

# LA UNIÓN EUROPEA Y LAS AUTORIDADES REGULADORAS DE LA ENERGÍA

(Aportaciones del tercer paquete legislativo de la UE relativo al mercado interior de la energía al fortalecimiento de los poderes y de la independencia de los reguladores nacionales)<sup>1</sup>

MARIANO BACIGALUPO SAGGESE

*Director de la Asesoría Jurídica Comisión Nacional de Energía*

SUMARIO: Reguladores más fuertes. Reguladores más independientes. El regulador español.

Las Directivas sobre electricidad y gas de 2003, hasta ahora vigentes, ya obligan a los Estados miembros a crear autoridades reguladoras para el sector energético. En muchos Estados miembros estas autoridades son organismos sólidamente asentados y que gozan de importantes atribuciones y recursos, que les permiten asegurar una adecuada regulación del mercado. En otros Estados miembros, por el contrario, las autoridades reguladoras han sido creadas más recientemente y sus atribuciones o son menores o están diseminadas entre varios órganos u organismos. Los amplios análisis por países efectuados por la Comisión Europea han puesto de manifiesto esta **falta de uniformidad y, en muchos casos, la debilidad de la autoridad reguladora nacional**.

Según la UE, la experiencia de aquellos Estados miembros donde los mercados llevan abiertos varios años, y de otros sectores de servicios abiertos a la competencia, indica claramente que unos **reguladores fuertes resultan necesarios para asegurar el adecuado funcionamiento del mercado**, especialmente en lo que se refiere al uso de las infraestructuras de red.

---

<sup>1</sup> Resumen de la ponencia desarrollada por el autor en el marco del Curso de Verano de la UNED sobre «La Unión Europea en la encrucijada de la globalización», celebrado en Ávila los días 6 a 10 de julio de 2009.

## REGULADORES MÁS FUERTES

Por todas estas razones, uno de los objetivos primordiales del tercer paquete energético de la UE, cuyas normas integrantes (dos directivas y tres reglamentos<sup>2</sup>) se han publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 14 de agosto de 2009, es el **fortalecimiento de los poderes de las autoridades reguladoras nacionales**.

En primer lugar, se les confiere un mandato claro para **cooperar a nivel europeo**, en estrecha colaboración con la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y la Comisión, a fin de conseguir, dentro de la Unión Europea, un mercado interior de la electricidad y del gas competitivo, seguro y sostenible para el medio ambiente, así como una apertura del mercado efectiva para todos los consumidores y suministradores (art. 36 a) y b) de la Directiva 2009/72/CE<sup>3</sup> –en adelante, la Directiva–).

En segundo lugar, se refuerzan sus poderes de regulación del mercado, en particular en orden a la consecución, entre otros, de los siguientes **objetivos generales** de los reguladores nacionales, que éstos habrán de perseguir en estrecha consulta con otros organismos nacionales pertinentes, incluidas las autoridades encargadas de la competencia (art. 36 de la Directiva):

- Desarrollar **mercados regionales competitivos** con vistas a la consecución del objetivo de un mercado interior de la energía;
- **Eliminar restricciones al comercio** de electricidad y gas entre los Estados miembros, incluyendo el desarrollo de capacidades adecuadas de transporte transfronterizo;
- Contribuir a lograr el **desarrollo de redes no discriminatorias, seguras, eficientes y fiables, orientadas hacia los consumidores**, y fomentar la adecuación de la red y la **eficiencia energética**, así como la producción de electricidad a partir de **fuentes de energía renovables** y la **generación distribuida** en las redes;

---

<sup>2</sup> Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE; Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE; Reglamento (CE) n° 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía; Reglamento (CE) n° 714/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1228/2003; y Reglamento (CE) n° 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1775/2005.

<sup>3</sup> Las referencias normativas se extraen en lo sucesivo preferentemente de la Directiva 2009/72/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. El contenido de su capítulo IX (arts. 35 y ss.) coincide esencialmente con el del capítulo VIII (arts. 39 y ss.) de la Directiva 2009/73/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

- **Facilitar el acceso a la red de nuevas capacidades de generación**, removiendo los obstáculos que puedan dificultar dicho acceso, en particular, a nuevos entrantes y a generadores de energías renovables;
- Asegurar que se dan a los gestores y usuarios de las redes los **incentivos adecuados para incrementar la eficiencia** de las prestaciones de la red y fomentar la integración del mercado;
- Asegurar el **beneficio de los clientes** mediante un funcionamiento eficiente de los mercados nacionales, **promover una competencia efectiva** y contribuir a garantizar la **protección del consumidor**;
- Contribuir a alcanzar un **alto nivel de servicio universal y público** en el suministro energético, contribuyendo a la protección de consumidores vulnerables y a la compatibilidad de los procesos necesarios de intercambio de datos para el cambio de suministrador.

A fin de que los reguladores nacionales puedan contribuir eficazmente a la consecución de dichos objetivos, se prevé que se les reconozca, entre otras, las siguientes **funciones** («obligaciones», en dicción de las Directivas, art. 37.1)<sup>4</sup>:

- Fijar o aprobar, de acuerdo con criterios transparentes, las **tarifas reguladas** de transporte y distribución o las metodologías para el cálculo de las mismas;
- Asegurar el **cumplimiento de sus obligaciones por los gestores (y, en su caso, propietarios) de las redes** y demás empresas energéticas;
- **Cooperar en cuestiones transfronterizas** con los reguladores de los demás Estados miembros y con la Agencia de cooperación de reguladores;
- Cumplir y ejecutar las **decisiones pertinentes y jurídicamente vinculantes de la Agencia y de la Comisión**;
- **Informar anualmente** de sus actividades y del cumplimiento de sus obligaciones a las autoridades competentes de cada Estado, la Agencia y la Comisión;
- Velar por que no haya **subvenciones cruzadas** entre las actividades de transporte, distribución y suministro;
- Controlar los **planes de inversiones** de los gestores de red de transporte;
- Controlar el cumplimiento de las normas de **seguridad y fiabilidad de la red** y revisar los resultados de su aplicación, así como aprobar o contribuir a la aprobación de **normas y requisitos de calidad del servicio y del suministro**;
- Controlar el nivel de **transparencia**, incluido el de los precios al por mayor, y velar por que las empresas de electricidad cumplan las obligaciones de transparencia;
- Controlar el grado y la efectividad de **apertura del mercado y de competencia**, tanto en el mercado mayorista como minorista, poniendo en conocimien-

---

<sup>4</sup> Cuando así se disponga en un Estado miembro, las obligaciones de control que se relacionan seguidamente podrán desempeñarlas otros organismos distintos de la autoridad reguladora. En tal caso, la información resultante de dicho control se pondrá a disposición de la autoridad reguladora a la mayor brevedad (art. 37.2).

- to de los organismos competentes los casos de falseamiento o restricción de la competencia que surjan;
- Supervisar la aparición de **prácticas contractuales restrictivas**, incluidas las cláusulas de exclusividad, informando a las autoridades nacionales de competencia acerca de tales prácticas;
  - Controlar el **tiempo utilizado por los gestores de redes para efectuar conexiones y reparaciones**;
  - Contribuir a garantizar, junto con otras autoridades pertinentes, la efectividad y aplicación de las medidas de **protección de los consumidores**;
  - Publicar **recomendaciones, al menos con carácter anual, sobre la adecuación de los precios de los suministros**, y remitirlas a las autoridades de competencia cuando proceda;
  - Asegurar el **acceso de los clientes a los datos de consumo**;
  - Controlar la aplicación de las **normas sobre las funciones y competencias de los gestores de redes, los suministradores y los clientes y otros participantes en el mercado**;
  - Controlar las **inversiones en capacidad de generación** en relación con la seguridad de suministro;
  - Supervisar la **cooperación técnica entre gestores de red de transporte comunitarios y de terceros países**;
  - Contribuir a la **compatibilidad de los procesos de intercambio de datos**.

Para el ejercicio eficaz de tales funciones, los reguladores nacionales deberán gozar con carácter general, al menos, de las siguientes **potestades** («competencias», en dicción de las Directivas, art. 37.4):

- Dirigir **decisiones vinculantes** a las empresas del sector energético;
- Realizar **investigaciones** sobre el funcionamiento de los mercados energéticos, así como adoptar e imponer cualquier medida necesaria y proporcionada para **promover la competencia efectiva y asegurar el adecuado funcionamiento del mercado**, en su caso cooperando con las autoridades nacionales de defensa de la competencia, con las autoridades reguladoras del mercado financiero o con la Comisión en la realización de investigaciones relativas al Derecho de la competencia;
- **Recabar de las empresas energéticas cualquier información pertinente** para el ejercicio de sus atribuciones, incluida la justificación de la denegación del acceso de terceros a las redes, y cualquier información sobre las medidas necesarias para reforzar la red;
- Imponer **sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias** a las empresas energéticas que incumplan sus obligaciones o decisiones vinculantes del regulador o de la Agencia de cooperación de reguladores, o proponer a un tribunal competente que imponga estas sanciones (en el caso de aquellos Estados miembros que no reconocen a la Administración Pública potestad sancionadora). Lo anterior incluirá la facultad de imponer o de proponer la imposición de sanciones de hasta el 10% del volumen de negocios anual del

gestor de la red de transporte a dicho gestor en el supuesto de incumplimiento de sus obligaciones derivadas de las directivas;

- Ejercer poderes de investigación y disponer de las competencias de mando pertinentes en el marco de la **resolución de conflictos**.

## REGULADORES MÁS INDEPENDIENTES

La UE considera que un buen funcionamiento de los mercados energéticos no sólo precisa de reguladores más fuertes, sino también de reguladores más independientes. Para la UE la independencia de los reguladores es, además, un **principio clave de la buena gobernanza y una condición fundamental para lograr la confianza del mercado**. Las directivas de 2003 hasta ahora vigentes exigían ya que las autoridades reguladoras fueran totalmente independientes de los intereses del sector. Sin embargo, no especificaban de qué manera podía asegurarse y acreditarse dicha independencia, ni tampoco garantizaban (al menos de manera explícita) la independencia respecto de los poderes políticos.

Como destacaban las conclusiones del Consejo Europeo de la primavera de 2007 y el Parlamento Europeo, el fortalecimiento de la independencia de los reguladores nacionales de la energía es, por ello, una prioridad.

Por consiguiente, la reforma acometida en el marco del tercer paquete prevé, en primer lugar, y a fin de prevenir la dispersión orgánica de las funciones reguladoras, que «cada Estado miembro designará **una única autoridad reguladora nacional** a escala nacional» (art. 35.1 de la Directiva). No obstante, esta previsión se entenderá «sin perjuicio de la designación de **otras autoridades reguladoras a escala regional** en los Estados miembros». Eso sí, siempre que haya un único representante, a los fines de representación y contactos, en el nivel comunitario en el seno del Consejo de Reguladores de la nueva Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (art. 35.2). Esta previsión reviste una especial importancia para aquellos Estados miembros cuya organización territorial reviste un carácter complejo, es decir, que presentan una estructura territorial fuertemente descentralizada (estados federales, regionales, autonómicos o, en general, todos aquellos en cuyo seno existen entidades territoriales subestatales –estados federados, regiones, comunidades autónomas, etc.– que gozan de una genuina autonomía política y capacidad legislativa), teniendo en cuenta que en tales Estados las competencias en materia de energía pueden no siempre corresponder en exclusiva al Estado central. Igualmente, y tomando en consideración las necesidades singulares de aquellos Estados miembros que comprenden, por ejemplo, territorios insulares lejanos, se permite que éstos designen autoridades reguladoras específicas «para pequeñas redes en un territorio geográficamente separado que haya tenido en 2008 un consumo inferior al 3% del consumo del Estado miembro al que pertenezca». Nuevamente, esta previsión se entenderá sin perjuicio de la designación de un único representante, a los fines de representación y contactos, en el nivel comunitario en el seno del Consejo de Reguladores de la Agencia de Cooperación de Reguladores (art. 35.3).

En segundo lugar, la reforma establece expresamente que los Estados miembros «**garantizarán la independencia de la autoridad reguladora** y velarán por que ésta ejerza sus competencias con imparcialidad y transparencia» (art. 35.4). A tal efecto, se asegurarán de que, al desempeñar las funciones reguladoras que le encomiendan las directivas comunitarias, las autoridades reguladoras nacionales:

- Sean **jurídicamente distintas y funcionalmente independientes** de cualquier otra entidad pública o privada;
- Y de que su **personal y los encargados de su gestión actúen con independencia de cualquier interés comercial, y no pidan ni acepten instrucciones directas de ningún gobierno ni ninguna otra entidad pública o privada** en el ejercicio de sus funciones reguladoras. Este requisito, sin embargo, se entenderá «sin perjuicio de una estrecha cooperación con otros organismos nacionales pertinentes, cuando proceda, ni de las directrices de política general publicadas por el Gobierno que no guarden relación con las funciones reguladoras» reservadas por las directivas a las autoridades reguladoras.

A fin de proteger la independencia de las autoridades reguladoras nacionales, los Estados miembros se asegurarán especialmente:

- Por un lado, de que la **autoridad reguladora pueda tomar decisiones autónomas, con independencia de cualquier órgano político, y tenga dotaciones presupuestarias anuales separadas con autonomía en la ejecución del presupuesto asignado, así como recursos humanos y financieros adecuados para el cumplimiento de sus obligaciones.**
- Por otro, de que los miembros del consejo de la autoridad reguladora o, a falta de un consejo, sus altos cargos directivos se nombren para un **mandato fijo de entre cinco y siete años, renovable una sola vez.**

Repárese, por tanto, en que las nuevas directivas ni imponen una estructura de dirección colegiada para los reguladores nacionales, ni prohíben que la competencia para designar a los miembros de su órgano colegiado superior de gobierno (o, en su defecto, a sus altos directivos) se resida en los Gobiernos. Tampoco proscriben las directivas la posibilidad de una renovación de los mandatos de sus máximos responsables (bien que por una sola vez). No obstante, para este supuesto se prevé que los Estados miembros garantizarán la aplicación de «un régimen de rotación adecuado para el consejo o los altos cargos directivos». A su vez, y como requisito inherente a cualquier autoridad independiente, se prevé expresamente que durante su mandato los miembros del consejo o, a falta de consejo, los altos directivos de las autoridades reguladoras «sólo podrán ser destituidos cuando ya no cumplan las condiciones establecidas en el presente artículo o cuando hayan sido declarados culpables de falta con arreglo al Derecho interno» (art. 35.5).

Finalmente, se establece que las decisiones de los reguladores estarán plenamente **motivadas** para permitir el **control jurisdiccional**, y estarán **a disposición del público**, al mismo tiempo que se preserva la **confidencialidad** de la información sensible a efectos comerciales (art. 37.15). Asimismo, las nuevas directivas incorporan una previsión expresa (de capital importancia para aquellos Estados miembros en los que, como en el caso de España, las decisiones del regulador con-

tinúan siendo susceptibles de revisión en vía de recurso administrativo por el Gobierno o la Administración ordinaria) de acuerdo con la cual los Estados miembros habrán de garantizar que existan «procedimientos nacionales adecuados mediante los cuales una parte afectada por una decisión de una autoridad reguladora pueda ejercer el **derecho de recurrir ante un organismo independiente de las partes implicadas y de cualquier Gobierno**». Con otras palabras, los Estados miembros no podrán condicionar la posibilidad de impugnar directamente las decisiones de los reguladores ante un organismo independiente o en vía jurisdiccional al agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de un recurso previo ante instancias gubernamentales o administrativas.

Como cabe observar, en fin, la nueva regulación comunitaria de los reguladores nacionales de la energía presenta un grado de detalle considerable, penetrando por tanto de manera notablemente incisiva en el ámbito propio de la **autonomía institucional y organizativa de los Estados miembros**, que el Derecho comunitario de ordinario declara reconocer y respetar.

## EL REGULADOR ESPAÑOL

La Comisión Nacional de Energía (CNE), el organismo regulador español, cumple ya hoy formalmente (y con carácter general en grado bastante elevado) las principales exigencias que la nueva normativa comunitaria impone a los reguladores nacionales. Responde al principio de regulador único (no existen en España entes reguladores territoriales), tiene personalidad jurídica y patrimonio propios, dispone de medios personales, materiales y presupuestarios adecuados y suficientes, goza de autonomía para establecer su organización y funcionamiento internos y para seleccionar y contratar a su personal, el mandato de los miembros del Consejo de Administración respeta las previsiones contenidas en las nuevas directivas, y las causas de cese de aquéllos son tasadas. Por otro lado, el elenco de funciones atribuidas a la CNE por la disposición adicional undécima de la Ley de Hidrocarburos (Ley 34/1998, de 7 de octubre), se corresponde, al menos en lo esencial, con el que se prevé en las directivas comunitarias del tercer paquete.

Sin embargo, la adaptación de la disposición citada a las nuevas directivas deberá **precisar o mejorar algunos extremos de la actual regulación de la CNE**.

Por lo que se refiere a modificaciones que resultarán necesarias en relación con los **aspectos institucionales u organizativos**, cabe destacar, entre otras, las siguientes:

- Se deberá suprimir la previsión legal de acuerdo con la cual el **Ministro de Industria, Turismo y Comercio, el Secretario de Estado de Energía, o alto cargo del Ministerio en quien éstos deleguen, podrán asistir a las reuniones del Consejo de la CNE**, con voz pero sin voto, cuando lo juzguen preciso a la vista de los asuntos incluidos en el correspondiente orden del día. Esta previsión no parece que se compadezca con la exigencia de que los reguladores puedan adoptar decisiones autónomas con total independencia «de cualquier órgano político».

- Convendrá recalcar en la Ley de forma más enfática que la CNE goza de **plena independencia en el ejercicio de sus funciones reguladoras**, no estando sujeta en este ámbito a instrucción o directriz alguna del Gobierno o de cualquier Administración Pública.
- Se deberá **suprimir igualmente la recurribilidad de las decisiones de la CNE en vía de alzada ante el Ministro de Industria, Turismo y Comercio**, de modo que resulten directamente recurribles en vía jurisdiccional

En cuanto a las **funciones y potestades** de la CNE («obligaciones» y «competencias», en dicción de las directivas), se habrán de completar algunas funciones que no hallan una clara correspondencia en la vigente lista del apartado Tercero.1 de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, al tiempo que se deberán reforzar, en particular, las siguientes potestades del regulador:

- Capacidad para dirigir a las empresas **decisiones vinculantes** en relación con las funciones que le atribuyen las nuevas directivas y para ejecutar las decisiones que le dirija la Agencia de cooperación de reguladores o la Comisión Europea.
- **Potestad sancionadora directa** (actualmente la CNE sólo es competente para incoar e instruir los procedimientos y, en su caso, proponer al Ministerio la imposición de sanciones).
- Facultades de **promoción de la competencia**, bien que en colaboración con las autoridades de defensa de la competencia.
- **Potestad tarifaria** (en la actualidad la CNE se limita a proponer al titular de la potestad tarifaria, que es el Ministerio, la revisión tarifaria que estima procedente y a informar los proyectos de revisión tarifaria elaborados por el Ministerio).

A modo de conclusión, cabe señalar, así pues, que la publicación del tercer paquete legislativo de la UE relativo al mercado interior de la energía no tiene necesariamente que implicar una revisión especialmente profunda de la regulación española vigente referida a la naturaleza, organización y funciones del regulador, aunque tampoco cabe entender que las nuevas directivas no requieren trasposición alguna en este punto por considerarse que la regulación hoy vigente en España satisface ya enteramente todas las exigencias contenidas en ellas.

**RESUMEN:** El pasado 14 de agosto de 2009 se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea las normas integrantes del llamado tercer paquete legislativo de la Unión Europea relativo al mercado interior de la energía, integrado por dos directivas y tres reglamentos. Este paquete legislativo pretende remover los obstáculos que, a juicio de las instituciones comunitarias, existen aún hoy para la venta de electricidad y de gas en condiciones de igualdad, sin discriminación alguna ni desventaja de ningún tipo en la Comunidad Europea. En particular, considera el legislador comunitario que no existe todavía un acceso a la red no discriminatorio ni tampoco un nivel igualmente efectivo de supervisión reguladora en cada Estado miembro. Entre otras muchas, este paquete legislativo incluye importantes provisiones dirigidas al fortalecimiento de los poderes y de la independencia de los reguladores de la energía en los Estados miembros. En el presente artículo se destacan brevemente las novedades más relevantes que el tercer paquete introduce en esta materia.

**PALABRAS CLAVE:** tercer paquete legislativo de la Unión Europea relativo al mercado interior de la energía; fortalecimiento de los poderes y de la independencia de los reguladores nacionales.

**ABSTRACT:** On last August 14, 2009 the so-called third package of the European Union was published in the EU Official Journal. It comprises two Directives and three Regulations regarding the internal energy market. This legislative package aims to remove existing obstacles that, in opinion of Community institutions, hamper the electricity and gas trading in equal and non discriminatory conditions. In particular, the European legislator considers that network access is still under discriminatory conditions and the level of the effective regulatory supervision vary from a Member state to another. Among others, this legislative package includes important provisions aiming to foster the strengthening of the powers and the independence of the energy regulatory authorities of the Member states. In this issue, the main provisions contained in the new energy package are highlighted.

**KEY WORDS:** third legislative package of the European Union relating to the internal energy market; strengthening of powers and of the independence of national regulatory authorities.