

La CNMC y la regulación del sector energético

Abel Estoa Pérez

Doctor en Derecho. Técnico de la Asesoría
Jurídica de la CNMC*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REGULACIÓN Y REGULADORES: ORIGEN NORTEAMERICANO Y SU IMPORTACIÓN POR EUROPA. III. ANTECEDENTES DE LA CNMC. 1. Del servicio público a la liberalización: Ley 40/1994 y la CSEN. 2. El regulador del sector eléctrico nacional: Ley 54/1997 y la CNSE. 3. Progresiva madurez del regulador: Ley 34/1998 y la CNE. IV. LA CNMC. 1. Integración de la autoridad de competencia con los reguladores sectoriales. 2. Naturaleza, régimen jurídico, organización y funcionamiento. 3. Funciones. A. Funciones de la CNMC en el ámbito energético. B. Funciones de la antigua CNE que pasarán al MINETUR. 4. Instrumentos para el cumplimiento de sus fines. A. Decisiones jurídicamente vinculantes. B. Circulares e instrucciones. C. Derecho sancionador. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El Tratado de Roma, basado en la libre competencia, cuestionó el tradicional servicio público europeo. Progresivamente, ciertas actividades de interés general pasaron a realizarse por particulares, sujetos a obligaciones de servicio público. La liberalización del sector energético español dio lugar a la CSEN, primer regulador, al que siguió la CNSE. La CNE disponía ya de considerable independencia. La actual CNMC aglutina a los anteriores reguladores sectoriales con la autoridad de competencia, organismos con distintos enfoques. Para evitar posibles inconvenientes de ello, su Consejo funciona habitualmente en salas que conocen por separado de asuntos de competencia y de regulación. Aunque la CNMC dispone, en general, de mayores facultades en el ámbito energético, ciertas funciones de la anterior CNE se traspasarán al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, algo criticable.

* La opinión del autor es estrictamente personal.

PALABRAS CLAVE:

Regulación, reguladores, energía, CNMC.

ABSTRACT

The Treaty of Rome, based on free competition, questioned the traditional model of European public service. Gradually, certain activities of general interest began to be developed by particulars, subject to public service obligations. The liberalization of the Spanish energy sector led to the CSEN, first regulator, followed by the CNSE. The CNE had already a high degree of independency. The CNMC integrates the old regulators with the competition authority, entities with different approaches. In order to avoid possible inconveniences for that reason, the Council acts normally in courts that attend separately competition and regulation issues. Although the CNMC has, in general, more faculties in the energy sector, certain competencies of the previous CNE will be transferred to the Ministry of Energy, something questionable.

KEY WORDS:

Regulation, regulators, energy, CNMC.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo analiza la evolución de los reguladores energéticos españoles hasta la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la cual se centra especialmente.

Los reguladores surgieron a finales del siglo XIX en el derecho norteamericano, a fin de imponer obligaciones a los particulares que prestaban servicios en sectores de interés general. Tal modelo se adoptó por el Tratado de Roma de 1957, lo que cuestionó el modelo tradicional de servicio público europeo mediante gestión directa o indirecta por el Estado. Desde ese momento sería más acorde con la libre competencia la iniciativa privada sujeta a obligaciones de servicio público. Tal proceso se exacerbó en la década de 1980 al liberalizarse ciertos sectores de actividad, entre ellos el energético, dando lugar a los sectores regulados y a sus reguladores.

La incorporación de España a la Comunidad Económica Europea (hoy UE) determinó la liberalización de nuestro sector energético. La Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN), dio los primeros pasos, aunque mantuvo la técnica del servicio público, con reserva de actividades a favor del Estado. Dicha Ley creó la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) como regulador del Sistema (eléctrico, insistimos, sus competencias no se extendían a hidrocarburos).

La regulación económica del sector energético se configura cabalmente mediante las Leyes 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. La primera sustituyó la noción de servicio público por la de “servicio de interés económico general”, de modo que el Estado dejó de reservarse el ejercicio de actividades. La CSEN pasó a denominarse Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (CNSE). La Ley 34/1998 reconoció el interés económico general de ciertas actividades del sector de hidrocarburos y creó la Comisión Nacional de Energía (CNE), primer regulador con competencias en todo el sector energético, cuya independencia y funciones se incrementaron en cumplimiento del Derecho de la UE.

De la CNE se ha transitado a la actual CNMC, creada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, cuyo Estatuto Orgánico se aprobó mediante el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto. La CNMC aglutina a los anteriores reguladores de los sectores de energía, telecomunicaciones, postal y transportes con la antigua Comisión Nacional de la Competencia (o CNC). En este trabajo atenderemos especialmente a las funciones de esa Comisión en el ámbito energético, sin insistir más de lo necesario en otras funciones sectoriales o de defensa de la competencia.

En el sector energético, la CNMC, además de funciones consultivas, dispone de otras de control y supervisión de los mercados minoristas y mayoristas, así como de resolución de conflictos, entre otras. Su órgano de gobierno es el Consejo, que puede actuar en pleno o en sala, siendo la Sala de Supervisión regulatoria la decisoria en materia de energía. Para cumplir sus fines, dispone tanto de potestades sancionadoras como de la facultad de dictar resoluciones jurídicamente vinculantes, así como de la posibilidad de emitir circulares o instrucciones sobre los principios que vayan a guiar su actividad.

Lo anterior se desarrolla en los apartados que se suceden a continuación, comenzando por una introducción acerca de los rasgos esenciales de los organismos reguladores.

II. REGULACIÓN Y REGULADORES: ORIGEN NORTEAMERICANO Y SU IMPORTACIÓN POR EUROPA

La regulación económica tiene un origen común con la defensa de la competencia¹. Dicho origen puede situarse en Estados Unidos, a finales del siglo XIX,

¹ MONTERO PASCUAL, Juan José (2013): “Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general”, *Fundamentos de regulación y competencia*, Madrid, Iustel, pág. 87.

cuando la industrialización de la economía norteamericana supuso la concentración de la producción en monopolios y oligopolios, lo que ocasionó abusos y la reacción a los mismos². En ese contexto surgió la *Shermann Act* (1890), que suele considerarse la primera norma antimonopolio. La regulación sectorial apareció tras confirmarse su constitucionalidad³. Tras ello se crearon las *independent regulatory commissions*, primeros reguladores, de entre las cuales suele citarse como pionera a la *Interstate Commerce Commission* (1887)⁴.

A partir de los años 30 del siglo pasado, en el marco del *New Deal*, la regulación pasó a ser sistemática, impulsada por Roosevelt tras el crac de 1929⁵. La *Securities Exchange Commission* (1934) destacó por la transparencia en la intervención administrativa⁶. En los años 60, la llamada *Chicago School* (Escuela Económica de Chicago) analizó la eficiencia económica de la intervención pública en la economía. El análisis concluyó que tanto la defensa de la competencia como la regulación se aplicaban, a menudo, sin bases económicas objetivas, de modo que no defendían el interés general, sino intereses particulares. En vista de ello, dicha Escuela propugnó la desregulación (*deregulation*). Aunque la crítica dotó a los sectores de más transparencia, no puso en cuestión el sistema, el cual persiste hasta nuestros días⁷.

La regulación en sentido anglosajón se caracteriza por la libertad de las empresas en el mercado, con el control público ejercido a través de obligaciones a los particulares, por razones de interés general. Dichas obligaciones pueden resumirse en que las autoridades imponen a los particulares la obligación de servir

² MONTERO PASCUAL, Juan José (2013): 87, o BALLBÉ, Manuel (2007): “El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *Revista de Administración pública* 174, pág. 228, nota a pie 37.

³ Dicha constitucionalidad se declaró en el asunto *Munn v. Illinois* (1876), sobre tarifas fijas por el uso de almacenaje de grano por razones de interés público [Vid. MONTERO PASCUAL, Juan José (1992): “Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica del servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones”, *Revista Española de Derecho Administrativo* 92, pág. 578; o HERRERA GUERRA, Carlos A. (2010): “Entes administrativos reguladores independientes y credibilidades institucional. Ineficacia y peligros para la democracia latinoamericana advertidos desde el sistema norteamericano que los creó”, *Revista de Administración Pública* 181, pág. 383]. BALLBÉ, Manuel (2007): 226, considera a la Comisión Reguladora del Ferrocarril de Massachusets (1869) un antecedente de tales agencias.

⁴ HERRERA GUERRA, Carlos A. (2010): 381 y ss. Dicho regulador del sector ferroviario se menciona también en la exposición de motivos de la Ley 24/2013.

⁵ MONTERO PASCUAL, Juan José (1992): 578.

⁶ BALLBÉ, Manuel (2007): 230.

⁷ BALLBÉ, Manuel (2007): 238, y MONTERO PASCUAL, Juan José (2013): 89.

a quien lo requiera, de modo correcto, sin discriminar entre clientes y cobrando una tarifa razonable⁸.

Aunque en Europa el fundamento de la intervención pública también fue la existencia de intereses generales, el proceso se desarrolló de modo distinto⁹. La satisfacción de dichos intereses en los sistemas de tradición francesa se realizaba normalmente por el Estado, mediante monopolios públicos. Esos monopolios se identifican con los viejos servicios públicos, categoría hoy en desuso¹⁰. Es decir, no se parte aquí de la libertad de los operadores en el mercado, sino de monopolios públicos que debieron liberalizarse en virtud del dogma de la libre competencia¹¹.

Sucede que hasta finales del decenio de 1980 dichos monopolios se habían mantenido, al amparo del antiguo artículo 86.2 del Tratado CE (actual 106.2 TFUE), con el argumento de que desarrollaban misiones públicas cuya prestación no garantizaba la libre competencia¹². Pero en ese momento el proceso li-

⁸ MONTERO PASCUAL, Juan José (1993): 582-584.

⁹ El interés general como fundamento de la intervención pública se ha venido perfilando últimamente. Así, a tenor de la normativa liberalizadora de servicios, cualquier actuación de las autoridades públicas que limite la libertad de los operadores, y en particular las libertades de establecimiento y de circulación, requiere su justificación por razones imperiosas de interés general (Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, transpuesta por las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, y 25/2009, de 22 de diciembre).

¹⁰ La Comisión considera ambiguo el término servicio público [COMISIÓN EUROPEA (2011): “Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa” 20 de diciembre de 2011. COM(2011) 900 final]. En ello coinciden PARADA VÁZQUEZ, Ramón (2012): Derecho Administrativo I, Madrid, Marcial Pons, pág. 418; y DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (2010): “El suministro de electricidad de último recurso y el servicio universal”, Revista de Administración Pública 181, pág. 45. Sobre la recepción de tal concepto en nuestro derecho puede leerse a VILLAR PALASÍ, José Luis (1977): Apuntes de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I, Madrid, pág. 99. Vid. también CANALS I AMETLLER, Dolors (2013): “Principios, reglas y garantías propias del derecho público en la prestación privada de servicios económicos de interés general”, Revista Española de Derecho Administrativo 158, págs. 129-157.

¹¹ Vid. PARADA VÁZQUEZ, Ramón (2012): 418 y ss.; DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (2010): 64; MONTERO PASCUAL, Juan José (1993): 570 y 571; SÁNCHEZ NÚÑEZ, Pilar y BERENGUER FUSTER, Luis (1997): “Regulación, agencias reguladoras y defensa de la competencia”, *Ekonomiaz* 37, pág. 136, o BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (2007a): “La regulación de los sectores energéticos”, Cuadernos de Energía 18, pág. 29: “[en el sector energético español] *las técnicas propias del servicio público se proyectaron con muy distinta intensidad sobre cada uno de los sectores (monopolista ex lege – empresa concesionaria única– en el caso del sector del petróleo, pluralidad de compañías concesionarias en el caso del servicio de suministro de gas, sociedad estatal encargada de la explotación unificada del sistema en el caso del sector eléctrico)*”.

¹² DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (2006): “Diez años de legislación energética en España”, *Energía: del monopolio al mercado. CNE, diez años en perspectiva*, Madrid, Civitas, pág. 322.

beralizador se exacerbó al pasar a primer plano de la actividad productiva de la UE sectores vinculados a servicios públicos tradicionales (energía, etc.), en sustitución de otros (siderurgia, etc.) que no soportaron bien los efectos de una economía cada vez más globalizada¹³.

Con ello la prestación monopolística se sustituyó (salvo excepciones) por la iniciativa privada, imponiendo obligaciones a las empresas. Ello se ha descrito como el paso del concepto formal-subjetivo propio del servicio público al material-teleológico implícito en los servicios de interés económico general (SIEG)¹⁴. Es decir, del viejo servicio público (identificado con los monopolios) se pasó a los modernos SIEG, término que reconoce la iniciativa privada en ciertos sectores, aunque sujeta a obligaciones, entre las que figura el servicio universal¹⁵. Con ello aparecieron los sectores regulados y, como garantes de la liberalización, los reguladores, administraciones independientes inspiradas en las señaladas *independent regulatory commissions* norteamericanas¹⁶.

A continuación nos ocupamos de los reguladores energéticos españoles que precedieron a la actual CNMC.

¹³ DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (2010): 66 y 67.

¹⁴ BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (2007a): 30. Los SIEG son actividades económicas que inciden en el bien público general y que el mercado no realizaría sin intervención pública o lo haría en condiciones distintas de calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal. Vid., COMISIÓN EUROPEA (2011), COMISIÓN EUROPEA (2010): “Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest” [7 de diciembre de 2010, SEC(2010) 1545 final]. Entre la doctrina, CARLÓN RUIZ, Matilde (2012): “¿Crisis del Servicio público en tiempos de crisis? Algunas acotaciones a la luz de las novedades en el régimen europeo de control de las ayudas de Estado dirigidas a su financiación”, *Revista de Administración Pública* 189, págs. 75-2013; o PAREJO ALFONSO, Luciano (2007): *Lecciones de Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 342.

¹⁵ El servicio universal consiste en la posibilidad de acceso al servicio en todo el territorio, a precios asequibles y en condiciones similares de calidad [COMISIÓN EUROPEA (2001): “Los servicios de interés general en Europa” (2001/c 17/04), DOCE C 17, de 19 de enero de 2001, págs. 4 a 23, o DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (2010): 64 y ss.].

¹⁶ SERRANO GONZÁLEZ, Marina (2006): “Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía: un ampliado marco de actuación”, *Energía: del monopolio al mercado*. CNE, diez años en perspectiva, Madrid, Civitas, pág. 389 y ss.

III. ANTECEDENTES DE LA CNMC

Este apartado se refiere a los reguladores energéticos que precedieron a la CNMC. Han sido tres, como es sabido: la CSEN, la CNSE y la CNE. Su evolución ha ido unida a los sucesivos pasos del proceso liberalizador. En vista de que nuestro análisis se realiza desde la óptica de los reguladores, distinguiremos tres etapas, una por regulador, con identificación de sus respectivas normas de creación. En cada apartado seguiremos una estructura similar: describiremos la situación de los subsectores energéticos en cada momento para, a continuación, describir brevemente al correspondiente regulador.

1. Del servicio público a la liberalización: Ley 40/1994 y la CSEN

El suministro de electricidad y gas comenzó en España a finales del siglo XIX por iniciativa privada. De ahí se pasó a la declaración formal de tales suministros como servicio público. La Ley 40/1994, que inició la liberalización del sector eléctrico, creó el primer regulador, la CSEN¹⁷. Se desarrolla todo ello a continuación.

a) De los orígenes a la declaración de servicio público

El suministro de electricidad y de gas se inició por particulares, en régimen de libertad, sin mediar declaración de servicio público¹⁸. Por aquel entonces la Administración se limitó a dictar reglas de policía administrativa¹⁹. Pasado el tiempo, el mecanismo institucional de suministro eléctrico pasó a ser la concesión hidráulica²⁰. A principios del siglo pasado, la técnica empleada para el

¹⁷ Al respecto de tal proceso puede verse, entre otros, a BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (2009): “Electricidad, servicio público y mercado”, Tratado de Regulación del Sector Eléctrico, Tomo I, Aspectos Jurídicos, Pamplona, Aranzadi, pág. 87 y ss.; o VV.AA. (2007): *Electra y el Estado*, Pamplona, Aranzadi, que contiene un estudio histórico muy minucioso.

¹⁸ En 1875 se instaló en Barcelona la primera central eléctrica [NEBREDA PÉREZ, Joaquín (2003): *Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas*, Madrid, Civitas, págs. 49 y ss.]. En 1881 se fundó la *Sociedad Española de Electricidad*, primera empresa de suministro [VV.AA. (2007): 65]. Las primeras fábricas de gas se construyeron en Barcelona a mediados del siglo XIX, fundándose en 1854 *La propagadora del Gas* [DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo (1995): *El servicio público de gas*, Madrid, Marcial Pons, págs. 27 y 30].

¹⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar y LÓPEZ DE CASTRO, Lucía (1998): *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Madrid, Montecorvo; DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo (1995): 27.

²⁰ VV.AA. (2007): 89, y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2005): “UNESA vista desde una perspectiva personal”, *El sector eléctrico a través de UNESA (1944-2004)*, Madrid, UNESA, pág. 18.

alumbrado por gas era el contrato administrativo entre municipios y compañías gasistas²¹.

La inflación causada por la primera guerra mundial motivó el control de las tarifas eléctricas y la aprobación de normas que garantizaran la regularidad del suministro²². La guerra también causó dificultades en las empresas de suministro de gas, lo que unido al creciente intervencionismo, dio lugar a municipalizaciones o incautaciones²³. De ese modo, se fue definiendo el concepto de servicio público.

Dicha técnica de servicio público se consolidó mediante el Real Decreto de 12 de abril de 1924. El mismo declaró formalmente como servicios públicos los suministros de electricidad y gas (también el de agua), correspondiendo a la Administración su reglamentación (art. 1º)²⁴. Las compañías tenían obligación de suministrar a los consumidores que lo solicitasen (art. 2º), al precio fijado por la Administración, sin superarse las tarifas máximas de las concesiones, cuando existiesen (art. 3º). La elevación de los precios exigía renegociar las concesiones²⁵. El Real Decreto-ley de 28 de junio de 1927 creó el monopolio del petróleo, cuya administración se adjudicó a la Compañía Arrendataria (más tarde, CAMPSA)²⁶.

El desarrollo del sistema eléctrico en sus primeras décadas se caracterizó por la falta de planificación de conjunto²⁷. Y la guerra civil determinó la crisis de ese sistema tan elemental que, sin embargo, no llegó a nacionalizarse²⁸. La guerra también causó dificultades para el suministro de gas²⁹. Pasado el tiempo se trató de solventar tales inconvenientes dando unidad al sistema energético. Con el Decreto de 12 de enero de 1951 se pasó del sistema de concesiones individuales para el suministro eléctrico a un sistema general unitario y se fijaron tarifas unifor-

²¹ DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo (1995): 44-47.

²² VV.AA. (2007): 92.

²³ DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo (1995): 50.

²⁴ Real Decreto de 12 de abril de 1924 (Gazeta de Madrid, núm. 106, de 15 de abril de 1924).

²⁵ VV.AA. (2007): 94. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2005): 17, considera el sistema de este Decreto demasiado simple e ineficiente.

²⁶ La adjudicación puede consultarse en la Gazeta de Madrid, núm. 293, de 20 de octubre de 1927 (rectificado al día siguiente).

²⁷ VV.AA. (2007): 96.

²⁸ NEBREDÁ PÉREZ, Joaquín (2003): 58; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2005): 19; o DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (2006), 321, nota 22.

²⁹ DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo (2005): 60.

mes en todo el Estado (“tarifas tope unificadas”)³⁰. A tal Decreto le sucedieron la Orden de 23 de diciembre de 1972 y diversos Planes Eléctricos que precedieron al Marco Legal Estable³¹. En cuanto al sector gasista, el Decreto de 27 de enero de 1956 (Reglamento de suministro), que estatalizó el suministro al exigir concesión otorgada por el Ministerio de Industria (art. 6), estuvo vigente hasta el Reglamento de 1973, primer intento de proporcionar una regulación unitaria al servicio público de suministro de gas³².

b) Ingreso en la CEE y progresiva liberalización

En los momentos previos al ingreso en la entonces Comunidad Económica Europea (CEE), el sector energético mantenía la técnica del servicio público con reserva a favor del Estado de ciertas actividades. Así, la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, mantuvo dicha técnica de servicio público para la explotación unificada del sistema mediante redes de alta tensión, a través de la sociedad estatal Red Eléctrica de España (artículo primero)³³. Con respecto a los combustibles gaseosos, la Ley 10/1987, de 15 de junio, citada, configuró el sector como servicio público con reserva a favor del Estado de la actividad (artículo primero)³⁴.

En 1986 España ingresó en la CEE e inició el proceso liberalizador dirigido a la creación de un mercado único de la energía. Ello puso en cuestión la posición y significado de los viejos servicios públicos³⁵. El Acta Única sirvió de base a las primeras Directivas liberalizadoras del mercado energético³⁶.

³⁰ Decreto de 12 de enero de 1951 sobre ordenación en la distribución de energía eléctrica y establecimiento de tarifas de aplicación. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2005): 20.

³¹ Vid. El sector eléctrico a través de UNESA (1944-2004), pág. 119, o RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA (2008): El Marco Legal Estable. Economía del Sector Eléctrico Español 1988-1997, Madrid, Red Eléctrica de España, págs. 9-11.

³² DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo (2005): 62.

³³ Puede ampliarse esta información en VV.AA. (2005): El libro de los veinte años, Madrid, Red Eléctrica de España. SERRANO GONZÁLEZ, Marina (2006): 381 recuerda que la red se concibió como nexo de unión entre las distintas zonas eléctricas en las que históricamente se había basado España, de forma que con ello se sentaron los elementos del sistema español moderno, al separarse el transporte como actividad articuladora del sistema eléctrico.

³⁴ En opinión de DEL GUAYO (2005): 73 ello no supuso una nacionalización porque no cambió la titularidad de los medios de producción.

³⁵ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1999): “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, Revista de Administración Pública 150, pág. 59.

³⁶ En 1990 se aprobó la Directiva 1990/377/CEE, de 29 de junio, sobre transparencia de precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y electricidad. Las Directivas

Tales previsiones debieron incorporarse a nuestro ordenamiento. Así, la LO-SEN (1994) dio los primeros pasos liberalizadores, aunque mantuvo la técnica del servicio público, a través de un sistema integrado y la explotación unificada por el Estado (art. 31 y disposición transitoria quinta)³⁷. La Ley también previó un sistema independiente, más liberalizado, en línea con la tendencia comunitaria, en el cual las condiciones se pactaban libremente (arts. 2.1, 1.3 y 42.2)³⁸. Otros elementos liberalizadores fueron la separación de actividades de producción y distribución (art. 14), o el derecho de acceso a las redes (art. 37 y 41).

c) El primer regulador: la CSEN

Un sistema liberalizado exigía la presencia de un regulador que asegurase la transición al mercado. La CSEN, regulador del Sistema, se creó para velar por la objetividad y transparencia del funcionamiento del mismo, como entidad de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena capacidad de obrar, sujeta a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el ejercicio de potestades públicas y al derecho privado en el resto de su actividad.

La CSEN estaba adscrita al Ministerio de Industria y Energía, que ejercía el control de eficacia sobre su actividad. Se regía por un Consejo de Administración, compuesto por un Presidente y seis Vocales, nombrados entre personas de reconocida competencia técnica y profesional por Real Decreto del Gobierno, a propuesta del Ministro, previa comparecencia del mismo y debate en la Comisión competente del Congreso, para constatar el cumplimiento por parte de los candidatos de

1990/547/CEE y 1991/296/CEE se refirieron al tránsito de electricidad y gas, respectivamente, por las grandes redes. La Directiva 94/22/CE se refirió a la no discriminación en la prospección, exploración y producción de productos petrolíferos. Esta última Directiva determinó la progresiva liberalización del sector petrolero español hasta la Ley 15/1992, de 5 de junio, que extinguió el monopolio de petróleos y autorizó la segregación de activos comerciales de CAMPSA (estaciones de servicio, etc.) a favor de sus socios REPSOL, PETRONOR, CEPSA y BP (Vid. www.clh.es, apartado "Historia").

³⁷ El sistema integrado, dada su calificación de servicio público, garantizaba el suministro a los usuarios (art. 11), suponía la planificación, la explotación unificada de todos los elementos de producción y transporte, la integración económica de la energía y la aplicación de una tarifa única para cada tipo de consumo. La CSEN liquidaba la energía y determinaba el importe correspondiente a cada sujeto del sistema integrado (art. 11). Las actividades se retribuían con cargo a las tarifas satisfechas por los usuarios (art. 15.2).

³⁸ La Exposición de motivos señala la necesidad de "*adoptar elementos dinamizadores basados en los más eficaces principios de competencia*". Puede consultarse a ÁLVAREZ VALDÉS Y VALDÉS, Manuel (1996): "La Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional vista por un jurista", Diario La Ley, Ref. D-93, Tomo 2.

sus condiciones de idoneidad. El mandato de los miembros del Consejo era de cinco años, renovable por un período de la misma duración. Entre las causas de cese estaba el acordado por el Gobierno, a propuesta motivada del Ministro.

Como órgano de asesoramiento se constituyó un Consejo Consultivo, con un máximo de treinta miembros (art. 7).

La CSEN tenía funciones consultivas, de propuesta o informe en distintos aspectos (elaboración de disposiciones, planificación, tarifas, etc.), sobre aprobación de normas relativas al transporte y a la explotación unificada, de liquidación, de inspección, arbitrales, de determinación de responsabilidades por deficiencias y de propuesta de incoación de procedimientos sancionadores, además de velar por la ausencia de prácticas restrictivas de la competencia o abusivas (art. 8). Sus decisiones eran susceptibles de recurso ordinario ante el Ministro de Industria y Energía. Por razones de interés general, el Gobierno, a propuesta del Ministro de Industria y Energía, podía acordar la suspensión de la aplicación de decisiones de la CSEN, mediante resolución motivada y publicada en el BOE.

Como puede observarse, las potestades de este primer regulador eran modestas y su independencia mejorable. Así, los miembros del Consejo tenían mandatos renovables, el Gobierno podía acordar su cese con cierta libertad, sus decisiones eran susceptibles de recurso administrativo y el Gobierno podía acordar la suspensión de decisiones de dicha Comisión, entre otras cuestiones³⁹.

2. El regulador del sector eléctrico nacional: Ley 54/1997 y la CNSE

El paso a la moderna noción de SIEG se produjo con la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, la cual creó la CNSE. Con ello adelantó el camino liberalizador que seguiría la citada Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos⁴⁰.

a) La Ley 54/1997 y el comienzo de la regulación

La Directiva 96/92/CE estableció normas relativas a la gestión de las actividades, la organización y funcionamiento del sector y definió los calendarios de

³⁹ La renovación impide la independencia porque puede dar lugar a presiones en momentos próximos a la misma [FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel Ángel (2000): *La Competencia*, Madrid, Alianza Editorial, pág. 127].

⁴⁰ La Ley 34/1998, cuyo análisis dejamos para el apartado siguiente, derogó la citada Ley 10/1987, de 15 de mayo.

apertura mínima y progresiva de los mercados. En trasposición de tal Directiva, la Ley 54/1997 incorporó la noción de “servicio esencial” (art. 2), que vendría a equivaler a la de SIEG, en sustitución del tradicional servicio público. Se ha dicho que ello no supone el abandono de los logros sociales del servicio público, en vista de las obligaciones que se imponen a los operadores y de la garantía del suministro que el sistema exige⁴¹. Así pues, con esa Ley se pasó de la declaración expresa de servicio público a la regulación, que admite la libre concurrencia aunque exige obligaciones de servicio público que garantizan la efectividad, continuidad y calidad de las prestaciones⁴².

Las líneas maestras de dicha Ley 54/1997 no difieren en exceso del régimen de la vigente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico⁴³. Como ahora, la Ley anterior consideró la producción de electricidad una actividad desarrollada en régimen de libre competencia en el mercado de producción (art. 11.1). Los comercializadores podían suministrar a los consumidores cualificados en condiciones libremente pactadas⁴⁴. El operador del mercado (antes OMEL) asumía la gestión del sistema de ofertas de compra y venta de energía eléctrica en el mercado diario de energía eléctrica (art. 33). A diferencia de las anteriores actividades, la operación del sistema, el transporte y la distribución se calificaron como reguladas (art. 11.2)⁴⁵. La seguridad del suministro se garantizaba mediante el derecho de acceso a las redes de transporte y de distribución (art. 2.2, 16, 38 y 42 de la Ley 54/1997).

⁴¹ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1999): 71. FERNÁNDEZ GARCÍA, M^a. Yolanda (2004): “Las obligaciones especiales de los operadores de los servicios esenciales económicos”, *Revista de Administración Pública* 163, pág. 127, sistematiza tales obligaciones de servicio público.

⁴² FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1999): 71. También puede verse a SOSA WAGNER, Francisco (2004): “Servicio público y papel de la nueva Administración y sus entes reguladores”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* 7, pág. 131.

⁴³ La Ley 24/2013 pone el acento en el control del déficit de las actividades reguladas, más que en la liberalización (en particular, título VII, sobre “Sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico”). Sobre el déficit, cuyo importe supera los 26.000 millones de euros, citamos, por todos, a LAVILLA RUBIRA, Juan José (2009): “El déficit tarifario en el sector eléctrico”, *Derecho de la regulación económica*, III. Sector Energético, Tomo II, Madrid, Iustel, págs. 859 y ss.

⁴⁴ En 2009, con el tránsito del suministro a tarifa integral por los distribuidores al suministro de último recurso, el suministro pasó en exclusiva a los comercializadores. Pese a la liberalización del suministro, los consumidores de último recurso siguieron pagando un precio fijado por el Gobierno (art. 44.2 de la Ley 54/1997 en redacción por la Ley 17/2007).

⁴⁵ Con la Ley 54/1997 desapareció el carácter público de Red Eléctrica de España, aunque en la práctica, el Estado sigue reservando a esta sociedad, pese a su carácter privado y ausencia de título concesional, funciones cuasi públicas, como la operación del sistema [BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (2007a): pág. 33].

b) El paso a la CNSE

De la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional se pasó a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, en terminología más acorde con el Derecho comunitario. Dicha Comisión se configuró en términos semejantes a su predecesora. Como ella, estaba adscrita al Ministerio de Industria y Energía, el cual ejercía el control de eficacia sobre su actividad. El número de miembros del Consejo de Administración se aumentó a nueve. Tales miembros eran nombrados por un período de seis años, renovable. El Ministro, el Secretario de Estado, o alto cargo del Ministerio en quien delegasen, podían asistir a las reuniones del Consejo de Administración, con voz pero sin voto, cuando lo juzgasen preciso. Entre las causas de cese se mantuvo el acordado por el Gobierno, a propuesta motivada del Ministro. El número de miembros del Consejo Consultivo aumentó en cuatro (hasta los treinta y cuatro).

Muchas funciones del regulador se mantuvieron (consultivas, de propuesta o informe, inspectoras, arbitrales, etc.). Aunque otras se establecieron de forma novedosa, y entre ellas, las de dictar, previa habilitación, circulares de desarrollo y ejecución normativa, realizar en exclusiva la liquidación de los costes regulados (sin compartir tal función con la empresa gestora de la explotación unificada del sistema), realizar la instrucción de expedientes sancionadores competencia del Estado, resolver conflictos de acceso o de gestión económica y técnica, autorizar tomas de participación por sociedades que realicen actividades reguladas (la llamada función decimocuarta) o la de emitir informe preceptivo sobre operaciones de concentración.

Contra las resoluciones de la CNSE procedía recurso ordinario ante el Ministro, a excepción de la autorización de tomas de participación (función decimocuarta) y de las circulares de requerimiento de información, que ponían fin a la vía administrativa.

Como puede observarse, en la CNSE seguían presentes ciertos elementos que impedían la completa independencia del regulador (control ministerial de eficacia, posibilidad de asistencia de altos cargos ministeriales a las sesiones del Consejo, cese de miembros del Consejo acordado por el Gobierno, mandatos renovables y recurso administrativo de alzada contra sus decisiones, con carácter general).

3. Progresiva madurez del regulador: Ley 34/1998 y la CNE

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, creó la CNE, precedente inmediato de la CNMC. Por primera vez las funciones del regulador se extendían a todo el ámbito energético.

La Ley 34/1998 mantuvo el pulso liberalizador. Sin ánimo de ser exhaustivos, reconoce el derecho de acceso, declara libres los precios de los productos derivados del petróleo y permite a los consumidores de gas natural la contratación con comercializadoras a mercado libre, al margen de las tarifas reguladas por el Gobierno.

Aunque se trataba de una norma relativa al sector de hidrocarburos, la misma contenía el régimen jurídico esencial del regulador energético del momento: la CNE (disposición adicional undécima). La CNE mantuvo la configuración de sus antecesoras como entidad de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios y plena capacidad de obrar. Además de por la Ley 34/1998 (en particular, disposición adicional undécima), se regulaba por su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio⁴⁶.

Según la citada disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, la CNE tenía por objeto “*velar por la competencia efectiva [en los sectores energéticos]... y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores*”. La misma disposición adicional establecía la mayoría de sus funciones. En un principio, la CNE mantuvo las funciones de la anterior CNSE (además de las específicas para los sectores de electricidad y gas, autorización en tomas de participación, emisión de circulares, funciones inspectoras, de instrucción de procedimientos sancionadores, etc.)⁴⁷.

Las Directivas 2003/54/CE y 2003/55/CE, sobre normas comunes para los mercados interiores de la electricidad y del gas, junto a nuevas pretensiones liberalizadoras, exigieron independencia de los reguladores respecto de los intereses del sector, no así del poder político. Y, por aquel entonces, la CNE mantenía rasgos de dependencia del Gobierno: los miembros del Consejo eran nombrados por el Gobierno y sus mandatos eran renovables (aunque de duración superior a la del Gobierno, para evitar la sincronía con el mandato de este último)⁴⁸. Ade-

⁴⁶ También le era aplicable la Ley 30/1992 en el ejercicio de potestades públicas y, supletoriamente, la Ley 6/1997, de 14 de abril (LOFAGE), así como por otras normas de derecho público, como la Ley General Presupuestaria (disposición adicional décima de la LOFAGE).

⁴⁷ ORTEGA MARTÍN, Eduardo (2000): “Energía Eléctrica y Energía Nuclear”, Cuadernos de Derecho Judicial, XII, pág. 102, consideraba que la configuración de la CNE a la fecha de elaboración de su trabajo no permitía considerarla un verdadero regulador, en vista de lo modestas que eran sus funciones.

⁴⁸ Sólo en el Consejo de Seguridad Nuclear existía un cierto derecho de veto por el Congreso [MAGIDE HERRERO, Mariano (2004): “Las garantías de la independencia de los organismos de supervisión”, Estudios de Derecho Nuclear, Diciembre, pág. 42, nota 7]. Tal veto existe ahora para la CNMC, como veremos.

más, el Ministerio ejercía un control de eficacia sobre la CNE y la mayoría de sus decisiones eran recurribles en alzada.

Las Leyes 12/2007 y 17/2007, ambas de 4 de julio, referidas respectivamente a los sectores del gas y la electricidad, insistieron en la liberalización, en transposición de las Directivas de 2003. Además, incorporaron nuevas funciones del regulador (arts. 3.4 y 3.5 de las Leyes 34/1998 y 54/1997, respectivamente) consistentes en la supervisión de aspectos tales como: la gestión y asignación de capacidad de interconexión, los mecanismos destinados a solventar la congestión de la capacidad en las redes, la separación de cuentas, el nivel de transparencia y de competencia, el cumplimiento de la normativa y procedimientos sobre cambios de suministrador, etc.

En 2007 la Comisión Europea se planteó la reforma del sector energético en vista de la ausencia de verdadera competencia⁴⁹. A tal fin impulsó el llamado “Tercer Paquete Legislativo” que supuso la aprobación de las Directivas 2009/72/CE (mercado eléctrico) y 2009/73/CE (mercado gasista), además de tres reglamentos comunitarios, uno de ellos el n° 713/2009, que creó la Agencia para la cooperación de los reguladores de la energía (ACER). Uno de los objetivos del nuevo paquete normativo fue dotar de independencia a los reguladores con respecto del poder político, así como de obligaciones y competencias reforzadas.

La completa transposición de las exigencias europeas se llevó a cabo a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, y del Real Decreto-ley 13/2012⁵⁰.

La Ley 2/2011 declaró formalmente la independencia del regulador respecto del Gobierno y la Administración, mediante la independencia orgánica y funcional de cualquier otra entidad. También declaró la independencia de su personal y gestores respecto de cualquier interés comercial, sin que pudiesen pedir ni aceptar instrucciones directas de ningún Gobierno ni ninguna otra entidad pú-

⁴⁹ Véase la “Investigación de conformidad con el art. 17 del Reglamento (CE) n° 1/2003 en los sectores europeos del gas y la electricidad” (o *Sector Inquiry*). CHAUVE, Philippe y GODFRIED, Martin (2007): “Modelling competitive electricity markets: are consumers paying for a lack of competition?”, *Competition Policy Newsletter* 2, pág. 18, coincidían en tal diagnóstico.

⁵⁰ Preferimos llevar a pie de página su largo título: Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

blica o privada en el ejercicio de sus funciones. La toma de decisiones del regulador se haría de forma autónoma, con independencia de cualquier órgano político, y el organismo dispondría de autonomía en la ejecución del presupuesto, así como recursos humanos y financieros adecuados. El mandato de los miembros del Consejo se estableció como fijo y no renovable. Las decisiones del regulador debían estar motivadas y ponerse a disposición del público. La Ley, algo esencial, suprimió el recurso de alzada en vía administrativa. También suprimió la posible asistencia del Ministro o de otros altos cargos de la Administración a las reuniones del Consejo del regulador.

El Real Decreto-ley 13/2012 añadió numerosos objetivos y funciones a la CNE. Entre tales objetivos figuraba la promoción, en colaboración con ACER, otros reguladores y la Comisión Europea, de un mercado interior competitivo, seguro y sostenible desde el punto de vista del medio ambiente, así como el desarrollo de mercados regionales. Entre las nuevas funciones figuraba la aprobación de la metodología para la determinación de peajes y cánones, la supervisión de los mercados mayorista y minorista, la protección de consumidores, la supervisión del nivel de transparencia y competencia del mercado, así como del grado y la efectividad de la apertura del mismo o la certificación de gestores de redes, entre otras. Junto a lo anterior, se reconoció al regulador potestad sancionadora resolutoria en incumplimientos relativos a funciones asignadas al mismo.

Así pues, la definitiva madurez del regulador energético tuvo lugar con la trasposición a nuestro ordenamiento del Tercer Paquete de la UE, que supuso mayor independencia y poderes reforzados.

IV. LA CNMC

Este apartado se dedica monográficamente a la CNMC en su faceta de regulador energético. Tras un primer apartado general (1) sobre la integración de los reguladores con la autoridad de competencia, se analizan: (2) la naturaleza, régimen jurídico, organización, (3) funciones y (4) los instrumentos para el cumplimiento de los fines asignados al nuevo organismo.

1. Integración de la autoridad de competencia con los reguladores sectoriales

La CNMC aúna organismos –reguladores sectoriales y autoridad de competencia– cuyas funciones y atribuciones no son del todo coincidentes. Así, los reguladores sectoriales suelen regular su sector y complementar la aplicación del derecho de la competencia con un enfoque preventivo, evitando abusos antes de que se

produzcan (sin perjuicio de sus facultades sancionadoras). En cambio, la autoridad de competencia actúa de forma horizontal, en todos los sectores, adoptando medidas generalmente a posteriori, la mayoría de las veces de tipo sancionador⁵¹. Por eso se suele decir que los reguladores establecen obligaciones *ex ante*, mientras las autoridades de competencia utilizan, sobre todo, un enfoque sancionador (*ex post*)⁵².

Tales consideraciones suscitaron dudas sobre la integración incluso en alguno de los organismos que fueron objeto de la misma⁵³. Frente a ello, la exposición de motivos de la Ley 3/2013 señala tres motivos que la justifican: la excesiva proliferación de organismos con facultades de supervisión sobre la misma actividad, lo que conlleva el riesgo de duplicidades innecesarias y decisiones contradictorias⁵⁴; motivos de austeridad y de aprovechamiento de economías de escala; así como la transformación de los sectores de modo que obliga a una visión integrada de los mismos con la autoridad de competencia, tendencia apreciada tanto internacionalmente como en países del nuestro entorno⁵⁵.

⁵¹ COMISIÓN EUROPEA (2003): Libro Verde sobre los SIG [COM(2003) 270 final]; y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2006): “Comentario al artículo 19 del Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia 241, pág. 109.

⁵² Por ejemplo, CUBERO MARCOS, José Ignacio (2011): “Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades”, Revista de Administración Pública 184, págs. 121-156. Entre la doctrina han cuestionado que el derecho de la competencia permita diseñar el funcionamiento de un sector liberalizado ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2006), o SÁNCHEZ GRAELLS, Albert (2006): “La intervención del Gobierno en el control de concentraciones económicas”, Serie Política de la Competencia 21/2006, Madrid, CEU Ediciones, pág. 17.

⁵³ El informe de la CMT sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2012/398, 15 de marzo de 2012) señaló, en vista del origen monopolístico del mercado de telecomunicaciones, que “*la regulación sectorial se aplica a estructuras de mercado insatisfactorias, mientras que la defensa de la competencia aborda, en general, comportamientos insatisfactorios de las empresas en mercados competitivos*”. Por tal motivo, concluía “*la distinta naturaleza de los organismos reguladores, por un lado, y de las autoridades horizontales de competencia, por otro, no abogan a favor de la integración de las ANRs [autoridades reguladoras nacionales, según su acrónimo en inglés] y la autoridad de competencia bajo un único organismo*”.

⁵⁴ La contradicción más notoria se refirió a la campaña publicitaria de Telefónica “Planes claros”. Consistía en descuentos con los que Telefónica perseguía, a juicio de un competidor, obstaculizar su acceso al mercado. Aunque la CMT avaló la campaña, el TDC llegó a distinta conclusión y multó al operador con 8,4 millones de euros. La multa se anuló finalmente por sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (casación núm. 9174/2003). Para más detalle, BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (2007b): “La coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los reguladores sectoriales en la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, Revista de Administración Pública 174, págs. 401-406.

⁵⁵ ARIÑO Gaspar y DE LA CUÉTARA, Juan Miguel (2012): “Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión”, Working paper 42 (www.ariñoivillar.com),

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley 3/2013 tiene en cuenta las objeciones realizadas al modelo integrador mediante una arquitectura institucional que distingue dos salas dentro del regulador (de Supervisión regulatoria y de Competencia). A ello se une la exigencia de informes cruzados entre salas en asuntos con intereses concurrentes en materia de regulación sectorial y defensa de la competencia, lo que recuerda al anterior informe de la CNC en determinadas decisiones de los reguladores (art. 17 de la Ley 15/2007)⁵⁶.

Tales cuestiones se analizan con más detalle, junto a la naturaleza y régimen jurídico del nuevo regulador, en el apartado siguiente⁵⁷.

2. Naturaleza, régimen jurídico, organización y funcionamiento

Como se viene diciendo, la CNMC integra al anterior regulador energético (entre otros sectoriales) con la CNC⁵⁸. Su objeto es garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios (art. 1.2 de la Ley 3/2013). En cumplimiento de las exigencias del Derecho de la UE, el Estatuto Orgánico de la CNMC declara formalmente su condición de Autoridad Reguladora Nacional de los sectores de electricidad y gas natural (art. 4)⁵⁹.

cuestionan esa tendencia al afirmar que existe integración en Reino Unido, Alemania y Holanda, y sólo en el caso de este último país la integración comprende a la autoridad de competencia.

⁵⁶ Antes de la CNMC, además de un deber general de cooperación e intercambio de información entre reguladores y autoridad de competencia, estaba previsto que la CNC emitiese informe en circulares, instrucciones o decisiones de los reguladores que pudieran incidir en la competencia, junto a cierta coordinación en conductas anticompetitivas (antigua función séptima de la anterior CNE en la Ley 34/1998). Vid. sobre estas obligaciones LÓPEZ DE CASTRO, Lucía y ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2001): Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones control de empresas y poder político, Granada, Comares, pág. 303, o ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2006): 111 y 112.

⁵⁷ Cuando hablemos de regulador a partir de ahora, nos estaremos refiriendo a la CNMC. Coincidimos con ARIÑO y DE LA CUÉTARA (2012: 17) en que regular es más que supervisar, y la CNMC dispone de facultades de regulación, en particular en el sector energético. En cambio, LAGUNA DE PAZ considera que los reguladores realizan funciones supervisoras y ejecutivas, correspondiendo la regulación al legislador y al Gobierno [LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2011): "Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación", Revista de Administración Pública 185, págs. 89-112].

⁵⁸ La CNMC entró en funcionamiento el 7 de octubre de 2013 (Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, dictada en desarrollo de la disposición adicional primera de la Ley 3/2013).

⁵⁹ Arts. 35.1 y 39.1 de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE, respectivamente ("Cada Estado miembro designará una única autoridad reguladora nacional a escala nacional").

La CNMC se configura, al igual que los anteriores reguladores energéticos desde la CSEN, como organismo de la disposición adicional décima de la LOFAGE (art. 1.1 de la Ley 3/2013). También como dichos reguladores energéticos previos, tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada.

La Ley 3/2013 establece su “*autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes de mercado*” (art. 2.1), de igual modo que el antiguo artículo 8.3 de la Ley de Economía Sostenible, aunque con el añadido ahora del Gobierno entre los órganos respecto de los cuales se afirma la independencia de la CNMC. La Ley aclara que la CNMC actuará en el ejercicio de su actividad y para el cumplimiento de sus fines “*con independencia de cualquier interés empresarial o comercial*”. Y añade que, sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección de la política general del Gobierno a través de su capacidad normativa, ni el personal ni sus miembros “*podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada*” (art. 3). Tal redacción, ya prevista en la Ley de Economía Sostenible (art. 9.2), procede del Derecho de la UE [por ejemplo, art. 35.4.b.ii) de la Directiva 2009/72/CE]. Junto a lo anterior, se declara el sometimiento de la CNMC al control parlamentario y judicial (art. 2.1).

La CNMC “*está adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad*”, sin perjuicio de su relación con otros Ministerios por razón del ejercicio de sus funciones (art. 2.4). En este punto parecía más adecuada la Ley de Economía Sostenible, que hablaba, no de “adscripción”, sino de “relación” con el Ministerio correspondiente⁶⁰. La adscripción suele venir asociada a cierta dependencia jerárquica⁶¹. Naturalmente la independencia del regulador es la única interpretación posible, al margen de los términos empleados.

La CNMC se rige por la Ley 3/2013, por su Estatuto Orgánico y por la legislación especial de los mercados y sectores energéticos, en cuanto regulador energético. Supletoriamente le resulta aplicable la Ley 30/1992, la LOFAGE, la Ley General Presupuestaria y el resto del ordenamiento (art. 2.2 Ley 3/2013)⁶².

⁶⁰ Art. 9.3 de la citada Ley: “*A los efectos de lo previsto en esta Ley, la Comisión Nacional de Energía... se relacionarán con el titular del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio...*”

⁶¹ Por ejemplo, art. 9.1 LOFAGE: “*En los Ministerios pueden existir Secretarías de Estado... De ellas dependerán jerárquicamente los órganos directivos que se les adscriban*”. O artículo 14, cuando señala que los Secretarios de Estado supervisan la actividad de los órganos directivos adscritos e imparten instrucciones a sus titulares.

⁶² Además del Estatuto Orgánico, la CNMC ha aprobado un Reglamento de Régimen interior (www.cnmc.es, apartados ‘Sobre la CNMC/Normativa’).

La sede principal de la CNMC está en Madrid, sin perjuicio de que puedan verse otras. Esto último se refiere, como es sabido, a la sede en Barcelona de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, herencia de la antigua CMT (disposición adicional decimoctava de la Ley 3/2013, así como disposición adicional tercera, 2, del Estatuto Orgánico).

El Consejo es el órgano colegiado de decisión. Está formado por diez miembros, entre ellos el Presidente y el Vicepresidente. Tales miembros se nombran por Real Decreto del Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad. El nombramiento se realiza entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional, previa comparecencia ante la Comisión correspondiente del Congreso, que tendrá derecho a veto por mayoría absoluta en el plazo de un mes. A las reuniones del Consejo no podrán asistir miembros del Gobierno ni otros altos cargos (ya era así desde la Ley de Economía Sostenible). El mandato de los miembros del Consejo será de seis años sin posibilidad de reelección. Las causas del cese son tasadas, incluida la separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de los deberes del cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés o deber de reserva.

Como se dijo, el diseño del organismo pretende compensar la compleja integración de reguladores sectoriales y autoridad de competencia. A tal fin se prevé que el Consejo, órgano de gobierno junto al Presidente, pueda actuar en pleno o en salas separadas para asuntos de competencia y de sectores regulados, siendo este último el funcionamiento habitual (art. 18)⁶³. Además, las salas deberán emitir informe preceptivo en asuntos que afecten a la competencia o a los sectores regulados, respectivamente (art. 21.2). En materia energética, la Sala de Supervisión regulatoria solicitará informe de la Sala de Competencia en los informes sobre elaboración de normas que afecten a su sector; en el ejercicio de la potestad sancionadora, en ciertas funciones relacionadas con la competencia en el sector; en conflictos de acceso y en el informe relativo a la toma de participaciones en el sector energético (art. 14 del Estatuto Orgánico)⁶⁴.

⁶³ El pleno conocerá, en esencia, de asuntos indelegables con arreglo a la Ley 3/2013, de aquellos en los que se manifieste una divergencia de criterio entre las salas y de los que tengan especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades (art. 21 de la Ley 3/2013).

⁶⁴ Las funciones relacionadas con la competencia a las que nos referimos tienen que ver con la garantía de la transparencia y competencia del sector, el grado de apertura del mercado, las medidas adoptadas por los distribuidores para garantizar la exclusión de discriminación, la determinación de operadores principales y dominantes, así como la tramitación de expedientes de exención de acceso a instalaciones gasistas (apartados 14, 15, 19, 21 y 30 del art. 7 de la Ley 3/2013), además de los expedientes de certificación de separación de actividades.

Son órganos de dirección de la CNMC las direcciones de instrucción, cuya denominación y ámbito de actuación vienen a identificarse con la función de defensa de la competencia y con los sectores anteriormente regulados por los organismos objeto de integración (Competencia; Telecomunicaciones y Sector Audiovisual; Energía; Transportes y Sector Postal). Tales direcciones realizan funciones de instrucción con independencia del Consejo (art. 25.2 de la Ley 3/2013).

Además de los anteriores, tienen la consideración de personal directivo el Secretario del Consejo y cargos del regulador (art. 36.2 del Estatuto Orgánico)⁶⁵.

El resto del personal será funcionario o laboral, de acuerdo con lo que se disponga reglamentariamente (art. 31.1 de la Ley 3/2013). A tenor del Estatuto Orgánico, se observa una tendencia a la funcionarización del organismo⁶⁶. El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas deberá aprobar una relación de puestos de trabajo en la que constarán los puestos que deban ser desempeñados en exclusiva por funcionarios⁶⁷.

La Ley incide en la transparencia. El Presidente, Vicepresidente, Consejeros, directivos y empleados que hayan prestado servicios en el mercado regulado deben notificar al Consejo dicha circunstancia (art. 24). Todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes de la CNMC serán públicos (art. 37). El control parlamentario se efectuará mediante comparecencia anual del Presidente ante la Comisión correspondiente del Congreso (art. 39 de la Ley).

Los actos y resoluciones del Presidente y del Consejo ponen fin a la vía administrativa, de modo que no son susceptibles de recurso de reposición. En cambio, contra los actos de otros órganos distintos de los anteriores, procederá recurso administrativo en los términos de la Ley 30/1992. El caso más habitual se-

⁶⁵ El personal directivo será funcionario de carrera del subgrupo A1 aunque, con carácter excepcional, se podrán cubrir dichos puestos en régimen laboral mediante contratos de alta dirección, siempre que no tengan atribuido el ejercicio de potestades o funciones públicas (art. 31.5 Ley 3/2013).

⁶⁶ Los puestos que supongan el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de intereses generales del Estado serán desempeñados por funcionarios. El resto “*serán desempeñados con carácter general, por personal funcionario*” [art. 37.b) de la Ley].

⁶⁷ Téngase en cuenta que, a tenor de la disposición transitoria sexta de la Ley, el personal laboral fijo de los organismos públicos extintos que viniese ocupando puestos con funciones que deban ser desempeñadas por funcionarios, podrá seguir ocupando dichos puestos, hasta que los mismos queden vacantes, en cuyo caso se ajustarán a los criterios de la Ley sobre personal.

rá el recurso de alzada frente a las decisiones de los Directores de Instrucción, los cuales se resolverán por la sala competente por razón de la materia.

Así pues, a fin de satisfacer las exigencias comunitarias de independencia, a las declaraciones en tal sentido y logros anteriores (prohibición de asistencia a las reuniones del Consejo de miembros del Gobierno; mandato no renovable, etc.), se añade ahora el derecho de veto del Congreso.

3. Funciones

En este apartado sobre funciones distinguiremos: a) las asignadas a la CNMC; de b) las previstas para la antigua CNE que pasarán al Ministerio de Industria, Energía y Turismo (o MINETUR).

A) Funciones de la CNMC en el ámbito energético

Las funciones de la CNMC en el ámbito energético están previstas, en esencia, en los artículos 5, 7 y 12 de la Ley 3/2013. También debe tenerse en cuenta el apartado sexto de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998 (vigente a tenor de la disposición derogatoria de la Ley 24/2013). A efectos expositivos vamos a distinguir varios bloques de funciones, sin ánimo exhaustivo, proporcionando un esbozo de cada uno de ellos⁶⁸:

- Metodología para la fijación de peajes: Es una importante función referida a la determinación de la metodología para el cálculo de los peajes de acceso a las instalaciones eléctricas y gasistas (en lo relativo al coste de las redes)⁶⁹.
- Funciones relativas a la competencia en el sector: Las hemos citado antes. Son las que requieren informe de la Sala de Competencia (garantizar la transparencia y competencia en el sector, etc.)⁷⁰.

⁶⁸ En vista de que muchas de tales funciones venían reconocidas a la anterior CNE, y las ahora previstas son numerosas (36 sólo en el art. 7), no podemos realizar un examen pormenorizado de las mismas: ello excedería las pretensiones de este trabajo. Nos ocupamos sólo de funciones novedosas o con mayor interés desde el punto de vista jurídico.

⁶⁹ Así pues, en el sector eléctrico, tal función se ajusta ya al art. 16 de la Ley 24/2013, que distingue entre peajes (coste de las redes) y otros costes regulados (cargos), cuya metodología debe aprobar el Gobierno. Esta función ya venía prevista desde el Real Decreto-ley 13/2012.

⁷⁰ Algunas estaban ya previstas en la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998 (función trigésimo primera de las previstas en dicha disposición adicional).

- Protección del consumidor: La Ley 3/2013 mantiene algunas funciones del regulador sobre supervisión del mercado minorista y protección de los consumidores, aunque alguna otra pasará al MINETUR, al que se asigna el grueso de competencias sobre protección de consumidores, como enseguida veremos⁷¹. Esto es criticable: el regulador parece en mejores condiciones de cumplir esta tarea⁷². En particular, la CNMC, en cuanto organismo que integra a la antigua CNE, acumula una considerable experiencia en la atención a cuestiones sobre protección de consumidores, incluida la contestación a consultas de particulares sobre esa materia. Además, la CNMC participa en asociaciones europeas que hacen especial énfasis en la defensa y protección de los consumidores, lo que permitiría al regulador adaptar con facilidad las exigencias de protección a los estándares europeos, a través de las iniciativas oportunas⁷³.
- Función arbitral y de resolución de conflictos: El regulador sigue siendo competente para resolver conflictos de acceso y de gestión. También podrá desempeñar funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. El arbitraje no tendrá carácter público⁷⁴.

⁷¹ Se mantienen en el regulador las consistentes en velar por el cumplimiento de la normativa sobre cambios de suministrador (art. 7.4); supervisar los precios y condiciones de suministro a consumidores finales, así como formular recomendaciones sobre la adecuación de los precios de suministro a las obligaciones de servicio público y la protección de consumidores (art. 7.11); gestionar el sistema de comparación de ofertas de precios de energía (art. 7.25); así como la mencionada supervisión del mercado minorista (art. 7.15). En cambio, pasa la MINETUR la de informar, atender y tramitar reclamaciones de consumidores.

⁷² Según las Directivas de mercados energéticos, el regulador ha de contribuir a la protección de los consumidores, sin perjuicio de las competencias de otras autoridades [por ejemplo, art. 37.1.n) de la Directiva 2009/72/CE, sobre la función de dicho regulador consistente en “contribuir a garantizar, junto con otras autoridades pertinentes, la efectividad y aplicación de las medidas de protección de los consumidores...”].

⁷³ El regulador participa en CEER, asociación de reguladores, con sede en Bruselas, vinculada a ACER, que impulsa la protección de los consumidores. Así, por ejemplo, el 13 de noviembre de 2012, CEER suscribió un compromiso con BEUC (Organización Europea de Consumidores) para impulsar una protección satisfactoria de los mismos en 2020 (A 2020 Vision for Europe’s energy customers Joint Statement).

⁷⁴ El arbitraje previsto en el artículo 5 de la Ley 3/2013 sucede al de la anterior función novena de la CNE (disposición adicional undécima de la Ley 34/1998).

- Otras funciones configuradas de forma novedosa: Como ejemplo destacamos las que tienen que ver con asegurar a los clientes el acceso a sus datos de consumo (art. 7.12), con el déficit de actividades reguladas (art. 7.22), con la supervisión de inversiones en capacidad de generación (art. 7.16) o con el cálculo de mermas de la red de transporte (art. 7.33).
- Objetivos relativos al mercado energético de la UE: Hemos llamado así a las funciones previstas en el apartado sexto de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998. De entrada, incluir funciones del regulador en una norma distinta de la de creación es criticable. En buena técnica normativa, las mismas deberían haberse incorporado a la Ley 3/2013, como sucedió con tantas otras de la antigua CNE. Las funciones del señalado apartado sexto se refieren a la relación del regulador nacional con las autoridades reguladoras de otros Estado miembros y con ACER⁷⁵. A fin de cumplir sus funciones, se permite a la CNMC adoptar las medidas necesarias para el logro de determinados fines asociados al mercado interior de la energía competitivo y a la protección de consumidores. Tal previsión es la base jurídica para la adopción de decisiones vinculantes, a las que enseguida nos vamos a referir.
- Otras funciones: La mayoría de funciones que hemos venido enumerando como tradicionalmente asignadas a los reguladores energéticos (consultivas, de informe en propuestas normativas o en autorización de instalaciones, etc.) se mantienen en la nueva Ley. De las que se traspasan al Ministerio nos ocupamos en el apartado siguiente.

B) Funciones de la antigua CNE que pasarán al MINETUR

La disposición adicional octava de la Ley 3/2013 señala las funciones de la extinta CNE que pasan al MINETUR. Tal traspaso de funciones es, de entrada, criticable. En vista de la independencia del regulador, el ejercicio de funciones relativas al sector regulado debería asignarse a dicho organismo. A ello ha de añadirse el elevado grado de competencia y la experiencia de la antigua CNE en el ejercicio de tales funciones, muchas de ellas de gran complejidad técnica, lo cual desaconseja su asignación a un organismo distinto.

En síntesis, el proyectado traspaso se refiere a funciones inspectoras, de liquidación de actividades reguladas de electricidad y gas, de la función consistente en

⁷⁵ También insiste en la cooperación institucional en el marco de la UE el art. 4 del Estatuto Orgánico.

informar, atender y tramitar quejas de consumidores, así como la decisión acerca de la toma de participaciones en el sector energético (antigua función decimocuarta de la CNE)⁷⁶. También se asigna al MINETUR la instrucción de los procedimientos sancionadores en asuntos de su competencia.

Sucede, como se ha dejado ver, que tal traspaso todavía no ha tenido lugar. Está sujeto a las asignaciones presupuestarias y de medios que sean oportunas (disposición adicional cuarta de la Ley). Por eso la CNMC realizará transitoriamente las funciones asignadas al MINETUR, hasta que el traspaso sea efectivo (en esencia, disposiciones adicionales primera, segunda y cuarta, así como disposiciones transitorias tercera y cuarta, de la Ley 3/2013 y disposición transitoria sexta del Estatuto Orgánico).

Respecto de la competencia del MINETUR sobre reclamaciones de los consumidores se plantea una duda. La misma coincide sustancialmente con la resolución directa de discrepancias por parte del MINETUR que prevé el artículo 43.5 de la Ley 24/2013⁷⁷. Nuestra interpretación es que el inciso de la disposición adicional octava relativo a la atención y tramitación de reclamaciones habría quedado derogado tácitamente por el citado artículo 43.5 de la Ley, pues el MINETUR podrá resolver de forma directa tales controversias⁷⁸.

4. Instrumentos para el cumplimiento de sus fines

Este apartado se refiere a tres de los instrumentos más destacados de los que dispone la CNMC para el cumplimiento de sus fines: a) las decisiones jurídicamente vinculantes; b) la emisión de circulares e instrucciones; y c) el derecho sancionador⁷⁹.

⁷⁶ Crítica el traspaso de esta función TORAL OROPESA, Pablo (2013): “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 869/2013 (BIB 2013\2098).

⁷⁷ En síntesis: “...los usuarios finales que sean personas físicas podrán someter la controversia al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, cuando tales controversias se refieran a sus derechos específicos como usuarios finales, incluidos todos los previstos en esta ley y sin perjuicio de las competencias del resto de Administraciones Públicas...”

⁷⁸ La información a los consumidores que dicha disposición adicional octava contempla subsistiría, ya sea a tenor de la propia disposición citada, o en aplicación del artículo 43.3 de la Ley 24/2013 según el cual “se considerará el establecimiento de puntos de contacto únicos... para ofrecer a los consumidores toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y a los procedimientos de solución de conflictos...”

⁷⁹ A ellos habría que añadir otros instrumentos tales como la resolución de conflictos o las facultades de investigación y supervisión del sector regulado. Al respecto, el art. 37 de la Directiva 2009/72/CE (para el mercado eléctrico, de análogo contenido al del art. 41 de la Directiva

A) Decisiones jurídicamente vinculantes

La decisión o resolución jurídicamente vinculante es un instrumento del regulador previsto en las Directivas de la UE⁸⁰. Tal instrumento se incorporó a nuestra regulación por el Real Decreto-ley 13/2012⁸¹. La misma norma tipificó como infracción el incumplimiento de tales decisiones y añadió la potestad del regulador para tomar “medidas razonables” relativas al funcionamiento del mercado, tanto español como europeo, así como a la protección de los consumidores (mencionado apartado sexto de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998).

También pueden encontrarse referencias a las decisiones vinculantes en la Ley 3/2013 (disposición final tercera), así como en el Estatuto Orgánico de la CNMC, que asigna al Director de Instrucción de energía la competencia para incoar y tramitar los procedimientos para su adopción y elevar al Consejo, órgano decisor, la propuesta para su aprobación [artículos 23.i) y 8.2.k del Estatuto Orgánico].

A tenor de la Ley 24/2013, la CNMC podrá dictar resoluciones vinculantes tendentes al cumplimiento de las medidas de protección a los consumidores (art. 43.6), constituyendo infracción el incumplimiento la decisión del regulador (arts. 64.8 y 65.4). Como es obvio, la protección de consumidores es sólo uno de los ámbitos en los que procedería emitir una decisión vinculante.

La decisión vinculante es un acto administrativo por el que se imponen obligaciones o se dictan instrucciones a las empresas energéticas. Tal decisión no produce efectos *erga omnes*, sino únicamente frente a sus destinatarios. La resolución vinculante no tiene naturaleza sancionadora, por mucho que produzca efectos de obligado cumplimiento para los interesados. Pese a su particular denominación (ya se dijo, procedente del ámbito comunitario), su naturaleza jurídica es la propia de los actos administrativos tal y como los concebimos en nuestro ordenamiento (presunción de validez, eficacia, etc.).

2009/73/CE, sobre el mercado de hidrocarburos) señala que los Estados deben asegurarse de que los reguladores disponen, como mínimo, de competencias para: a) promulgar decisiones vinculantes; b) efectuar investigaciones sobre el funcionamiento de los mercados; c) recabar información de las empresas; y d) imponer sanciones; e) resolver conflictos.

⁸⁰ Por ejemplo, el artículo 37.4.a) de la Directiva 2009/72/CE permite al regulador “*promulgar decisiones vinculantes para las empresas eléctricas*”.

⁸¹ Cuyo preámbulo indica la potestad del regulador “*para dirigir decisiones jurídicamente vinculantes a las empresas, todo ello en el ámbito de las competencias que dicho organismo tiene atribuidas*”.

A falta de previsiones específicas, las decisiones vinculantes se tramitan conforme al procedimiento general de la Ley 30/1992. A la notificación de incoación, en la que se concede plazo de alegaciones, sigue el trámite de audiencia, que comporta la puesta de manifiesto del procedimiento. Finalizada la instrucción, el Director eleva al Consejo una propuesta para la aprobación. La decisión deberá dictarse y notificarse en el plazo de tres meses desde el inicio del procedimiento, produciéndose la caducidad en caso contrario (art. 44.2 de la Ley 30/1992).

La anterior CNE publicó una resolución vinculante⁸². La misma es un buen ejemplo de lo que venimos comentando pues impuso determinadas obligaciones de traspaso de clientes para ajustar una situación irregular a la normativa aplicable⁸³.

B) Circulares e instrucciones

Como la anterior CNE, la CNMC dispone de la facultad de dictar disposiciones de desarrollo y ejecución de la normativa energética, si resulta previamente habilitada para ello. Se trata, por tanto, de instrumentos normativos. En el procedimiento de elaboración de las circulares se dará audiencia a los titulares de derechos e intereses legítimos que resulten afectados por las mismas. Las mismas deberán publicarse en el BOE (art. 30 de la Ley 3/2013).

Además, la CNMC podrá efectuar requerimientos de información periódica y dirigidos a la generalidad de los sujetos afectados con la forma de circulares informativas. Estas últimas serán actos administrativos. Dichas circulares deberán ser motivadas y proporcionadas al fin perseguido y respetarán la garantía de confidencialidad de la información aportada. En ellas se motivará el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que se hará de la misma.

⁸² “Resolución por medio de la que se corrige la situación por la que Eléctrica Saavedra, S.A. presta el servicio de suministro sin la habilitación necesaria para ello, y por la que se dispone que el servicio de suministro sea asumido por una empresa comercializadora debidamente habilitada” (7 de febrero de 2013).

⁸³ El procedimiento se inició ante la denuncia contra una empresa que realizaba la actividad de comercialización sin habilitación. La decisión resolvió requerir a la denunciada para que atendiese solicitudes de cambio de suministrador a favor de empresas debidamente acreditadas. También le instó el cese en su actividad y el traspaso de sus clientes a otra comercializadora, a la cual exigió la prestación del servicio a los clientes traspasados. Por último, la resolución dictó las instrucciones necesarias para que el traspaso se realizase correctamente.

El Consejo Consultivo de Energía, que pasa a ser un órgano de participación y consulta del MINETUR, deberá informar las circulares de la CNMC (disposición adicional decimoquinta de la Ley)

Tal vez la mayor novedad en este punto sean las comunicaciones que podrá dictar la CNMC para aclarar los principios que guían su actuación. Estas comunicaciones son instrumentos empleados, tradicionalmente, por autoridades de competencia⁸⁴. Resta por saber el contenido del que, en su caso, dote a este instrumento la CNMC.

La aprobación de circulares y comunicaciones corresponde al Consejo y es indelegable (art. 14.1.2º de la Ley 3/2013).

C) Derecho sancionador

Al principio de este apartado se dijo que los reguladores actúan más bien con un enfoque preventivo (*ex ante*), siendo más propio de la autoridad de competencia el enfoque sancionador (*ex post*). Sin embargo, la Ley 24/2013 asigna al regulador energético, con carácter general, las competencias sancionadoras por infracciones sectoriales (art. 73.3). El MINETUR sólo retiene potestad sancionadora en aquellos asuntos en que tenga competencia resolutoria. Tal asignación de competencias al regulador se fundamenta en último término en el Derecho de la UE⁸⁵.

Las infracciones sectoriales están previstas tanto en la Ley 24/2013 como en la vigente Ley 34/1998. Respecto de la primera Ley citada, la reciente reforma ha añadido numerosas infracciones (sobre conexión y acceso, régimen retributivo, incumplimientos de medidas, autoconsumo, manipulación de mercado, etc.)⁸⁶. En lo relativo a sanciones, la nueva Ley aumenta el importe de las muy

⁸⁴ Por ejemplo: “Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia y de los artículos 81 y 82 del tratado de la comunidad europea”, dictada en aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 15/2007.

⁸⁵ Art. 41.4.d) de la Directiva 2009/72/CE y art. 37.4.d) de la Directiva 2009/72/CE (este último permite al regulador “*imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a las empresas eléctricas que no cumplan las obligaciones impuestas por la presente Directiva y por cualquier decisión jurídicamente vinculante de la autoridad reguladora o de la Agencia...*”).

⁸⁶ Algo positivo es que suprime las denominadas “cláusulas de cierre” que todavía permanecían en el Anteproyecto. Las mismas fueron objeto de crítica por el Consejo de Estado (Dictamen de 937/2013, de 12 de septiembre).

graves, y fija importes mínimos por tramos, a diferencia de la anterior. Junto a ello, incorpora el límite superior del 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, o consolidada de la sociedad matriz del grupo al que pertenece⁸⁷. También hay cambios en materia competencial, de plazos de prescripción o de plazos de resolución. Como medio de ejecución forzosa, la Ley permite imponer multas coercitivas.

V. CONCLUSIONES

- I La regulación, de origen estadounidense, se adoptó por el Tratado de Roma de 1957, lo que supuso el paso progresivo del tradicional servicio público mediante monopolios estatales a la prestación de servicios por los particulares, sujetos a obligaciones de servicio público.
- II El primer regulador energético español fue la CSEN (1994), de la cual se transitó sucesivamente a la CNSE (1997) y a la CNE (1998). Esta última Comisión disponía ya de competencias sobre todo el sector energético, a diferencia de las anteriores, limitadas al sistema eléctrico. Las sucesivas adaptaciones del régimen jurídico de la CNE exigidas por el Derecho de la UE le proporcionaron mayor independencia y poderes reforzados.
- III El actual regulador energético es la CNMC, organismo que aúna a los antiguos reguladores sectoriales con la autoridad de competencia. Respecto del mismo se hacen las siguientes consideraciones:
 - La integración de organismos con enfoques diversos (*ex ante* los reguladores; *ex post* la autoridad de competencia) se facilita mediante una arquitectura institucional que distingue un funcionamiento habitual en dos salas que resuelven asuntos de regulación y de competencia por separado, sin perjuicio del posible informe preceptivo entre ellas, para asegurar uniformidad de criterio.
 - Las funciones del regulador en el ámbito energético comprenden muchas ya previstas para la antigua CNE. Sin embargo, las anteriores funciones de esta última sobre inspección, liquidación de actividades regu-

⁸⁷ Ese umbral procede del artículo 37.4 d) de la Directiva 2009/72/CE y el análogo 41.4.d) de la Directiva 2009/73/CE.

ladas, atención a reclamaciones de usuarios, y toma de participaciones en el sector, se traspasan al MINETUR, algo criticable, en vista de la independencia exigida al regulador así como del considerable grado de experiencia que acumulaba la anterior CNE en el ejercicio de tales funciones.

- Para el cumplimiento de sus fines como regulador energético, la CNMC dispone de ciertas atribuciones entre las que destacan la posibilidad de emitir decisiones vinculantes, la facultad de dictar circulares o comunicaciones y la potestad sancionadora directa. En el caso de esta última, la CNMC ha pasado a ser el organismo con facultades sancionadoras sectoriales con carácter general, al asumir la resolución de procedimientos sancionadores a excepción de los relativos a competencias que se traspasan al MINETUR.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2006): “Comentario al artículo 19 del Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia* 241.
- ÁLVAREZ VALDÉS Y VALDÉS, Manuel (1996): “La Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional vista por un jurista”, *Diario La Ley*, Ref. D-93, Tomo 2.
- ARIÑO ORTIZ Gaspar y DE LA CUÉTARA, Juan Miguel (2012): “Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión”, *Working paper* 42.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar y LÓPEZ DE CASTRO, Lucía (1998): *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Madrid, Montecorvo.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (2009): “Electricidad, servicio público y mercado”, *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, Tomo I, Aspectos Jurídicos, Pamplona, Aranzadi.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (2007a): “La regulación de los sectores energéticos”, *Cuadernos de Energía* 18.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (2007b): “La coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los reguladores sectoriales en la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, *Revista de Administración Pública*. 174.
- BALLBÉ, Manuel (2007): “El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *Revista de Administración Pública* 174.
- CANALS I AMETLLER, Dolors (2013): “Principios, reglas y garantías propias

- del derecho público en la prestación privada de servicios económicos de interés general”, Revista Española de Derecho Administrativo 158.
- CARLÓN RUIZ, Matilde (2012): “¿Crisis del Servicio público en tiempos de crisis? Algunas acotaciones a la luz de las novedades en el régimen europeo de control de las ayudas de Estado dirigidas a su financiación”, Revista de Administración Pública 189.
- CHAUVE, Philippe y GODFRIED, Martin (2007): “Modelling competitive electricity markets: are consumers paying for a lack of competition?”, Competition Policy Newsletter 2.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio (2011): “Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades”, Revista de Administración Pública 184.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (2010): “El suministro de electricidad de último recurso y el servicio universal”, Revista de Administración Pública 181.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (2006): “Diez años de legislación energética en España”, Energía: del monopolio al mercado. CNE, diez años en perspectiva, Madrid, Civitas.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo (1995): El servicio público de gas, Madrid, Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, M^a. Yolanda (2004): “Las obligaciones especiales de los operadores de los servicios esenciales económicos”, Revista de Administración Pública 163.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel Ángel (2000): La Competencia, Madrid, Alianza Editorial.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1999): “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, Revista de Administración Pública 150.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2005): “UNESA vista desde una perspectiva personal”, El sector eléctrico a través de UNESA (1944-2004), Madrid, UNESA.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2011): “Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación”, Revista de Administración Pública 185.
- LAVILLA RUBIRA, Juan José (2009): “El déficit tarifario en el sector eléctrico”, Derecho de la regulación económica, III. Sector Energético, Tomo II, Madrid, Iustel.
- LÓPEZ DE CASTRO, Lucía y ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2001): *Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones control de empresas y poder político*, Granada, Comares.
- MAGIDE HERRERO, Mariano (2004): “Las garantías de la independencia de los organismos de supervisión”, Estudios de Derecho Nuclear, Diciembre.

- MONTERO PASCUAL, Juan José (2013): “Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general”, Fundamentos de regulación y competencia, Madrid, Iustel, 2013.
- MONTERO PASCUAL, Juan José (1992): “Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica del servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones”, Revista Española de Derecho Administrativo 92.
- NEBREDA PÉREZ, Joaquín (2003): Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas, Madrid, Civitas.
- ORTEGA MARTÍN, Eduardo (2000): “Energía Eléctrica y Energía Nuclear”, Cuadernos de Derecho Judicial, XII.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón (2012): Derecho Administrativo I, Madrid, Marcial Pons.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2007): Lecciones de Derecho Administrativo, Valencia, Tirant lo Blanch.
- RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA (2008): El Marco Legal Estable. Economía del Sector Eléctrico Español 1988-1997, Madrid, Red Eléctrica de España.
- SÁNCHEZ GRAELLS, Albert (2006): “La intervención del Gobierno en el control de concentraciones económicas”, Serie Política de la Competencia 21/2006, Madrid, CEU Ediciones.
- SÁNCHEZ NÚÑEZ, Pilar y BERENGUER FUSTER, Luis (1997): “Regulación, agencias reguladoras y defensa de la competencia”, Ekonomiaz 37.
- SERRANO GONZÁLEZ, Marina (2006): “Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía: un ampliado marco de actuación”, Energía: del monopolio al mercado. CNE, diez años en perspectiva, Madrid, Civitas.
- SOSA WAGNER, Francisco (2004): “Servicio público y papel de la nueva Administración y sus entes reguladores”, Revista de Derecho de la Unión Europea 7.
- TORAL OROPESA, Pablo (2013): “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, Actualidad Jurídica Aranzadi 869/2013 (BIB 2013\2098).
- VV.AA. (2007): Electra y el Estado, Pamplona, Aranzadi.
- VV.AA. (2005): El libro de los veinte años, Madrid, Red Eléctrica de España.
- VILLAR PALASÍ, José Luis (1977): Apuntes de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I, Madrid.