

## EL ROL DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA LIBERALIZACIÓN DE LAS REDES ELÉCTRICAS\*

### THE ROLE OF THE EUROPEAN UNION IN THE LIBERALIZATION OF THE ELECTRICITY NETWORKS

Por JOSÉ SEBASTIÁN KURLAT AIMAR\*\*

*Resumen:* Se analiza el proceso de apertura al mercado de las redes de electricidad gracias a las disposiciones del derecho originario y derivado de la Unión Europea.

*Palabras clave:* Unión Europea, regulación, redes, electricidad.

*Abstract:* The opening process of the electricity networks market is analyzed thanks to the provisions of the originary and derivated law of the European Union.

Key words: European Union, regulation, networks, electricity.

El derecho de la Unión Europea desempeñó un rol fundamental respecto de la liberalización de las redes eléctricas a través de la imposición de pautas favorables al desarrollo de la competencia. Conviene precisar lo que el derecho de la Unión encuadra en este campo, forzando a los Estados miembros a brindar una respuesta satisfactoria a tales imperativos.

La interdicción del cúmulo de funciones resulta de la prohibición del abuso de posición dominante prevista en el art. 102 del TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). La preservación de una competencia libre y no falseada impone una separación entre la misión de servicio público y la de su reglamentación o especificación técnica.

\* Recibido: 8/3/2018. Aceptado: 17/4/2018.

\*\* Abogado (UBA, 2006). Master en Droit Public (Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2009). Doctor en Derecho (UBA, 2016). Docteur en Droit (Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2016). Miembro de la Asociación Francesa de Derecho Constitucional (AFDC), de la Asociación Francesa para la Investigación en Derecho Administrativo (AFDA), del grupo de investigación colaborativa sobre contratos públicos en la globalización jurídica (Sciences-Po París), del Centro de Investigaciones de Derecho Constitucional (CRDC) de la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne, del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y del proyecto “Plurales ciudades, plurales experiencias” del SERDEAUT de la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Actualmente se desempeña como investigador postdoctoral en el CONICET. Correo electrónico: sebastiankurlat@yahoo.fr.

La directiva del 19 de diciembre de 1996 relativa al mercado interior de la electricidad<sup>1</sup> se orienta lógicamente en ese sentido.

La DG XVII remarcó, en marzo de 1998, que la independencia exigida por el art. 20-3 de la directiva 96/92 es una independencia funcional y susceptible de aplicarse a un ministro si este puede actuar de manera independiente. A su turno, las autoridades de regulación nacionales tienen el deber de descartar una ley contraria al derecho de la Unión Europea, toda vez que este ordenamiento otorga beneficios a partir del principio del efecto directo. Este cuadro europeo se vio reforzado por la imposición de la obligación de permitir el acceso a las redes.

Las redes públicas de infraestructura se encuentran constituidas por la totalidad de conductores eléctricos que sirven una zona geográfica. Tradicionalmente, ellas pertenecían únicamente al ámbito de competencia de los Estados miembros en razón de su finalidad de interés general y de su alcance limitado al cuadro nacional. Sin embargo, la introducción en 1992 del actual art. 170 del TFUE ha cuestionado severamente tal esquema: “1. A fin de contribuir a la realización de los objetivos contemplados en los artículos 26 y 174 y de permitir que los ciudadanos de la Unión, los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores, la Unión contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía. 2. En el contexto de un sistema de mercados abiertos y competitivos, la acción de la Unión tendrá por objetivo favorecer la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales, así como el acceso a dichas redes”.

A través de la imposición de redes abiertas, el derecho de la Unión instaura un marco competencial en sectores tradicionalmente organizados sobre la base del monopolio público. El principio de acceso de los terceros a una red de infraestructura involucra la obligación de asegurar la puesta a disposición de las redes, bajo ciertas condiciones, a los explotadores privados, a cambio de una remuneración. La empresa titular de la red se encuentra obligada a aceptar las solicitudes de acceso formuladas por las terceras empresas que benefician de un derecho de interconexión.

El rechazo de interconexión a una empresa que solicita la ligazón puede justificarse únicamente en el carácter manifiestamente irrazonable de la solicitud mediante pronunciamiento de la autoridad nacional de regulación. Una vez que el requerimiento fuere otorgado, las condiciones financieras, particularmente la tarifa de interconexión, así como las modalidades técnicas y comerciales, deben ser negociadas por las partes.

<sup>1</sup> Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 19 de diciembre de 1996, art. 20, 2<sup>do</sup> párrafo.

En el sector de la electricidad, las proposiciones modificadas de reglamentación de los mercados nacionales presentadas en diciembre de 1993 fueron retenidas por el Parlamento Europeo y el Consejo en la directiva del 19 de diciembre de 1996 relativa al mercado interior de la electricidad<sup>2</sup>, cuyo artículo 21 dispone que los Estados miembros adoptan las medidas necesarias para que los productores y transportistas de electricidad interiores y exteriores puedan negociar un acceso a las redes para concluir contratos de abastecimiento a clientes finales mayoristas industriales y con distribuidores sobre la base de acuerdos comerciales voluntarios.

Las negociaciones relativas al acceso de terceros a las redes versan sobre las condiciones del transporte y sobre las tarifas. El operador puede rechazar el acceso a la red cuando el cumplimiento de misiones de servicio público se encuentre en juego. De esta forma, el acceso del tercero puede verse limitado. Este marco jurídico se completa con los dispositivos que condenan los comportamientos anticompetitivos.

Estos acuerdos prohibidos se encuentran enmarcados por el art. 101 del TFUE, que menciona una serie de prácticas susceptibles de afectar el principio de libre competencia en el seno del mercado único. La disposición prohíbe en efecto los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de las empresas “. . . que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”.

La cuestión de la restricción del comercio interestatal, tratada especialmente por el art. 90 del TCE (actual art. 110 del TFUE), fue precisada en el fallo *Commune d’Almelo*<sup>3</sup> a propósito de un acuerdo entre productores de los Países Bajos que prohibía la importación de electricidad. Según la Corte, “para establecer si tal acuerdo afecta sensiblemente el comercio entre los Estados miembros corresponde examinar este acuerdo en su contexto económico y jurídico y tomar en cuenta un efecto acumulativo resultante eventualmente de la existencia de otros acuerdos de exclusividad”. Ciertamente, “el efecto acumulado de las relaciones contractuales es de naturaleza tal que opera una partición del mercado nacional en la medida en que tiene por efecto la prohibición a los distribuidores locales establecidos en los Países Bajos de proveerse de electricidad en los distribuidores o productores de otros Estados miembros”<sup>4</sup>. La Corte de Justicia precisó el alcance del deber de abstención de las autoridades públicas en lo que concierne al hecho de imponer o favorecer los acuerdos que afecten el comercio entre los Estados miembros en los términos el art. 110 del TFUE. Indicó puntualmente que “. . . si bien es verdad que las reglas de competencia previstas por los artículos 85 y 86 conciernen el comportamiento de las empresas y no las medidas tomadas por las autoridades de los Estados miembros, el art. 5 del Tratado obliga, sin embargo,

<sup>2</sup> JOUE n° L 27 del 30 de enero de 1997, p. 20.

<sup>3</sup> *Commune d’Almelo* (1994).

<sup>4</sup> Cfr. motivos n° 37 y 39.

a las mismas a no adoptar o mantener en vigor las medidas susceptibles de eliminar el efecto útil a estas reglas de competencia”<sup>5</sup>.

Otro mecanismo jurídico adicional tendiente a la efectividad del principio de libre competencia es el relativo a la prohibición del abuso de posición dominante.

El artículo 86 del Tratado de Roma (actual art. 102 del TFUE) sanciona como “. . . incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo”. Dicho de otra manera, este texto prohíbe situaciones es las que uno o varios actores económicos actúen de manera tal que obtengan una situación ventajosa sobre el mercado con respecto a las empresas competidoras. La conjunción de estos tres elementos, a saber, la existencia de una posición dominante, la afectación del comercio interestatal y la existencia de una práctica abusiva, fue precisada en varias oportunidades por la Corte de Justicia de la Unión Europea.

Hemos visto cómo la irrupción del Estado regulador se vio favorecida por un marco europeo tendiente al desarrollo de la competencia. Dicha apertura del mercado eléctrico fue posible, a nivel de la Unión, gracias a la separación entre el operador y el regulador, a la obligación de permitir el acceso a las redes y la prohibición de falsear la competencia. Efectuadas todas estas consideraciones, juzgamos necesario exponer nuestra conclusión.

Las instituciones de la Unión restringen así las ventajas de que disponen los operadores eléctricos históricos nacionales, neutralizando las tentativas de dominación del mercado en nombre de una competencia libre y no falseada. Concluimos, entonces, en la constatación de que las exigencias europeas condujeron a un cuestionamiento del modelo clásico de intervención de las personas públicas en materia eléctrica gracias a la instauración de un marco regulatorio supranacional.

#### NORMATIVA CITADA

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): *Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE)*, n° C 202 del 7 de junio de 2016: p. 1.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, *JOUE*, n° C 325 del 24 de diciembre de 2002: p. 33.

Directiva n° 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 19 de diciembre de 1996, *JOUE* n° L 027 del 30 de enero de 1997: p. 20.

Directiva n° 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 19 de diciembre de 1996, *JOUE* n° L 27 del 30 de enero de 1997: p. 20.

<sup>5</sup> Cfr. *Ahmed Saeed* (1989) motivo n° 48. Por el contrario, la CJUE concluyó en su fallo *Bodson* (1988) que la elección de un cocontratante en materia de delegación de servicio público no constituye un acuerdo prohibido en los términos de los arts. 85 y 90 en razón de que la autoridad pública no actúa en calidad de empresa sino a título de potestad pública.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Bodson* (1988): Court of Justice of the European Union, 4 de mayo de 1988, aff. n° 30/87, *Rec.*: p. 2479.
- Ahmed Saeed* (1989): Court of Justice of the European Union, 11 de abril de 1989, aff. n° 66/86, *Rec.*: p. 803.
- Commune d'Almelo* (1994): Court of Justice of the European Union, 26 de abril de 1994, aff. n° C-393/92, *Rec. CJUE*, 1994: p. I-1477, conclusión de Darmon.