

EDJ 2003/158439

Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 3ª, S 16-10-2003, rec. 163/2001

Pte: Espín Templado, Eduardo

Comentada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 3ª del Tribunal Supremo. 2003-2004"

Resumen

El TS desestima el recurso contencioso interpuesto por varias entidades mercantiles contra varios preceptos del RD 1955/2000 por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica. Examinado por la Sala el carácter básico de la regulación de los requisitos necesarios para comercializar la energía eléctrica, entiende que corresponde a la potestad reglamentaria del gobierno la exigencia para requerir a las empresas comercializadoras de energía que cumplan determinados requisitos que acrediten su capacidad técnica. La Sala entiende que la aplicación de los requisitos previstos en la Ley del Sector Eléctrico y el RD que la desarrolla no implican una aplicación retroactiva perjudicial para los derechos de los recurrentes, ya que la prohibición de retroactividad sólo afecta a derechos consolidados y no a meras expectativas de derechos.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD 1955/2000 de 1 diciembre 2000. Actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica

art.36 , art.71.1 , art.73.3 , art.73.4 , art.74.1 , art.93.3 , art.95.2 , art.184 , art.189 , art.190 , art.196 , dtr.9

Ley 54/1997 de 27 noviembre 1997. Sector Eléctrico

art.9.1.h , art.9.3 , art.9.g , art.11 , art.14 , art.24.3 , art.25.6 , art.44.2 , art.45.4 , dtr.5 , dtr.9 , dtr.11

RD 2019/1997 de 26 diciembre 1997. Mercado de Producción de Energía eléctrica

art.2 , art.3 , art.4.a , art.4.c

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

art.149.13 , art.149.25

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	15

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

SUMINISTRO

Objeto del contrato

Suministro de energía eléctrica

En general

Normativa

Contratantes

Distribuidora

ELECTRICIDAD

CUESTIONES GENERALES

COMPETENCIAS

PRODUCCIÓN

Hidroeléctricas

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso contencioso-administrativo

Legislación

Desestima el recurso interpuesto contra art.36, art.73.3, art.73.4, art.74, art.93.3, art.95.2, art.184, art.189, art.190, art.196, dtr.9 de RD 1955/2000 de 1 diciembre 2000. Actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica

Aplica art.71.1 de RD 1955/2000 de 1 diciembre 2000. Actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica

Aplica art.2, art.3, art.4.a, art.4.c de RD 2019/1997 de 26 diciembre 1997. Mercado de Producción de Energía eléctrica
Aplica art.9, art.11, art.14, art.24.3, art.25.6, art.44, art.45.4, dtr.5, dtr.9, dtr.11 de Ley 54/1997 de 27 noviembre 1997. Sector Eléctrico
Aplica art.149.13, art.149.25 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita RD 3490/2000 de 29 diciembre 2000. Tarifa eléctrica para 2001
Cita RD 1955/2000 de 1 diciembre 2000. Actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica
Cita RD 277/2000 de 25 febrero 2000. Procedimiento de separación jurídica de actividades destinadas al suministro de energía eléctrica
Cita art.30 de Ley 50/1998 de 30 diciembre 1998. Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social
Cita art.11 de RD 2819/1998 de 23 diciembre 1998. Regula actividades de transporte y distribución de energía eléctrica
Cita art.62.2, art.139.1 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa
Cita RD 2019/1997 de 26 diciembre 1997. Mercado de Producción de Energía eléctrica
Cita Ley 54/1997 de 27 noviembre 1997. Sector Eléctrico
Cita RD 1538/1987 de 11 diciembre 1987. Tarifa Eléctrica para Empresas Gestoras del Servicio
Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Jurisprudencia

Cita STS Sala 3ª de 13 febrero 2003 (J2003/2230)
Cita STS Sala 3ª de 28 mayo 2001 (J2001/32963)
Cita STC Pleno de 10 abril 1986 (J1986/42)

Bibliografía

Comentada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 3ª del Tribunal Supremo. 2003-2004"
Citada en "Principio de Confianza Legítima. Sus orígenes y recepción por la Jurisprudencia comunitaria y española"

En la Villa de Madrid, a dieciséis de octubre de dos mil tres.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso número 1/163/2001, interpuesto por Cide, Sociedad Cooperativa; Central Eléctrica San Francisco, S.L.; Central Eléctrica Sestelo y Compañía, S.A.; C. Marcial Chacón e Hijos, S.L.; Compañía de Electricidad del Condado, S.A.; Compañía de Electrificación, S.L.; Dielec Guerrero Lorente, S.L.; Dielesur, S.L.; Distribución Eléctrica Caridad e Ildefonso, S.L.; Distribuciones Alnega, S.L.U.; Distribuidora de Energía Eléctrica Torrecillas Vidal, S.L.; Distribuidora Eléctrica de Ardales, S.L.; Distribuidora Eléctrica Carrión, S.L.; Distribuidora Eléctrica de Granja de Torrehermosa, S.L.; Electra Alto Miño, S.A.; Electra Barciademera, S.L.; Electra Castillejense, S.A.; Electra de Autol, S.A.; Electra de Cabalar, S.L.; Electra del Gayoso, S.L.; Electra La Loma, S.L.; Electra de Narahío, S.A.; Electra San Cristóbal, S.L.; Eléctrica Abengibre Distribución, S.L.; Eléctrica de Cabañas, S.L.; Eléctrica del Oeste Distribución, S.L.U.; Eléctrica Latorre, S.L.; Eléctrica Los Laureles, S.L.; Eléctrica Los Pelayos, S.A.; Eléctrica Mestanza, R.V., S.L.; Eléctrica de Moscoso, S.L.; Eléctrica Ntra. Sra. de Los Santos, S.L.; Eléctrica Sagrado Corazón de Jesús, S.L.; Eléctrica San José Obrero, S.L.; Eléctrica San Marcos, S.L.U.; Eléctrica San Serván, S.L.; Eléctrica Santa Marta y Villalba, S.L.; Eléctricas de Benuza, S.L.; Electro Harinera Panificadora de Almodóvar del Campo, S.A.; Empresa de Electricidad San José, S.A.; Empresa Eléctrica Martín Silva Pozo, S.L., Fuentes Y Compañía, S.L.; Herederos de Emilio Gamero, S.L.; Hermanos Montes Álvarez, S.L.; Hidroeléctrica Domínguez, S.L.; Hidroeléctrica El Carmen, S.L.; Hidroeléctrica de Laracha, S.L.; Hidroeléctrica Gómez, S.L.; Hidroeléctrica José Matanza García, S.L., Sociedad Unipersonal; Hidroeléctrica Vega, S.A.; Ignaluz Jiménez de Torres, S.L.U.; Industrias Pecuarias de Los Pedroches, S.A.; José Ripoll Albanell, S.L.; Josefa Gil Costa, S.L.; Juan del Pozo Sánchez, S.L.; Juan N. Díaz Gálvez y Hermanos, S.L.; Leandro Pérez Alfonso, S.L.; Luz de Cela, S.L.; Medina Garvey, S.A.; Millarens de Electricidad, S.A.U.; Romero Candau, S.L.; Ruiz de La Torre, S.L.; San Miguel 2000 Distribución Eléctrica, S.L.U.; Sociedad Distribuidora de Electricidad de Elorrio, S.A.; Sociedad Eléctrica de Jerez del Marquesado, S.A.U.; Sociedad Eléctrica de Ribera del Fresno, S.A.; Sociedad Electricista de Tuy, S.A.; Unión de Distribuidores Electricidad, S.A. (U.D.E.S.A.); Vargas y Compañía, Electro Harinera San Ramón, S.A.; José Ferré Segura e Hijos, S.L., y Rodalec, S.L.U., representados por el Procurador D. Isacio Calleja García, contra el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica EDL 2000/88940 .

Son partes demandadas la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, e Iberdrola, S.A., representada por la Procuradora Dª Mª Luz Catalán Tobia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 27 de febrero de 2001 la representación procesal de las demandantes enunciadas en el encabezamiento interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica EDL 2000/88940 , el cual había sido publicado en el Boletín Oficial del Estado de 27 de diciembre de 2000, admitido a trámite por providencia de fecha 16 de abril de 2001.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, se entregó el mismo a la parte demandante para que formulara la correspondiente demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, previa alegación de los motivos que consideraba oportunos, suplicaba que se estimara la demanda, con declaración de nulidad de los artículos 36 EDL 2000/88940 , 73 apartados 3 y 4, 74 EDL 2000/88940, 93.3, 95.2 EDL 2000/88940, 184, 189 EDL 2000/88940, 190 y 196 EDL 2000/88940 y Disposición Transitoria Novena de la norma impugnada EDL 2000/88940 , solicitando asimismo el recibimiento del recurso a prueba y que se acordara la presentación de conclusiones, conforme al artículo 62.2 de la Ley Jurisdiccional EDL 1998/44323 .

TERCERO.- De dicha demanda se dio traslado a las partes demandadas personadas, procediendo a su contestación el Sr. Abogado del Estado por escrito, en el que suplicaba que se dictase sentencia por la que se desestimara el recurso y se confirmara la legalidad de la Disposición que en él se impugnaba e impusiera las costas del recurso a la parte recurrente por su manifiesta temeridad y mala fe.

La representación procesal de Iberdrola, S.A. ha contestado también a la demanda mediante escrito en el que suplicaba que se dictara sentencia desestimando el recurso y confirmando íntegramente la legalidad de las disposiciones impugnadas, con imposición de las costas a la parte recurrente y demás pronunciamientos.

CUARTO.- Acordada la realización del trámite de conclusiones, se evacuó el mismo por las partes en el orden establecido en la ley jurisdiccional, declarándose conclusas las actuaciones por resolución de fecha 19 de febrero de 2002.

QUINTO.- Señalado el día 20 de noviembre de 2002 para la votación y fallo del presente recurso, se acordó la práctica de diligencias de prueba para mejor proveer, que, recibidas en este Tribunal, fueron puestas de manifiesto a las partes, haciendo las representaciones procesales de los demandantes y de la codemandada Iberdrola, S.A. las alegaciones que estimaron oportunas sobre dichas diligencias.

SEXTO.- Por providencia de fecha 4 de julio de 2003 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 8 de octubre de 2003, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cide, Sociedad Cooperativa y otras entidades han interpuesto recurso contencioso- administrativo contra diversos artículos del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimiento de autorización de instalaciones de energía eléctrica EDL 2000/88940 .

En particular, el suplico de la demanda pretende que declaremos la nulidad de los artículos 36 EDL 2000/88940 , 73 apartados 3 y 4, 74 EDL 2000/88940, 93.3, 95.2 EDL 2000/88940, 184, 189 EDL 2000/88940, 196 EDL 2000/88940 , y de la disposición transitoria novena EDL 2000/88940 . Tales preceptos, en lo que importa a los efectos de este recurso y en el orden en el que se ocupan de ellos los fundamentos de Derecho de la demanda, se refieren a lo siguiente.

El artículo 73.3 EDL 2000/88940 exige a las empresas que tengan por objeto realizar la actividad de comercialización, para acreditar su capacidad técnica, que cumplan los requisitos exigidos a los agentes compradores en el mercado de producción. Y el apartado 4 EDL 2000/88940 dice que la capacidad económica se acreditará mediante la presentación ante el operador del mercado de las garantías que resulten exigibles para la adquisición de energía en el mercado organizado de producción de electricidad, debiendo cubrir como mínimo compras por valor de 100 millones de pesetas.

El artículo 189 EDL 2000/88940 contempla la inscripción previa de la empresa comercializadora en la Sección Segunda del Registro de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Cualificados y exige para ello la autorización para ejercer la actividad de la Administración competente. La disposición transitoria novena concede a las empresas comercializadoras autorizadas provisionalmente e inscritas en el Registro correspondiente un plazo de tres meses para presentar su solicitud de autorización de su actividad y de inscripción definitiva.

El artículo 184 EDL 2000/88940 regula la inscripción definitiva de la empresa distribuidora, requiriendo para ello contar antes con la condición de agente del mercado. Por su parte, el artículo 190 EDL 2000/88940 se refiere a la inscripción definitiva de la empresa comercializadora para lo que se demanda, también, que cuente con la condición de agente del mercado, ocupándose el artículo 196 EDL 2000/88940 de la misma inscripción, en las mismas condiciones, esta vez de los consumidores cualificados.

El artículo 74 EDL 2000/88940 dispone la caducidad de la autorización para comercializar en los casos en que la empresa no hubiera hecho uso efectivo y real de la misma y, por tanto, no hubiera adquirido energía en el mercado organizado de producción, en el plazo de un año. El artículo 36 EDL 2000/88940 define la actividad de distribución como aquella que tiene por objeto principal la transmisión de energía eléctrica desde las redes de transporte hasta los puntos de consumo. Por su parte, el artículo 93.3 EDL 2000/88940 se refiere los precintos exigibles y dice que en el caso de consumidores a tarifa sólo podrán ser alterados o manipulados por la empresa distribuidora.

Y el artículo 95.2 EDL 2000/88940 dice que la lectura de la energía suministrada al consumidor cualificado mediante contratos acogidos a tarifa será responsabilidad del distribuidor, que las pondrá a disposición de los agentes participantes o interesados en las mismas, quienes para ello tendrán acceso a la lectura de la misma, añadiendo que los equipos de medida de la energía suministrada a los consumidores cualificados mediante contratos no acogidos a tarifa podrán incorporar los elementos necesarios para la medición de las magnitudes requeridas para la facturación de los contratos de acceso a la red.

SEGUNDO.- Expuesto el panorama impugnatorio en el que se sitúa el recurso, sólo debemos añadir, antes de proceder al examen de cada una de las impugnaciones que los actores plantean, que la posición que quieren defender, según ellos mismos manifiestan, es la de las pequeñas empresas dedicadas a la distribución y comercialización de la energía eléctrica. Posición que, a su juicio, perjudican de manera antijurídica las disposiciones contra las que han recurrido, atentas solamente a los intereses de las grandes empresas.

El examen que vamos a realizar a continuación de las impugnaciones formuladas va a seguir el orden en que las entidades recurrentes las han expuesto en su recurso.

TERCERO.- 1.- Según se ha señalado, son objeto de impugnación los apartados 3 y 4 del artículo 73 EDL 2000/88940. Dice así el artículo 73:

“Artículo 73. Requisitos necesarios para realizar la actividad de comercialización.

1. En los casos en que la autorización de la actividad de comercialización corresponda a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Economía, el interesado lo solicitará a este Centro Directivo presentando la siguiente documentación:

(...)

2. Para acreditar su capacidad legal, las empresas que realizan la actividad de comercialización deberán ser personas jurídicas que tengan la condición legal de comerciantes en cuyo objeto social no existan limitaciones o reservas en todo o en parte del ejercicio de dicha actividad de nacionalidad española o en su caso de otro Estado miembro de la Unión Europea con establecimiento permanente en España, no pudiendo desarrollar directamente actividades reguladas de transporte o distribución.

3. Las empresas que tengan por objeto realizar la actividad de comercialización para acreditar su capacidad técnica deberán cumplir los requisitos exigidos a los agentes compradores en mercado de producción de energía eléctrica conforme a las reglas de funcionamiento y liquidación del citado mercado de producción previstas en el Real Decreto 2019/1997 EDL 1997/25439 .

4. La capacidad económica se acreditará por la empresa que quiera ejercer la actividad de comercialización mediante la presentación ante el operador del mercado de las garantías que resulten exigibles para la adquisición de energía en el mercado organizado de producción de electricidad, que como mínimo cubrirán compras por valor de 100 millones de pesetas.”.

La demanda cuestiona, en primer lugar, la conformidad a Derecho del apartado 4º EDL 2000/88940 , para ocuparse, después, del 3º EDL 2000/88940 . Nosotros seguiremos ese mismo orden. Combaten del primero que exija con carácter general la prestación de una garantía para cubrir compras como mínimo por valor de cien millones de pesetas como única forma de acreditar su capacidad económica a las empresas que pretendan ejercer la actividad de comercialización. Entienden los actores que esa exigencia es nula pues vulnera el artículo 44.2 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico (en adelante LSE) EDL 1997/25088 , el cual se limita a requerir a las comercializadoras la suficiente capacidad legal, técnica y económica del solicitante y la prestación ante el operador del mercado de una garantía suficiente para cubrir su demanda de energía.

La garantía ha de estar, por tanto, en función de esa demanda, de manera que es ilegal imponer una cuantía determinada para la misma, especialmente de ese importe. Por otra parte, sostiene la demanda que este precepto vulnera los artículos 25.6 EDL 1997/25088 , en relación con el artículo 9.3 de la Ley 54/1997 EDL 1997/25088 y su desarrollo reglamentario, así como su disposición transitoria undécima y la transitoria única del Real Decreto 277/2000 EDL 2000/78779 , que permiten que los comercializadores adquieran energía fuera del mercado organizado de producción.

Además, este artículo 73.4 EDL 2000/88940 sería nulo en cuanto que usurpa las competencias autonómicas para determinar, en desarrollo reglamentario de lo dispuesto en el artículo 44.2 de la Ley EDL 1997/25088 , el modo de cumplimiento de los requisitos en él previstos. Y consideran los recurrentes que la competencia para el desarrollo reglamentario corresponde tanto al Gobierno como a los ejecutivos autonómicos. También es razón para argumentar la nulidad que le atribuyen el hecho de que este apartado 4º del artículo 73 EDL 2000/88940 se desentiende de la real capacidad económica necesaria para realizar la actividad de comercialización que se desea y, en su lugar, impone una garantía única ya cuantificada que lo único que acredita es que la empresa solicitante tiene una abultada cifra de negocios. En ello ve la demanda:

a) La vulneración del principio de legalidad, pues no cuenta con habilitación legal el Real Decreto para exigir una garantía mínima por ese valor.

b) La infracción del principio de proporcionalidad, pues tal garantía es innecesaria para todos los casos en que el comercializador no se plantee presentar ofertas de adquisición en el mercado o desea hacerlas por una cantidad inferior.

c) La discriminación prohibida por el artículo 14 de la Constitución EDL 1978/3879 , pues da el mismo trato a quienes son diferentes.

d) La obstaculización de la libre competencia, ya que impide la existencia de pequeños negocios de comercialización que no soportarían el coste de un aval por dicha cantidad.

Por último, recuerdan los actores que el informe de la Comisión Nacional del Sector Eléctrico se manifiesta en contra de establecer esa garantía en la cantidad mínima de cien millones de pesetas, por estimar que basta con acreditar la capacidad económica que se pide para actuar como agente comprador en el mercado de producción.

Frente a esta batería de argumentos, el Abogado del Estado razona que el precepto discutido no padece de los vicios que la demanda le imputa. Al contrario, es conforme a Derecho pues lo que busca ese artículo 73.4 del Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 no es otra cosa que ofrecer una garantía económica a los clientes y proveedores de las empresas comercializadoras. Y eso es algo que no contradice, sino que encuentra apoyo en el artículo 44.2 de la Ley EDL 1997/25088 . Por lo demás, observa que el informe de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico Nacional no es vinculante y llama la atención sobre el hecho de que el Consejo de Estado, en su dictamen, no haya hecho ninguna observación a este respecto.

2. Para resolver sobre este motivo de la demanda, la Sala, para mejor proveer acordó la práctica de las siguientes pruebas mediante providencia de 20 de noviembre de 2002. Se solicitó a la Comisión Nacional de Energía la ampliación de la opinión vertida en el informe sobre el proyecto de Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 , emitido en su momento por la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, sobre la inconveniencia de requerir una garantía de 100 millones de pesetas para acreditar la capacidad económica requerida para obtener

la autorización administrativa para comercializar energía eléctrica. La Comisión emitió nuevo informe en el que señala que no había entendido necesario fijar criterio o cantidad alguna para acreditar la capacidad económica para ejercer la actividad de comercialización de energía eléctrica “con objeto de eliminar una posible barrera de entrada al desarrollo” de la misma.

En segundo término se solicitó informe al Operador del Mercado de la Electricidad en relación con la cuantía habitual de los avales prestados por los agentes del mercado, conforme al artículo 4.c del Real Decreto 2019/1997 EDL 1997/25439 . El Operador del Mercado manifestó que:

“el cálculo de estas garantías se realiza de forma transparente y no discriminatoria para los agentes, teniendo en cuenta la posición deudora en que puede llegar a incurrir cada agente en función de las energías horarias máximas de venta y compra declaradas por el mismo y, en su caso, de su previsión de compras máximas declaradas en el periodo de riesgo que debe cubrir las garantías, establecido actualmente en 50 días”.

Ello no obstante, el Operador del Mercado recordaba la exigencia del aval requerido por el precepto que estamos examinando, que se debe prestar “con independencia de que, del cálculo general establecido en las Reglas del Mercado, resultase que el riesgo del agente comercializador que debe ser cubierto por las garantías, atendiendo a su posición compradora, fuera inferior a dicha cantidad mínima”.

Finalmente, se requirió al Ministerio de Economía la remisión del modelo aprobado de contrato de adhesión al que se refiere el artículo 4.c) y d) del Real Decreto 2019/1997 EDL 1997/25439.

3. Pues bien, en relación con la impugnación de este apartado 4 del artículo 73 EDL 2000/88940 , en nuestra Sentencia de esta misma fecha dictada en el recurso 167/2001 hemos rechazado la ilegalidad que se le imputa en los términos que reproducimos a continuación:

“La imposición a las empresas que comercializan energía eléctrica de un aval de cien millones de pesetas, contenida en el apartado cuarto del artículo 73 del Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 , es calificada de arbitraria por las sociedades recurrentes.

Entre los “requisitos necesarios para realizar la actividad de comercialización” figura, en efecto, el comprendido en el apartado cuarto del artículo 73 EDL 2000/88940 a cuyo tenor “la capacidad económica se acreditará por la empresa que quiera ejercer la actividad de comercialización mediante la presentación ante el operador del mercado de las garantías que resulten exigibles para la adquisición de energía en el mercado organizado de producción de electricidad, que como mínimo cubrirán compras por valor de 100 millones de pesetas.”.

La exigencia general de contar con unos requisitos mínimos de solvencia y capacidad económica para obtener la autorización administrativa necesaria a efectos de comercializar energía eléctrica figura expresamente en el artículo 44 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico EDL 1997/25088 . Ello no obstante, las empresas recurrentes censuran la imposición general del aval por importe de cien millones de pesetas para responder de las compras realizadas en el mercado de producción pues, a su juicio, limita considerablemente el ejercicio de su actividad y carece de sentido en el caso que no adquieran energía eléctrica en el mercado organizado de producción (pool) o pretendan adquirirla por un importe inferior.

Comenzaremos por afirmar que la obligatoriedad de la garantía, que el Reglamento exige también cuando las empresas comercializadoras no vayan a adquirir la energía en el mercado eléctrico organizado, es una condición previa para la autorización administrativa y, aunque su redacción aparentemente pudiera dar pie a la postura contraria, no se establece para tener acceso a dicho mercado.

El artículo 73 del Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 , al desarrollar el artículo 44 de la Ley 54/1997 EDL 1997/25088 , podría haber referido la capacidad económica mínima exigible a otros factores o parámetros (volumen de ventas, cifra de recursos propios, por ejemplo) distintos del de la eventual participación compradora en el pool, pues por definición no todos los comercializadores tienen que acceder a él de modo necesario.

El Gobierno, ante el hecho de que la Ley 54/1997 EDL 1997/25088 no determinaba en concreto criterio o cantidad alguna mediante la cual se pudiera cifrar la capacidad económica que deben demostrar las empresas comercializadoras, tenía libertad de configuración normativa para elegir una fórmula u otra. Si decidió que aquella capacidad se hubiera de demostrar según la fórmula del artículo 73.4 impugnado EDL 2000/88940 , lo que quiso decir es que bastaba, a estos efectos, con presentar ante el operador del mercado las garantías equivalentes a aquellas necesarias (exigibles) para adquirir en el mercado organizado de producción de electricidad compras por valor mínimo de 100 millones de pesetas.

No es que impusiera, obviamente, a los comercializadores la incorporación obligada al pool, sino que tuviesen una capacidad económica demostrada cuya constancia externa se acredita en el modo ya expresado. En otros términos, exige a los comercializadores acreditar públicamente ante la Administración (más propiamente, ante el operador del mercado) que tienen un respaldo financiero equivalente al necesario para comprar energía eléctrica por importe de cien millones de pesetas.

Desde esta perspectiva, y bajo la premisa de que la Ley 54/1997 EDL 1997/25088 dejó la libre fijación del nivel de capacidad económica mínima al titular de la potestad reglamentaria, la cifra reseñada no aparece como contraria a derecho. Aun cuando se trata de una actividad liberalizada, no es dudoso que la comercialización de electricidad -en un mercado en que la condición de “consumidor cualificado” se universaliza- reviste una notoria importancia pública. Razón por la cual la Ley 54/1997 EDL 1997/25088 no ha querido permitir que cualquier empresa comercialice electricidad, sino aquellas que alcancen un nivel determinado tanto de capacidad legal y técnica como, también, específicamente, económica; de ahí el sometimiento a autorización administrativa, por un lado, y la encomienda al Gobierno de la fijación de las condiciones correspondientes, por otro.

Establecido en términos objetivos, el requisito general no es en sí mismo discriminatorio. Puede, como subrayaba la Comisión Nacional de la Energía, constituir una “barrera de entrada” a posibles aspirantes, pero ello es consustancial a todo umbral mínimo de capacidad económica, trátese del sector eléctrico, bancario, asegurador, financiero en general, o de cualesquiera otros en que se exijan unos indicadores económicos mínimos. No por ello padecen los principios de igualdad o de libre competencia, dado que uno y otro

se desarrollan a partir de la existencia de un marco o régimen jurídico general regulador (o modulador) de cada actividad económica según ésta venga configurada por las Leyes.

Tampoco aparece como arbitrario o manifiestamente desproporcionado pues, de un lado, y así lo afirmamos en los correspondientes autos de medidas cautelares del presente recurso 167/2001 (al evaluar los perjuicios de orden económico que en ellos se afirmaban), los costes financieros derivados de la prestación y mantenimiento del aval para las empresas recurrentes no hacen inviable la existencia de sociedades económicamente solventes; de otro lado, la Sala no advierte que una exigencia de este género sea, en las actuales condiciones económicas, inasumible por empresas que pretendan ejercer una actividad de prestación de un servicio esencial cual es el de proporcionar energía eléctrica a los consumidores.

Los problemas de orden transitorio que puedan afectar a alguna o algunas compañías previamente autorizadas para actividades de “suministro” (en sentido amplio) de energía eléctrica pero que, tras la entrada en vigor del nuevo marco legal y reglamentario, tengan mayores o menores dificultades para adecuarse a él -y en concreto, para ejercer actividades de comercialización según los nuevos requisitos- no obstan a la validez del nuevo régimen normativo en sí mismo considerado. El que ahora fallamos es un recurso directo contra disposiciones generales en el que se produce un enjuiciamiento abstracto de las normas reglamentarias, y no un recurso contencioso en el que se atiende a la situación específica, individualizada, de alguna o algunas empresas.

Finalmente, al igual que dijimos en el fundamento jurídico segundo respecto de otro precepto impugnado, en todo caso resultaría irrelevante a efectos de invalidación del precepto la apuntada contradicción del artículo 73.4 EDL 2000/88940 con la Disposición transitoria undécima del mismo Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 , pues no existe jerarquía normativa entre ambos.” (fundamento de derecho cuarto).

Quedan pues rechazados los alegatos de los actores en el presente recurso que se basan en la supuesta vulneración del principio de legalidad por exceder la habilitación legal, del principio de proporcionalidad, del principio de no discriminación y del principio de libre competencia. También se responde en el fundamento de derecho transcrito a las alegaciones relativas a la no distinción entre la exigencia de capacidad económica y las garantías para el acceso al mercado organizado y la supuesta vulneración de todos aquellos preceptos legales de la Ley del Sector Eléctrico mencionados por los recurrentes (artículos 44.2 EDL 1997/25088 , 25.6 EDL 1997/25088 en relación con el 9.3 EDL 1997/25088 y la disposición transitoria undécima EDL 1997/25088) de los que deriva la posibilidad de que los comercializadores adquieran la energía fuera del mercado organizado de producción. Es claro que el Decreto impugnado configura la exigencia del aval previsto en el precepto impugnado como una exigencia general y desvinculada de la previsión legal, también contenida en el artículo 44.2 EDL 1997/25088 , de una garantía específica para la adquisición de energía en el mercado organizado, por lo que no se da contradicción alguna con los preceptos legales mencionados.

4. Con objeto de dar cumplida respuesta a las cuestiones planteadas por los recurrentes, es preciso referirse a continuación a otra objeción a la legalidad del precepto que ha sido formulada en el presente recurso. Se trata de la imputación de que el precepto que examinamos usurpa las competencias autonómicas para determinar, en desarrollo reglamentario de lo dispuesto en el artículo 44.2 de la LSE EDL 1997/25088 , el modo de acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos por el legislador. Sostienen los recurrentes que el artículo 73 EDL 2000/88940 sólo tiene en cuenta la distribución de competencias a la hora de regular en su apartado 1 EDL 2000/88940 la documentación necesaria cuando la autorización para comercializar se solicita para todo el territorio nacional. Eso supondría, afirman, vulnerar las competencias de las Comunidades Autónomas “para determinar reglamentariamente, en ejecución de lo establecido en el artículo 44.2 EDL 1997/25088 , los requisitos que deban cumplirse para acceder a la autorización”.

Se sostiene que la competencia para el desarrollo reglamentario del art. 44.2 de la LSE EDL 1997/25088 corresponde tanto al Gobierno estatal como a los autonómicos en el ámbito de sus respectivas competencias, de lo que derivaría la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer los requisitos para conceder autorización autonómicas y, en suma, para determinar los requisitos para acreditar en tales casos la capacidad económica.

Sin embargo, se confunden los actores al entender que porque la autorización para desarrollar la actividad de comercialización, autorización de naturaleza reglada, pueda corresponder a las Comunidades Autónomas, haya de ocurrir lo mismo necesariamente con la normativa reglamentaria que regula los requisitos para otorgar dicha autorización. Lo primero (la concesión de las autorizaciones para comercializar en el ámbito exclusivo de una Comunidad Autónoma) es competencia ejecutiva que el Real Decreto impugnado reconoce a las Comunidades Autónomas. Lo segundo, la regulación de los requisitos necesarios para comercializar la energía eléctrica, sea el ámbito que sea, es una competencia normativa ejercida por el Estado al amparo de lo previsto en los apartados 13 y 25 del artículo 149 de la Constitución EDL 1978/3879 tanto mediante la propia LSE EDL 1997/25088 como por el Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 , reclamando para ella el carácter básico incluso en el rango de desarrollo reglamentario (disposición final primera, apartado 1, en ambas normas EDL 2000/88940).

Pues bien, sin necesidad de entrar aquí en las competencias de desarrollo normativo que las Comunidades Autónomas pudieran tener en la materia, es evidente que la alegación ha de ser rechazada, ya que los actores no han impugnado la referida disposición final primera, apartado 1, del Real Decreto recurrido EDL 2000/88940 . En efecto, la regulación directa por el mismo de tales requisitos tiene su fundamento en el carácter básico de la materia establecido por la citada disposición final, al amparo de la competencia del Estado contemplada en los apartados 13 y 25 del artículo 149 de la Constitución EDL 1978/3879 sin que dicho carácter básico haya sido discutido por las empresas recurrentes.

CUARTO.- Respecto del apartado 3º de ese mismo artículo 73 EDL 2000/88940 , los recurrentes aducen que es nulo porque requiere, como condición imprescindible para autorizar a una empresa a comercializar electricidad, que cumpla los requisitos que se exigen a los agentes compradores en el mercado de producción de energía eléctrica. Eso supone, añaden, confundir la actividad de comercialización con la adquisición de esa energía en el mercado de producción. Y no es así, porque es legalmente posible comprarla fuera de él y co-

mercionalizarla, tal como resulta no sólo de las normas legales sino del reconocimiento que hace la propia Administración en el documento que se aporta con la demanda. El precepto cuestionado contradice, argumentan los actores, los artículos 44.2 EDL 1997/25088 y 25.6 EDL 1997/25088, en relación con el 9.3, de la Ley 54/1997 EDL 1997/25088 y su desarrollo reglamentario, así como las disposiciones transitorias undécima de la Ley y única del Real Decreto 277/2000 EDL 2000/78779.

Por su parte, el Abogado del Estado defiende la legalidad de la disposición impugnada señalando el distinto objetivo que buscan las normas. Las que imponen una garantía económica suficiente a los comercializadores, según se ha dicho, buscan proteger a sus clientes y proveedores. En cambio, las que exigen el cumplimiento de unos requisitos a los agentes compradores en el mercado de producción sólo se dirigen a asegurar las adquisiciones que efectúen.

El fundamento de la impugnación de este apartado 3 del artículo 73 EDL 2000/88940 por la parte actora es coincidente que el que subyace a la impugnación de otros preceptos que luego han de examinarse. Por ello y a fin de evitar reiteraciones, conviene dar respuesta de manera genérica a esa alegación común.

En efecto, tanto en la impugnación del art. 73.4 EDL 2000/88940 como en la de los artículos 184, 190 EDL 2000/88940, 196 EDL 2000/88940 y 74 EDL 2000/88940, la base de la argumentación de las sociedades recurrentes es que tanto a las empresas distribuidoras como a las comercializadoras se les exigen requisitos o condiciones que sólo serían aplicables a quienes vayan a adquirir energía eléctrica en el mercado organizado de producción. Siendo así, afirman las recurrentes, que la Ley del Sector Eléctrico EDL 1997/25088 permite a las entidades de distribución y comercialización adquirir energía sin intervenir en dicho mercado, es ilegal por contrario a dicha posibilidad la exigencia a todas ellas de tales requisitos. O, dicho de otra manera, en su opinión resulta contrario a la LSE la aplicación de unas exigencias pensadas para los que van a intervenir en el mercado organizado de producción a quienes, en uso de una posibilidad legal, no van a intervenir en dicho mercado. Y, según se insiste reiteradamente a lo largo del recurso, esa es precisamente la previsión de las entidades recurrentes que, por regla general, dadas sus reducidas dimensiones y el limitado alcance de su actividad, no accederán al mercado sino que contratarán directamente la energía que necesiten para sus clientes de otras entidades distribuidoras o comercializadoras.

Pues bien, esta interpretación efectuada por las entidades recurrentes no puede ser acogida. Refiriéndonos ya a las empresas de comercialización, la Ley del Sector Eléctrico las contempla de una manera unitaria, y les permite adquirir energía, efectivamente, tanto directamente del mercado organizado de producción, como a través de otras empresas de comercialización (artículos 9.1.h) y 9.3 EDL 1997/25088, 24.3 y 4, 25.6 EDL 1997/25088 y disposición transitoria undécima EDL 1997/25088). Y desde la perspectiva de dicha regulación legal resulta indiferente que las empresas de comercialización empleen uno u otro sistema de adquisición de energía o los dos. La Ley no distingue entre las empresas de comercialización según el procedimiento de adquisición de energía eléctrica que puedan emplear, y requiere igual acreditación de capacidad económica y técnica e igual obligación de inscribirse en el Registro correspondiente, con la preceptiva acreditación de los requisitos necesarios para ello, con independencia de cuál vaya a ser el cauce de adquisición de energía que vayan a utilizar de entre las varias posibilidades legales.

Siendo ésa la regulación legal, es evidente que no se puede objetar al Real Decreto impugnado en este recurso que no distinga donde no lo hace la Ley y pretender que ésta exige de forma implícita al Reglamento que otorgue un trato distinto a las empresas comercializadoras que únicamente vayan a adquirir energía mediante contratos directos entre sujetos cualificados (artículo 24.3 y 4 de la LSE EDL 1997/25088 y Capítulo III del Real Decreto 2019/1997 EDL 1997/25439). No es cuestión que hayamos de abordar si el Gobierno hubiera podido regular esta cuestión de forma distinta y de conformidad con los planteamientos de la parte actora pese a que la propia LSE no lo haya hecho, esto es, no hemos de pronunciarnos sobre si el trato diferenciado de las empresas comercializadoras por parte del Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 según participasen o no en el mercado organizado de producción hubiera sido preferible y compatible con la Ley. Lo que es indudable es que el reglamento enjuiciado no es ilegal por no haberlo hecho, esto es, no contradice la ley por no haber efectuado tal distinción.

Sentado lo anterior, podemos responder a la imputación de ilegalidad que se dirige contra el apartado 3 del artículo 73 EDL 2000/88940. Y resulta evidente que en la medida en que toda entidad comercializadora puede adquirir energía a través del mercado organizado de producción gestionado por el Operador del Mercado y así viene reconocido en la LSE (artículo 9.1.h) EDL 1997/25088 y en el Reglamento 1955/2000 (artículo 71.1) EDL 2000/88940, no puede considerarse contraria a derecho la exigencia de que las empresas comercializadoras de energía deban cumplir los requisitos exigidos a los agentes compradores en el mercado de producción. Podrán o no hacerlo en función de su estrategia de comercialización, pero no es contrario a la LSE que el Real Decreto impugnado les exija la capacidad técnica necesaria para hacer aquello que la Ley les permite hacer, como lo es adquirir la energía en el referido mercado de producción. Al recoger dicha exigencia, el Real Decreto desarrolla la previsión del artículo 44.2 de la LSE EDL 1997/25088, al igual que sucedía con la acreditación de la capacidad económica.

En consecuencia, no resulta el artículo del Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 que examinamos contrario a los artículos 44.2 EDL 1997/25088 y 25.6 EDL 1997/25088 en relación con el 9.3 EDL 1997/25088 y la disposición transitoria undécima de la LSE EDL 1997/25088. En cuanto al art. 44.2 de la LSE EDL 1997/25088, por cuanto es precisamente el precepto que se remite a la potestad reglamentaria del Gobierno para establecer con carácter general para todas las empresas comercializadoras, sin que se haga distinción alguna, la forma de acreditar la suficiente capacidad técnica.

Respecto a la supuesta contradicción con los restantes preceptos legales citados, es claro que no concurre, por cuanto se limitan a contemplar la posibilidad de que las empresas comercializadoras adquieran la energía eléctrica fuera del mercado organizado de producción, sin que ello suponga, como ya se ha explicado, la exigencia de que las empresas comercializadoras que así lo hagan en exclusividad tengan un tratamiento reglamentario diferenciado en cuanto a la acreditación de su capacidad técnica. Finalmente, en cuanto

a la alegación de otros preceptos reglamentarios, es claro que sólo son citados en la medida en que desarrollan dicha posibilidad legal y que, en cualquier caso, su rango reglamentario impide fundamentar en ellos una supuesta ilegalidad del Real Decreto impugnado.

QUINTO.- 1.- Seguidamente, pasa la demanda a razonar los motivos por los que considera contrarios a Derecho el artículo 189 EDL 2000/88940 y la disposición transitoria novena del Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 , en relación con el artículo 73 EDL 2000/88940 . Esos preceptos dicen así:

“Artículo 189. Inscripción previa.

1. La solicitud de inscripción previa en la Sección Segunda de este Registro se dirigirá a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Economía. En el caso de que la empresa comercializadora ejerza su actividad exclusivamente en el ámbito de una Comunidad Autónoma, la solicitud se dirigirá al órgano competente de ésta, que dará traslado de la solicitud, y en el plazo máximo de un mes de la solicitud de inscripción, así como de la documentación que le acompañe.

En el caso de que la autorización corresponda a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Economía, ésta se podrá tramitar conjuntamente con la inscripción previa en el Registro.

2. La solicitud de inscripción previa se acompañará de la autorización para ejercer la actividad emitida por la Administración competente y, al menos, de los datos que se establecen en el apartado 4.1 del Anexo al presente Real Decreto EDL 2000/88940 .

3. La formalización de la inscripción previa, en la que constará el número de identificación provisional en el Registro, será notificada al interesado, y será considerada requisito suficiente para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 4 a) del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre EDL 1997/25439 .”.

“Disposición transitoria novena. Actividad de Comercialización.

Las empresas comercializadoras que de forma provisional hayan sido autorizadas e inscritas en el Registro de empresas comercializadoras del Ministerio de Economía dispondrán de un plazo de tres meses para presentar la solicitud de autorización de su actividad y de inscripción definitiva en el Registro.”.

Entienden los recurrentes que el juego de esos preceptos impone los requisitos del artículo 73 EDL 2000/88940 con carácter retroactivo a las empresas que ya estaban autorizadas para comercializar en el marco de un expediente de separación de actividades. Aquí ven los actores cuatro distintos motivos de nulidad del Real Decreto impugnado por contradecir distintos preceptos constitucionales y legales:

a) En primer lugar, entienden que esa supuesta exigencia retroactiva supone la infracción del artículo 9.3 de la Constitución EDL 1978/3879 que prohíbe la retroactividad de las normas desfavorables. Además, se produce una contradicción entre lo que resulta de las normas contenidas en los preceptos impugnados y la disposición transitoria octava del propio Real Decreto que no exige tales condiciones a los distribuidores.

b) Ven también los recurrentes en esa regulación una vulneración del principio de confianza legítima, pues, tras separar sus actividades al amparo de las normas transitorias y ser autorizadas provisionalmente a comercializar electricidad, se encuentran con que este Real Decreto les aplica unos requisitos que les impiden acceder a la autorización e inscripción definitivas.

c) Asimismo aprecian los actores la infracción del artículo 14 EDL 1997/25088 y de las disposiciones transitorias segunda y quinta de la Ley 54/1997 EDL 1997/25088, así como de la disposición adicional trigésima de la Ley 50/1998 EDL 1998/46308 , pues entienden que quien estaba ya operando en la distribución y ha procedido a separar sus actividades para, además, comercializar, se beneficia de esa última norma transitoria que extiende la transmisión a los nuevos sujetos de todo tipo de autorizaciones.

d) Finalmente, aducen en este punto la infracción de la disposición transitoria undécima de la Ley 54/1997 EDL 1997/25088 que autoriza directamente a los distribuidores no sujetos al Real Decreto 1538/1987 EDL 1987/13133 a comercializar energía eléctrica.

Por todo ello, la demanda termina este capítulo afirmando que, en tanto se priva a las empresas que se hallan en la situación que describe de derechos que ya tenían adquiridos, se produce, como consecuencia de este conjunto normativo, una expropiación que no respeta el artículo 33.2 de la Constitución EDL 1978/3879 .

El Abogado del Estado llama la atención sobre el hecho de que, con anterioridad a la Ley 54/1997 EDL 1997/25088 , no puede hablarse de actividad de comercialización. Ésta nace con el cambio normativo que comporta esa Ley del Sector Eléctrico y para desarrollarla hace falta cumplir las condiciones que ella misma establece y el Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 desarrolla. De ahí que no pueda hablarse ni de exigencia retroactiva de requisitos, ni de vulneración de la confianza legítima, ni de infracción de la disposición transitoria undécima de la Ley EDL 1997/25088 . Por lo demás, apunta que las infracciones afirmadas por la demanda no son tales. En efecto, su disposición transitoria segundo EDL 1997/25088 no se refiere a la transmisión de autorizaciones para realizar actividades, sino de autorizaciones sobre las instalaciones utilizadas, lo que no es lo mismo.

Y la transitoria octava EDL 1997/25088 no es aplicable a la comercialización, pues solamente contempla la distribución. Además, apunta que la separación de actividades que estas sociedades ahora recurrentes hicieron fue una decisión empresarial que supone el natural riesgo, de manera que es improcedente reclamar por las pérdidas económicas que pudiera haber originado esa opción. En definitiva, las únicas reglas aplicables, de las invocadas en este punto, son las de la disposición transitoria novena EDL 1997/25088 y ésta, según se aprecia con su lectura, no da ningún derecho al comercializador autorizado provisionalmente porque no lo tenía.

2.- Veamos por su orden las cuatro alegaciones que se formulan contra los citados preceptos del Real Decreto 155/2000 EDL 2000/88940 .

a) En relación con la vulneración de la proscripción constitucional de la retroactividad sancionada por el art. 9.3 de la Norma suprema EDL 1978/3879 , conviene en primer término determinar el alcance de la impugnación de los distintos preceptos que se mencionan (artículo 189 EDL 2000/88940 y disposición transitoria novena EDL 2000/88940 , en relación con el artículo 73 EDL 2000/88940).

En efecto, el examen de la argumentación ofrecida por la parte actora nos muestra que, en realidad, la impugnación se dirige tan sólo frente a la disposición transitoria novena: su argumentación consiste en afirmar que es contrario a la proscripción constitucional de la retroactividad la imposición de la exigencia derivada de la inscripción previa regulada en el artículo 189 EDL 2000/88940 a quienes ya venían ejerciendo la actividad de comercialización al amparo de un proceso de separación de actividades que venía impuesto por la LSE EDL 1997/25088 .

Recordemos primeramente que el sistema que se implanta por la LSE supone en lo que respecta a las empresas comercializadoras una primera inscripción previa, que se regula en el artículo 189 del Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 , y una posterior inscripción definitiva, que se contempla en el siguiente artículo, el 190 EDL 2000/88940 , también impugnado. Pero lo que primariamente objetan los recurrentes en este punto no es tanto dicho sistema de inscripciones sino el que se les aplique a quienes ya venían ejerciendo dicha actividad comercializadora como consecuencia de haber iniciado la separación de las actividades de distribución y comercialización que estos pequeños distribuidores ya desarrollaban (en un sentido material) con anterioridad a la LSE en el seno de una misma empresa. Por consiguiente, la imputación de retroactividad supuestamente contraria al imperativo constitucional es achacable tan sólo a la disposición transitoria novena del Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 .

Por el contrario, la impugnación del artículo 189 EDL 2000/88940 y, por relación, del 73 del Decreto en cuestión EDL 2000/88940 , es tan sólo por el hecho de que les resulte aplicable a los recurrentes como consecuencia de lo dispuesto en la citada disposición transitoria y, por consiguiente, no es preciso en este punto mayor análisis en cuanto a su contenido concreto (la regulación de la inscripción previa por el artículo 189 EDL 2000/88940 y los requisitos de capacidad regulados en el artículo 73 EDL 2000/88940 , requisitos que han de haber acreditado para formalizar dicha inscripción previa que, a su vez, es necesaria para proceder a la inscripción definitiva a la que se refiere en la disposición transitoria novena).

Digamos, con todo, que en relación con su propio contenido, lo único que señalan en este punto los recurrentes respecto a los artículos 189 EDL 2000/88940 y 73 EDL 2000/88940 , es que la ilegalidad que achacan a este bloque normativo se hubiera podido evitar si ambos preceptos hubieran contemplado la situación jurídica de las recurrentes. Esto es, si el artículo 189 EDL 2000/88940 hubiera previsto de forma expresa “la suficiencia de las autorizaciones provisionales concedidas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto” o si el artículo 73 EDL 2000/88940 “al referirse al modo de acreditar la capacidad legal, técnica y económica, eximiera de tal requisito a las empresas que ya los tuvieran reconocidos en las autorizaciones o inscripciones provisionales, al modo en que tal exención se establece, como hemos visto ya, en el artículo 121 EDL 2000/88940 , para las solicitudes de autorización de instalaciones de transporte o distribución”.

No es preciso extenderse en que tal argumento no supone imputar directamente a dichos preceptos la infracción constitucional de que se discute -la exigencia retroactiva de determinadas exigencias-, sino es una simple especulación respecto a las consecuencias de una hipotética distinta redacción. Sin embargo, tales artículos no contemplan excepción alguna y su aplicación expresa a las empresas actoras deriva de la disposición transitoria novena, que evita toda posible duda respecto a su situación y les otorga un plazo de tres meses para obtener la autorización de su actividad y la inscripción definitiva en el Registro.

Pues bien, la impugnación no puede ser acogida. Con carácter general hay que subrayar que la LSE EDL 1997/25088 supone una reorganización completa de la regulación sobre la materia, a partir de la cual las distintas actividades que se desarrollan en el sector eléctrico reciben un tratamiento específico y que no es equiparable al anterior.

En ese sentido tiene razón el Abogado del Estado cuando recuerda que la actividad de comercialización en cuanto tal surge con este cambio normativo y que con anterioridad a la misma no cabe hablar de la comercialización como una actividad jurídicamente reglamentada de forma específica, lo que hace ya difícil hablar de retroactividad en relación con los requisitos que la Ley exige a una actividad regulada como tal ex novo.

Ahora bien, la impugnación de retroactividad supuestamente contraria a la Constitución EDL 1978/3879 que en este punto realizan las empresas recurrentes no tiene que ver con el hecho de que la comercialización (en tanto que venta de energía eléctrica a consumidores) fuese una actividad que materialmente era ya desarrollada por ellas con anterioridad a la LSE EDL 1997/25088 . La alegación está más bien en relación con la autorización provisional obtenida en su momento para comercializar en virtud de lo dispuesto en la propia LSE (artículo 14 EDL 1997/25088 y disposición transitoria quinta EDL 1997/25088) y supone entender que si, de acuerdo con lo prevenido por la LSE, iniciaron un proceso de separación de su actividad de comercialización respecto a la de distribución, con objeto de poder desarrollar la misma en el futuro tal como queda configurada en la Ley, como venta a consumidores no sometida ya a tarifa y recibieron una autorización provisional para ello, la exigencia ahora de los requisitos contemplados por el Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 al obligarles a efectuar la inscripción previa es una exigencia que afecta retroactivamente de forma ilegítima a una autorización ya concedida.

La alegación ha de rechazarse, por cuanto es evidente que como su propia denominación indica lo que obtuvieron en su momento y en el marco de dicha separación de actividades es una autorización provisional, que en nada afecta a la regularidad de exigir en un momento posterior, y de acuerdo con lo prevenido por la LSE EDL 1997/25088 , el cumplimiento de los requisitos de todo tipo que en desarrollo de la misma establezca el Gobierno por vía reglamentaria.

Así pues, si el Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 requiere para ejercer la actividad de comercialización unos determinados requisitos (artículos 42 de la LSE EDL 1997/25088 y 73 del Real Decreto EDL 2000/88940) y como procedimiento para su acreditación un sistema de doble inscripción -previa y definitiva- en un determinado Registro, su aplicación a quienes únicamente tenían una autorización provisional en tanto no estuviesen regulados tales requisitos, ni siquiera puede calificarse con propiedad como una exigencia de carácter retroactivo. La exigencia del cumplimiento de las condiciones para poder comercializar energía eléctrica deriva de la propia LSE EDL 1997/25088 y se les aplica una vez reguladas tales condiciones por el Real Decreto impugnado EDL 2000/88940 con

independencia de que, para salvaguardar el funcionamiento del sistema de distribución eléctrica y los propios intereses de las entidades distribuidoras, se les autorizase provisionalmente a ejercer la actividad de comercialización con anterioridad a dicho momento.

Al no poder catalogarse como una exigencia retroactiva carece ya de fundamento la alegación de las recurrentes. Puede añadirse, además, que la prohibición de retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos sancionada por el artículo 9.3 de la Constitución EDL 1978/3879 -con independencia de si la misma se limita a los derechos fundamentales recogidos por la propia norma suprema- ciertamente sólo se refiere a los derechos plenamente consolidados en la esfera jurídica de los sujetos afectados y no a meras expectativas o derechos pendientes de su plena exigibilidad (STC 42/1986 EDJ 1986/42). Y es claro que en modo alguno puede caracterizarse como un derecho plenamente consolidado el que deriva de una autorización provisional.

Finalmente, la contradicción que se denuncia en relación con la previsión relativa a los distribuidores, a los que la disposición transitoria octava exime de inscripción previa y les exige tan sólo de la definitiva, es irrelevante, ya que dicha disposición transitoria se refiere a una actividad distinta, respecto a la que ningún precepto constitucional o legal requiere que el régimen y procedimiento de inscripción tenga que ser coincidente con el previsto para la actividad de comercialización.

b) En segundo lugar, tampoco puede admitirse la supuesta ilegalidad de estos preceptos por presunta vulneración del principio de confianza legítima, pues tras separar sus actividades para poder desarrollar la actividad de comercialización, se encuentran ahora con unos requisitos que no se les exigió en su momento. Y tal separación de actividades se efectuó “en la legítima confianza de que no se exigiría ningún requisito añadido que no pudiera derivarse de lo dispuesto en la Ley EDL 1997/25088 o en el Real Decreto 277/2000 EDL 2000/78779 ”.

Hay que reiterar en primer lugar que los requisitos (tanto de capacidad como de registro) que ahora se les exigen han sido previstos en el Decreto ahora impugnado por imperativo del artículo 44 de la LSE EDL 1997/25088 y no se trata, por lo tanto, de requisitos contrarios a la LSE o no previstos por ella. En cuanto al Real Decreto 277/2000 EDL 2000/78779 , regulaba el procedimiento de separación de actividades, por lo que difícilmente puede alegarse como obstáculo a la aplicación de los requisitos que el Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 contempla de forma definitiva para desarrollar la actividad de comercialización. Con respecto al desarrollo de la actividad de comercialización, el Real Decreto 277/2000 EDL 2000/78779 -que por lo demás es norma de igual rango que la ahora impugnada- tan sólo contemplaba la autorización provisional para permitir que las recién constituidas entidades de comercialización pudiesen ya iniciar su actividad.

Por otro lado, el principio de confianza legítima que se aduce difícilmente podría considerarse un fundamento para decretar la ilegalidad del Real Decreto impugnado EDL 2000/88940 sin vincular la alegación a la infracción de algún precepto legal concreto. Pero sobre todo, no puede aceptarse que se pueda considerar contrario a dicho principio o a la buena fe la regulación definitiva de los requisitos necesarios para desarrollar una actividad dictada en cumplimiento del mandato expreso de una ley, por el hecho de que con anterioridad a dicha regulación se les autorizase provisionalmente a las entidades comercializadoras recién constituidas a comercializar la energía eléctrica de acuerdo con la nueva regulación derivada del sistema implantado por la LSE EDL 1997/25088 .

c) La tercera alegación en relación con estos preceptos es la infracción del artículo 14 EDL 1997/25088 y de las disposiciones transitorias segunda y quinta de la LSE EDL 1997/25088, así como de la disposición adicional trigésima de la Ley 50/1998 EDL 1998/46308 . Entienden las empresas recurrentes que, tras la modificación efectuada en la LSE, se ha producido una transmisión automática de “todo tipo de autorizaciones” concedidas a las anteriores empresas distribuidoras en favor de las nuevas entidades comercializadoras que se segregaban de aquéllas en virtud del proceso de separación de actividades exigido por la LSE.

Inicialmente la disposición transitoria segunda de la LSE EDL 1997/25088 se refiere a “quienes a la entrada en vigor de la presente ley sean titulares de instalaciones autorizadas” previendo que:

“podrán continuar en el ejercicio de sus actividades dentro de los términos de la autorización”. Y se añade “estas autorizaciones se entenderán transferidas a las sociedades pero deberán constituirse en su momento, de acuerdo con la Disposición Transitoria Quinta EDL 1997/25088 ,...”. Salvando cualquier duda sobre el alcance de esta previsión, la disposición adicional trigésima de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre EDL 1998/46308 , estableció que:

“Las autorizaciones administrativas, licencias y concesiones de cualquier clase de que fueran titulares las entidades que a la entrada en vigor de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico EDL 1997/25088 realizaran actividades eléctricas se entenderán transferidas a las sociedades que deban constituirse de conformidad con la exigencia de separación establecida en el artículo 14 de la citada Ley EDL 1997/25088 , así como a las que con carácter previo e instrumental puedan constituirse para la configuración definitiva de los grupos de sociedades que, conforme a lo previsto en la citada Ley, desarrollen actividades reguladas y no reguladas.”.

Efectivamente la transmisión automática se extiende ahora sin margen de duda a cualquier tipo de autorización relativa a cualquiera de las actividades desarrolladas en el sector eléctrico en beneficio de las nuevas entidades surgidas tras la separación, tanto las finales como las con carácter previo e instrumental se constituyesen con vistas a la configuración definitiva de los grupos eléctricos. Pero tampoco tiene esta previsión el alcance que le dan las empresas recurrentes, puesto que lo que no varía es el principio más general de que sólo se pueden transferir aquellas “autorizaciones administrativas, licencias y concesiones de cualquier clase” que obrasen en manos de las empresas eléctricas anteriores a la separación de actividades.

Y ciñéndonos a la situación de las empresas recurrentes es claro que difícilmente puede hablarse de transmisión a las nuevas empresas comercializadoras surgidas tras la separación de actividades -o a las previas e instrumentales- de autorizaciones de comercialización de acuerdo con el sistema surgido a raíz de la LSE EDL 1997/25088 , cuando la única actividad que desarrollaban aquéllas era de distribución mediante tarifa. Como ya se ha señalado, aunque esta distribución mediante tarifa suponga proporcionar energía eléctrica a usuarios finales y ahora dicha actividad se vaya a desarrollar también mediante comercialización directa a los mismos, esto es, aunque

se trate de actividades funcionalmente equivalentes, desde el punto de vista jurídico son actividades completamente diferenciadas y sometidas a una regulación distinta.

En suma, que la autorización administrativa que poseían las anteriores distribuidoras para proporcionar energía mediante tarifa les permite seguir haciéndolo a las nuevas distribuidoras (por lo demás, esto está expresamente previsto por la disposición transitoria undécima en lo que afecta a las recurrentes) pero en ningún caso podría suponer la transmisión de una autorización que nunca poseyeron para comercializar directamente mediante contrato a los consumidores. En este sentido tiene razón el Abogado del Estado cuando subraya que la actividad de comercialización surge con la LSE EDL 1997/25088 y no puede hablarse de continuidad entre las actividades anteriores a la nueva Ley y ésta de comercialización de la energía eléctrica.

d) Finalmente, tampoco puede ser admitida la supuesta vulneración de la disposición transitoria 11ª de la LSE EDL 1997/25088 por cuanto la misma autorizaría directamente a los distribuidores a los que se refiere (los no afectados en su momento por el Real Decreto 1538/1987 EDL 1987/13133) a comercializar energía eléctrica. Lo que hace dicha disposición transitoria es, por un lado, admitir que, pese a la puesta en marcha del nuevo sistema, puedan continuar su actividad habitual de distribución mediante tarifa; por otro, prever la posibilidad de que, cumpliendo la exigencia de separación de actividades prevista en el artículo 14 de la LSE EDL 1997/25088 , puedan también iniciar la nueva actividad de comercialización, renunciando en esa medida al sistema tarifario.

Ahora bien, es evidente que dicha previsión legal no supone eximir a tales empresas de cumplir los requisitos legales necesarios para poder desarrollar tal actividad de comercialización ni de obtener las autorizaciones pertinentes para ello a través del procedimiento administrativo reglamentariamente determinado. Algo que por lo demás se deduce con claridad de la propia disposición transitoria undécima EDL 1997/25088 por cuanto contempla dicha posibilidad con una remisión expresa al artículo 9.3 de la propia LSE EDL 1997/25088 , esto es, a la regulación general de adquisición de energía como usuarios cualificados y por tanto sometidos a los requisitos exigidos con carácter general.

Del rechazo de las anteriores alegaciones se deriva también que no se ha producido vulneración alguna del artículo 33.2 de la Constitución EDL 1978/3879 , por supuesta expropiación sin indemnización, ya que no tienen las recurrentes un derecho a desarrollar la actividad de comercialización de energía eléctrica de acuerdo con la nueva ordenación del sector implantada por la LSE que sea previo y no sometido a cumplir y acreditar las exigencias contempladas por el Real Decreto impugnado EDL 2000/88940 .

SEXTO.- Impugnan también los recurrentes los artículos 184, 190 y 196 del Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940.

Las razones por las que se pide la nulidad de los mismos residen en que, para los actores, los dos primeros condicionan la inscripción definitiva de las empresas distribuidoras y comercializadoras a la adquisición de la condición de agente del mercado. Y eso es contrario a la Ley desde el momento en que ésta permite comercializar la energía eléctrica sin acudir al mercado de producción, por ejemplo, adquiriéndola a otro comercializador.

El artículo 196 EDL 2000/88940 , por su parte, exige, igualmente, entre los requisitos para la inscripción definitiva de los consumidores cualificados, acreditar la condición de agente del mercado, sin tener presente que los distribuidores y comercializadores la tienen "ex lege" (artículo 9.3 de la Ley EDL 1997/25088), del mismo modo que la tienen los distribuidores no sujetos al Real Decreto 1538/1987 EDL 1987/13133 en virtud de la disposición transitoria undécima de la Ley EDL 1997/25088 . En apoyo de esta interpretación, aducen los actores el documento que la Administración dirige al Operador del Mercado de Electricidad y que acompañan como documento núm. 1.

En contra de este planteamiento, el Abogado del Estado dice que cada uno de estos artículos establece requisitos independientes para comercializadores, distribuidores y consumidores cualificados, respectivamente. Por lo que hace a los distribuidores, desde el momento en que sólo adquieren energía eléctrica para la venta a los consumidores a tarifa y que deben adquirirla en el mercado de producción, salvo el caso previsto en la disposición transitoria undécima, es natural que se les exija la condición de agentes del mercado. Exigencia que, obviamente, reza únicamente para los que no estén acogidos a esa regulación transitoria.

En cuanto a los comercializadores, el requisito se exige porque la Ley quiere que tengan la capacidad legal, técnica y económica precisas para ser autorizados y que, además, para ser inscritos, sean agentes del mercado con independencia de donde adquieran la energía eléctrica. Y lo ha querido así para garantizar debidamente el suministro a los consumidores. Por último, dice que no incurre en ilegalidad el artículo 196 del Real Decreto EDL 2000/88940 pues la inscripción que contempla es solamente la de los consumidores cualificados que pretendan energía eléctrica en el mercado organizado para el propio consumo. De ahí que sean necesarias unas garantías económicas por el valor de las compras.

Los tres preceptos agrupados en este bloque impugnatorio se refieren a la inscripción definitiva de distribuidores, comercializadores y consumidores cualificados respectivamente, exigiéndoles en todo caso la previa adquisición de la condición de agentes del mercado, siendo esta la previsión que origina la impugnación. En opinión de las entidades recurrentes esta exigencia que les afecta en todo caso por cualquiera de dichos conceptos vulnera la LSE EDL 1997/25088 teniendo en cuenta que ésta les permite adquirir y comercializar energía eléctrica sin necesidad de participar en el mercado organizado de producción.

Varias razones llevan al rechazo de la impugnación. Veamos separadamente la impugnación de cada uno de los tres preceptos.

De nuevo hay que partir de que los tres artículos establecen los requisitos para la inscripción definitiva de acuerdo ya con el sistema legal estable para el futuro de acuerdo con la reordenación del sector efectuada por la LSE. Por ello, en lo que respecta a la impugnación de los artículos 184 y 190 EDL 2000/88940, que exigen la previa adquisición de la condición de agentes del mercado para poder efectuar la inscripción definitiva de empresas distribuidoras y comercializadoras respectivamente, hay que recordar que -tal como hemos visto más arriba en el fundamento de derecho cuarto- la configuración del sistema diseñado por el legislador supone la posibilidad de que ambos tipos de empresas adquieran energía en el mercado organizado de producción y establece los requisitos en función de dicha posibilidad.

Por ello difícilmente podría entenderse que resulta ilegal esta exigencia. El que también puedan adquirir energía de otros distribuidores o comercializadores y no sea inevitable que todas ellas participen en el mercado de producción no puede entenderse que haga ilegal la exigencia de que deban poseer la condición necesaria para dicha participación. En definitiva y como antes se dijo, el Real Decreto impugnado exige a distribuidores y comercializadores los requisitos para el ejercicio de todas sus facultades legales de actuación, sin tener en consideración que pueden no llegar a ejercer alguna de ellas. Tal decisión no es contraria a la Ley y no determina, por tanto, la ilegalidad de ambos preceptos.

A mayor abundamiento, puede señalarse que el Decreto 2019/1997 EDL 1997/25439 define el “mercado de producción de energía eléctrica” en un sentido sumamente amplio como 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 se estructura en mercado diario y mercado de servicios complementarios, integrándose también en él los contratos bilaterales físicos” (artículo 2º) EDL 1997/25439 . Quiere esto decir que también los contratos efectuados por los distribuidores y comercializadores que adquieren energía eléctrica directamente de otros sujetos del sistema para vender tal energía a sus clientes, forman parte del “mercado de producción”. Y, paralelamente, todos quienes participan en actividades encaminadas al suministro de energía eléctrica y están contemplados en el artículo 9 de la LSE EDL 1997/25088 , sin excepciones, reciben la consideración de agentes del mercado (artículo 3º del Real Decreto 2019/1997 EDL 1997/25439). Estas definiciones de este decreto hacen perfectamente coherente que el Decreto ahora impugnado requiera para la inscripción definitiva de distribuidores y comercializadores la acreditación de dicha condición de agente del mercado. Todo ello sin duda podría haber sido regulado de forma distinta por el titular de la potestad reglamentaria, pero ello no supone que esta regulación contradiga la LSE EDL 1997/25088 .

En cuanto a las empresas comercializadoras en concreto, a las que se refiere directamente el artículo 190 EDL 2000/88940 , además de la razón general ya vista respecto a que el sistema implantado por la LSE establece las exigencias a los distintos sujetos en función de las posibilidades legales que les atribuye, no respecto a las que efectivamente vayan a utilizar, hay que tener en cuenta la previsión contemplada en el último párrafo del artículo 44.2 de la LSE EDL 1997/25088 . En efecto, en el mismo se impone a las empresas comercializadoras la obligación de inscribirse en el Registro regulado en el artículo 45.4 de la propia Ley EDL 1997/25088 “para poder adquirir energía eléctrica con el fin de suministrar a sus clientes”, sin referirse en concreto en ese precepto a ninguna de las formas mediante las que tales empresas pueden adquirir energía, esto es, sin condicionar dicha exigencia de inscripción en el Registro a la adquisición en el mercado libre de energía. Y en el primer párrafo del citado artículo 55.4 EDL 1997/25088 se define el Registro con carácter general para todos los distribuidores, comercializadores y consumidores cualificados. Es verdad que en el segundo párrafo del citado apartado 4 del artículo 45 EDL 1997/25088 se añade que la inscripción en el Registro es una condición necesaria para presentar ofertas de adquisición de energía al operador del mercado, pero ello no ha de interpretarse como una obligada restricción del alcance general previamente establecido en el párrafo anterior y en el artículo 44.2 de la LSE EDL 1997/25088 . Es claro, por el contrario, que el titular de la potestad reglamentaria cuenta con una expresa habilitación del legislador para prever una exigencia general de la obligación del Registro. Por otra parte, dicha obligación de inscripción en el Registro competente estaba ya presente con carácter expreso precisamente para los consumidores cualificados que celebren contratos bilaterales directos (fuera, por tanto, del mercado de producción en su sentido restringido) en el artículo 19 del Real Decreto 2019/1997 EDL 1997/25439 .

En lo que respecto al artículo 196 EDL 2000/88940 , la supuesta ilegalidad derivaría de no haber tenido en cuenta, al regular la inscripción definitiva de los consumidores cualificados y exigirles para ello acreditar la condición de agentes del mercado, que tanto los distribuidores y comercializadores como, en particular, los distribuidores contemplados por la disposición transitoria undécima EDL 1997/25088 , poseen "ex lege" la condición de consumidor cualificado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la LSE EDL 1997/25088 y en la propia disposición transitoria citada. Sin embargo, el argumento carece de toda consistencia.

Por un lado, el hecho de que la LSE atribuya directamente la condición de consumidores cualificados a empresas distribuidoras -incluidas las contempladas específicamente en la disposición transitoria undécima EDL 1997/25088 - y consumidoras, no resulta contradictorio por sí mismo con que se las obligue a inscribirse en el Registro como tales consumidores cualificados, ni con que dicha inscripción requiera como condición previa adquirir la condición de agente del mercado, ya que el reconocimiento "ex lege" de la condición de consumidor cualificado no las exime de las obligaciones registrales o de otra naturaleza que legal y reglamentariamente se determinen para tal condición.

Ahora bien, por otro lado, es evidente que el sentido de la impugnación es, de forma más precisa que lo que se señala en este punto en el recurso, el rechazo de las empresas recurrentes a que se les exija la condición de agentes del mercado cuando su expectativa es no tener que acudir al mercado organizado de producción para adquirir energía.

Y, en cuanto a esto, sin necesidad de reiterar lo ya dicho sobre que tal intención no supone la ilegalidad de las exigencias generales para quienes tengan capacidad para acudir a dicho mercado, lo cierto es que, en este caso, como pone de relieve el Abogado del Estado, la exigencia de inscripción a los consumidores cualificados en la sección correspondiente del Registro se impone tan sólo a los consumidores cualificados “que pretendan adquirir energía eléctrica en el mercado de producción organizado para su propio consumo”. Es decir que, en este punto relativo a los consumidores cualificados, el Real Decreto impugnado sí recoge la pretensión de las empresas recurrentes de que sólo se requiera la adquisición de agentes del mercado a quienes de forma efectiva vayan a adquirir la energía en el mercado organizado de producción.

Así pues, en cuanto que tales consumidores cualificados y por esa sola condición, el Real Decreto impugnado EDL 2000/88940 no exige a todos ellos la inscripción en el Registro ni, consiguientemente, la previa condición de agentes del mercado, sino que tan sólo lo hace para los consumidores cualificados que pretendan adquirir energía eléctrica para su autoconsumo en el mercado organizado de producción. En este punto, pues, el Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 sí ha limitado en relación con los consumidores cualificados el alcance de la previsión general de inscripción en el Registro contemplado en el artículo 45.4 de la LSE EDL 1997/25088 .

SÉPTIMO.- El artículo 74 señala EDL 2000/88940 :

“Artículo 74. Caducidad de la autorización.

Si en el plazo de un año contado desde la fecha de publicación de la autorización, la empresa no hubiera hecho uso efectivo y real de la misma ejerciendo la actividad de comercialización y por tanto no hubiera adquirido energía en el mercado organizado de producción o si tal uso hubiera sido suspendido durante un plazo ininterrumpido de un año, la Dirección General de Política Energética y Minas declarará la caducidad de la autorización procediendo a dar de baja a la empresa en el correspondiente registro. A estos efectos el operador del mercado deberá comunicar a la Dirección General de Política Energética y Minas las empresas comercializadas autorizadas en las que se dé tal circunstancia.

Para proceder a la caducidad de oficio de la autorización será precisa la instrucción del correspondiente expediente con audiencia del interesado.”.

La demanda considera que este artículo incurre en el mismo vicio que el artículo 190 EDL 2000/88940 , pues el comercializador no tiene por qué acudir al mercado organizado de producción. El Abogado del Estado, que reconoce que este precepto es causa de confusión y que ha originado preocupación entre los comercializadores, salva esta objeción sosteniendo que su interpretación correcta es la establecida por la Dirección General de Política Energética y Minas, en la comunicación que dirige al Operador del Mercado de Electricidad y que consta en el expediente. De acuerdo con ella, deberá entenderse que el comercializador habrá hecho uso efectivo de la autorización tanto si adquiere energía en el mercado organizado de producción, como si la compra a través de transacciones físicas realizadas al margen del mismo. De este modo, entendiendo en el sentido indicado el precepto, no habría nulidad. Por lo demás, el Abogado del Estado llama también la atención sobre la circunstancia de que no existiendo un concepto legal de mercado organizado de producción, expresión que no figura en la normativa, la solución a la que ha llegado la Administración en nada modifica los requisitos establecidos para distribuir y comercializar energía eléctrica.

Respecto a este precepto hay que señalar, como también lo hace el Abogado del Estado, que resultaría efectivamente contradictorio con el sentido de la regulación legal si se interpretara en el sentido de que se produciría la caducidad de la autorización para comercializar si transcurriera un año sin adquirir energía en el mercado organizado de producción entendido éste en su sentido más restringido, esto es, como mercado libre de ofertas y demandas gestionadas por el operador del mercado.

Sin embargo, no es esa la única interpretación posible del precepto impugnado. Efectivamente tiene razón el Abogado del Estado en que no existe un concepto legal de mercado organizado de producción, puesto que la LSE no lo define como tal concepto así designado. Y resulta evidente que la regulación reglamentaria opera con cierta ambigüedad al respecto puesto que en ocasiones parece emplearlo en el sentido restringido a que nos referimos en el párrafo anterior y, en otras ocasiones, en un sentido más amplio, como el conjunto de transacciones sobre energía eléctrica que incluyen también los denominados contratos bilaterales físicos que se celebran directamente entre dos sujetos del sistema sin entrar en ese mercado libre gestionado por el operador del mercado, responsable de casar la oferta y la demanda de energía eléctrica en los términos contemplados en el artículo 33 de la LSE EDL 1997/25088 . Ya hemos visto en el anterior fundamento de derecho que el Real Decreto 2019/1997, en su artículo 4 EDL 1997/25439 , habla del mercado organizado de producción en este sentido amplio, que es coherente con la descripción del sistema de producción de energía eléctrica que hace la LSE en su artículo 11 EDL 1997/25088 , y es evidente que el precepto que ahora examinamos ha de entenderse igualmente como referido al mercado de producción en este sentido amplio.

Sin duda hay que convenir que la utilización de la misma expresión para designar dos ámbitos distintos del sistema eléctrico es una fuente indudable de inseguridad jurídica. Debe, sin embargo, desestimarse la pretensión de declarar que el artículo 1.4 del Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 resulta contrario a la Ley del Sector Eléctrico EDL 1997/25088 , que efectivamente permite que las empresas comercializadoras adquieran energía directamente de otros sujetos del sistema y fuera del mercado de producción entendido en su sentido más restringido, puesto que la caducidad de la autorización que contempla se refiere al transcurso de un año sin adquirir energía por cualquiera de las vías que la Ley les permite, como la misma Administración ha señalado en el documento a que las partes hacen referencia y que obra en los autos.

OCTAVO.- En el artículo 36 EDL 2000/88940 ven los recurrentes el establecimiento mediante normas reglamentarias de un nuevo concepto de la actividad de distribución en contra de lo que dice la Ley.

La innovación contraria a la Ley la ven los actores en la previsión de que la actividad de distribución se hace desde las redes de transporte hasta los puntos de consumo, ya que el artículo 9.1 g) de la Ley 54/1997 EDL 1997/25088 no incluye en la definición que hace de esa actividad tal precisión. Ahora bien, como recuerda el Abogado del Estado, la noción de distribución recogida en el Real Decreto es la misma que ya estaba en el artículo 11 del Real Decreto 2819/1998, de 23 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte y distribución EDL 1998/46291 , artículo que fue impugnado en el recurso contencioso-administrativo 89/1999, el cual fue desestimado por la Sentencia de esta Sala y Sección de 28 de mayo de 2001 EDJ 2001/32963 . También, añade, esta previsión no implica que no se les permita a los distribuidores a los que se refieren las disposiciones transitorias segunda y undécima desarrollar su actividad, ya que no se impone como requisito que deban estar conectados a las redes de transporte los distribuidores que ya tuvieran reconocida esa condición. Tal exigencia es sólo para los nuevos.

En nuestra sentencia de esta misma fecha a la que ya nos hemos remitido más arriba -recurso 167/2001-, hemos examinado la conformidad a la LSE de este precepto, descartando que sea contrario a la misma en los términos que reproducimos a continuación:

“La “incorrecta definición de la actividad de distribución de energía eléctrica” que, según los demandantes, contiene el artículo 36 del Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 , es el segundo de los motivos de impugnación del texto reglamentario.

El citado artículo 36 EDL 2000/88940 define la actividad de distribución como aquella que tiene por objeto principal la transmisión de energía eléctrica desde las redes de transporte hasta los puntos de consumo en las adecuadas condiciones de calidad, así como la

venta de energía eléctrica a los consumidores a tarifa o distribuidores que también la adquieran a tarifa. Diremos, ante todo, que la definición transcrita coincide con la que figura en el artículo 11 del Real Decreto 2819/1998 EDL 1998/46291 , texto reglamentario que, según también hemos reseñado, específicamente regula las actividades de transporte y de distribución de energía eléctrica. En la medida en que la impugnación del precepto ahora cuestionado repite en parte la que hicieron las empresas demandantes en el recurso contencioso administrativo número 89/1999, son aplicables los fundamentos jurídicos que ya expusimos al fallar este último mediante nuestra sentencia de 28 de mayo de 2001 EDJ 2001/32963 .

La noción de “distribución de energía eléctrica” que contienen ambos reglamentos es coherente y no se opone a la que refleja el artículo 9 g) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico EDL 1997/25088 . Los argumentos de la demandantes en este sentido no se basan tanto en el contenido intrínseco del precepto reglamentario impugnado como, más bien, en sus consecuencias para ellas mismas en cuanto empresas singularizadas (“todas y cada una”) por estar sujetas a la disposición transitoria undécima de la Ley 54/1997 EDL 1997/25088 . Como es sabido -sobre ello nos hemos pronunciado en la reciente sentencia de 13 de febrero de 2003 al resolver el recurso contencioso- administrativo 173 de 2001 EDJ 2003/2230 , dirigido contra el Real Decreto 3490/2000, por el que se aprobó la tarifa eléctrica para 2002 EDL 2000/89114 -, en virtud de la disposición transitoria undécima de la Ley 54/1997 EDL 1997/25088 , los distribuidores “que vinieran operando con anterioridad al 1 de enero de 1997” podían seguir manteniendo su actividad y acogerse a un régimen tarifario determinado cuyas características ahora no hacen al caso.

Sostienen los demandantes, en este orden de cosas, que al no cumplir necesariamente el requisito de adquirir electricidad desde las redes de transporte (pues algunos de ellos la reciben de otras empresas suministradoras a tensiones inferiores a 220 kilovatios) no podrían en realidad ser considerados distribuidores de energía eléctrica. Conclusión errónea pues nadie les ha negado esta consideración -y los derechos que, derivados de ella, les corresponden- en virtud de la tan citada disposición transitoria undécima de la Ley 54/1997 EDL 1997/25088 , aun cuando no cumplan en su totalidad los requisitos “ordinariamente” vinculados a la actividad de distribución.

Con acierto destaca el Abogado del Estado en su contestación a la demanda que la norma impugnada “no establece la exigencia de estar conectados a las redes de transporte a los distribuidores que ya tenían esta condición”, a quienes es aplicable la disposición transitoria citada. Y en todo caso, resultaría irrelevante, a efectos de invalidación del precepto, la apuntada contradicción del artículo 36 EDL 2000/88940 con el artículo 60, ambos del mismo Real Decreto EDL 2000/88940 , pues obviamente no existe jerarquía normativa entre ambos.”.

NOVENO.- La última impugnación de la demanda se dirige a los artículos 93.3 y 95.2 EDL 2000/88940 dicen:

“Artículo 93. Instalación de equipos de medida y control.

(...)

3. Realizada la instalación, se colocarán en los equipos de medida los precintos que sean exigibles que en el caso de consumidores a tarifa sólo podrán ser alterados o manipulados por la empresa distribuidora.”.

“Artículo 95. Lectura de los suministros.

1. La lectura de los suministros será responsabilidad de las empresas distribuidoras.

2. La lectura de la energía suministrada al consumidor cualificado mediante contratos no acogidos a tarifa será responsabilidad del distribuidor, quien la pondrá a disposición de los agentes participantes o interesados en la misma, quienes para ello tendrán acceso a la lectura de la misma.

Los equipos de medida de la energía suministrada a los consumidores cualificados mediante contratos no acogidos a tarifa podrán incorporar los elementos necesarios para la medición de las magnitudes requeridas para la facturación de los contratos de acceso a la red.”.

Los recurrentes consideran que estas normas hacen posible que los contadores puedan ser manipulados por personas distintas de la distribuidora, lo que contraviene los artículos 45.1 a) y 45.2 a) de la Ley 54/1997 EDL 1997/25088. Sin embargo, el Abogado del Estado señala que ni el artículo 93.3 EDL 2000/88940 permite la manipulación de esos contadores por personas ajenas a la distribuidora, ni el artículo 95.2 EDL 2000/88940 lo hace.

Debe rechazarse la impugnación. La redacción de ambos apartados 93.3 y 95.2 del Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 podrá objetarse desde la perspectiva de su mayor o menor precisión, pero en modo alguno pueden reputarse contrarios a los preceptos legales que señalan las recurrentes, los artículos 45.1.b) EDL 1997/25088 -por error se indica en el recurso el apartado a)- y 45.2.a) de la LSE EDL 1997/25088 respectivamente. En estos preceptos legales la Ley establece la obligación de las empresas distribuidoras y comercializadores (directamente o a través del correspondiente distribuidor) de medir los suministros en la forma en que reglamentariamente se determine, preservando la exactitud de las mediciones, la accesibilidad de los correspondientes aparatos y facilitando el control de las Administraciones competentes.

Ninguna de dichas obligaciones impuestas directamente por la LSE resulta contradicha por los preceptos impugnados. En lo que respecta al apartado 3 del artículo 93 de la LSE EDL 1997/25088 , lo que el mismo prevé se limita a los casos de consumidores a tarifa, supuesto en los que el reglamento imposibilita que nadie sino la distribuidora pueda alterar o manipular los precintos instalados. Lo que supone que en caso de consumidores que no sean a tarifa, dicha posibilidad queda abierta a la voluntad contractual de las partes, pero no el reconocimiento reglamentario de un supuesto derecho de los consumidores no tarifarios a poder manipular los aparatos de medida. Y esta regulación no contradice las previsiones establecidas en el artículo 45.1.b) de la LSE EDL 1997/25088 .

En cuanto a lo previsto en el apartado 2, segundo párrafo, del artículo 95 del Real Decreto 1955/2000 EDL 2000/88940 , respecto al que los recurrentes objetan que se formule como mera posibilidad la incorporación en los equipos de medida de la energía suministrada a los consumidores cualificados no tarifarios, “de los elementos necesarios para la medición de las magnitudes requeridas para la facturación de los contratos de acceso a red”, dicha posibilidad no puede entenderse en el sentido de que impida o contravenga las

obligaciones legales antes reseñadas que el artículo 45.2.a) de la LSE EDL 1997/25088 impone a las empresas comercializadoras o, en su caso, al distribuidor. El tenor del precepto reglamentario no atenúa tales obligaciones legales y si para cumplirlas las empresas responsables entienden necesario instalar en todo caso tales elementos, así habrán de hacerlo, sin que para ello sea un obstáculo el precepto reglamentario que se impugna.

DÉCIMO.- De acuerdo con lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho, procede la desestimación del recurso contencioso administrativo formulado por las empresas recurrentes. A tenor de lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción EDL 1998/44323 , no se hace imposición de costas.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo español y nos confiere la Constitución.

FALLO

PRIMERO.- Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo núm. 163/2000, interpuesto por Cide, Sociedad Cooperativa; Central Eléctrica San Francisco, S.L.; Central Eléctrica Sestelo y Compañía, S.A.; C. Marcial Chacón e Hijos, S.L.; Compañía de Electricidad del Condado, S.A.; Compañía de Electrificación, S.L.; Dielec Guerrero Lorente, S.L.; Dielesur, S.L.; Distribución Eléctrica Caridad e Ildfonso, S.L.; Distribuciones Alnega, S.L.U.; Distribuidora de Energía Eléctrica Torrecillas Vidal, S.L.; Distribuidora Eléctrica de Ardales, S.L.; Distribuidora Eléctrica Carrión, S.L.; Distribuidora Eléctrica de Granja de Torrehermosa, S.L.; Electra Alto Miño, S.A.; Electra Barciademera, S.L.; Electra Castillejense, S.A.; Electra de Autol, S.A.; Electra de Cabalar, S.L.; Electra del Gayoso, S.L.; Electra La Loma, S.L.; Electra de Narahío, S.A.; Electra San Cristóbal, S.L.; Eléctrica Abengibre Distribución, S.L.; Eléctrica de Cabañas, S.L.; Eléctrica del Oeste Distribución, S.L.U.; Eléctrica Latorre, S.L.; Eléctrica Los Laureles, S.L.; Eléctrica Los Pelayos, S.A.; Eléctrica Mestanza, R.V., S.L.; Eléctrica de Moscoso, S.L.; Eléctrica Ntra. Sra. de los Santos, S.L.; Eléctrica Sagrado Corazón de Jesús, S.L.; Eléctrica San José Obrero, S.L.; Eléctrica San Marcos, S.L.U.; Eléctrica San Serván, S.L.; Eléctrica Santa Marta y Villalba, S.L.; Eléctricas de Benuza, S.L.; Electro Harinera Panificadora de Almodóvar del Campo, S.A.; Empresa de Electricidad San José, S.A.; Empresa Eléctrica Martín Silva Pozo, S.L.; Fuentes y Compañía, S.L.; Herederos de Emilio Gamero, S.L.; Hermanos Montes Álvarez, S.L.; Hidroeléctrica Domínguez, S.L.; Hidroeléctrica El Carmen, S.L.; Hidroeléctrica de Laracha, S.L.; Hidroeléctrica Gómez, S.L.; Hidroeléctrica José Matanza García, S.L., Sociedad Unipersonal; Hidroeléctrica Vega, S.A.; Ignaluz Jiménez de Torres, S.L.U.; Industrias Pecuarias de Los Pedroches, S.A.; José Ripoll Albanell, S.L.; Josefa Gil Costa, S.L.; Juan del Pozo Sánchez, S.L.; Juan N. Díaz Gálvez y Hermanos, S.L.; Leandro Pérez Alfonso, S.L.; Luz de Cela, S.L.; Medina Garvey, S.A.; Millarens de Electricidad, S.A.U.; Romero Candau, S.L.; Ruiz de La Torre, S.L.; San Miguel 2000 Distribución Eléctrica, S.L.U.; Sociedad Distribuidora de Electricidad de Elorrio, S.A.; Sociedad Eléctrica de Jerez del Marquesado, S.A.U.; Sociedad Eléctrica de Ribera del Fresno, S.A.; Sociedad Electricista de Tuy, S.A.; Unión de Distribuidores Electricidad S.A. (U.D.E.S.A.); Vargas y Compañía, Electro Harinera San Ramón, S.A.; José Ferré Segura e Hijos, S.L., y Rodalec, S.L.U. contra los apartados 3º y 4º del artículo 73 EDL 2000/88940, contra el artículo 189 EDL 2000/88940 y la disposición transitoria 9ª, EDL 2000/88940 contra los artículos 184, 190 EDL 2000/88940 y 196 EDL 2000/88940 , 74 EDL 2000/88940 , 36 EDL 2000/88940 , 93.3 y 95.2 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica EDL 2000/88940.

SEGUNDO.- Que no hacemos imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando,, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Eduardo Espin Templado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130032003100981