

## EL RESTABLECIMIENTO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA PARA HACER FRENTE A LA NEUTRALIDAD CLIMÁTICA EN ESPAÑA. ASPECTOS SUSCEPTIBLES DE MEJORA

*Nuria Encinar Arroyo*

*Doctora en Derecho Administrativo y Europeus Doctor.  
Abogada y Licenciada en Ciencias Actuariales y Financieras*

*“Alimenta una ilusión desde el corazón y recogerás una cosecha continua y abundante”*

Victoriano Encinar

### RESUMEN

Las autoridades reguladoras son organismos *ad hoc* cuyos orígenes se remontan a las agencias independientes (*independent regulatory commissions*) creadas en los Estados Unidos de América a principios del siglo XX. En España, este año se cumple el trigésimo aniversario de la creación de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional. Desde entonces la institución ha experimentado distintas etapas y la fórmula sigue sin convencer. Este capítulo analiza la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en sus diez años de historia. Examina, minuciosamente, la Comisión Nacional de Energía que se pretende restablecer y que se segrega de la citada Comisión. Y la autora fórmula para finalizar unas propuestas de mejora de *lege ferenda* y reflexiones finales para el éxito del organismo pues el panorama geopolítico y el marco regulatorio advierten de la urgencia del cambio climático y de la necesidad de cumplir los objetivos de energía y clima en el horizonte 2030 y 2050.

### 1. CONTEXTO REGULATORIO

Dentro de la consabida complejidad normativa asociada al marco regulatorio energético en parte debido al actual escenario geopolítico y a la evolución de los mercados se añade ahora el cambio del ente regulador. Un simple repaso a la lista de reguladores que se ha generado en torno al proceso de liberalización nos da sobradas razones para pensar que nos encontramos ante uno de los pocos Estados miembros que tanto movimiento institucional ha experimentado su autoridad reguladora. Se trata, como se puede apreciar, de una cuestión de especial relevancia sobre la que se volverá en el lugar oportuno.

Como premisa inicial, pero necesaria, procede poner de manifiesto que el escenario geopolítico actual viene marcado por tres factores. La recuperación postpandemia, la lucha existencial del cambio climático y la ofensiva de Moscú contra Ucrania y las consecuencias que este conflicto bélico ha desatado en los mercados a nivel mundial. Estos factores han provocado la aprobación de paquetes y planes europeos tan importantes como “*Next Generation EU*”, “*Fit for 55*”, “*REPowerEU*”.

El primero más que un plan de recuperación era una muy buena ocasión para transformar Europa y convertirla en una Europa reforzada tras la pandemia, en una Europa verde, digital, saludable, fuerte e igualitaria mediante una inversión conjunta de 806 900 millones de euros<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> [https://next-generation-eu.europa.eu/index\\_es](https://next-generation-eu.europa.eu/index_es)

El paquete “Fit for 55” («Objetivo 55») se publicó en 2021 también llamado quinto paquete energético<sup>2</sup>. Representaba un conjunto de propuestas regulatorias dirigidas a actualizar la legislación de la Unión Europea y a adaptarla a las nuevas ambiciones climáticas europeas en el horizonte 2030 y 2050. Incrementaba el objetivo de reducción de las emisiones en al menos un 55% que la Unión Europea se había fijado para 2030 con una neutralidad climática a 2050. A tal fin, se demanda un marco coherente y equilibrado para alcanzar los objetivos climáticos garantizando i) una transición equitativa y socialmente justa; ii) el mantenimiento y reforzamiento de la innovación y la competitividad de la industria; y iii) la posición de liderazgo de la Unión Europea en la lucha mundial contra el cambio climático.

En febrero de 2022, Rusia invadió Ucrania<sup>3</sup> y cortó completamente su suministro de gas a Europa. Naturalmente, la Comisión Europea en respuesta a la invasión rusa presentó el “Plan REPowerEU”<sup>4</sup> buscando ahorrar energía, producir una energía limpia y diversificar los suministros europeos de energía. Se pretendía acelerar la transición hacia una energía limpia, fortalecer la independencia energética europea tanto de suministradores poco fiables como de combustibles fósiles volátiles y aumentar la resiliencia del sistema energético.

Descendiendo a nivel nacional, el 24 de octubre de 2023 el Gobierno de coalición PSOE y SUMAR aprobó un nuevo paquete de propuestas con impacto en el sector energético. Entre ellas, “Impulsar el establecimiento de una Comisión Nacional de la Energía. Un organismo regulador especializado que cuente con los recursos adecuados para abordar la necesaria modernización de la regulación para preparar el sistema energético para el objetivo de neutralidad climática. Reforzar sus capacidades de inspección y seguimiento del cumplimiento de la normativa energética por parte del conjunto de actores”.

Con fecha 21 de febrero de 2024, se abrió para audiencia pública<sup>5</sup> el Anteproyecto de Ley de restablecimiento de la Comisión Nacional de la Energía, A.A.I., y de creación del Fondo para la Gestión Económico–Financiera de las Liquidaciones del Sector Eléctrico y del Sector del Gas, F.C.P.J, cuyo plazo para presentar alegaciones finalizó el lunes 4 de marzo de 2024, (en lo sucesivo, el “Anteproyecto de Ley de la CNE” o “Anteproyecto”, indistintamente).

Por consiguiente, el Gobierno con el meritado Anteproyecto de Ley de la CNE pretende trocear a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>6</sup> y desgajar las competencias en materia energética devolviendo al sector energético su comisión sectorial.

Lo expuesto hasta el momento permite concluir que la presente reforma de segregación no supone una novedad sediciosa sino que se recupera la institución que velaba por el sector hasta el año 2013, momento en que se constituyó la CNMC.

---

<sup>2</sup> Integrante, a la fecha de entrega de estas líneas, de la Directiva (UE) 2023/2413 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, por la que se modifican la Directiva (UE) 2018/2001, el Reglamento (UE) 2018/1999 y la Directiva 98/70/CE en lo que respecta a la promoción de la energía procedente de fuentes renovables y se deroga la Directiva (UE) 2015/652 del Consejo, «DOUE» núm. 2413, de 31 de octubre de 2023. Y la Directiva (UE) 2023/1791 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2023 relativa a la eficiencia energética y por la que se modifica el Reglamento (UE) 2023/955 (versión refundida), «DOUE» núm. 231, de 20 de septiembre de 2023.

<sup>3</sup> Puede verse ENCINAR ARROYO, N. *Respuesta europea a la invasión rusa contra Ucrania: La seguridad del suministro en un futuro sistema descarbonizado*. Artículos Multidisciplinares, ISSN-e 1139-9325, Vol. 25, nº 74 (Mayo-Agosto), 2023.

<sup>4</sup> COMISIÓN EUROPEA (2022). *Comunicación REPowerEU: Acción conjunta para una energía más asequible, segura y sostenible*. Estrasburgo, 8.3.2022.

<sup>5</sup> [https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/energia/files-1/es/ES/Participacion/Documents/anteproyecto-de-ley-de-restablecimiento-de-la-comisi%C3%B3n-nacional-de-la-energ%C3%ADa,-a-a-i-/APL\\_Comisi%C3%B3n%20Nacional%20de%20la%20Energ%C3%ADa.pdf](https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/energia/files-1/es/ES/Participacion/Documents/anteproyecto-de-ley-de-restablecimiento-de-la-comisi%C3%B3n-nacional-de-la-energ%C3%ADa,-a-a-i-/APL_Comisi%C3%B3n%20Nacional%20de%20la%20Energ%C3%ADa.pdf)

<sup>6</sup> En adelante, “CNMC”.

Luego la segregación de la CNMC tiene como cobijo regulatorio en la necesaria adaptación y modernización de la normativa actual consecuencia de la transición<sup>7</sup> de un modelo de generación eléctrica centralizada a uno descentralizada y la consecución de los objetivos de la Agenda 2030. Un tema ancho y complejo lleno de recovecos que comenzamos por explorar las exigencias que las directivas comunitarias exigen a los entes reguladores.

## 2. LAS AUTORIDADES REGULADORAS DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA

Las autoridades reguladoras<sup>8</sup> son organismos *ad hoc* cuyos orígenes se remontan a las *independent regulatory commissions*, esto es, a las agencias independientes creadas en los Estados Unidos de América a principios del siglo XX.

Su naturaleza se explica en que nacen y se crean para regular las antiguas *public utilities*; el agua, la energía, las telecomunicaciones y los transportes. Esto es, brotan para controlar la actividad de los prestadores de servicios de interés económico general. Organismos que están destinados a lograr la maximización de la eficiencia económica<sup>9</sup> y la elección del consumidor.

Con la llegada de la liberalización, a finales del último decenio del siglo XX, estas autoridades aterrizan en el nuevo modelo de regulación que impera en la época. Están destinadas a la defensa de la competencia evitando discriminación y abusos por los agentes del sistema, el poder de monopolio de las empresas y la defensa de los consumidores.

En Europa, heredamos la experiencia adquirida en los Estados Unidos a mediados de los años 90 con la Directiva 96/92/CE<sup>10</sup>, archiconocida por formar parte del primer paquete energético<sup>11</sup>. En particular, su artículo 20.3 que llama a los Estados miembros a la creación de una autoridad competente, «*independiente entre las partes, para la resolución de conflictos*». No obstante, en mi modesta opinión la manera en que la Directiva exigía dicha obligación es típica de un momento muy precoz de la evolución del mercado por dedicar exclusivamente un simple espacio en el artículo 20 a una materia tan prioritaria para la consecución del mercado único como se demostraría con el paso del tiempo.

### 2.1 ACER

Por aquel entonces se carecía de un regulador a nivel europeo. Con este afán, en el año 2000, durante la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea celebrada en Lisboa se constituyó «El Consejo Europeo de Reguladores Nacionales»<sup>12</sup>. Esta creación ancla sus raíces en la imperiosa necesidad por la aceleración del proceso de liberalización del sector energético europeo y en concreto por abrir los mercados nacionales a la competencia con vistas a la consecución de un mercado interior de la electricidad.

---

<sup>7</sup> Puede verse ENCINAR ARROYO, N. *La reforma hacia una transición energética inteligente y climáticamente neutra* en VV.AA. *Derecho de la Energía y el Clean Energy Package*. Editorial Aranzadi, 2021.

<sup>8</sup> Autoridades reguladoras o reguladores nacionales, prefiero usar el término regulador nacional extensamente usado en el sector energético.

<sup>9</sup> PROSSER, T. *The Regulatory Enterprise: Government, Regulation, and Legitimacy*. Oxford University Press, septiembre 2010, p. 10.

<sup>10</sup> Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad «DOCE» núm. 27, de 30 de enero de 1997, (en lo sucesivo, “Directiva 96/92/CE”).

<sup>11</sup> Constituye el primer paquete para abrir los mercados nacionales de electricidad y gas natural a la competencia todavía monopolísticos.

<sup>12</sup> En lo sucesivo, «CEER» «*Council of European Energy Regulators*». Los reguladores nacionales de Bélgica, Finlandia, Irlanda, Italia, Holanda, Portugal, España, Suecia, Reino Unido e Irlanda del Norte, aparte de Noruega, fueron sus fundadores. Como decimos, es una asociación belga, sin ánimo de lucro, creada por estos reguladores nacionales y que colabora con los reguladores de todos los Estados miembros para la consecución de un mercado eléctrico interior con una electricidad segura, sostenible y competitiva.

Con la llegada del segundo paquete energético liderado por la Directiva 2003/54/CE<sup>13</sup>, las autoridades comunitarias se volvieron más exigentes<sup>14</sup> a la hora de fijar las funciones que debían asumir dichas autoridades reguladoras, enumerando las funciones que debían desempeñar, así como la misión a ellas encomendada<sup>15</sup>.

Es a finales de 2003 cuando se creó el Grupo de Organismos Reguladores Europeos de la Electricidad y el Gas<sup>16</sup> mediante la Decisión 2003/796/CE<sup>17</sup> de 11 de noviembre de 2003, destinado a asesorar a la Comisión Europea en la implementación del mercado interior europeo. No obstante, como veremos a continuación la vida útil de este organismo fue breve.

El 19 de septiembre de 2007, la Comisión Europea presentó su propuesta de lo que luego acabó denominándose tercer paquete energético, que venía acompañada de una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se creaba la Agencia Europea para la Cooperación de Reguladores de Energía (ACER)<sup>18</sup>. En agosto de 2009 se materializó la propuesta mediante la publicación del Reglamento (CE) n.º 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009<sup>19</sup> por el que se creó ACER<sup>20</sup>. ACER debe responder ante el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, cuando proceda. Por lo que hace a su organización, composición nos remitimos a su Reglamento de constitución.

Con la creación de ACER, ERGEG perdía todas sus responsabilidades que pasaron desde el 1 de julio de 2011 a ser ejercidas y desarrolladas por ACER, fecha en que ERGEG quedó abolida<sup>21</sup>.

Queda con ello debidamente detallado que la constitución de ACER supuso un paso importante pero la experiencia aconsejaba que debían fortalecerse sus funciones y competencias para la real consagración de un mercado interior de la energía, todavía aún en fase de construcción. Dicha propuesta fue confirmada por el paquete de propuestas legislativas que presentaron las instituciones europeas el 30 de noviembre de 2016 bajo la dicción “*Clean Energy for all Europeans*”<sup>22</sup> («Energía limpia para todos

---

<sup>13</sup> Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, (en adelante, “Directiva 2003/54/CE”).

<sup>14</sup> CAMERON, P. *Competition in Energy Markets –Law and Regulation in the European Union*, Oxford University Press, 2002, p. 97.

<sup>15</sup> La misión asignada fue «*ser totalmente independientes de los intereses del sector de la electricidad, en tanto en cuanto tienen por objeto velar por una auténtica competencia y un funcionamiento eficaz del mercado y garantizar la ausencia de discriminación, con funciones de supervisión en todo lo relativo al mercado eléctrico*», artículo. 23.1 de la Directiva 2003/54/CE.

<sup>16</sup> En adelante, «ERGEG». ERGEG, se encontraba compuesto por los jefes de las autoridades nacionales de reglamentación o sus representantes de cada uno de los Estados miembros. Según lo previsto en el artículo 2.2 de la citada Decisión, la autoridad nacional de reglamentación era «*la autoridad pública establecida en cada Estado miembro de conformidad con la Directiva 2003/54/CE y la Directiva 2003/55/CE*».

<sup>17</sup> DOCE, Serie L, 296/34, de 14 de noviembre de 2003.

<sup>18</sup> CHITI, E. define una agencia reguladora europea como, «*i) agencias que tienen como objetivo establecer y gestionar una pluralidad de relaciones bilaterales entre la Comisión y las administraciones de los Estados miembros y ii) disfrutan de cierta independencia de la Comisión, pero no completamente aislado de la influencia de la Comisión*». CHITI, E. *European Agencies’ Rulemaking: Powers, Procedures and Assessment*. European Law Journal Vol. 19, No. 1, January 2013, p. 94. Consúltese también a COEN, D. THATCHER, M. *Network Governance and Multi-level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies*. Journal of Public Policy Volume 28 / Issue 01 April 2008, pp. 49-71.

<sup>19</sup> Reglamento (CE) n.º 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 la Energía DOUE 14.8.2009, (en lo sucesivo, «Reglamento (CE) n.º 713/2009»).

<sup>20</sup> ACER trabaja conjuntamente con las autoridades nacionales de los Estados miembros, tiene su sede en Liubliana (República de Eslovenia) fue creada en 2011 y entre sus funciones se encuentra la de vigilar el mercado de la energía.

<sup>21</sup> COMISIÓN EUROPEA (2011). *Decisión de la Comisión de 16 de mayo de 2011 que derogaba la Decisión 2003/796/CE con efectos desde el 1 de julio de 2011*.

<sup>22</sup> ENCINAR ARROYO, N. “*Una Energía limpia para los ciudadanos europeos en un momento clave para Europa. El consumidor eléctrico digital*”. Revista Aranzadi Unión Europea (RAUE), núm. 6, junio 2017.

los europeos»), en virtud del cual se incluyó una propuesta de modificación de ACER que acabaría confirmándose con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2019/942<sup>23</sup>.

ACER está facultada para formular las recomendaciones que sean necesarias con el fin de ayudar a las autoridades reguladoras a compartir buenas prácticas. ACER, también, asiste a éstas en todas las tareas regulatorias. Entre las funciones asignadas se encuentran aquellas relativas a tareas generales, tareas en relación a la cooperación de los gestores de redes de transporte y los gestores de redes de distribución, tareas en relación con el desarrollo y la aplicación de códigos de red y directrices, tareas en relación con las autoridades reguladoras nacionales, tareas en relación con la integridad y la transparencia del mercado mayorista, tareas relacionadas con las condiciones de acceso y seguridad operativa de las infraestructuras transfronterizas,

ACER debe supervisar el mercado interior de la electricidad, en particular los precios al por menor de la electricidad, el acceso a las redes, incluido el acceso a la electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables, y el cumplimiento de los derechos de los consumidores. Dicha supervisión se realiza siempre en estrecha colaboración con la Comisión, los Estados miembros y las autoridades reguladoras nacionales, y cuando sea necesario las autoridades responsables de la competencia. Del resultado de dicha supervisión publica un informe anual sobre los resultados alcanzados, en el que identifica los posibles obstáculos a la realización del mercado interior de la electricidad.

El Reglamento (UE) 2019/942 amplía sus funciones para que ACER sea capaz de afrontar los nuevos objetivos del sector esenciales para el buen funcionamiento de los mercados europeos de la energía y contribuir a los esfuerzos destinados a incrementar la seguridad energética disponiendo de competencias para desempeñar sus funciones de manera eficiente, transparente, fundamentada y, sobre todo, independiente.

## 2.2 Las autoridades reguladoras nacionales

Tras los fracasos de las dos primeras directivas de la liberalización en lo que al ente regulador respecta, el tercer paquete energético liderado por la Directiva 2009/72/CE<sup>24</sup> avanzaba, pero tampoco creaba un regulador. Ciertamente es que ésta era más ambiciosa que la Directiva anterior, la Directiva 2003/54/CE<sup>25</sup>, pero no era suficiente. La Comisión Europea dejó sentir su malestar<sup>26</sup> con los Estados miembros por no haber seguido los parámetros impuestos por el artículo 23 de la Directiva 2003/54/CE. Un malestar que era, además, razonable porque la conquista del mercado interior de la electricidad se hacía depender en gran medida de la independencia que los Estados miembros hubieran otorgado a sus reguladores nacionales.

---

<sup>23</sup> Reglamento (UE) 2019/942 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, por el que se crea la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación de los Reguladores de la Energía. «DOUE» núm. 158, de 14 de junio de 2019.

<sup>24</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. «DOUE» núm. 211, de 14 de agosto de 2009, (en adelante, “Directiva 2009/72/CE”).

<sup>25</sup> El artículo 23 de la Directiva recogía las funciones que los reguladores nacionales debían cumplir para poder contribuir al mercado interior de la electricidad.

<sup>26</sup> Así en la Comunicación una *Política Energética para Europa* COMISIÓN EUROPEA (2007). *Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo Una Política Energética para Europa* (SEC (2007) 12) Bruselas, 10.1.2007 COM (2007) 1 final, en el apartado 3.1.2 se puede leer: «en primer lugar es necesario armonizar las normas relativas a los poderes y a la independencia de los reguladores de energía, y ello partiendo del máximo denominador común de la UE, no del mínimo. En segundo lugar, es necesario que los reguladores promuevan, no sólo el desarrollo efectivo de su mercado nacional, sino también el del Mercado Interior de la Energía». Pero mismamente es en el Considerando 33 de la Directiva 2009/72/CE, en el que se establece «La Directiva 2003/54/CE obligaba a los Estados miembros a establecer unos reguladores con competencias específicas. Sin embargo, la experiencia indica que la eficacia de la regulación a menudo se ve obstaculizada por la falta de independencia de los reguladores respecto a los gobiernos, así como por la insuficiencia de los poderes y del margen discrecional de que gozan».

La Comisión Europea centró todos sus esfuerzos en garantizar la existencia de reguladores nacionales destinados a promover la competencia efectiva en el mercado. A tal fin, se introdujo el capítulo IX en la Directiva 2009/72/CE, que llevaba por dicción «Autoridades Reguladoras Nacionales» comprensivo de los artículos 35 a 37 imponiendo en el artículo 35 la obligación a los Estados miembros para que nombraran a una autoridad reguladora a escala nacional. También la Directiva (UE) 2019/944<sup>27</sup>, integrante del cuarto paquete energético regula en el capítulo VII, la designación, e independencia de las autoridades, así como sus objetivos, lleva por rúbrica “Autoridades Reguladoras” y abarca los artículos 57 al 64, como veremos de seguido.

Los objetivos previstos en el artículo 58 de la Directiva (UE) 2019/944<sup>28</sup>, en síntesis, son los siguientes: i) promover un mercado interior de la electricidad competitivo, seguro y sostenible; ii) abrir el mercado de manera efectiva a todos los consumidores y a los suministradores comunitarios, para lo cual, deberán ejercer sus cometidos en cooperación con ACER y con los restantes reguladores; iii) desarrollar los mercados regionales competitivos; iv) eliminar las restricciones en lo que al comercio de electricidad entre los Estados miembros se refiere, aumentando la capacidad de transporte transfronterizo; v) garantizar y asegurar el desarrollo de las redes de manera eficiente, fiable y segura; vi) asegurar que se den a los gestores de las redes los incentivos adecuados para fomentar la integración del mercado y aumentar eficacia y eficiencia en las redes; vii) promover una competencia efectiva y asegurar el funcionamiento de los mercados nacionales; viii) asegurar el beneficio de los consumidores<sup>29</sup> y contribuir a garantizar la protección del consumidor; ix) contribuir a alcanzar un alto nivel de servicio universal y público en lo que se refiere al suministro de electricidad, contribuir a la protección de los clientes vulnerables y a la compatibilidad de los procesos necesarios de intercambio de datos para los casos de cambio de suministrador.

Tras un recorrido analítico de los distintos objetivos de ente regulador cabe apuntar ahora sus obligaciones y competencias.

Para la consecución de dichos objetivos, se les impone obligaciones y competencias que son las que recoge el extenso artículo 59 de la Directiva (UE) 2019/944<sup>30</sup> que muy brevemente son: i) promulgar decisiones vinculantes para las empresas eléctricas; ii) efectuar, en cooperación con las autoridades de competencia, investigaciones sobre el funcionamiento de los mercados eléctricos; iii) imponer sanciones efectivas, apropiadas y disuasorias a las empresas eléctricas que no cumplan con las obligaciones impuestas por la Directiva; v) recabar de las empresas cualquier información pertinente para el desempeño de sus funciones; iv) se incide de nuevo en que sean las autoridades reguladoras las que fijen o aprueben las tarifas o sus metodologías para la conexión y el acceso a las redes nacionales.

Desde luego las primeras directivas de la liberalización no diseñaban un auténtico regulador, con capacidad de regulación, valga la redundancia, sino que trataban de avanzar lentamente hacia este ideal.

---

<sup>27</sup> Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE. Diario Oficial de la Unión Europea 14 de junio de 2019, L 158/125.

<sup>28</sup> Antiguo artículo 35 de la derogada Directiva 2009/72/CE.

<sup>29</sup> ENCINAR ARROYO, N. *El consumidor como centro del mercado eléctrico europeo*. Cuadernos de Energía, ENERCLUB. Julio 2017, núm. 52.

<sup>30</sup> Antiguo artículo 37 de la derogada Directiva 2009/72/CE.

### 3. LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA PARA HACER FRENTE A LA NEUTRALIDAD CLIMÁTICA EN ESPAÑA.

#### 3.1 Evolución del ente regulador

Si algo llama poderosamente la atención, es el constante cambio del ente regulador en el sistema eléctrico español. Aparte del texto que tenemos sobre la mesa, cabe destacar cuatro etapas distintas en el desarrollo de la institución y una quinta fallida que, como decimos, se quedó en un intento.

La primera, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) que fue creada por la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del sistema eléctrico nacional (LOSEN)<sup>31</sup>.

La segunda, la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (CNSE)<sup>32</sup> que se creó tras la llegada del proceso de liberalización y que heredó mayoritariamente las funciones de su antecesora la CSEN.

La tercera, la Comisión Nacional de Energía (CNE) creada mediante la Disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos<sup>33</sup>, que la crea como ente

---

<sup>31</sup> Artículo 6 de la precitada Ley. Boletín Oficial del Estado núm. 313 de 31 de diciembre de 1994.

<sup>32</sup> Creada por la Disposición transitoria tercera de la Ley del Sector Eléctrico 54/1997 estableciendo el cambio de denominación pasando de llamarse CSEN a llamarse CNSE.

<sup>33</sup> Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, BOE núm. 241, de 08 de octubre de 1998, creó la «Comisión Nacional de Energía» que vino a sustituir la antigua «Comisión Nacional del Sistema Eléctrico». En realidad, y como ya está dicho, la CNE fue el fruto de la progresión de dos comisiones reguladoras, vigentes una, la llamada «Comisión del Sistema Eléctrico Nacional» (CSEN) en tiempos de la LOSEN y la otra «Comisión Nacional del Sistema Eléctrico» (CNSE) en tiempos de la originaria Ley del Sector Eléctrico 54/1997.

La CSEN, como decimos, operativa y en vigor en los tiempos de vigencia de la LOSEN, fue la LOSEN quien creó y configuró a esta comisión reguladora como «ente regulador del sistema, con el objeto de velar por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, para lo que garantiza la independencia de sus miembros», según lo estipulado en su exposición de motivos.

Con la entrada en vigor de la Ley del Sector Eléctrico 54/1997, desaparece ya la calificación de *servicio público* que venía de antaño siendo reputada la actividad de suministro eléctrico y se procede a adoptar la antigua CSEN a los principios liberalizadores de la Ley del Sector Eléctrico 54/1997. Principios como son: la expresa garantía del suministro a todos los consumidores, la culminación de un derecho a un *servicio esencial* para la sociedad como es el suministro eléctrico, lo que determinó el cambio de denominación de la *Comisión del Sistema Eléctrico Nacional* a la *Comisión Nacional del Sistema Eléctrico* (CNSE).

Poco tiempo transcurrido de la aprobación y entrada en vigor de la Ley del Sector Eléctrico 54/1997, en 1998 se aprobó la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, cuya Disposición adicional undécima creaba la «Comisión Nacional de Energía» como ente regulador de los mercados energéticos, englobando el sector eléctrico y el de hidrocarburos líquidos y el de gaseosos.

Es la exposición de motivos de la Ley del Sector de Hidrocarburos 34/1998, la que justifica la integración de ambos sectores en un mismo ente regulador: «La vinculación e interdependencia de los sectores energéticos, la similar problemática de algunos de ellos, especialmente, como se ha señalado, del gas natural y de la electricidad, y la progresiva interrelación empresarial en este ámbito económico recomiendan atribuir a un único órgano la regulación y vigilancia del mercado energético, para garantizar su transparencia y coordinar adecuadamente los criterios de resolución de los asuntos que conozca».

La CNE tenía como misión encomendada de conformidad con la Disposición adicional undécima primer párrafo dos de la Ley del Sector de Hidrocarburos 34/1998 apartado segundo: «Se crea la Comisión Nacional de Energía como ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos, teniendo por objeto velar por la competencia efectiva en los mismos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores». Grado de independencia del regulador que fue ganando poco a poco tras eliminarse la posibilidad de la interposición del recurso de alzada ante el superior jerárquico, esto es, ante el Ministerio. Las funciones de la CNE se encontraban reguladas en la Disposición adicional undécima Tercero. 1 de la Ley del Sector de Hidrocarburos 34/1998, en el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía. «BOE» núm. 202, de 24 de agosto de 1999, (en adelante, “Real Decreto 1339/1999”), de 31 de julio que aprobó su Reglamento. Y en el artículo 3.5 de la Ley 17/2007, que han quedado superadas con la entrada en vigor de la Ley 3/2013 como veremos a continuación.

Por último, el diseño o la tipificación de un servicio como servicio de interés económico general es competencia del Estado miembro quien deberá identificar el servicio de tal manera que garantice un alto nivel de calidad, seguridad y asequibilidad, los derechos de los usuarios, así como la igualdad de trato. Conviene recordar también, que el suministro

regulador de los sistemas energéticos. La misión de la CNE fue la de velar por la competencia efectiva y por la objetividad y transparencia del funcionamiento de los sistemas energéticos, en beneficio de todos los sujetos que operaban en los mismos y de los consumidores.

La cuarta, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) que fue establecida mediante la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>34</sup> desarrollada más tarde mediante el Real Decreto 657/2013<sup>35</sup> de 30 de agosto por el que se aprobó el Estatuto Orgánico de la CNMC que entró en vigor el 1 de septiembre siguiente.

Fue el 4 de octubre de ese mismo año cuando en el Pleno del Consejo y en la sesión celebrada ese mismo día quedó aprobado su Reglamento de Funcionamiento Interno. Con la creación de la CNMC se produjo un cambio de rumbo pues era la primera vez que se aglutinaba y, consecuentemente, se extinguían los reguladores existentes de determinados mercados<sup>36</sup>, entre ellos, la Comisión Nacional de Energía y se anexaban junto al organismo que debía velar por la defensa de la competencia.

La quinta, que se quedó, como decimos, en un intento fallido se produjo con fecha 1 de marzo de 2017 cuando el por aquel entonces Ministerio de Economía, Industria y Competitividad publicó una consulta pública previa<sup>37</sup>, «*Consulta pública previa: Anteproyecto de Ley sobre racionalización y ordenación de los organismos supervisores de los mercados y para la mejora de su gobernanza*», en virtud de la cual se otorgaba el correspondiente trámite de consulta previsto en el artículo 133 de la Ley 39/2015<sup>38</sup> y, según el tenor del artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. El Anteproyecto procedía a la extinción de la CNMC y, en su lugar y, con la nueva norma se crearía la «AAI<sup>39</sup> de Supervisión y Regulación de los Mercados» y la «AAI de Competencia», tal y como se establecía en el apartado d) del texto de la consulta pública previa bajo la rúbrica «Objetivos de la norma».

Este intento pretendía crear dos reguladores, uno el de defensa de la competencia y otro que concentrara todos los sectores regulados. Intento que no tuvo recorrido alguno.

Tras este repaso cronológico institucional y tras diez años en funcionamiento de la CNMC, hemos recibido una nueva propuesta de reforma que sería el regreso de la CNE. Demostrada pues la existencia de una densa tradición institucional, conviene analizar primero la CNMC para luego extraer diversas sugerencias de mejora para el éxito de la futura CNE.

---

de energía eléctrica es un servicio de interés económico general según la Ley del Sector Eléctrico 24/2013 antes servicio esencial para el funcionamiento de la sociedad con la Ley del Sector Eléctrico 54/1997 y con anterioridad un servicio público como ya está dicho.

<sup>34</sup> Ley que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE. BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013, (en adelante, “Ley 3/2013”).

<sup>35</sup> Boletín Oficial del Estado núm. 209, de 31 de agosto de 2013.

<sup>36</sup> Comisión Nacional de Competencia, Comisión Nacional de Energía, Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal, Comité de Regulación Ferroviaria, Comisión Nacional del Juego, Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

<sup>37</sup> La razón de ser de la consulta respondió como dice la exposición de motivos de la Ley 40/2015, en dar respuesta «a la nueva clasificación del sector público estatal para los organismos y entidades que se creen a partir de la entrada en vigor de la Ley, más clara, ordenada y simple, pues quedan reducidos a los siguientes tipos: organismos públicos, que incluyen los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; autoridades administrativas independientes, sociedades mercantiles estatales, consorcios, fundaciones del sector público y fondos sin personalidad jurídica». Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. «BOE» núm. 236, de 02 de octubre de 2015 (en lo sucesivo “Ley 40/2015”).

<sup>38</sup> Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. «BOE» núm. 236, de 02 de octubre de 2015, (en adelante, “Ley 39/2015”).

<sup>39</sup> A.A.I. es el acrónimo de *autoridad administrativa independiente*, de conformidad con lo prevenido en el artículo 109 de la Ley 40/2015, que reza: «Con independencia de cuál sea su denominación, cuando una entidad tenga la naturaleza jurídica de autoridad administrativa independiente deberá figurar en su denominación la indicación «autoridad administrativa independiente» o su abreviatura «A.A.I.».

### 3.2 La CNMC

La CNMC<sup>40</sup> es un organismo público de los previstos en la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Tiene dos grandes bloques de funciones. Por un lado, aquellas relativas a supervisar la regulación de determinados mercados y sectores claves de la economía y de otro, la de salvaguardar la competencia en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios. Adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad<sup>41</sup> con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada de obrar.

García de Enterría y Fernández Rodríguez<sup>42</sup>, entienden que *«la capacidad de obrar no es más que la posibilidad de un sujeto de realizar por sí mismo ciertos actos jurídicos, y puede ser completa, limitada o nula»*. Y siguen diciendo que, *«su personalidad jurídica, que es una cualidad unitaria e inescindible, corresponde una dualidad de capacidad jurídica, a las que respectivamente llamaremos de Derecho Público y Derecho Privado, esto es, la posibilidad de ser titular de relaciones jurídicas en uno y otro ámbito del Ordenamiento»*. Y a mayor abundamiento que, *«la capacidad jurídica de Derecho Público de una Administración coincide con el conjunto de potestades que le han sido atribuidas por el ordenamiento»*<sup>43</sup>.

La CNMC debe actuar con autonomía orgánica y funcional, transparencia<sup>44</sup> y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas, así como también de los agentes del mercado, estando sometida al control parlamentario y judicial. Se exige al regulador independencia<sup>45</sup> del interés empresarial o comercial estando completamente prohibido solicitar o aprobar instrucciones de ninguna entidad pública o privada, pero además también independencia de cualquier influencia política<sup>46</sup>.

---

<sup>40</sup> Naturaleza idéntica a la que tenían la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), Comisión de los Mercados de las Telecomunicaciones (CMT) y la Comisión Nacional de Energía (CNE).

<sup>41</sup> A través de la Secretaría de Estado de Economía y de Apoyo a la Empresa. De conformidad con el artículo 36 de la Ley 3/2013, *«Los actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre»*. El apartado segundo del mentado artículo 36 salva si quiera dicha falta de independencia del poder ejecutivo cuando dicho acto ha sido dictado por el Presidente o por el Consejo en pleno y en salas será directamente recurrible ante la Jurisdicción.

<sup>42</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo* Vol. I Ed. Civitas, Madrid, 2008, p. 430, para quienes entienden que, *«la capacidad jurídica debe ser entendida como aptitud de una persona para ser titular de relaciones jurídicas, es un atributo necesario de la personalidad, pues el reconocimiento de ésta por el ordenamiento no persigue otro objetivo que constituir un centro propio de imputación de tales relaciones, lo que implica a su vez admitir esa aptitud en abstracto»*.

<sup>43</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo...* Obra ya citada, p. 431.

<sup>44</sup> Y aquí particularmente especial es el acceso a los expedientes administrativos. La Ley 39/2015 aporta una definición de expediente administrativo. Recuérdese que la Ley 30/1992, pese a las continuas referencias no aportaba definición alguna. El artículo 70 reza *«Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla»*. En realidad, lo que ha realizado la precitada Ley ha sido tomar la definición dada por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, BOE núm. 305, de 22 de diciembre de 1986. A mayor abundamiento, el artículo 70 también establece lo que no debe entenderse por expediente administrativo, y así dice *«4. No formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento»*. Entendemos que dicha definición no es correcta por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva y atenta contra el derecho de acceso al expediente. Dicho de otra manera, el administrado necesita conocer las tripas del expediente.

<sup>45</sup> Independencia entendida como lo hace SALA ARQUER, J. M. *Organismos de supervisión y regulación: balance y perspectivas de futuro*, Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Núm. 24, junio 2011, pp. 81-90, como *«no puede identificarse con la independencia judicial: se trata más bien de una autonomía reforzada, de la exención frente a controles jerárquicos por parte de la Administración tradicional»*.

<sup>46</sup> Repárese que bajo el anterior régimen regulatorio ya se puso de relieve la falta de independencia del regulador. Véase también la obra ya citada de SALA ARQUER de 2011 que sostiene: *«En cuanto a la segunda idea fundacional y nota definitoria por excelencia de este tipo de organismos –su separación e impermeabilidad respecto de la influencia política»*

Debemos destacar que fue muy positivo la aprobación y la inclusión del veto del Parlamento en la elección de los consejeros propuestos por el Gobierno al incrementar la transparencia de la CNMC.

La CNMC tiene asignada las funciones establecidas en el capítulo II de la Ley 3/2013. Funciones que podemos dividir entre las competencias relativas a la defensa de la competencia, supervisión y control y de resolución de conflictos. Por lo que respecta al sector eléctrico y del gas le compete las funciones que se recogen en el artículo 7 de la precitada Ley.

En aras a delimitar la capacidad de obrar de la CNMC, necesitamos demarcar conceptualmente el término potestad. García de Enterría y Fernández Rodríguez<sup>47</sup> señalan que *«la legalidad atribuye potestades a la Administración. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos»*.

Como es fácilmente comprensible, el origen de la potestad se deriva del ordenamiento jurídico, propiamente dicho, de una Ley por lo que será requisito *sine qua non*, la existencia de una Ley que a tal efecto venga a otorgar dichas potestades.

Los citados autores siguen sosteniendo que *«las potestades administrativas, pertenecen en su inmensa mayoría (quizá todas menos las puramente organizatorias) a la especie llamada potestad-función, esto es, aquellas potestades que deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular. Concretamente, las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad, a la cual, como precisa el artículo 103.1 de la Constitución, “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales”»*. Por consiguiente, y hecha esta aclaración posiblemente innecesaria, pasaremos a analizar las potestades y funciones que la Ley 3/2013, atribuyó a la CNMC.

Desde el prisma competencial, la CNMC asumió todas las competencias que tenía asignadas previamente la Comisión Nacional de la Competencia (CNC). No obstante, ese no fue el caso para las funciones relacionadas con el sector de la energía en el que más que un traspaso de funciones lo que se hizo fue un repartimiento entre la CNMC y el Ministerio del ramo. Funciones desempeñadas por el regulador con el fin de que procediese a la supervisión y control para el correcto funcionamiento del sector eléctrico y del sector del gas natural. Y que van desde el propio desarrollo normativo, como funciones de gestión y trámite, funciones consultivas, funciones de información, funciones de supervisión, funciones de inspección y funciones de resolución de conflictos.

Con la llegada de la CNMC se ampliaron las potestades en lo que al mercado minorista se refiere. Concretamente, nos estamos refiriendo a la i) potestad de supervisar la adecuación de los precios y las condiciones de suministro a los consumidores finales así como publicar recomendaciones al menos anualmente para la adecuación de los precios a las obligaciones de servicio público y a la protección de los consumidores; ii) garantizar que los clientes puedan acceder a sus datos de consumo; iii) supervisar el grado de efectividad de la apertura del mercado y de competencia en el mercado minorista, así como las reclamaciones planteadas por los consumidores; iv) gestionar el sistema de comparación de precios sobre las ofertas que envíen los operadores y realizar los informes que contengan la comparación; v) supervisar la efectividad y la aplicación de las medidas de protección de los consumidores; vi) asumir las funciones que fueron propias de la Oficina de Cambios de Suministrador. Si bien, se adjudican potestades en un mercado, el minorista, que antes carecía, pero no dejan de ser de mera supervisión.

---

*que impregna la cadena jerárquica de la Administración centralizada— es arriesgado emitir un juicio de validez general acerca de si nuestros organismos reguladores y de supervisión han respondido, en la práctica, a este modelo de independencia».*

<sup>47</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*. Obra ya citada p. 453.

Aunque se fortalecieron sus funciones y competencias en el sector eléctrico y muy particularmente en lo que se refiere al mercado minorista, pero no llegaban a ser las propias de un ente regulador. Nótese que, hoy más que nunca, una competencia sana en los mercados minoristas es imprescindible para ganar la flexibilidad que necesita el sistema eléctrico del futuro pues se alimentará de una energía verde poco gestionable, estocástica y poco predecible.

Cierto es que la aprobación del Real Decreto-ley 1/2019<sup>48</sup>, de 11 de enero, de medidas urgentes para adecuar las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a las exigencias derivadas del derecho comunitario en relación a las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural, aterrizó muy tarde. Esto es 10 años después de la aprobación de la Directiva 2009/72/CE pero como afirma la exposición de motivos del precitado Real Decreto-ley se realizó un reparto de competencias respetuoso entre el Ministerio y la CNMC.

De hecho, se aprobó la Orden TEC/406/2019, de 5 de abril, por la que se establecen orientaciones de política energética a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>49</sup>, con la finalidad de que pudiera llevarse a cabo un traspaso ordenado de funciones no viéndose mermada la seguridad jurídica de los operadores. Luego diez años más tarde a lo prevenido por las instituciones europeas en España se le otorgó al regulador la potestas para aprobar las tarifas o sus metodologías.

Así desde la aprobación de esta nueva regulación se le invistió a la CNMC de la potestas normativa que el sector necesitaba. Aunque las circulares normativas deben indicar que se adoptan «de acuerdo con las orientaciones de política energética del Ministerio para la Transición Ecológica<sup>50</sup>», en caso contrario, que se adoptan «oído el Ministerio para la Transición Ecológica».

En cualquier caso, en la actualidad la CNMC debe aprobar mediante circulares y previo trámite de audiencia, la metodología, los parámetros retributivos, la base regulatoria de activos y la remuneración anual de la retribución de las actividades de transporte y distribución de gas y electricidad y de las plantas de gas natural licuado (a excepción de los almacenamientos subterráneos de gas natural).

Respecto a los peajes de acceso a las redes de electricidad y gas natural, la CNMC debe aprobar, además de la metodología de peajes, la estructura y los valores concretos de los mismos, correspondiendo al MITECO, la aprobación de la estructura de los cargos, su metodología y sus valores.

Por lo que respecta a las condiciones de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de electricidad y gas natural, la CNMC es competente para la aprobación de la metodología y condiciones de acceso y conexión que comprende los criterios económicos y para la evaluación de la capacidad, los motivos de denegación, el contenido de las solicitudes, permisos y contratos, así como las obligaciones de publicidad y transparencia de la información relevante para el acceso y la conexión.

La CNMC es competente de la regulación de las reglas de funcionamiento de los mercados organizados en su componente regulada en aquellos aspectos cuya aprobación corresponda a la autoridad regulatoria nacional, de conformidad con las normas del derecho comunitario europeo.

Por lo que hace a las circulares normativas relativas a la retribución de actividades reguladas, a los peajes de acceso a las redes, a las condiciones de acceso y conexión, y a las reglas de funcionamiento

---

<sup>48</sup> Este Real Decreto-ley tuvo por objeto modificar la Ley 3/2013; la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos; la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico; y la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. BOE» núm. 11, de 12 de enero de 2019. Para cumplir con las Directiva 2009/72/CE y de la Directiva 2009/73/CE puesto que había una posible falta de conformidad con la legislación de la Unión Europea.

<sup>49</sup> BOE» núm. 85, de 9 de abril de 2019.

<sup>50</sup> Hoy Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, (en adelante, “MITECO”).

de los mercados organizados la CNMC debe tener en cuenta las orientaciones de política energética que hayan sido fijadas por el MITECO.

La retribución del operador del sistema eléctrico y del gestor técnico del sistema gasista es establecida por la CNMC.

Por lo demás y como consideración accesoria respecto de las ya realizadas en párrafos anteriores, con esta nueva normativa parecía que la cuestión del regulador era pacífica. Sin embargo, desde su constitución nunca estuvo exenta de polémica<sup>51</sup>. Numerosas voces<sup>52</sup> criticaron su configuración por estar concentrado en un mismo organismo funciones regulatorias con las propias del Derecho de la competencia. Tanto fue así que incluso los propios reguladores objeto de fusión<sup>53</sup> se unieron a un bando u a otro, aunque en distinto grado, mostrándose todos reticentes a la creación del súper-regulador. Y otros a su favor<sup>54</sup> con el fin de evitar la proliferación de los distintos organismos que supervisaban los diferentes mercados. Desgraciadamente, tal y como hemos visto se creó la CNMC. Y se creó aparentemente como un macro-regulador nacional, aunque realmente ha sido un macro-supervisor, que lleva en funcionamiento desde el 7 de octubre de 2013. Nosotros siempre criticamos su constitución<sup>55</sup>.

### 3.3 La CNE. Aspectos susceptibles de mejora

El Anteproyecto de Ley de la CNE consta de una exposición de motivos, treinta y ocho artículos agrupados en torno a dos títulos. El Título I, “La Comisión Nacional de la Energía” que regula el restablecimiento de esta Comisión, cuyo objeto radica en la regulación y supervisión del correcto funcionamiento de los mercados y sectores eléctrico, de hidrocarburos líquidos, de gas natural y de hidrógeno y otros gases renovables. El Título II, crea el “Fondo para la Gestión de las Liquidaciones del Sector Eléctrico y del Sector del Gas”. Por añadidura, el Anteproyecto consta de tres disposiciones

---

<sup>51</sup> Sobre la concentración de funciones, un precedente como pone de relieve MONTERO PASCUAL, J.J. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, pp. 22 y ss., es el caso de organismo holandés llamado *Autoriteit Consument & Markt (ACM)* que fue constituido el 1 de abril de 2013 y que congrega en una misma autoridad el campo regulatorio, *antitrust* y la defensa de los consumidores.

<sup>52</sup> Véase en este sentido el interesante artículo de ARIÑO ORTIZ, G. Y DE LA CUÉTARA, J.M. *Reguladores sectoriales y Defensa de la Competencia. Una aportación al debate de su difusión*. Working Paper núm. 42, 18 de abril de 2012, pp. 17 y ss. Allí se hace un análisis exhaustivo de los problemas que conlleva la integración de organismos administrativos integrándolos con la Comisión Nacional de la Competencia, como se aportan las razones para la fusión. Se describe de manera clara y concisa las diferencias entre lo que se debe entender por «regular» y «supervisar» criticando el uso de la expresión utilizada por el autor de la exposición de motivos de «órganos supervisores», al manifestar que «Regular» es bastante más que «supervisar». Implica una intervención directa sobre el sector regulado, de la que carece el supervisor, que debe actuar siempre a través de otras autoridades (un supervisor no atribuye títulos habilitantes ni asigna derechos de acceso a redes, mientras que un regulador sí lo hace). Supervisar y regular son funciones distintas». Por otra parte, en un lado completamente opuesto, la Referencia del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2012, entre las razones que se invocan para la fusión de los organismos reguladores son cuatro principalmente: 1) reducir su número, 2) clarificar sus competencias y reordenarlas, 3) hacer hincapié en su estructura y funcionamiento y 4) en última instancia garantizar tanto la profesionalidad, neutralidad e independencia del propio regulador.

<sup>53</sup> Puede verse, a este respecto, los informes emitidos por los organismos que fueron objeto de fusión: CMT (2012). *Informe del Consejo de la CMT sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2012/398)*, de 15 de marzo de 2012. CNE (2012). *Informe del Consejo de la CNE sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, de 15 de marzo de 2012. CNSP (2012). *Informe del Consejo de la CNSP sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*, de 13 de marzo de 2012. CNC (2012). *Informe del Consejo de la CNC 70/12 al Anteproyecto de Ley De creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, de 15 de marzo de 2012.

<sup>54</sup> SALA ARQUER, J.M. *Organismos de supervisión y regulación: balance y perspectivas de futuro*. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Núm. 24, junio 2011, p. 88, «Hay que evitar que los múltiples organismos reguladores sectoriales lleguen a convertirse en el futuro en reinos de taifas, en permanente tensión entre ellos o frente a los organismos con competencias horizontales. Existe un evidente peligro de que la proliferación de este tipo de organismos –a partir de ahora desconectados además de los Departamentos ministeriales– acabe en una especie de «administración polisindial al estilo de la España de los Habsburgo».

<sup>55</sup> Véase a este respecto ENCINAR ARROYO, N. “*Derecho del Comercio Eléctrico*”. Editorial Aranzadi. 2018.

adicionales, ocho disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y cuatro disposiciones finales.

El contenido de la regulación proyectada suscita algunas observaciones en diversos puntos que abordaremos a continuación. Comenzamos por la denominación. La Disposición adicional undécima de la Ley del Sector de Hidrocarburos 34/1998 llamó a la CNE, “Comisión Nacional de Energía” mientras que el Anteproyecto al recuperar al extinto ente añade el artículo “la” en su denominación y lo nombra “Comisión Nacional de la Energía”. Desde mi más sincera opinión de ávida lectora y apasionada abogada por el Derecho de la Energía la correcta denominación de la institución se antoja imprescindible hacia la homogenización lingüística de la misma y la omisión de confusión en los escritos que se dirijan a la Comisión.

A la luz de los plazos fijados en el Anteproyecto de Ley de la CNE, la nueva Comisión deberá estar constituida y plenamente operativa en un plazo de cuatro meses desde la aprobación de la Ley de creación.

Al configurar la naciente CNE como poder y, en cuanto tal, como sujeto autorizado a ejercer coacción, es natural que se la defina como una autoridad reguladora independiente. Debo recordar que las A.A.I. a tenor del artículo 109 de la Ley 40/2015 son: *«1. Son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley. 2. Las autoridades administrativas independientes actuarán, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial».*

Nótese, que las principales características de las A.A.I. según el artículo 144 de la Ley 40/2015 se nutren de dos adjetivos, el de independencia y el de autonomía.

Precisamente, el de independencia tiene, a mi juicio, un doble requisito al exigírsele una independencia institucional y política, y por otro, exigiéndole que sea totalmente independiente de cualquier interés privado. Insisto en este requisito con el fin de que no se vea comprometida la independencia del futuro regulador energético.

Por el lado de la autonomía, la A.A.I. debiera disfrutar de un presupuesto anual adecuado ejecutándolo con autonomía, dentro de ciertos límites. Así la nueva CNE deberá disponer de recursos humanos suficientes de alta profesionalidad y de recursos financieros adecuados para el desempeño de sus obligaciones y la consecución de la misión asignada.

Esta es la exigencia que subyace del artículo 57 de la Directiva (UE) 2019/944 que requiere que las autoridades reguladoras han de contar con recursos financieros suficientes para desempeñar sus competencias de manera eficaz y eficiente. Incluso la Directiva señala que han de contar con dotación anual separada con autonomía en la ejecución del presupuesto asignado. Sin embargo, se observa en los artículos 28 y 29 del Anteproyecto que la futura CNE se nutrirá, principalmente, de los presupuestos generales del Estado. Parece más acorde que puestos a resucitar a la CNE se recupere también el sistema de financiación que ésta tenía a través de las tasas en consonancia con la normativa europea.

Se regula el sistema de rotación del Consejo que estará compuesto por un número de siete miembros y tendrán la consideración de altos cargos, atendiendo al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres. Se nombrarán para un mandato fijo de seis años sin posibilidad de reelección, con renovaciones parciales cada tres años. Los consejeros de la futura CNE se elegirán, según la regulación proyectada, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito

de actuación de la Comisión, con una experiencia mínima de cinco años en materias relacionadas con los sectores objeto de supervisión. Por su parte, los titulares de las Direcciones de Instrucción tendrán también la consideración de altos cargos, y serán elegidos entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional, con una experiencia de 7 años en el diseño y gestión de políticas públicas.

Respecto al requisito de la experiencia, el Anteproyecto hace una distinción entre los miembros del Consejo que lo fija en 5 años mientras que para directores se establece en 7 años sin aportar motivación alguna. Debe, pues, aclararse. Sea como fuere, la CNE ejercerá sus funciones a través del Consejo y del Presidente de la CNE, que lo será también de su Consejo. Llama la atención, de manera positiva, que el texto recoja que en la composición del Consejo deberá regirse por el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, un paso adelante hacia la igualdad real que este sector, altamente masculinizado, tanto necesita.

Según el Anteproyecto, la CNE estará adscrita al MITECO lo que supone un avance respecto del sistema actual pues la CNMC se encuentra adscrita al Ministerio de Economía. En este sentido, es procedente esbozar las siguientes dos observaciones. La primera, no es objetable, que las autoridades reguladoras independientes estén adscritas a la Administración General del Estado pero que lo estén a través del departamento ministerial correspondiente por razón de la materia. Por este argumento, tiene toda lógica que sea el Ministerio de ramo al que la CNE esté adscrita y no a otro. Y la segunda observación, adscripción no significa un régimen de continua supervisión.

Los sectores sobre los que la CNE ejercerá sus funciones son el sector eléctrico, el sector de los hidrocarburos líquidos, el sector del gas natural, el sector del hidrógeno y otros gases renovables. Sobre este punto sugiero las siguientes dos mejoras. La primera conviene que se revise el párrafo primero del artículo 8 del Anteproyecto pues únicamente hace referencia a los sectores eléctrico y del gas natural, omisión que no parece intencionada sino probablemente debido a un defecto de redacción. Y por lo que respecta a las funciones de la CNE en materia del hidrógeno se aconseja que estas funciones se amplíen y se concreten una vez las instituciones europeas hayan aprobado el “paquete de gas e hidrógeno”<sup>56</sup> y que se haya incorporado al ordenamiento jurídico español.

Descendiendo al plano meramente funcional y operativo concerniente a las funciones encomendadas a la futura y propuesta CNE, no solo ratifican, en su mayor parte, las funciones que fueron atribuidas a la CNMC por la Ley 3/2013 mediante el artículo 8 que lleva por rúbrica “*Funciones en el ámbito del sector eléctrico, en el sector del gas natural y en el del hidrógeno y otros gases renovables*”, sino que se va más allá.

Tanto es así que hasta se rescata a la antigua Oficina de Cambios de Suministrador (OCSUM) “48. *Supervisar la actividad de la Oficina de Cambios de Suministrador de electricidad y gas natural*”. Sorprende, a mi juicio, que el artículo 8 ahora recobre esta oficina que fue incorporada mediante la Ley 17/2007<sup>57</sup> y derogada, por los altos costes que comportaba, con la entrada en vigor de la Ley del Sector Eléctrico 24/2013<sup>58</sup>.

Sobre la OCSUM puede verse uno de mis trabajos que lleva por título “Derecho del Comercio Eléctrico”<sup>59</sup> en donde argumento la innecesariedad de la introducción de esta oficina en el proceso de liberalización. Como allí dije y sigo manteniendo, por mucha libertad de cambio de proveedor que prevea la regulación eléctrica si, en la práctica, hay obstáculos burocráticos, cuando no falta de voluntad

---

<sup>56</sup> El paquete de gas e hidrógeno incluye normas comunes del mercado interior para los gases renovables y naturales y el hidrógeno, que recibió el visto bueno de los 27 Estados miembros en la reunión del 29 de marzo de 2023.

<sup>57</sup> Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. «BOE» núm. 160, de 5 de julio de 2007.

<sup>58</sup> Boletín Oficial del Estado núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.

<sup>59</sup> ENCINAR ARROYO, N. *Derecho del Comercio Eléctrico*. Editorial Aranzadi. 2018, pp. 740 y siguientes.

que dificulta la movilidad de los consumidores, la liberalización del sector eléctrico quedará frustrada. Y esto es así pues desde una perspectiva global, el grado de movilidad de los consumidores es un indicio significativo del grado de competencia efectiva del mercado minorista. Quiero pensar que se debe a un descuido de técnica legislativa en la redacción del Anteproyecto.

Como ya está dicho, la lectura detenida del Anteproyecto evidencia que se amplían las facultades de la CNE en materia del hidrógeno. Y también sobre los nuevos modelos de negocio<sup>60</sup> propios del proceso de descarbonización. Si la *ratio iuris* de la CNE proyectada reside en hacer una Comisión apta a los nuevos objetivos de la Agenda 2030 y la descarbonización que -según dice- la MAIN<sup>61</sup> “*responde a las exigencias derivadas de la lucha contra el cambio climático*”, es necesaria toda supervisión e inspección sobre estos nuevos sujetos con independencia de que se hayan tipificado por el Real Decreto-ley 23/2020<sup>62</sup> como actividades liberalizadas.

Recuérdese, además, que la agregación de la demanda<sup>63</sup> es un elemento habilitador para la consecución de la neutralidad climática pues contribuirá a garantizar la seguridad de un futuro incierto con una energía verde y poco predecible. En el actual episodio bélico en el que la seguridad del suministro eléctrico se ve amenazada por la guerra de Ucrania urge la incorporación, de estos modelos, al ordenamiento jurídico español para no ponerla en riesgo<sup>64</sup>.

El almacenamiento como la agregación son formas de conseguir flexibilidad del suministro tanto desde la óptica del consumo como desde la producción. La figura del agregador es clave pues reducirá los costes energéticos de los consumidores. La incorporación de la Directiva europea al derecho nacional debía haber sido realizada, a más tardar, el 31 de diciembre de 2020. Todo parece apuntar que estamos ante una regulación incompleta e inacabada de la materia.

Después de cruzar este desierto normativo, como es bien conocido, con la Ley 3/2013 se atribuyeron al Ministerio las funciones contempladas en su Disposición adicional octava en relación con la Disposición transitoria cuarta, pero que transitoriamente, al no haberse producido el traspaso de medios materiales y humanos, ha seguido realizando la CNMC durante once años. El principal cambio introducido por el Anteproyecto de Ley de la CNE es que el artículo 8 pasa a recoger en sus apartados finales estas funciones.

Nos estamos refiriendo a las funciones de inspección<sup>65</sup>, a las de acordar la iniciación de expedientes sancionadores, la función de información, atención y tramitación de las reclamaciones planteadas por los consumidores, así como las funciones de liquidaciones de los costes de los sistemas eléctrico y gasista.

En puridad y al amparo de la Directiva (UE) 2019/944, estas funciones corresponden al organismo. Cabría preguntarse cómo lo va a hacer la futura CNE. De un simple vistazo al capítulo II del Anteproyecto se observa que se multiplican sus funciones mientras que los recursos humanos del ente

---

<sup>60</sup> ENCINAR ARROYO, N. *Almacenamiento, redes y agregación eléctrica en España. El trinomio indispensable para una transición energética sostenible* en Anuario iberoamericano de derecho de la energía. Volumen III. El derecho de la energía sostenible / Luis Ferney Moreno Castillo (director) ; Carlos Villanueva (coordinador). 2021.

<sup>61</sup> Memoria de Análisis de Impacto Normativo.

<sup>62</sup> Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica. «BOE» núm. 175, de 24 de junio de 2020.

<sup>63</sup> ENCINAR ARROYO, N. *Almacenamiento de electricidad y agregación de la demanda: vectores clave para la implantación masiva de las energías renovables*, fecha prevista de publicación 2024. Editorial Aranzadi. Intervención realizada en el II Congreso de la Asociación Española de Derecho de la Energía, Barcelona Junio 2023. También de la misma autora puede consultarse *Derecho del Comercio eléctrico en la transición renovable* en VV.AA *Energía y Derecho ante la Transición Renovable*. Editorial Aranzadi. Septiembre 2019

<sup>64</sup> Al permitir conservar la energía en momentos de superávit y utilizarla en situaciones de déficit.

<sup>65</sup> La pp. 8 de la MAIN crea “*por medio de una nueva Dirección de Inspección*”.

regulador han sido siempre, por regla general, escasos. El matiz observado se aprecia en un momento en el que el colapso en la resolución de conflictos de acceso es exponencial<sup>66</sup>.

Es una realidad objetiva que la CNMC no está contestando los conflictos de acceso que los operadores presentan en tiempo y forma incumpliendo de este modo el mandato legal<sup>67</sup>. Luego, advertida esta realidad urge que se incremente su equipo humano lo que permitiría sortear retrasos en otros asuntos de especial relevancia y lograría desaparecer el cuello de botella que *a priori* sufre la CNMC. Repárese que esta función, la de resolución de conflictos, es de extraordinaria importancia tanto para la consecución de los objetivos climáticos como por la razón de ser del ente regulador que debe velar por un acceso objetivo, transparente y no discriminatorio<sup>68</sup>.

Sería preciso para el adecuado funcionamiento del sector que a la CNE se le invista de la *potestas* suficiente para que pueda tomar decisiones autónomas y predecibles y que sean independientes de cualquier interés de terceros. Aquí, la clave de la cuestión está en que la CNE no solo establezca o apruebe las tarifas de transporte o distribución con criterios transparentes<sup>69</sup> o proponga, en su caso, al Ministerio las metodologías empleadas para calcular las tarifas con el propósito de que éste adopte una decisión final y sin perjuicio, de que el Ministerio esté facultado para aprobar o rechazar el proyecto que presente la CNE. Sino que también la CNE garantice la transparencia sobre todos los elementos de juicio tenidos en consideración a la hora de establecer la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución, así como en todos los expedientes objeto de su conocimiento y, que los mismos sean puestos a disposición de los operadores. En esta tarea es crucial que los informes, notas internas, hojas de cálculo, borradores, resoluciones y dictámenes sean fácilmente accesibles en su página website o través de su sede electrónica.

Por lo demás, resulta muy relevante que el artículo 8.1 i) permita que la CNE recoja en sus circulares la posibilidad de considerar incentivos de calidad del servicio, reducción de los plazos de tramitación de las solicitudes de acceso y conexión pues es la mejor manera de reflejar la inclusión de la descarbonización. Incentivos para las distribuidoras que permitirán agilizar los puntos de recarga de vehículos eléctricos y sistemas de autoconsumo. Hoy en día ya las circulares normativas de la CNE incorporan, en la metodología de retribución, un incentivo económico relativo a la prudencia financiera y se ha demostrado que representa un acicate y una justa recompensa para las distribuidoras más diligentes.

En el Anteproyecto se hace referencia a los costes permanentes del funcionamiento del sistema eléctrico que, como se recordará, incluía, según la Ley del Sector Eléctrico 54/1997, la compensación por el mayor coste del suministro a los consumidores insulares y extrapeninsulares; Operador del sistema; Operador del mercado; Comisión Nacional de Energía (CNE). Pues bien, la Ley del Sector Eléctrico 24/2013 procedió a eliminar este concepto. Por consiguiente, se sugiere que se elimine la referencia a los costes permanentes que se hace en el apartado 47 del artículo 8.1.

De todas las funciones asignadas a los reguladores<sup>70</sup> la función de supervisión de la toma de participaciones en el sector energético, la denominada antigua “función decimocuarta”, ha sido siempre una herramienta para el Gobierno<sup>71</sup> dispuesto a bloquear una transacción económica<sup>72</sup>.

---

<sup>66</sup> Recuérdesse que el artículo 12.2 de la Ley 3/2013 fija el plazo de resolución de conflictos “*en el plazo de tres meses desde la recepción de toda la información*”.

<sup>67</sup> Artículo 12.2 de la Ley 3/2013 establece, “*en el plazo de tres meses desde la recepción de toda la información*”.

<sup>68</sup> Me remito a la sección segunda de este trabajo.

<sup>69</sup> Véase artículo 59 de la Directiva (UE) 2019/944.

<sup>70</sup> Ya sea a la CNMC o a la extinta CNE.

<sup>71</sup> A través de la extinta CNE.

<sup>72</sup> Aunque el sistema que se implantó con la CNMC fue radicalmente distinto al que existía con la CNE por cuanto ya de inicio cambió el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo.

Bajo el régimen de la CNMC el órgano competente para conocer de una operación susceptible de ser encapsulada dentro de la “función decimocuarta” era el Ministerio<sup>73</sup>. Con la ahora propuesta CNE se produce una repartición de tareas entre el Ministerio y la CNE. Corresponde a la CNE la instrucción y la propuesta pues es la Comisión la institución que goza del “*know how*” técnico. Mientras que al MITECO le corresponde la resolución con la adopción de condiciones, si así fuera el caso, por ser materias de seguridad y orden público. Aunque también se faculta a la CNE para proponer al MITECO la adopción de medidas en los casos de amenaza real y suficientemente grave para la garantía del suministro.

Cabe realizar una reflexión a esta función prevista en el futuro artículo 9 del Anteproyecto y es aquella consistente en el cambio relevante que se introdujo con la CNMC poniendo de relieve que el acto que debía realizar el sujeto titular de la transacción era el de una comunicación y no autorización. Así es, comunicación *ex post*, una vez ejercida la operación. En consecuencia, desapareció el sistema que durante años había sido dominado por la autorización previa y que se respeta en el nuevo régimen de la CNE.

Producida la operación, el plazo para comunicar a la CNE y a la Secretaría de Estado de Energía del MITECO es de 15 días. Tras la comunicación, la propuesta de la CNE deberá trasladarse al MITECO de forma motivada en el plazo máximo de 30 días desde la comunicación y la resolución con la adopción, en su caso, de condiciones, cuando exista una amenaza real y suficientemente grave para la garantía del suministro, deberá notificarse en el plazo máximo de 60 días desde la comunicación. El plazo comienza a operar, desde el momento en que el adquirente formula la comunicación preceptiva. Las condiciones que se impongan deben respetar los principios de proporcionalidad y protección del interés general.

Expuesto el nuevo sistema merece advertir que se sustituye la obligación de la CNE de evacuar un informe no vinculante sobre las condiciones impuestas, según estaba contemplado en la Disposición adicional novena una vez que esta función fuera traspasada desde la CNMC al Ministerio por la formulación de una propuesta. Parece más acorde que se mantenga la figura del informe como escalón necesario a efectos procedimentales y por la misión propia a la que está llamada la Comisión a desempeñar.

Debemos indicar que la CNE puede solicitar información y diversa documentación sobre la operación a fin de supervisar el cumplimiento de las obligaciones/condiciones impuestas por el MITECO.

Por lo que respecta a la resolución de conflictos, prevista en el futuro artículo 10 del Anteproyecto, adicionalmente a lo ya expuesto, se debiera de ampliar el plano competencial abarcando no solo a los mercados de electricidad y del gas sino también a los mercados de hidrocarburos en consonancia con el artículo 1.3 del Anteproyecto. De otro lado, se echa en falta el plazo máximo para interponer un conflicto ante la CNE que conforme al artículo 12.1, párrafo final, de la Ley 3/2013, es de un mes.

Con todo lo expuesto, no debería sorprender que estamos a tiempo de corregir los errores del pasado. Así hacemos un llamamiento al legislador para que considere las sugerencias de mejora que aquí proponemos pues, como ya he advertido, urge una nueva visión de la comisión reguladora. En este elenco de recomendaciones paso, a continuación y para terminar, a detenerme en la función arbitral.

---

<sup>73</sup> El antiguo Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Téngase por cuenta, que en tanto no se aprobara la Orden de Presidencia que procediese al traslado de las funciones al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, la función decimocuarta seguía radicada en la CNMC. Condición que fue introducida tras la aprobación del Real Decreto-Ley 9/2013. Y ha sido una de las asumidas por la CNMC con carácter transitorio.

El pasado mes de septiembre de 2023 se circuló a audiencia pública una propuesta de Reglamento sobre el arbitraje de la Comisión Nacional de los mercados y la competencia<sup>74</sup>. También en el mes de febrero de 2024 se sometió a una segunda vuelta de consulta pública una vez consideradas las alegaciones recibidas durante el mes de octubre anterior.

Sea como fuere y sin ánimo de exhaustividad, diremos que tanto la CNMC como la CNE propuesta ejercen también funciones de arbitraje para lo cual aplicará la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje<sup>75</sup>, función que no tendrá carácter público y además será gratuito.

El sistema descrito lo establecía el artículo 5 1b), de la Ley 3/2013 al reconocer que la CNMC realizará las 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. Pues bien, el Anteproyecto de Ley de la CNE, desafortunadamente, de manera continuista copia el mismo texto en el artículo 7 1.b, lo cual es un desperdicio, como a continuación razonamos.

Como es sabido, la Ley 60/2003 establece un sistema de arbitraje administrado que perfectamente podría promover y gestionar la CNE, pero a nuestro juicio, es contrario a la Ley y a la tradición española del arbitraje que el órgano rector de la CNE se constituya en árbitro como lo hizo, errónea y fracasadamente, la CNMC y la extinta CNE, porque el órgano rector del regulador tiene potestad de inspección y sanción incompatibles con la de dictar laudos, además de que carece de sentido que órganos colegiados de entidades públicas se conviertan en árbitros, siendo contradictorio otorgarles carácter de árbitro y afirmar que la función arbitral no tendrá carácter de público.

No parece razonable, aunque posible, la idea de un árbitro ente público<sup>76</sup> en un sistema de arbitraje privado siempre que tal arbitraje no pierda la exigencia básica de libre sometimiento, y siempre que se establezca un Reglamento de arbitraje civil administrativo, congruente con la vigente Ley de Arbitraje Civil.

En plena incoherencia con lo prevenido en la norma con rango legal y, consecuentemente, vulnerando el *principio de legalidad*, el artículo 46 del Real Decreto 657/2013 establecía que la CNMC «podrá desempeñar las funciones de arbitraje institucional». Y en el apartado tercero se dice que «[...] Corresponde al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la administración del arbitraje, pudiendo cada una de las Salas, en atención a la materia objeto de la reclamación, designar árbitros y determinar los honorarios según los aranceles aprobados por el Consejo».

De nuevo estamos ante una desatinada técnica legislativa que negando el arbitraje administrado en la norma con rango legal lo consiente su desarrollo reglamentario quebrantando el *principio de legalidad*. Para salvar tan desafortunada redacción el nuevo artículo 7.1.b del Anteproyecto de Ley de la CNE debiera decir «Gestionar un sistema de arbitraje administrado...» y no «Realizar las funciones de arbitraje...».

Por último, nos parece acertado que el Ejecutivo haya retirado del Anteproyecto la referencia específica que había en los primeros borradores al cambio de sede del organismo. Precisamente, es esta

---

<sup>74</sup>[https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/CNMC/1\\_ARBITRAJE\\_001\\_23\\_Propuesta%20Reglamento%20arbitraje%20CNMC.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/1_ARBITRAJE_001_23_Propuesta%20Reglamento%20arbitraje%20CNMC.pdf)

<sup>75</sup>Ley 60/2003 publicada en el BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003, modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, núm. 121, BOE de 21 de mayo de 2011. Y también por Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011.

<sup>76</sup>NEBREDA, J. *Arbitraje privado con la Administración como árbitro* en *Manual de Derecho de la Contratación Privada y Pública*. Ed. Iustel, Madrid, 2005, pp. 614 y ss.

Comisión, la CNE, la que ha estado ubicada en su histórica calle Alcalá 47 desde principios de siglo y sería preferible que siguiera siendo así.

A pesar de que cualquier reflexión que se haga sobre la iniciativa de segregar la CNMC y restablecer la CNE es positiva habrá que estarse al concreto articulado de la norma de creación. Esto es, se trata ahora de ver cuáles serán las líneas que trazarán la constitución de la nueva autoridad regulatoria, y que en la creación del nuevo modelo se respeten los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

De modo que, para ir concluyendo, de confirmarse y materializarse esta reforma se produciría, a mi entender, el divorcio entre la regulación y la competencia, matrimonio que nunca debió celebrarse por carecer, los contrayentes, de la intención de perdurabilidad en el tiempo y sin disponer de la bendición de las instituciones europeas<sup>77</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

Como conclusión inicial pero necesaria procede poner de manifiesto que la lucha existencial que supone el cambio climático se ha convertido en una de las materias claves en la agenda europea para la consecución de la neutralidad climática en el horizonte 2050. Lo cual explica que las instituciones europeas y los Estados miembros de la UE de los 27 hayan incrementado sus lazos para hacerlo frente. La lucha contra el cambio climático y la transición energética deben cambiar el esquema de los poderes públicos. Se necesita ahora más que nunca una política firme y coordinada para garantizar la llegada de las inversiones y lograr el cumplimiento de los objetivos de energía y clima.

Hasta la fecha la trascendencia del regulador nacional ha residido en la consecución de un doble objetivo. Primero, lograr la competencia en el mercado nacional y la eficiencia en la red cuyo beneficiario final es siempre el consumidor. Segundo, garantizar la protección al consumidor. A éstos hay que añadirle, un regulador especializado en la transición energética que permita la descarbonización del sector eléctrico con una economía sostenible, segura y electrificada.

La esplendorosa vitola que ha acompañado el proceso de liberalización ha quedado ensombrecida por algo más que los inevitables borrones que aparecen en la redacción de un nuevo modelo institucional. Sin ánimo de ser exhaustivos, hasta cinco intentos de establecimiento de regulador han existido y la fórmula sigue sin convencer. Si se opta por una apostemos por ella. Ello dará estabilidad jurídica al sector.

De forma más específica pienso en claras y patentes carencias de la CNMC, como han sido expuestas a lo largo de estas líneas. Varias razones me llevan a sostener lo anterior. La primera, la Ley otorgó a la CNMC una función arbitral de casi imposible puesta en práctica, (como ocurrió con la extinta CNE y todo parece indicar que también con la futura CNE), cuando debió otorgarle competencia para constituir y administrar un sistema de arbitraje civil, que incluya el de consumo, para otorgar solidez institucional al régimen de resolución de controversias entre operadores y operadores y consumidores, pues el sistema de arbitraje de consumo previsto, con base en las OMICs, es manifiestamente mejorable. La segunda, la Ley obvia el apoyo institucional a la atención y asesoramiento del consumidor, pudiendo haber previsto la constitución de una oficina de atención y asesoramiento de ámbito nacional, pues la informática permite hacerlo, que garantice la calidad y la generalización del asesoramiento y ello evitaría la considerable confusión que tienen los consumidores acerca del organismo al que acudir para la resolución de sus reclamaciones.

---

<sup>77</sup> Así lo atestigua el Considerando 61 de la 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, DOUE 14.08.2009, L 211/55, que reza: «Las autoridades reguladoras nacionales deben comunicar a las autoridades de competencia y a la Comisión los Estados miembros en los que los precios vayan en perjuicio de la competencia y del adecuado funcionamiento del mercado». De lo que se infiere la idea de la existencia de dos autoridades separadas.

Para evitar el riesgo de devaluación abusiva de la institución, más aún en medio de una crisis energética que lo agrava, en este trabajo hemos propuesto para facilitar la reforma, una veintena de sugerencias de mejora al articulado del Anteproyecto de Ley de la CNE. Luego, hay que aprobar nueva regulación, ya lo creo, pero se debe saber, qué se debe regular y cómo hacer todo eso para que el resultado sea comedidamente positivo. Estas sugerencias de mejora tienen los siguientes objetivos.

En primer lugar, el establecimiento de una CNE que actúe con transparencia, imparcialidad y completa independencia. Una entidad jurídicamente distinta y funcionalmente independiente que englobe tanto al propio personal como a los encargados de la gestión. Actuando, todos ellos, con independencia de cualquier interés comercial y sin pedir ni accepar instrucciones de ningún Gobierno, ni de ninguna otra entidad pública o privada.

En segundo lugar, una CNE que adopte decisiones autónomas, disponga de dotaciones presupuestarias anuales separadas y desarrolle su misión con autonomía en la ejecución del presupuesto asignado.

En tercer lugar, que garantice una retribución apropiada a los distribuidores que les permita recuperar sus costes de inversión, así como los incurridos por apoyar la flexibilidad y la innovación tecnológica. Los parámetros retributivos de la distribución eléctrica y su remuneración anual debe ser adecuada pues son los distribuidores quienes van a potenciar la modernización de las redes en redes inteligentes, innovadoras y sostenibles.

En cuarto lugar, que controle el grado y la efectividad de apertura del mercado y la competencia del mercado minorista, los precios domésticos, las reclamaciones de los consumidores. Asegure el acceso de los clientes a sus datos de consumo. Sitúe a los consumidores en el centro del nuevo modelo energético descarbonizado, descentralizado y líder mundial en energías renovables en el que se proteja a los bosques, la naturaleza, se cuide la calidad del aire y donde la digitalización y la innovación sean las palancas del cambio. Una metamorfosis verde y digital para la consecución de una neutralidad climática en plazo y una transición ecológica socialmente justa y de manera provechosa.

En quinto lugar, jurídicamente, a la postre, esta centralización con el restablecimiento de un mando único debe tener una cooperación en cuestiones transfronterizas no solo con ACER sino también con los reguladores nacionales de los respectivos Estados miembros para la consecución no solo de los objetivos en materia de energía y clima sino también de la consolidación de un mercado interior de la energía.

Parece obligado concluir sosteniendo que a juzgar por la finalidad última que subyace de la regulación proyectada, cabría pensar que el restablecimiento de la CNE sería una especie de "varita mágica" que resolvería todos los problemas ambientales y lograría la neutralidad climática. Y no hay ni "varita mágica" que haga ningún prodigio ni tampoco depende de ella. Y esto lo mantenemos porque siempre se ha tenido el convencimiento de que si los Estados miembros creaban y fomentaban reguladores con estas características el mercado interior funcionaría. Y no ha sido así. La consecución del mercado único no constituye una aspiración imposible. Cinco paquetes energéticos están siendo necesarios para que su consecución se perciba más cercana.

Es entonces en este estado de las cosas donde tenemos que remachar que la transición demanda un marco institucional claro, estable y predecible con una regulación equitativa y justa, orientada a la eficiencia, invirtiendo en tecnología, que se centre en los problemas reales y que minimice sus efectos con predictibilidad, en claro beneficio de los ciudadanos, de los colectivos vulnerables, de los inversores nacionales e internacionales y de todos los agentes del sector. Sin inversión no habrá transición y sin garantías de cobro en la retribución de los operadores no habrá inversión. Este es el papel que esperamos de la CNE restablecida.