-generalidad, ordinal y sobre todo la creación de Derecho³⁴. Así, el supuesto de hecho se prevé de forma abstracta y general, los procedimientos de operación se integran en el ordenamiento y no se agotan con el cumplimiento, y se crea Derecho objetivo: se crean nuevas consecuencias jurídicas con la aprobación de los

³³ Esta situación ha sido destacada en el *Libro Blanco para la reforma de la regulación del sector eléctrico en España*, dirigido por el profesor PÉREZ ARRIAGA (2005) por encargo del Gobierno español, en pág. 539-540, al reconocer que las decisiones ejecutivas del Operador del sistema (necesarias para la eficaz preservación de la seguridad del suministro) implican discrecionalidad en sus decisiones y una consiguiente influencia en los ingresos de los agentes.

³⁴ Seguimos la obra de GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A. (2001): *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, págs. 29-38

procedimientos, como es por ejemplo que su incumplimiento por los operadores es sancionable.

Por otra parte, dada su denominación “procedimiento de operación de carácter instrumental y técnico”, podría plantearse su naturaleza como norma técnica y no como norma jurídica; sin embargo, el contenido de los procedimientos de operación incluye mandatos y prescripciones, a los que se asocia una sanción externa e institucionalizada, por lo que dichos procedimientos no tienen un carácter exclusivamente técnico sino que incluyen obligaciones con naturaleza de norma jurídica³⁵. Asimismo, el carácter de norma jurídica de los procedimientos de operación se refleja en el art. 21.1 de la LSE que prevé que dichos procedimientos puedan incluir límites por zonas o por nudos al derecho de conexión a la red previsto en la Ley.

En cuanto a su *régimen jurídico*, algunos elementos son coherentes con su naturaleza de disposiciones administrativas de carácter general, como es su publicación en el BOE, mientras que otros rasgos manifiestan una cierta confusión en cuanto a su contenido normativo, como afirmar que la resolución pone fin a la vía administrativa o que el recurso potestativo de reposición será la forma de impugnación de las Resoluciones que aprueban dichos procedimientos³⁶, en contradicción con el art. 107.3 LRJPAC. En todo caso, el rasgo más controvertido, dada su naturaleza de norma con eficacia ad extra sobre los particulares, era la competencia para su aprobación por el Secretario General de Energía, órgano que no tenía formalmente atribuida la potestad reglamentaria³⁷. Ante esta situación, la Ley 17/2007, de revisión de la LSE, ha reforzado la fundamentación legal de dichos procedimientos con su inclusión entre las competencias de la Administración General del Estado y con la atri-

³⁵ Esta cuestión ha sido destacada recientemente por SEBASTIÁN QUETGLAS, S. (2009): “El mercado de producción de energía eléctrica y su marco legal. Evolución, situación actual y propuestas de mejora”, en *Tratado de regulación del sector eléctrico*, dirigido por BECKER, F. y CAZORLA, J.M., Madrid, Aranzadi, pág. 661.

³⁶ Asimismo destacado por MELERO ALONSO, E. (2005): *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico*, Valladolid, Lex Nova, pág. 416.

³⁷ El art 31 RD 2019/1997 bajo el título *Procedimientos de operación*, únicamente señalaba que “1. El Operador del sistema presentará para su aprobación por el Ministerio de Industria y Energía los procedimientos de operación de carácter técnico e instrumental necesarios para realizar la adecuada gestión técnica del sistema, quien resolverá previo informe de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico.”

bución de competencia expresa al Secretario General de Energía para su aprobación (así, en el apartado. k) del art. 3.1 de la LSE). Dado su carácter normativo, los procedimientos de operación podrían calificarse como desarrollo de tercer grado de la LSE³⁸.

C. Control a posteriori por las autoridades reguladoras

La Ley del Sector Eléctrico establece diversos mecanismos de control a posteriori sobre la actuación del Operador del sistema, en particular, a través del ejercicio de las funciones de la Comisión Nacional de la Energía³⁹.

1. Sometimiento a supervisión

En primer lugar, se debe destacar la función de supervisión atribuida a la Comisión Nacional de la Energía, función que se ha reforzado en la reforma de la LSE por la Ley 17/2007⁴⁰. De acuerdo con el nuevo apartado 5 del art. 3 LSE, la Comisión Nacional de la Energía, con objeto de garantizar la ausencia de discriminación, una auténtica competencia y un funcionamiento eficaz del mercado, asume nuevas funciones de supervisión, que afectan a varias de las funciones del Operador del sistema y gestor de la red: así, apart. a) la gestión y asignación de capacidad de interconexión, b) los mecanismos destinados a solventar la congestión de la capacidad en las redes, ...d) la publicación de información adecuada por parte de los gestores de red de transporte y distribución sobre las interconexiones, la utilización de la red y la asignación de capacidades a las partes interesadas, ...g) la medida en que los gestores de redes de transporte y distribución están cumpliendo sus funciones. Dicha atribución de la función de supervisión se completa con la nueva competencia de la CNE para “dictar circulares, que deberán ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado, para recabar de los sujetos que actúan en el mercado de producción de energía eléctrica cuanta información requiera para efectuar la supervisión”.

³⁸ En términos similares, vid. PAJUELO IGLESIAS, B. (2009): 489.

³⁹ Sobre las funciones de la CNE, in extenso, vid. NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (2008): *La Comisión Nacional de la Energía*, Madrid, Marcial Pons.

⁴⁰ Sobre el nuevo alcance de las funciones de supervisión de la CNE tras la Ley 17/2007, vid. GUAYO CASTIELLA, I. DEL (2007): “Mercado e instituciones: las relaciones agentes/reguladores. Los «nuevos» poderes de las comunidades autónomas españolas”, en *Economía industrial* 364, págs. 153-162.

Dadas las nuevas funciones de supervisión atribuidas a la CNE respecto al Operador del sistema, aparece un mayor ámbito de la *responsabilidad in vigilando*, que pudiera fundamentar la responsabilidad patrimonial del Estado, por la actuación de la CNE⁴¹. Sin embargo, dada la elevada complejidad técnica del sector, y dado el elevado nivel de autoexigencia que hasta ahora ha marcado la actividad de REE como Operador del sistema, no es probable que tuvieran éxito reclamaciones de responsabilidad en este contexto.

A este respecto, conviene precisar que la supervisión es una función genérica, consistente en el seguimiento de las actividades liberalizadas y reguladas, con objeto de lograr la transparencia y el funcionamiento eficaz del mercado, y que puede tener como resultado el ejercicio de algunas de las funciones concretas atribuidas a la CNE, de diversa naturaleza consultiva o ejecutiva⁴². Así, la CNE podría iniciar un expediente informativo o un expediente sancionador, si los hechos identificados se pudieran tipificar como infracción administrativa, podría realizar nuevas inspecciones sobre un agente, o proponer modificaciones en la regulación. Con esta previsión, la Ley 17/2007 pretende trasponer las exigencias de la Directiva de 2003, si bien no atribuye nuevas potestades ni instrumentos jurídicos para la ejecución efectiva de la función genérica de supervisión. De esta forma, se pierde una oportunidad para reforzar las funciones y potestades atribuidas a la CNE⁴³.

2. Procedimiento sancionador

El incumplimiento por parte del Operador del sistema de las obligaciones impuestas por la LSE y su desarrollo reglamentario es objeto de sanción impuesta por el órgano competente de la Administración General del Estado

⁴¹ Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, por actos del colaborador, vid GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2004): "La responsabilidad administrativa en caso de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas", *REDA*, julio-sept. 2004, págs. 399 y ss., y en relación con el sector eléctrico, HERNÁNDEZ, J.C. (2005): *Regulación y competencia en el sector eléctrico*, Navarra, Aranzadi, pág. 131

⁴² Vid. sobre la función de supervisión de la CNE y su diversa naturaleza, ALBENTOSA PUCHE, L. (2009).

⁴³ Así lo ha destacado también SALINAS LA CASTA, E. (2007): "Comentario de las nuevas funciones de supervisión de la CNE y de la nueva redacción de la función decimocuarta", en *Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico (Ley 17 de 2007)*, coordinado por LÓPEZ-IBOR, V. y BENEYTO PÉREZ, J.M., Navarra, Civitas, pág. 222.

(según el art. 66 LSE), previa tramitación del correspondiente procedimiento por la CNE (que instruye y presenta la propuesta de sanción según el art. 65 LSE).

Entre las infracciones muy graves en las que podría incurrir el Operador del sistema destaca en primer lugar el art. 60.a. 22 LSE, que tipifica “*el incumplimiento por el Operador del sistema de las obligaciones que le corresponden según el art. 34.2 LSE, a menos que expresamente se hubieran tipificado como graves*”. Otras infracciones muy graves se refieren en el art. 60.a.1 a “la realización de actividades incompatibles de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley y el incumplimiento por los sujetos obligados a ello de los criterios de separación establecidos en el art. 14.2 y su normativa de desarrollo”, y en el art. 60.a.7 a “la denegación o alteración injustificadas del acceso de terceros a instalaciones de red en los supuestos que la presente ley y sus normas de desarrollo regulan”. Por otra parte, entre las infracciones graves, del art. 61.a, se tipifica en el apartado 12 “el incumplimiento por parte del Operador del sistema y el gestor de la red de transporte de las obligaciones reglamentariamente establecidas en el desarrollo, ampliación, mantenimiento y mejora de la red de transporte de energía eléctrica, a menos que expresamente se hubieran tipificado como muy graves”. Por último, entre las infracciones leves, se incluye en el art. 62. 2 “el incumplimiento de las obligaciones derivadas de las reglas del mercado o de los procedimientos de operación, que no tengan la consideración de infracción de conformidad con los arts. 60 ó 61 de la presente ley, cuando de dicho incumplimiento derive perjuicio para el funcionamiento del mercado o del sistema eléctrico”.

De la tipificación de infracciones antes reseñada se deduce que el incumplimiento por parte del Operador del sistema de las obligaciones que le impone la LSE, su desarrollo reglamentario e incluso los procedimientos de operación puede dar lugar a la imposición de una sanción por infracción muy grave, grave o leve. Aunque la prueba del incumplimiento de las obligaciones del Operador del sistema revista un elevado grado de complejidad técnica, la instrucción de expedientes sancionadores debería ser una de las consecuencias del ejercicio de la función de supervisión por parte de la Comisión Nacional de la Energía.

Frente este régimen sancionador previsto en la Ley del Sector Eléctrico, conviene mencionar que en el procedimiento de incumplimiento contra España (y otros 24 Estados miembros de la Unión Europea) iniciado recientemente por la Comisión Europea, entre otras cuestiones, ésta denuncia que el Operador del sistema eléctrico español ha incumplido ciertas obligaciones de

la normativa comunitaria sobre el mercado interior de la electricidad, y España no ha notificado la puesta en marcha de un sistema de sanciones para castigar este tipo de comportamientos⁴⁴.

Por lo tanto, al régimen sancionador previsto por la LSE, hay que añadir el régimen de control del cumplimiento del Derecho comunitario, que realiza la Comisión Europea, entre otros medios, iniciando procedimientos de incumplimiento del Derecho Comunitario por un Estado miembro (arts. 226 y ss. del Tratado de la Comunidad Europea), que podrían culminar en una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que declarase el incumplimiento del Estado miembro y obligase a la adopción de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento del Derecho Comunitario por el Estado miembro.

3. Resolución de conflictos por la CNE

La actuación del Operador del sistema también se encuentra bajo la tutela y fiscalización administrativa a posteriori, mediante el sometimiento a la resolución por parte de la CNE de los conflictos que puedan plantear los agentes en cuanto a la operación del sistema.

Así, se debe destacar que entre las funciones de la Comisión Nacional de la Energía se encuentra “resolver los conflictos que le sean planteados en relación con la gestión económica y técnica del sistema y el transporte” (Disposición Adicional 11ª, Tercero, 2. Segundo de la Ley 34/1998 de Hidrocarburos). Según el art. 14 del RD 1399/1999, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE, en la tramitación de dicho expediente de resolución de conflictos deben respetarse los principios generales de procedimiento de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y la resolución debe resolver todas las cuestiones planteadas. En este supuesto, establece expresamente la Disposición Adicional 11, Tercero, 5 que dichas resoluciones de la CNE agotarán la vía administrativa. Dichas decisiones pueden ser recurridas ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, de conformidad con la Disposición Adicional, cuarta, 6ª de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interponer frente a la misma recurso potestativo de repo-

⁴⁴ Vid. Europa Press, el 25 de junio de 2009.

sición ante la CNE, en el plazo de un mes, de acuerdo con lo establecido en los artículos 116 y ss. LRJPAC.

De esta forma, frente a la naturaleza de potestad pública de muchas de las funciones del Operador del sistema y la exigencia de recurso administrativo para los particulares afectados, el procedimiento de resolución de conflictos planteados sobre la gestión técnica del sistema podría calificarse como una vía alternativa al recurso administrativo según prevé el art. 107.2 LRJPAC. En dicha resolución de conflictos, siguiendo los principios de LRJPAC podría controlarse el sometimiento del Operador del sistema a la normativa vigente (leyes, reglamentos, procedimientos de operación) y a los fines de dicha normativa. De esta forma, en el caso hipotético de que el Operador del sistema pudiera utilizar de manera arbitraria las facultades de imperio otorgadas por ley en beneficio propio, ello constituiría una desviación de poder y como tal debería ser declarada por los cauces legales correspondientes.

Dicha resolución de conflictos sobre la gestión económica y técnica, en ejercicio de poder público, cuyos actos agotan la vía administrativa se distingue claramente de otras dos funciones encomendadas a la CNE para la resolución de conflictos en los que podría estar involucrada Red Eléctrica de España. En primer lugar, la función de resolución de conflictos en materia de gestión técnica tiene una naturaleza muy diferente a la función de la CNE de “actuar como órgano arbitral en los conflictos que se susciten entre los sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico o de hidrocarburos”, según la Disposición Adicional 11, tercero, 1º novena, y que es una función arbitral de naturaleza privada. En este sentido es relevante citar a la propia Comisión que afirma en una de las escasas resoluciones de conflictos sobre la gestión técnica que se han planteado en la práctica ante dicha entidad: “Esta Comisión, en el ámbito de su función resolutoria de conflictos sobre la gestión económica y técnica del sistema y el transporte, carece de competencias para efectuar cualquier tipo de consideración sobre eventuales pretensiones de contenido resarcitorio de los daños y perjuicios que, en su caso, pudieran derivarse de los agentes, cuestión esta que correspondería a la jurisdicción ordinaria o, en su caso, al arbitraje de esta Comisión”⁴⁵.

En segundo lugar, la función de resolución de conflictos en materia de gestión técnica es también diferente de la función de la CNE de “resolver los con-

⁴⁵ Resolución de la CNE, en el procedimiento de conflicto sobre la gestión económica y técnica del sistema instado por CYD Energía, S.A. C.G.E.T. 5/2004, de 31 de marzo de 2005.

fluctos que le sean planteados respecto a los contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y, en su caso, distribución...”, según la Disposición Adicional 11, tercero, 1º, decimotercera. En este caso el conflicto se plantea respecto a la actuación de REE como gestor del transporte (y no en relación con la operación del sistema en sentido estricto), la decisión de la CNE no agota la vía administrativa, y puede interponerse recurso de alzada ante el Ministro de Industria y de Energía, según la Disposición Adicional 11, tercero, 5. Frente al sometimiento a recurso de alzada de la mayor parte de las decisiones de la CNE, el hecho de que las decisiones de la CNE en la resolución de conflictos sobre la gestión técnica agoten la vía administrativa podría fundamentarse en el mayor ámbito de valoración técnica que debe enjuiciarse en dichos procedimientos⁴⁶.

De la práctica en el planteamiento y resolución de conflictos sobre la gestión técnica, muy infrecuente⁴⁷, se podría deducir que las actuaciones del Operador del sistema se imponen de hecho sobre el comportamiento de los agentes, que aceptan casi en su totalidad la labor de coordinación técnica del Operador del sistema. Las razones de esa aceptación podrían ser diversas. Entre ellas, la exhaustiva regulación de las normas técnicas de los procedimientos de operación del sistema y el elevado margen de discrecionalidad técnica de ciertas decisiones de la operación del sistema que se realizan en el corto plazo o incluso tiempo real podrían reducir la relevancia práctica de la posible resolución de conflictos por la CNE.

IV A MODO DE CONCLUSIÓN. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS DEL OPERADOR DEL SISTEMA Y ALGUNAS CUESTIONES PENDIENTES

A. El Operador del sistema eléctrico según la Ley 54/1997: ejercicio de funciones públicas por un particular

Hemos resumido las funciones del Operador del sistema eléctrico como una actividad de *coordinación* de las actividades del resto de los sujetos, con el

⁴⁶ Así, SERRANO, M. (2006): “Naturaleza y funciones de la CNE: un ampliado marco de actuación”, en *Diez años de la CNE, CNE*, Madrid, Thomson, pág. 379-404. Asimismo, HERNÁNDEZ J.C. (2005): 165.

⁴⁷ Tras más de diez años de aplicación, en la página web de la CNE se recogía la resolución de siete conflictos relativos a la gestión técnica de REE. Por el contrario, la resolución de conflictos en relación con el acceso a la red de transporte ha sido mucho más frecuente.

objetivo de mantener la garantía del suministro y la *seguridad* del sistema. En el ejercicio de dichas funciones, la ley atribuye al Operador del sistema potestades (no derechos subjetivos), que se ejercen en interés general y que se traducen en actos de autoridad que se imponen a los agentes del sector. Tanto por la esencia de la actividad de coordinación (el Operador del sistema se sitúa en una posición de superioridad respecto a los agentes y sus decisiones son ejecutivas) como por la finalidad de su actividad (la garantía del suministro, encomendada en último término a los poderes públicos), algunas de las funciones que ejerce el Operador del sistema eléctrico pueden calificarse como el ejercicio de funciones públicas. Dado que este ejercicio de poder público es realizado de forma estable y organizada por una empresa privada, nos encontramos ante una manifestación de la colaboración de los sujetos privados en el ejercicio de poder público, especialmente en tareas con un contenido técnico.

En este sentido, se ha pronunciado recientemente J.C. Hernández⁴⁸ al entender que la labor que realiza la compañía REE como Operador del sistema, se encuentra “estrechamente vinculada con el correcto funcionamiento del mercado y en último término con la garantía del suministro eléctrico, que el Estado debe garantizar”. Para este autor, nos encontramos ante un claro ejemplo de ejercicio de poder público por particulares y, así, afirma literalmente: “Esta labor se enmarca dentro de los supuestos de colaboración por particulares en la realización de funciones públicas, pues se trata de un sujeto privado que tiene un interés lucrativo, que en este caso se desarrolla mediante la actividad de transporte, pero que colabora en el ejercicio de una función pública de una manera estable y organizada⁴⁹. Con esto se pretende conseguir un nuevo equilibrio del sistema jurídico, delegando en el sector privado... parte de la función pública inicialmente asumida por el poder público⁵⁰.”

De esta forma, podemos afirmar que se cumplen las notas características de las *entidades colaboradoras*⁵¹:

⁴⁸ HERNÁNDEZ J.C. (2005): 130 y 131.

⁴⁹ Rasgos de la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones públicas destacados en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2001): 52.

⁵⁰ Asimismo destacado en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2004): 399.

⁵¹ Sobre las notas características de dichas entidades colaboradoras, vid. en general, PADRÓS REIG, C. (2001): *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Madrid, Tecnos, págs. 35-36, 186-187, y asimismo, HERNÁNDEZ, J. C. (2005): 130 y ss., en su aplicación a REE.

1. *Entidad privada.* REE tiene personalidad jurídico-privada; está constituida como sociedad anónima de capital mayoritariamente privado. Tiene ánimo de lucro, que se refleja especialmente en la otra actividad eléctrica que realiza, el transporte. Aparece aquí el posible conflicto de interés en la medida que REE actúa como Operador del sistema y como transportista, por lo que en ocasiones podría favorecer sus intereses económicos como transportista frente a sus obligaciones como Operador del sistema.

2. *Actos de autoridad.* Como Operador del sistema desarrolla una actividad de coordinación de carácter técnico, que en algunos casos constituye una actividad material y, en otros, implica ejercicio de actos de autoridad o de potestades administrativas, es decir, de emisión de decisiones que vinculan a los destinatarios para lograr fines de interés general (mantenimiento de la garantía del suministro). Aunque no adoptan la forma de resoluciones administrativas, sí son actuaciones que se imponen de forma vinculante, sobre los sujetos, participando del privilegio de autotutela declarativa y ejecutiva, en un ámbito caracterizado por la elevada complejidad técnica de sus decisiones y la necesidad de actuar en tiempo real (lo que impide una mayor formalización de sus decisiones).

3. *Atribución legal.* El ejercicio de poder público por un particular se fundamenta en la atribución legal. La LSE, al encomendar al Operador del sistema las funciones previstas en el art. 34 y la misión general de “garantizar la seguridad del suministro y la coordinación de la generación y el transporte”, está habilitando al Operador del sistema para que, si fuera necesario, ejerza poder público para lograr dicha misión.

4. *Control público.* No existe desapoderamiento de la función por parte del Estado, ya que éste conserva un deber de *vigilancia*. Este se traduce tanto en las medidas de emergencia para mantener la seguridad del suministro, que podría adoptar el Gobierno (art. 10 LSE) como en las medidas legales que se dirigen a la supervisión y control de REE en el ejercicio de su actividad de Operador del sistema.

Como hemos visto, en la LSE se establecen diversos controles (o mecanismos de tutela) en la *configuración jurídica-organizativa* de REE: restricciones en su accionariado, presencia significativa de capital público (hoy 20%), separación funcional de las actividades de operación del sistema y de transporte, creación de una unidad orgánica específica para la operación del sistema, cuyo director ejecutivo debe contar con el visto bueno del Ministro de Industria.

Asimismo, el control público se manifiesta en la configuración de la operación del sistema como una *actividad regulada* en leyes, reglamentos, y procedimientos de operación de carácter instrumental y técnico. De esta forma, los actos de autoridad que dicta el Operador del sistema se someten a la norma previa (legal y reglamentaria) y a numerosos y muy detallados procedimientos de operación, que pueden calificarse como normas jurídicas que dicta el Secretario General de Energía.

Frente al principio de legalidad en el ejercicio de actos de autoridad, la complejidad técnica del sector eléctrico (especialmente en tiempo real) exige que subsista un elevado margen de *discrecionalidad técnica* en algunas de las actuaciones de REE. Así, en muchos procedimientos de operación llega un momento que en casos de urgencia, emergencia o imposibilidad de aplicar los procedimientos previstos, se habilita a REE para que adopte las medidas que considere más “adecuadas”, “oportunas”, “necesarias” para mantener la regularidad y la seguridad en el suministro, gozando de una amplia discrecionalidad técnica para decidir “según su mejor criterio”, y “en base a su experiencia”, sin perjuicio de que a posteriori deba justificar sus decisiones y se deba proceder a la liquidación económica correspondiente.

Por otra parte, la LSE establece formas de *tutela por el ente regulador*: los *conflictos* que se planteen por los agentes respecto a la operación del sistema serán resueltos en régimen de Derecho administrativo por la Comisión Nacional de Energía, el ente regulador, dichas decisiones agotan la vía administrativa y pueden recurrirse ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Además de la función específica de resolución de conflictos, la CNE ostenta funciones generales de *supervisión* de la Operación del sistema y de todo el sector eléctrico, que han sido reforzadas por la Ley 17/2007; y asimismo, debe instruir los expedientes sancionadores cuya resolución corresponda a la Administración General del Estado por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley y en el desarrollo reglamentario.

Por último, dada la naturaleza pública de las funciones atribuidas, es fundamental que el Estado disponga de los medios adecuados para el control efectivo de aquéllas. Por ello, entre las cuestiones pendientes destacaremos algunos límites al control del Operador del sistema y propuestas de mejora de su marco normativo.

B. Algunas cuestiones pendientes y propuestas de mejora

Concluimos este estudio con unas reflexiones sobre la adecuación del régimen jurídico del Operador del sistema a la naturaleza pública de las funcio-

nes atribuidas, en tres ámbitos: primero, en cuanto al alcance de las funciones del Operador del sistema; segundo, en cuanto a su relación con la gestión del sistema gasista; y tercero y último, en cuanto al necesario control público sobre el ejercicio de sus funciones.

1. Existencia de algunas incertidumbres e insuficiencias en relación con el alcance de las funciones públicas del Operador del sistema

En cuanto al alcance de la intervención del Operador del sistema del sector eléctrico hay que señalar que del marco legal y de la práctica de la operación se manifiesta el *alcance ambiguo e incierto de las funciones públicas de dicho gestor técnico del sistema eléctrico*. Ya nos hemos referido a la exigencia del art. 34 LSE de que el Operador del sistema debe ejercer sus funciones en coordinación con el operador del mercado y otros sujetos. Ello implica que como regla general prevalece la explotación del sistema de acuerdo con las decisiones empresariales (casación de ofertas y demandas, contratos bilaterales), frente a una explotación que pudiera ser más adecuada a los efectos de garantizar la continuidad y seguridad del suministro (función principal del Operador del sistema). Al valorar el alcance de las *intervenciones* del Operador del sistema, alterando los programas empresariales de generación, hay que señalar que son *excepcionales* y coyunturales, pues sólo pueden producirse en el muy *corto plazo*. Ahora bien, ¿es este horizonte temporal de intervención adecuado y suficiente para garantizar la seguridad del suministro?, ¿cuál debe ser la frontera entre el mercado y la operación del sistema?

Frente a la actual frontera en algún lugar entre el corto plazo y el tiempo real, la mejor garantía de la seguridad del suministro podría exigir que el Operador del sistema tuviera potestades de intervención antes, en el medio plazo, en especial, en relación con la gestión de las *reservas hidroeléctricas*. En este caso, dado que el horizonte temporal relevante es el medio plazo, como ha propuesto G. Ariño sería necesario atribuir al Operador del sistema eléctrico potestades de intervención sobre las centrales hidroeléctricas para garantizar un nivel mínimo de las reservas hidroeléctricas en situaciones de años hidráulicos secos⁵². Ello exigiría la reforma del art. 34 de la LSE para atribuir al Operador del sistema dichas potestades de intervención, así como la aprobación de los

⁵² Dichas reservas hidroeléctricas estratégicas deberían configurarse como una obligación de servicio público y su coste debería ser asumido como coste permanente del sistema. ARIÑO ORTIZ, G. (2006): 66.

procedimientos de operación⁵³ correspondientes. Dichas restricciones sobre la generación de origen hidroeléctrico, se podrían fundamentar en la garantía del suministro energético, como título suficiente de intervención, y adicionalmente, se debe tener en cuenta la naturaleza de dominio público del recurso hidráulico cuya utilización se somete al título administrativo de concesión demanial para el aprovechamiento privativo del dominio público hidráulico.

2. Sobre la relación entre los gestores técnicos de electricidad y gas

Comenzábamos este estudio mencionando entre las cuestiones polémicas planteadas en torno a la configuración institucional del Operador del sistema eléctrico, la siguiente: ¿Deben privatizarse las redes y unirse la gestión del sistema eléctrico y gasista en un ente público? En relación con esta cuestión, conviene reflexionar ahora sobre la relación entre la gestión técnica del sistema eléctrico y la gestión técnica del sistema gasista. Por una parte, es evidente la *necesidad de mejorar la coordinación entre la gestión técnica del sistema eléctrico y la gestión técnica del sistema gasista*, dentro del contexto de simetrías regulatorias que existen entre gas y electricidad. Por ello, la Ley de 2007 introduce el *Comité de seguimiento de la Gestión del sistema energético* con el objetivo de realizar un seguimiento permanente de la garantía de los suministros energéticos. El objetivo principal es hacer un seguimiento permanente de los asuntos que puedan afectar a la garantía de suministro energético en España. Por otra parte, deberían establecerse *procedimientos de operación específicos*, sobre las actuaciones de los operadores del sistema eléctrico y del sistema gasista en situaciones de riesgo de suministro, en las que se evidencia la convergencia en el funcionamiento de los sectores eléctrico y gasista⁵⁴. De esta forma, si la necesaria coor-

⁵³ Carlos SOLÉ MARTÍN se ha pronunciado recientemente sobre la necesaria aprobación de un procedimiento de operación para que, preservando con carácter general la libertad de actuación de las empresas en la gestión de sus recursos hidráulicos, para garantizar un nivel mínimo de reservas en los años hidráulicos secos, el Operador del sistema tuviera algún mecanismo de control a través de la introducción de restricciones al funcionamiento de las centrales hidroeléctricas, para garantizar unas condiciones mínimas de seguridad. Los generadores que sufrieran limitaciones en su funcionamiento por decisión del Operador del sistema, deberían ser compensados vía pagos de capacidad por mantener una reserva estacional para el sistema. SOLÉ MARTÍN, C. (2009): 586.

⁵⁴ Dicha carencia de la normativa actual ha sido denunciada recientemente por SOLÉ MARTÍN, C. (2009): 586. Sobre la integración y convergencia entre los sectores de gas y electricidad y su incidencia sobre la competencia, vid. GUAYO, I., LÓPEZ MILLA, J. Y HANCHER, L. (2006): *Competencia y regulación. Un análisis de la OPA de Gas natural sobre Endesa*, Madrid, Dilex.

dinación de la gestión técnica eléctrica y gasista puede realizarse de forma efectiva mediante mecanismos regulatorios y comités de composición mixta, no queda plenamente fundamentada la necesidad de una medida estructural de gran incidencia como sería la fusión de los gestores técnicos del sistema eléctrico y gasista.

3. Sobre el control de la discrecionalidad técnica de los actos de autoridad del Operador del sistema

A lo largo de este estudio, se ha destacado que la operación del sistema se ha sometido a una *regulación exhaustiva*. Ahora bien, por su naturaleza, la operación del sistema puede exigir decisiones no tipificadas en la norma para el corto plazo e incluso en tiempo real. Así, en ciertas ocasiones, en situaciones de muy corto plazo o de emergencia, la normativa otorga cierto margen de *discrecionalidad* técnica al gestor técnico para adoptar las medidas que considere convenientes para la adecuada gestión técnica del sistema. Por ello, uno de los principales problemas regulatorios ante el ejercicio de funciones públicas por el Operador del sistema eléctrico es cómo conjugar la necesaria discrecionalidad técnica de algunas de las decisiones del Operador del sistema, que hoy sigue integrado con el transportista único, y el correlativo *control* de la legalidad y oportunidad de sus decisiones.

Ante esa dificultad, el camino debe ser continuar con el *perfeccionamiento de la regulación* y de su aplicación. Tanto la actividad de transporte como la actividad de gestión técnica se han configurado como actividades reguladas. La regulación debe incluir los incentivos necesarios para que no se produzcan conflictos de interés entre transportista y Operador del sistema. Por otra parte, en el ámbito institucional, para que el regulador pueda ejercer un control efectivo de la operación del sistema, se debería reforzar la autonomía y funciones de la CNE. Para lograr la efectividad de su función supervisora, se le debería atribuir potestades administrativas adicionales (por ejemplo, de resolución de expedientes sancionadores) así como reforzar sus recursos humanos y materiales destinados a dicho fin.

BIBLIOGRAFÍA

ALBENTOSA PUCHE L. (2009): “El papel del regulador en el sector eléctrico”, en Becker, F. y Cazorla, L.M. (dir), *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Madrid, Aranzadi.

- ALCOLEA CANTOS, J. M. (2009): “La separación de actividades en los grupos verticalmente integrados del sector eléctrico”, en *Tratado de regulación del sector eléctrico*, dirigido por Becker, F. y Cazorla, L.M., Madrid, Aranzadi.
- ARIÑO ORTIZ, G. (2006): *Energía en España y desafío europeo*, Granada, Comares.
- ARIÑO ORTIZ, G. Y LÓPEZ DE CASTRO, L. (1998): *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Madrid, Montecorvo.
- BECKER, F. Y CAZORLA, L.M. (dir) (2009): *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Madrid, Aranzadi.
- BERNAL BLAY, M.A. (2006): “Artículo 34”, en *Comentarios a las Leyes energéticas, Tomo I. Ley del Sector Eléctrico*, López-Ibor Mayor, V. y Beneyto Pérez, J. M (dir), Madrid, Civitas.
- CANALS I AMETLLER, D. (2003): *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Granada, Comares.
- CHINCHILLA PEINADO, J.A. (2009): *El convenio expropiatorio*, Madrid, La Ley.
- CRUZ FERRER, J. DE LA (1999): *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Madrid, Marcial Pons.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: (2006): “Diez años de legislación energética en España”, en *Energía: del monopolio al mercado. CNE, diez años en perspectiva*, Madrid, CNE, Civitas.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. (2006): *Formas de gestión de la Sanidad pública en España*, Madrid, La Ley.
- GALÁN GALÁN, A. y PRIETO ROMERO, C. (2009), “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración” en *Anuario de Derecho Municipal 2008*, núm. 2.
- GALLEGO ANABITARTE, A. (2000): Estudio preliminar “De la reconversión industrial a la acción concertada pasando por la promoción de viviendas de protección oficial: el régimen de concierto”, en F. Iglesias González, *Régimen jurídico de la protección pública a la promoción y adquisición de viviendas*, Pamplona, Aranzadi.

- GALLEGO ANABITARTE, A. (2007): *Actos de autoridad y potestades administrativas*, mimeo.
- GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A. (2001): *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons.
- GALLEGO ANABITARTE, A. y otros (2000): *Conceptos y Principios fundamentales del Derecho de Organización*, Madrid, Marcial Pons.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1999): *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, Civitas, 9ª ed
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2004): “La responsabilidad administrativa en caso de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas”, *REDA*, julio-sept. 2004, págs. 399 y ss.
- GONZÁLEZ VARAS, S. (2001): *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Granada, Comares.
- GUAYO CASTIELLA, I. DEL (2001): “EL sistema gasista y su gestión técnica”, *Revista Jurídica de Navarra* 32, págs. 49 a 76.
- GUAYO CASTIELLA, I. del (2007): “Mercado e instituciones: las relaciones agentes/reguladores. Los «nuevos» poderes de las comunidades autónomas españolas”, *Economía industrial* 364.
- GUAYO, I., LÓPEZ MILLA, J., y HANCHER, L. (2006): *Competencia y regulación. Un análisis de la OPA de Gas natural sobre Endesa*, Madrid, Dilex.
- HERNÁNDEZ J.C. (2005): *Regulación y competencia en el sector eléctrico*, Navarra, Aranzadi, 2005.
- LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. y BENEYTO PÉREZ, J. M. (2006): *Comentarios a las Leyes Energéticas. Tomo I. Ley del Sector Eléctrico*, Madrid, Civitas.
- LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. (2007): *Comentarios a la Reforma del Sector Eléctrico (Ley 17 de 2007)*, Madrid, Aranzadi.
- MELERO ALONSO, E. (2005): *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico*, Valladolid, Lex Nova.
- MUÑOZ MACHADO, S. y otros (dir) (2009): *Derecho de la Regulación Económica, III. Sector energético*, Tomo I, Madrid, Iustel.

- NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (2008): *La Comisión Nacional de la Energía*, Madrid, Marcial Pons.
- NEBREDA PÉREZ, J.M. (2003): *Distribución eléctrica*, 2ª ed., Civitas, Madrid, Civitas, 2ª ed.
- NEBREDA PÉREZ, J.M. (2007): “Las redes eléctricas tras la reforma legal del año 2007”, en *Comentarios a la Ley de Reforma del Sector eléctrico*, coord. por López-Ibor, Madrid, Thomson-Civitas.
- PADRÓS REIG, C. (2001): *Actividad administrativa y entidades colaboradoras. Especial referencia a su actuación en el Estado autonómico y a las implicaciones económicas de su régimen jurídico*, Madrid, Tecnos.
- PAJUELO IGLESIAS, P. (2009): “Gestión técnica y Operador del sistema. Procedimientos de operación”, en *Derecho de la Regulación Económica, III. Sector energético*, Tomo I, Muñoz Machado, S. (dir), Madrid, Iustel.
- PÉREZ ARRIAGA, J.I. y otros (2005): *Libro Blanco para la reforma de la regulación del sector eléctrico en España*, encargado por el Gobierno español.
- PÉREZ ARRIAGA, J.I. y OLMOS CAMACHO, L. (2009): “La regulación del transporte de energía eléctrica”, en Becker, F. y Cazorla, L.M. (dir), *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Madrid, Aranzadi.
- SALAS HERNÁNDEZ, J. (1977): *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de de España.
- SALINAS LA CASTA, E. (2007): “Comentario de las nuevas funciones de supervisión de la CNE y de la nueva redacción de la función decimocuarta”, en *Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico (Ley 17 de 2007)*, coordinado por López-Ibor, V., Navarra, Civitas.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A.J. (2007): “La separación de actividades en la Ley 17/2007”, *Comentarios a la Ley de reforma de la Ley del Sector Eléctrico (ley 17/2007)*, coordinado por López-Ibor, V., Madrid, Thomson-Civitas.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2009): *Principios de Derecho administrativo*, vol 1, Madrid, Iustel, 2ª ed.

- SEBASTIÁN QUETGLAS, S. (2009): “El mercado de producción de energía eléctrica y su marco legal. Evolución, situación actual y propuestas de mejora”, en *Tratado de regulación del sector eléctrico*, dirigido por Becker, F. y Cazorla, J.M., Madrid, Aranzadi,
- SAINZ MORENO, F. (1983): “Ejercicio privado de funciones públicas”, *Revista de Administración Pública 100-102*, págs. 1699-1783.
- SERRANO, M. (2006): “Naturaleza y funciones de la CNE: un ampliado marco de actuación”, en *Diez años de la CNE*, CNE, Madrid, Thomson.
- SOLÉ MARTÍN, C. (2009): “La operación del sistema”, en Becker, F. y Cazorla, L.M. (dir), *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Madrid, Aranzadi.
- TRILLO FIGUEROA, J. y LÓPEZ-JURADO F.B. (1996): *Regulación del sector eléctrico*, Madrid, Civitas.