

## Resumen

El debate abierto sobre la mejora en la eficiencia de los organismos regulatorios en España ha llevado al ejecutivo a elaborar un anteproyecto de ley (APL) con el objetivo de fusionar las actuales agencias regulatorias. Además, la Exposición de Motivos reconoce que se debe reformar el sistema de regulación y supervisión dado el entorno de «austeridad en el que se encuentra la Administración Pública». Si bien ambos objetivos no son contradictorios, tampoco son necesariamente complementarios. En este artículo evaluamos la repercusión que este APL podría tener en el sector energético por la previsible pérdida de independencia derivada del sistema de elección de los miembros y de la cesión al Gobierno de ciertas funciones que anteriormente desempeñaba la CNE. Argumentamos que el APL supondría una involución en la búsqueda de un órgano regulatorio más independiente cuyo objetivo último es un mercado más eficiente.

*Palabras clave:* mercados energéticos, agencias de regulación, eficiencia económica, marco legislativo.

## Abstract

The existence of an open debate on improving the efficiency of the regulatory agencies in Spain has led the government to prepare a draft law (hereinafter APL) with the goal of merging the existing regulatory agencies. Moreover, the Explanatory Memorandum recognizes that it must reform the system of regulation and supervision given the environment «in which austerity Public Administration is involved». Although both objectives are not contradictory, are not necessarily complementary either. In this paper, we evaluate the impact that APL could have in the energy sector by the expected loss of independence resulting from the system of election of members and the transfer to the Government of certain functions previously performed by the CNE. We argue APL would turn over the search of a more independent regulatory body whose ultimate goal is a more efficient market.

*Key words:* energy markets, regulatory agencies, economic efficiency, legislative framework.

*JEL classification:* K21, L41, L51, L90.

# CONFIGURACIÓN E INDEPENDENCIA DE LAS AGENCIAS DE REGULACIÓN EN LOS MERCADOS ENERGÉTICOS (\*)

**Aitor CIARRETA**

*BRIDGE, UPV/EHU*

**Carlos GUTIÉRREZ-HITA**

*Universidad Miguel Hernández*

**Aitor ZURIMENDI**

*BRIDGE y UPV/EHU*

## I. INTRODUCCIÓN

La liberalización de los mercados energéticos acaecido durante las dos últimas décadas ha llevado a los gobiernos a ser una parte activa en el desarrollo y tutela de los mismos mediante la articulación de políticas regulatorias. En efecto, al liberalizarse los mercados se ha hecho necesario definir bien unas *reglas del juego* y garantizar la libre competencia. La opinión académica y profesional coincide en la especificidad del mercado energético, que requiere de grandes inversiones e infraestructuras y que además produce y comercializa un bien de primera necesidad. Todo ello exige una intervención pública a través de una regulación que racionalice el uso de dichas infraestructuras respetando el entorno, que además garantice el suministro a cualquier demandante a un precio competitivo y que a su vez remunerare su producción y distribución. Por estos motivos sería imposible conseguir un mercado eficiente dejando actuar a las empresas en un entorno no regulado abierto, tal y como sucede en otros mercados. Los países se enfrentan al reto de diseñar un marco regulatorio que sea capaz de alcanzar el objetivo último de eficiencia mediante la creación de un órgano independiente y experto en la materia que sea impermeable a

intereses particulares, tanto económicos como políticos. España no ha sido ajena a este movimiento desde principios de los años noventa y, debido a factores tecnológicos y de aumento de la demanda principalmente, se inició el proceso de liberalización de los mercados energéticos.

Los organismos regulatorios deben convivir con las agencias de competencia cuyo objetivo es preservar, garantizar y promover una competencia efectiva en los mercados (art. 12 LDC). En concreto, entre sus funciones (especificadas en los artículos 24 a 26 de la LDC) se destacan la de perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas de las empresas, el control de las concentraciones, la realización de informes que adviertan a los órganos legislativos de la repercusión negativa que cierta regulación puede traer a la competencia, solicitando su supresión o modificación, etcétera.

A menudo se concentran dentro de un mismo campo las acciones gubernamentales en materias de regulación y competencia. Sin embargo, aunque orientadas a la consecución del mismo objetivo —la eficiencia de los mercados—, pertenecen a campos de acción diferentes. En la materia que nos ocupa es incluso más importante la diferenciación entre regulación

y competencia, pues los mercados energéticos, y en particular el eléctrico, constituyen industrias organizadas en varios niveles y la definición de competencias y líneas de actuación tiene consecuencias en cada uno de estos niveles de negocio, aunque estas sean implementadas en solo uno de ellos.

La regulación de mercados tiene que ver con todas aquellas reglas que definen el marco en el cual se desarrolla el mercado y, por ende, son llevadas a cabo *ex ante*. Están recogidas en normas con rango de ley o reglamentario publicados en el *Boletín Oficial del Estado*. La política de competencia, sin embargo, tiene por objetivo corregir y, en su caso sancionar, todas aquellas acciones de los agentes de mercado que tienen por finalidad la restricción a la libre competencia, constituyen un menoscabo para la libertad de mercado o dañan a los consumidores. Están dentro de ellas las concentraciones, el abuso de posición de dominio y los acuerdos o prácticas restrictivos de la competencia. Son acciones *ex post* que deben estar sancionadas por agencias de competencia autorizadas para tal fin.

Los objetivos centrales de la teoría económica de la regulación y preservación de la libre competencia son explicar quién recibirá los beneficios o los costes de la regulación y las conductas anticompetitivas, qué formas toma y los efectos que tiene sobre la asignación de los recursos. Respecto a las políticas de regulación *ex ante* de mercados, existen dos visiones que explican por qué ciertas industrias son reguladas. La primera visión es aquella que busca proteger a los consumidores en general o al menos a un subgrupo de ellos, puesto que ellos son los máximos beneficiarios de la

existencia de mercados eficientes y las principales víctimas de las conductas anticompetitivas (1). Es esta la visión que al menos sobre el papel tiene nuestro sistema regulatorio y protector de la competencia. Sin embargo, no hay que esconder que en ocasiones, por más que este sea el objetivo declarado a perseguir, puede suceder que cierta regulación está fuertemente condicionada por el proceso político y por lo tanto no siempre responde a intereses del bien común (2), circunstancia esta que no debe tolerarse.

Respecto a las acciones *ex post* encaminadas a eliminar y castigar las conductas anticompetitivas, existe el mismo tipo de dualidad: están destinadas a preservar el buen funcionamiento de los mercados (que exista competencia efectiva) y los intereses de los consumidores. Pero puede suceder en ocasiones, como algunos agentes han denunciado, que dicha actividad esté condicionada por *lobbies* políticos o económicos que no garantizan la consecución de los objetivos marcados para algunos casos o mercados concretos. Hablaremos, salvo que sea necesario particularizar, de política de regulación para referirnos a la regulación *ex ante*, y a medidas de salvaguarda de la competencia cuando nos referimos a la regulación *ex post*.

Este trabajo analiza cómo se debe constituir el organismo regulador para conseguir mercados energéticos más eficientes. En otras palabras, cómo debe articularse la regulación para que se favorezca la competencia efectiva. La respuesta depende en buena medida de cuatro factores relacionados, a saber: *a)* los recursos disponibles por el regulador, *b)* la independencia en las actuaciones del regulador, *c)* la convicción por parte de los poderes públicos

sobre la necesidad de proveer bienes y servicios que remuneren su producción sin fijar precios abusivos para los consumidores, y *d)* la promoción de la innovación en los mercados.

El proceso regulatorio es complejo, ya que el diseño óptimo de un marco que garantice la competencia efectiva resulta decisivo para que la liberalización tenga éxito. Existe una amplia literatura que se ocupa de este tema. En un artículo clásico sobre regulación, Stigler (1971) analiza la *demand* de regulación por parte de algunos grupos de interés. Recientemente Armstrong y Sappington (2006) distinguen entre políticas de liberalización que son por lo general pro competitivas y políticas de liberalización con resultados anticompetitivos. En su estudio, se centran en el diseño óptimo de políticas de liberalización que tengan en cuenta los problemas de información imperfecta y la existencia de instituciones imperfectas.

El trabajo se organiza de la siguiente manera. La sección II analiza la situación actual de la regulación de los mercados energéticos en España. Discutimos los instrumentos disponibles por las agencias reguladoras para llevar a cabo su actividad hasta ahora, analizando las funciones principales de los organismos de la competencia. Se identifican problemas de coordinación y superposición entre ambos órganos de supervisión. En la sección III se comenta y describen las estrategias de organización de otros países de la UE y Estados Unidos. La sección IV profundiza en el problema de la elección de los miembros del Consejo de la nueva institución. La sección V realiza una valoración crítica del APL y emitimos nuestras recomendaciones. Finalmente, la sección VI recoge un resumen de lo expuesto.

## II. LAS AGENCIAS DE REGULACIÓN DE LOS MERCADOS ENERGÉTICOS EN ESPAÑA: DESARROLLO Y SITUACIÓN ACTUAL

En el régimen aún vigente conviven en España dos organismos autónomos cuya actuación tiene incidencia en el sector energético. La Comisión Nacional de la Energía (CNE) es el órgano con facultades específicas en el sector energético, mientras que la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), como es sabido, actúa sobre todos los mercados y, en particular, también sobre el de la energía. Durante sus años de convivencia en materia regulatoria y de competencia ha habido algunas situaciones en las que ambos órganos han actuado de forma descoordinada emitiendo decisiones o informes contradictorios. Aunque en la mayoría de ocasiones el sentido de sus decisiones y reglamentaciones han estado marcados por las mismas directrices, se hace necesario evaluar dónde y por qué han surgido discrepancias y cómo el nuevo órgano puede constituir una oportunidad para mejorar la eficiencia regulatoria y la libre competencia en el mercado energético.

Dado que el objetivo de este trabajo es analizar qué sistema organizativo es más eficiente y si hay o no duplicidades en las funciones de los distintos órganos, tenemos que estudiar primero cuáles son las competencias de cada uno de ellos (CNE y CNC), determinando su alcance y analizando si en su ejercicio ha habido tensiones, descoordinaciones o simplemente duplicidades entre los distintos órganos.

### 1. La CNE

La Disposición Adicional Undécima de la Ley 34/1998 del

Sector de Hidrocarburos enuncia el objetivo de la Comisión Nacional de Energía: «Promover el funcionamiento competitivo del sector energético para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios y de calidad, en lo que se refiere al suministro de electricidad y gas natural, en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios».

En diciembre de 2009 fueron aprobados los *Planes de actuación de la Comisión Nacional de Energía*, donde se enuncian los objetivos y las líneas de actuación prioritarias de la CNE, junto con un total de 42 planes operativos a desarrollar a corto y medio plazo compatibles con el «tercer paquete» legislativo de la Unión Europea (2008/C 172/11) en materia de Mercado Interior de la Energía. El segundo de los objetivos generales sigue siendo «fortalecer la independencia del organismo y de su función regulatoria» de acuerdo con lo previsto en las directivas 2009/72/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y 2009/73/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. Desafortunadamente, tal fin primordial se concreta en una larga lista de funciones (en concreto 32), que ha sido recientemente reformada por la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, y que podemos agrupar en distintos tipos:

1) *Competencias normativas*. La CNE deberá emitir un informe, preceptivo pero no vinculante, sobre cualquier disposición normativa tanto con rango de ley como reglamentario que afecte al sector energético y de hidrocarburos. Es decir, aunque para la válida aprobación de la norma se requiere la existencia del informe, este es únicamente un requisito de validez formal al no ser preciso que se sigan las recomen-

daciones u observaciones en él vertidas. Ciertamente, parecería contrario a la lógica democrática que fuese directamente la CNE quien dictase esas normas, puesto que sus miembros no gozan de la legitimidad popular que sí tienen los parlamentarios e incluso el Gobierno. No obstante, dado el carácter especializado del órgano y su pretendido carácter independiente, lo ideal sería que se tomaran en cuenta sus reflexiones motivando exhaustivamente las ocasiones en que la norma se separe de ellas. Incluso podrá dictar las circulares de desarrollo y ejecución de las normas contenidas en Reales Decretos y Órdenes del Ministerio de Industria y Energía, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo directo para ello. Asimismo, elaborarán las circulares para el cálculo de peajes de acceso a redes de electricidad, de acceso a redes transfronterizas y cánones por compartir infraestructuras entre empresas.

2) *Confección de informes preceptivos*, pero no vinculantes, sobre determinadas cuestiones. Así, por ejemplo, sobre el proceso de planificación energética se realizan informes sobre la normativa en la determinación de tarifas, peajes y retribución de las actividades energéticas y de acceso a las infraestructuras; también sobre instalación de nuevas instalaciones energéticas.

3) *Facultades de supervisión e inspección* del cumplimiento de la normativa energética entre sus destinatarios y propuesta o apertura de expediente sancionador. Por ejemplo, la supervisión e inspección de la normativa de seguridad; de la normativa de facturación y venta; de los precios y remuneración de las actividades energéticas; de las especificaciones técnicas y del gestor de la red; y, en gene-

ral, del cumplimiento de la normativa que se refiere a la protección del consumidor y usuario. Se le encomienda además a la CNE que como resultado de esas facultades de supervisión e inspección determine los sujetos a cuya actuación sean imputables deficiencias en el suministro a los usuarios proponiendo las medidas a adoptar y que atienda las reclamaciones de los usuarios. No parece por eso que se le atribuya poderes sancionadores, sino más bien que proponga sanciones al órgano administrativo competente; aunque también se le faculta a iniciar e instruir el procedimiento cuando la competencia para imponer la sanción corresponda a la Administración General del Estado.

También se le asigna la supervisión del cumplimiento de la normativa liberalizadora, como la separación de actividades de transporte, regasificación, distribución, almacenamiento, etc.; los cambios de suministrador y que los contratos de suministro no se hagan por plazos innecesariamente largos convirtiendo al cliente en cautivo. Igualmente, se hace una mención expresa a la supervisión del «nivel de transparencia y competencia, incluyendo el de los precios al por mayor», y «el grado y la efectividad de la apertura del mercado y de competencia, tanto en el mercado mayorista como en el minorista. Además, en el caso del sector eléctrico, en las subastas reguladas de contratación a plazo».

4) *Actuar como órgano arbitral* en los conflictos que se susciten entre los sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico o de hidrocarburos.

5) *Autorizar la adquisición de acciones y participaciones* de empresas del sector en los supuestos

mencionados en el número 14 de la Disposición Adicional. En cualquier caso, y dado que la necesidad de autorización de una operación empresarial altera el libre mercado, esta solo podrá denegarse por suponer una amenaza para la seguridad pública o perjudicar notoriamente al usuario poniendo en peligro la mínima calidad del suministro. El mercado eléctrico y de hidrocarburos es estratégico para el funcionamiento de la economía nacional y para salvaguardar las condiciones de vida mínimas de los ciudadanos, y en virtud de tales circunstancias se permite el veto del Estado a alguna operación empresarial. En ocasiones, para determinadas operaciones no se pide la autorización, pero sí su comunicación a la CNE, para que pueda desarrollar mejor sus facultades de supervisión e inspección cuando esas operaciones puedan entrañar algún riesgo no tan grave como el de las operaciones que requieren autorización. Queda claro, por tanto, que el análisis de la CNE en estas autorizaciones no se refiere a los efectos que una concentración económica puede tener en la reducción de la oferta en un mercado, sino más bien a preservar la solvencia de dichas empresas que presentan las características necesarias para garantizar el suministro con una mínima calidad.

6) *Emitir «informe determinante» en los expedientes de control de concentraciones* de empresas que actúen en el sector de energía e hidrocarburos, añadiendo que la CNC al resolver sobre la concentración no podrá disentir del contenido del informe salvo que lo haga «de forma expresamente motivada». La redacción de esta función no deja de ser jurídicamente sorprendente, ya que crea una nueva categoría de informe cuyo alcance no

queda del todo claro. Se habla de informes preceptivos pero no vinculantes cuando son necesarios formalmente para la validez de una decisión (aunque no se exija seguir su contenido), y de informe vinculante cuando además debe acatarse el resultado del mismo. Pero el *informe determinante* parece que pretende ser algo intermedio, dado que se aclara que la CNC solo puede apartarse del mismo de forma motivada. Queda claro que la intención es que la CNC tenga muy presente ese informe y que a poder ser no se aparte de él; pero dado que todas las decisiones de la CNC están motivadas y ajustadas a Derecho (como no podía ser de otra manera), parece que la CNC puede apartarse de él y que, finalmente, por más que se empeñe la redacción de este precepto, los efectos del informe de la CNE serán como los de los informes preceptivos. Nótese que dicha redacción se introdujo fundamentalmente a raíz de la OPA a Endesa y la «peculiar» situación que se creó con la existencia de informes contradictorios, si bien tal redacción no parece haber resuelto ningún potencial conflicto.

7) *Elaborar informes que le sean solicitados por cualquier Administración* relacionados con el sector energético y de hidrocarburos. Se trata de informes no preceptivos pero que le son solicitados por un organismo de la Administración interesado en conocer la opinión de la CNE sobre un tema del que tiene que decidir.

## 2. La CNC

En cuanto a las funciones de la CNC (3, 4), cuyo papel general es garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados, aparecen

descritas en los artículos 24 a 26 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), y se pueden resumir en los siguientes bloques:

1) *Instrucción y resolución de expedientes sancionadores* contra empresas que realicen conductas restrictivas de la competencia, como acuerdos o prácticas concertadas y abusos de posición dominante, tanto cuando resulte de aplicación el derecho nacional o el comunitario. Podrá así sancionar a empresas del sector de energía e hidrocarburos que realicen restricciones horizontales o verticales o que abusen de su posición de dominio. De hecho, si analizamos las resoluciones de la CNC desde que esta fue constituida en el año 2008, se encuentra un número no despreciable de resoluciones sobre estas materias que afectan al sector energético. Particularmente frecuentes son las que estudian abusos de posición dominante de alguna empresa energética o de hidrocarburos, bien porque obstaculiza el acceso a la infraestructura a otras, debiendo hacerlo porque así lo exige la normativa específica del sector; o bien porque para la celebración de un contrato para el que la otra empresa o el consumidor carece de alternativa, se le obliga a celebrar a la vez otro contrato con la misma empresa en el que sí existen otras opciones (contratos vinculados o *tying agreements*); o bien porque se establecen cláusulas abusivas, especialmente en el plazo de duración del contrato, cuando la otra empresa o el consumidor carece de empresa alternativa con la que negociar. Pero también las ha habido de falseamiento de la libre competencia por actos desleales, especialmente porque alguna empresa ha utilizado información privilegiada sobre usuarios para captar esa clientela o porque ha obtenido alguna ventaja com-

petitiva a consecuencia de violar alguna norma específica del sector.

2) *Conocer y decidir sobre los expedientes de control de concentraciones de empresas*. Es la CNC la que autoriza de forma incondicionada, o condicionada, o rechaza la concentración de empresas, también en el sector de energía e hidrocarburos; si bien, como hemos dicho antes, deberá contar con el «informe determinante» de la CNE, del que sin embargo se podrá apartar «de forma motivada». En la práctica la CNC se ha visto obligada a decidir desde su constitución en un número relevante de concentraciones en el sector energético, especialmente en lo que se refiere al sector de la distribución y el transporte, aunque también en algunas sobre producción.

3) *Cooperar y coordinarse con la Comisión Europea* y las autoridades de defensa de la competencia autonómicas en la persecución de las conductas anteriormente mencionadas.

4) *Realizará informes preceptivos pero no vinculantes* sobre proyectos o proposiciones de ley que afecten a la libre competencia y sobre apertura de grandes establecimientos comerciales; por más que el contenido de estos informes no sea vinculante. Igualmente preceptivo es su informe anual sobre las ayudas públicas concedidas en España y su posible impacto en el mercado.

5) *Elaborará informes a petición de cualquier órgano administrativo* que requiera su opinión sobre temas que afecten a la competencia, pudiendo realizar también estudios a iniciativa propia sobre determinados sectores en los que observe deficiencias de funcionamiento,

realizando propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa.

### 3. Problemas de coordinación y superposición entre ambos órganos

Visto el esquema anterior de funciones de los dos órganos, hay que reconocer que si bien ambos tienen como objetivo esencial la consecución de mercados eficientes y competitivos, la labor principal de la CNE es regulatoria o *ex ante*; y la de la CNC es de vigilancia y sanción o *ex post*. La primera parece tener como fin esencial buscar y regular de la forma más óptima posible el mercado energético, ya que presenta unas características complejas con una infraestructura cara y limitada; y la segunda tendría que asegurarse de que los operadores actúan dentro de ese marco y de que no realizan actividades restrictivas de la competencia. Sin embargo, aunque este parezca ser el principal criterio de distribución de competencias, se constata que a la CNE también se le atribuyen unas funciones *ex post*, como la supervisión del cumplimiento de la normativa y la intervención en expedientes de concentraciones; y a la CNC se le encomiendan algunas actuaciones *ex ante*, como la elaboración de informes sobre proyectos y proposiciones de ley. Y esto puede llevar a la existencia de algunas duplicidades que generen un uso ineficiente de los recursos y además el riesgo de descoordinación, contradicción o enfrentamiento entre los dos órganos.

Para resolver cualquier problema sobre la extensión de las funciones de cada uno sin que llegue a colisionar con las del otro órgano, deben interpretarse estas según el criterio general expuesto

de que en principio la CNE actúa *ex ante* y la CNC *ex post*. Así, por ejemplo, aunque la LDC establezca que se requiere informe de la CNC antes de aprobar normas que afecten a la competencia, parece lo más sensato entender que si son normas del sector energético o de hidrocarburos es suficiente con el informe de la CNE. Se trata en realidad aquí de hacer prevalecer el criterio de la especialidad, dado que la CNE es un órgano compuesto por especialistas del sector con el objetivo primordial de lograr una regulación del mercado lo más eficiente posible. Es esta en realidad su principal labor. No obstante, la CNC durante el año 2011 emitió dos informes sobre dos proyectos de ley que afectaban al mercado energético (ley del sector de hidrocarburos y del sector eléctrico); y dos sobre Proyectos de Real Decreto (uno sobre transporte, distribución y suministro de energía eléctrica y otro de transporte, distribución y suministro de gas natural). Dado que estos informes no son vinculantes, el potencial riesgo de contradicción no tendría consecuencias extremas, pero sí que daría una mala imagen sobre el funcionamiento de ambos órganos. Por otra parte, siendo más especializado para la materia el personal de la CNE, parece una pérdida de recursos que la CNC tenga que dedicarse a informar sobre lo mismo.

Una segunda cuestión en la que cabe cierta incertidumbre se sitúa en las facultades *ex post* que se conceden a la CNE consistentes en la supervisión e inspección del cumplimiento de la normativa liberalizadora, haciendo especial hincapié en que se respete el acceso a las infraestructuras a los otros operadores y que no se establezcan condiciones de suministro abusivas, especialmente en lo que se refiere a la duración de los contratos. Estas conductas consti-

tuyen abuso de posición dominante y falseamiento de la libre competencia por actos desleales, problemas habituales del sector energético sobre los que, como hemos visto, se ha pronunciado la CNC. Aunque ciertamente parece a priori que puede haber un choque entre ambos órganos en relación a estas conductas, hay que decir que la colisión es más aparente que real. A la CNE se le atribuye la inspección y la supervisión de la normativa, y en caso de detectar un incumplimiento, identificar al responsable y hacerlo saber al ente o Administración competente, e incluso la facultad de instruir el procedimiento sancionador cuando sea competente para imponer la sanción la Administración General del Estado, pero no en el resto de los casos. Dado que la CNC es un ente autónomo e independiente no vinculado a la Administración General del Estado, cuando la CNE detecte las mencionadas conductas irregulares que alteran la competencia, deberá hacérselo saber a la CNC para que esta instruya el expediente y resuelva posteriormente (5). Son así compatibles las funciones de supervisión de la CNE con la de sanción de la CNC. Para ello se utilizarán además los mecanismos de coordinación previstos en el art. 17 de la LDC entre la CNC y los reguladores sectoriales, que permiten que aquella pida a estos un informe en el que se analice la situación, decidiendo posteriormente la CNC. Aunque parece razonable que sea la CNC la que se pronuncie definitivamente sobre estos comportamientos, que presentan unas características comunes en todos los sectores y de cuya realidad está más especializado el personal de este organismo, la emisión de un informe por parte de la CNE es recomendable. En efecto, el mercado eléctrico presenta gran complejidad tanto técnica como normativa, por lo que

será de gran ayuda dicho informe para contextualizar las actuaciones analizadas en los expedientes. En esta línea de argumentación, Sidak y Teece (2009) defienden que es más probable que los organismos de regulación de mercados específicos manipulen las políticas de fusiones buscando objetivos que nada tienen que ver con la maximización del bienestar de los consumidores, por lo que parece preferible que sea la autoridad de competencia la que decida. El riesgo de *captura* (en el sentido de invasión de competencias de otros organismos) del regulador es mayor y, por lo tanto, es previsible un riesgo mayor de errores de evaluación por parte de organismos reguladores específicos de sectores.

Finalmente, el tercer bloque en el que pueden existir duplicidades es en el del control de las concentraciones. En este punto, no está mal recordar el caso de la OPA contra Endesa en el año 2005, que evidenció un fallo en el sistema, no solo por las contradictorias decisiones de la CNE y el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia, sino también por la falta de independencia o las ansias de control de estos órganos por parte de los políticos. Y como prueba de lo que se dice, la propia Unión Europea llamó la atención a España por entrometerse e impedir el libre mercado. En aquel entonces, el informe de la concentración que emitía el TDC era preceptivo pero no vinculante para el Gobierno, cuyo Consejo de Ministros podía determinar otra cosa. Llegada la situación, la CNE informó favorablemente a la OPA de Gas Natural sobre Endesa con algunas condiciones; pero el TDC la rechazaba. Debía ser el Gobierno quien decidiera. Finalmente, la operación no salió adelante por distintas circunstancias que no son objeto de

este estudio, pero el caso estuvo en la prensa durante varios meses y los políticos de todos los partidos no disimularon sus preferencias, llegando a llevar a un asunto económico problemas políticos endémicos en España. No se trata ahora de juzgar qué pasó, sino más bien de constatar hasta qué punto puede llevar un sistema orgánico deficiente, tanto por tener duplicidades como porque la política trata de influir en entes en principio independientes cuyos miembros son expertos. España estuvo en el ojo del huracán de los mercados internacionales, y no precisamente por causar una buena imagen.

Hoy día, con el régimen vigente, y tal y como hemos comentado, si se presenta un expediente de concentración en el sector energético, la CNE debe emitir un *informe determinante*, aunque la CNC será la que resuelva en última instancia, y podrá decidir de forma diferente siempre que lo haga de forma motivada, tal y como tiene la obligación de hacer en todas sus resoluciones. No obstante, el art. 10.4 de la LDC reserva al Consejo de Ministros la facultad de resolver sobre un expediente de concentración cuando estime que concurren fundadas razones de interés público. Esta mención, que es un ataque a la independencia de la CNC, no se ha utilizado hasta hoy por ningún gobierno, pero sería posible que se decidiera hacer en un caso del sector energético, dada su relevancia social e interés público. En esta hipótesis, podría repetirse la kafkiana situación de la OPA sobre Endesa, ya que el Gobierno tendría que decidir con dos informes: el de la CNE y el de la CNC, que podrían ser contradictorios; posibilidad que puede acrecentarse si no se garantiza una independencia plena de los miembros de ambos órganos y cada uno de ellos responde a una mayoría política distinta.

De lo expuesto anteriormente se puede concluir que pueden haber surgido situaciones de conflicto entre la CNE y la CNC. La misión y ejercicio regulatorio de la CNC ha sido muy tibio en el sentido de que tanto los informes (no vinculantes) para la elaboración de normativa como sobre concentraciones y adquisiciones no han sido tenidos en cuenta o han entrado en contradicción con los informes de la CNE. Puede argumentarse que si la CNC tiene que elaborar informes sobre proyectos de normas en los mercados energéticos, es un buen motivo (y justificado) para que las labores hasta ahora realizadas por la CNE sean subsumidas por un organismo que no se superponga o anule la actividad de esta. Sin embargo, aunque la CNC ha tenido más éxito a la hora de abrir procedimientos en materia de defensa de la competencia (a diferencia de la CNE), su labor como organismo regulador *ex ante* (es decir, para la elaboración de normativa) ha sido casi inexistente.

### III. LOS MODELOS INTERNACIONALES: ORGANIZACIÓN, ESTRUCTURA E INDEPENDENCIA

Nos centramos en los mecanismos de regulación de Estados Unidos y la UE. Todos los modelos adoptan como principio básico que una regulación eficiente ha de buscar la eficiencia en el funcionamiento de los mercados. En esta sección discutimos hasta qué punto es posible alcanzar este objetivo con los diferentes diseños adoptados. Destacamos sobre todo que la independencia del regulador viene determinada, entre otras cosas, por sus recursos en términos de financiación y profesionalidad.

En Estados Unidos el peso de la regulación recae en la Federal Energy Regulatory Commission (FERC), fundada en 1977. La FERC es un organismo autónomo con personalidad jurídica dentro del Department of Energy (DOE). Es importante señalar que ni el Presidente ni el Congreso pueden revisar las decisiones de la FERC. Todas las decisiones de la FERC pueden ser únicamente revisadas por los tribunales federales. Además la FERC también se autofinancia a través de cargas anuales e impuestos de la industria que regula. La FERC es independiente del DOE, aunque esta puede intervenir como parte en el procedimiento que se desarrolle ante la FERC. Finalmente cabe destacar que entre las funciones que tiene asignadas está la posibilidad de utilizar sanciones civiles y otros medios contra las organizaciones de energía y los individuos que violan las reglas de la FERC en los mercados de la energía. Todo ello sin menoscabo al cumplimiento de las *leyes antitrust* del Department of Justice.

Por su parte, la Directiva 96/92/EEC establece entre sus principios básicos que la regulación de los mercados ha de ser independiente de intereses comerciales. Existen distintos modelos de organización de las agencias reguladoras. Las directivas 2003/54/EC y 2003/55/EC establecen entre otras cosas unos criterios mínimos comunes necesarios en la regulación de los mercados. Posteriormente las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad las actualiza. En particular el art. 35 de la Directiva 2009/72/CE obliga a designar una única autoridad regulatoria independiente.

Entre las competencias mínimas, que aparecen desglosadas en los artículos 37 y siguientes de la directiva, están: 1) Aprobar o

CUADRO N.º 1

## CARACTERÍSTICAS DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

<i>País, ente regulador</i>	<i>Estatus</i>	<i>Financiación</i>	<i>Año de creación</i>
Francia: CRE.....	Autoridad independiente	Presupuesto nacional	2000
Alemania: BNetzA.....	Autoridad independiente	Presupuesto nacional	2005
Italia: AEEG .....	Autoridad independiente	Presupuesto nacional, tasas	1995
Países Bajos: DTE/NME .....	Ministerio	Ministerio, tarifas	1998/2012
Portugal: ERSE .....	Autoridad independiente	Tarifas	2002
Suecia: STEM .....	Autoridad independiente	Ministerio	
Reino Unido: OFGEM.....	Autoridad independiente	Tarifas	1999
<b>España: CNE.....</b>	<b>Autoridad independiente ligada al ministerio</b>	<b>Tarifas</b>	<b>1998</b>

Fuente: Creación propia a partir de Eurelectric (2004) y ACER (2012).

fijar al menos para calcular o establecer los términos y condiciones para la conexión y acceso al mercado nacional, 2) tener la autoridad para exigir del gestor de la red cambios en reglas, tarifas de acceso, peajes y mecanismos de conexión compatibles con el principio de no discriminación, y 3) arbitraje entre agentes del mercado.

La práctica general es crear reguladores independientes específicos de cada tipo de industria. En general, hasta 2003 este era el principio salvo en Alemania y Suiza, donde no existían agencias específicas aunque posteriormente han sido constituidas. Se busca separar las esferas política y económica de las agencias de regulación independientes. En todos los casos, la regulación es vista

como un área multidisciplinar donde se combinan conocimientos técnicos, económicos y legales para supervisar de manera eficiente algún sector económico que tiene ciertas características proclives a conductas anticompetitivas.

En primer lugar analizamos las soluciones adoptadas en los distintos países de la UE. En el cuadro n.º 1 resumimos las características más relevantes de las agencias de regulación de la energía en un grupo de países europeos: Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Portugal, Suecia y Reino Unido. Todos estos países tienen agencias que regulan varias industrias de red; electricidad y gas natural principalmente. En la mayoría de los casos los entes reguladores son entidades in-

dependientes dentro de la administración general del Estado. España junto con los Países Bajos son los únicos países cuyas agencias están ligadas al ministerio correspondiente por las competencias atribuidas. La obtención de recursos propios es importante, ya que si estos se ligan exclusivamente a una fuente, pueden estar influenciando sus decisiones.

El cuadro n.º 2 resume la capacidad que tienen las distintas autoridades reguladoras para hacer cumplir sus recomendaciones y actuaciones en materia de regulación y competencia.

Claramente se observa que, en comparación con otras agencias reguladoras, la CNE tiene unas competencias más reducidas y

CUADRO N.º 2

## COMPETENCIAS DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

<i>País, ente regulador</i>	<i>Vinculante</i>	<i>Multa</i>	<i>Otras sanciones</i>	<i>Decisiones retroactivas</i>
Francia: CRE .....	SÍ	SÍ	SÍ	NO
Alemania: BNetzA .....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Italia: AEEG .....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Países Bajos: DTE .....	SÍ	SÍ	NO	SÍ
Portugal: ERSE .....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Suecia: STEM.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Reino Unido: OFGEM.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
<b>España: CNE.....</b>	SÍ	NO	NO	NO

Fuente: Eurelectric (2004), actualización ACER.

goza de una menor independencia. Este hecho debería llevar a una primera reflexión a las autoridades gubernamentales, ya que uno de los objetivos en materia de energía a nivel europeo es la consecución de un mercado energético único, lo que debería llevar aparejado agencias regulatorias afines en el fondo y en la forma que permitieran la creación de una futura agencia regulatoria única.

Por otra parte, la cooperación entre reguladores europeos se realiza a través del Council of European Energy Regulators (CEER), creado en 2000 y que se justifica desde dos puntos de vista (6). Primero, mejora los resultados de los reguladores nacionales y por lo tanto tiene un efecto positivo sobre los mercados regulados; mejora en la transparencia a través del intercambio de información. Segundo, la falta de coordinación puede resultar en efectos negativos sobre algunos agentes sobre los que recae la regulación; véase el caso de la supervisión de las fusiones entre empresas transnacionales y el caso de los intercambios entre países de bienes como la electricidad y el gas natural. A pesar de la necesidad evidente de coordinación, lo cierto es que este consejo solamente tiene función consultiva y en ningún caso tiene capacidad regulatoria.

#### **IV. SISTEMA DE ELECCIÓN DE LOS CONSEJEROS, PRESIDENCIA Y VICEPRESIDENCIA**

##### **1. Los sistemas inglés y francés**

La agencia que regula el sector de energía OFGEM ha sido recientemente reestructurada para una mejor definición de sus obligaciones y la implementación de las mis-

mas, creando la Ofgem E-service, donde la *E* hace referencia a Medio ambiente (*Environment*), Energía y Eficiencia. Es un Non-Ministerial Government Department (NMGD); su independencia está garantizada del control del Gobierno, ya que solo deben rendir cuentas ante el Parlamento y los tribunales. Después de su reestructuración sigue estando gobernada por un cuerpo colegiado compuesto por 12 miembros. A su vez, existen consejeros con funciones ejecutivas dentro de la agencia y consejeros no ejecutivos. Los miembros no ejecutivos aportan experiencia y conocimientos de una amplia gama de áreas de la industria energética. Todos los miembros del consejo son designados por el gabinete del primer ministro y pertenecen al consejo por un periodo de cinco años.

En cuanto a la agencia reguladora francesa, CRE, se organiza en dos cuerpos independientes (una Junta integrada por cinco miembros, y el comité de resolución de conflictos y sanciones, que consta de cuatro miembros) que utilizan grupo de tareas, consultas públicas y audiencias para la toma de decisiones. El presidente de la Junta y dos miembros son nombrados por seis y dos años, respectivamente, por decreto del Presidente de la República, previa consulta a las comisiones parlamentarias con competencia en el sector energético. Los otros dos miembros son nombrados por cuatro años, respectivamente, por el presidente de la Asamblea Nacional y el presidente del Senado.

##### **2. El sistema español: qué propugna el APL para la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia**

Todo lo relacionado con la elección de cargos y el periodo

transitorio de consolidación de los antiguos cargos en las extintas agencias reguladoras en la nueva CNMC se encuentra desarrollado dentro del capítulo III. Creemos también oportuno hacer una sucinta revisión de aquellas funciones que se pierden a favor de órganos ministeriales, lo que supone una pérdida objetiva de independencia.

El art. 11 especifica que los nueve miembros del Consejo serán nombrados por el Gobierno mediante Real Decreto y a propuesta del ministro de Economía y Competitividad, de entre profesionales de reconocido prestigio en el ámbito de actuación de la Comisión, previa comparecencia ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. No obstante, el Congreso, por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, podrá vetar el nombramiento del candidato propuesto. El mandato de los consejeros será de seis años sin posibilidad de reelección como miembro del Consejo. La renovación de los consejeros se hará por tercios cada dos años, de modo que ningún consejero permanezca en su cargo por tiempo superior a seis años. Respecto a la presidencia de la CNMC, el art. 13 especifica que el Consejo elegirá de entre sus miembros con antigüedad superior a dos años, y mediante votación secreta, al consejero que ostentará la presidencia de la CNMC y de su Consejo. El presidente será nombrado por el Gobierno mediante Real Decreto. El mandato del presidente será por un periodo de tres años sin posibilidad de reelección. Por último, el vicepresidente de la CNMC se elegirá bajo las mismas premisas del presidente del Consejo y por un periodo único de tres años. El vicepresidente sustituirá al presidente en caso de vacante, ausencia u otro motivo legal.

Comentamos a continuación brevemente las pérdidas potenciales de ejercicio de funciones esbozadas en el APL que, sin ser demasiado claras, dejan abierta la puerta a una mayor presencia gubernamental en el ejercicio de la regulación. En la Disposición adicional tercera se enuncia que las competencias que la legislación vigente atribuía a los organismos reguladores extintos y que el presente APL no encomienda a la nueva CNMC serán ejercidas por los departamentos ministeriales a que estuvieran adscritas. A falta de una definición clara de cuáles serán esas competencias, esta disposición transitoria supone una posible pérdida de autonomía encubierta. Asimismo, la Disposición adicional novena enuncia que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en el sector eléctrico asume la función de iniciar los expedientes sancionadores y llevar a cabo su instrucción. Esto supone una clara pérdida de independencia en la labor *ex post* de salvaguarda de la libre competencia. Hasta ahora, tanto la CNE como la CNC podían emprender expedientes sancionadores sin tener que estar autorizados por el ministerio. Por último, la Disposición transitoria segunda concluye que para la elección del primer presidente y vicepresidente no será necesario haber sido consejero durante los dos años previos, dejando manos libres al Gobierno para la designación de las cabezas visibles que deberán comenzar la labor de dotar de entidad a la CNMC.

#### V. VALORACIÓN DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y COMPETENCIA

Si nos atenemos a los objetivos del APL, a saber, la mayor eficiencia

en el funcionamiento de mercados, el fortalecimiento de la seguridad jurídica para evitar contradicciones normativas y el ahorro de costes, en consonancia con la necesaria austeridad de nuestros tiempos, no creemos que el APL vaya a conseguirlos. Ciertamente, la existencia de los ocho organismos reguladores actuales (además de la CNC) resulta excesiva y muchas veces no justificada. La mayor parte de ellos carecen de una justificación técnica y/o económica, dado que los mercados que regula no presentan la suficiente singularidad, si bien no se discute que en el mercado energético se precise una actividad reguladora *ex ante* fuerte y solvente por su complejidad técnica. De hecho, así lo exige la propia Unión Europea. Es por esto que la agrupación de los ocho organismos reguladores parece más que recomendable, debido a que los instrumentos de regulación y tipos de actuación llevados a cabo en las actuales agencias sectoriales son similares cuando no solapados, lo que permitiría generar economías de escala que permitieran no solo un ahorro de costes sino también un aumento de la efectividad regulatoria.

De lo expuesto en este trabajo, se deduce que para conseguir mercados competitivos en el sector energético parece necesario tanto la actividad *ex ante* de regulación y fijación de las condiciones tarifarias, uso de infraestructura, funcionamiento de subastas, etcétera; como una actividad *ex post* de control de las actuaciones de los agentes en el mercado. También hemos señalado que cada actividad presenta un perfil muy diferenciado en cuanto a personal, requiriendo expertos y técnicos del sector en el primero, mientras que para el segundo parece más apropiado un personal especializado en competencia.

En particular, la necesidad de que un órgano asuma estas funciones *ex ante* para el sector de la energía e hidrocarburos está contemplada por las Directivas comunitarias. No obstante, si queremos conseguir que esta función *ex ante* sea también económicamente eficiente se deben cumplir, en nuestra opinión, dos requisitos. El primero de ellos es que las personas encargadas de ejercer la actividad reguladora sean auténticas expertas en la materia y además independientes, tanto de los intereses de las empresas que operan en el sector como de los intereses políticos en juego. En este sentido, el hecho de que el APL establezca que, como ocurre ahora, dichas personas sean nombradas por el Gobierno, no fortalece su independencia, ya que deberán su cargo a los gobernantes de turno. No aporta mucho mayor control la posibilidad de que el Congreso pueda vetar a un candidato o candidata, puesto que, dado el sistema de monarquía parlamentaria por el que nos regimos, el Gobierno goza siempre del respaldo de la mayoría parlamentaria. Ni siquiera la ley establece que los elegidos no deberán tener ningún interés económico o profesional en empresas del sector. Para mejorar la eficiencia regulatoria sería por tanto necesario reformar el sistema de elección de los miembros de la autoridad, alejando en la medida de lo posible la propuesta de cualquier centro de poder político, estableciéndose por ejemplo un sistema similar al británico. Y la necesidad de incidir en este punto debe ser mayor en una cultura política como la nuestra, en la que es práctica habitual que se designen a modo de *digno retiro político* a personas que han ocupado algún cargo de gestión en gobiernos pasados o realizado trabajos que algún partido político quiere agradecer de algún modo.

Y ello a pesar de que puede que estas personas no tengan un perfil objetivamente idóneo para el puesto por no haberse dedicado en su vida profesional a este sector, lo que acrecienta la necesidad de contratar a más personal o asesores que sí cumplan el perfil. En definitiva, si se estableciera un mecanismo de elección realmente independiente se acabaría con esta práctica ineficiente y se evitarían costes de personal innecesarios, en línea con la austeridad perseguida.

Pero además de contar con miembros independientes, para que el control *ex ante* sea económicamente eficiente es necesario un segundo requisito, cual es que en los casos en que la autoridad no tenga la competencia directa de dictar normas, sus propuestas sean realmente seguidas por los órganos políticos encargados de aprobarlas. De nada sirve contar con un plantel de expertos que hagan un trabajo muy acertado y propongan una normativa eficiente si posteriormente sus propuestas nunca son atendidas por quien tiene que aprobar la norma. Supondría al final contar con un órgano muy preparado y trabajador pero meramente decorativo. De hecho, en España han sido frecuentes los supuestos en los que se han desatendido las recomendaciones de la CNE y CNC, lo que constituye una de las causas por las que parece que la regulación del sector en España no ha sido la más acertada para conseguir un mercado competitivo y eficiente. Resulta imposible que esta autoridad tenga la competencia para aprobar leyes o Reales Decretos, que la Constitución reserva al Parlamento y al Gobierno, como órganos que derivan de la voluntad popular. Pero se debería llegar a la situación de otros países en los que se escucha atentamente a los organismos regulatorios, por el pres-

tigio e independencia del que gozan los mismos, y en los que tanto el Parlamento como el Gobierno siguen sus recomendaciones en la labor normativa, llegándose al final de las negociaciones a un consenso.

Sin perjuicio de lo anterior, y dado que además debe existir por exigencias comunitarias un organismo que realice esta actividad *ex ante*, resulta muy discutible que sea recomendable que lo efectúe el mismo órgano que realice la actividad *ex post*. De hecho, es un modelo que apenas se sigue en el derecho comparado. Se argumenta a favor de que exista un único órgano, pues así será imposible que haya contradicciones. No obstante, y como hemos visto en el apartado II.3, el riesgo de contradicciones no es muy elevado hoy día con dos autoridades diferentes, y además se podría eliminar con una sencilla reforma, otorgando en exclusiva al regulatorio la emisión de informes sobre normas, proyectos y recomendaciones normativas y atribuyendo a la CNC el análisis de las conductas restrictivas de la competencia (prácticas restrictivas, abuso de posición dominante y falseamiento de la competencia por actos desleales), así como el control de las concentraciones, posibilitando que el órgano regulatorio presente denuncias e informes ante la CNC.

Por otra parte, incluir en un mismo órgano los dos tipos de actuaciones resulta complejo porque los dos tipos de actividad responden a parámetros y objetivos diferentes y requieren un personal con distinta cualificación. Habría que articular dentro del órgano una división de funciones clara y a la vez crear otra estructura que coordinase a ambas. En definitiva, se crearía un superórgano cuyo funcionamiento inter-

no sería al final casi tan complejo o más que si nos dotáramos de dos autoridades independientes: una regulatoria y otra de defensa de la competencia. Tanto el informe de la CNE como el de la CNC al APL insisten en que sería muy complejo la integración de todas las actividades en un solo órgano, y critican que además no se haya hecho en el APL, queriendo dejarse para un desarrollo reglamentario. En definitiva, si estamos ante dos actividades tan diferentes, parece que lo mejor es que haya dos órganos; puesto que, de integrarse en uno, la organización del mismo sería complicada y requeriría casi de tanto personal o más que si hubiera dos, por lo que tampoco aportaría nada en la consecución del objetivo de austeridad. Ciertamente, desde el punto de vista de la eficiencia, si se articulase bien el funcionamiento del único órgano podría funcionar igual de correctamente que si el sistema se articulase en dos, aunque los costes serían similares. En cualquier caso, consideramos que para que el sistema funcione es más importante insistir en la necesidad de contar con miembros independientes y expertos, que discutir sobre si es mejor uno o dos órganos.

Finalmente, el APL acaba devolviendo a distintos ministerios competencias que hoy día desempeñan las agencias reguladoras, con la excusa de que son meros trámites administrativos que puede hacer por sí mismo el ministerio, reduciéndose así costes. Sin embargo, aunque con algunas de ellas podría estarse de acuerdo, en otras muchas parece traslucirse una voluntad del Gobierno por recuperar ciertas funciones que tienen incidencia en el funcionamiento del mercado y que así podrá controlar mejor. La atribución al ministerio de varias

de esas competencias supone por tanto una merma en la garantía de independencia en la vigilancia y control de los mismos, lo que ha sido advertido tanto por la CNE como por la CNC. Buen ejemplo de ello es que la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo en relación con el sector eléctrico y del gas natural asumirá la competencia de «autorizar la adquisición de participaciones realizada por sociedades de acuerdo con unos criterios. En particular, participaciones realizadas por sociedades de acuerdo con unos criterios. En particular, bien cuando la adquisición de participaciones sea superior a un 10 por 100 del capital social, o bien cuando aun siendo inferior da influencia al adquirente en aquellas sociedades que 1) desarrollen actividades de transporte o distribución de gas natural y electricidad, 2) titulares de centrales nucleares y 3) titulares de centrales de carbón nacional entre otras».

En resumen, de aprobarse este APL, es posible que exista un ahorro en recursos económicos dada la desmesurada cantidad de organismos reguladores. Pero tampoco se conseguirá un mercado energético más eficiente ni que responda a las exigencias de protección de los usuarios. Incidiendo en los puntos aquí comentados, pensamos en cambio que sí habría una mejora sustancial en el mercado con una rebaja importante de costes con respecto a la situación actual.

## VI. CONCLUSIONES

Entendemos que son agencias regulatorias eficientes las que logran su objetivo de dar con la normativa más adecuada al mercado energético preservando el nivel de competencia mayor posi-

ble, al menor coste. Para ello, entendemos que debe contar con una estructura coordinada, personal preparado, con medios y de razonables dimensiones, ya que solo así será ágil su funcionamiento. Pero además de lo anterior, la agencia deberá ser independiente, puesto que el resultado de su actividad y la regulación que proponga solo será la más adecuada si es impermeable a las influencias de los intereses tanto de las empresas implicadas como de los políticos.

De los dos requisitos pensamos que el segundo es un presupuesto indispensable para que la agencia funcione, independientemente de cuál sea su estructura; y para conseguirlo es imprescindible incidir en el sistema de elección de las y los consejeros. Si son personas con intereses particulares en alguna empresa del sector, su imparcialidad queda cuestionada. Y lo mismo si la elección se deja en exclusiva al gobierno de turno. La experiencia muestra que cuando ha tenido intereses, el Gobierno ha presionado a las agencias, e incluso se corre el riesgo de que se elija a personas que han prestado servicios en el pasado al partido gobernante pero que no presentan una preparación específica en el sector, por lo que su labor en la agencia no puede ser la esperada de un órgano eficiente.

En lo que se refiere a la estructura, parece que la integración en un solo órgano de la agencia regulatoria de la energía con la autoridad de defensa de la competencia no es lo más adecuado, puesto que los tipos de actividad que desarrollan una y otra son diferentes y requieren labores y personal de diferente cualificación. La coordinación y estructura interna del superórgano unitario es compleja, y para resultar funcional tendría que hacerse repar-

tiendo dentro del órgano de forma clara las funciones *ex ante* y *ex post*, creando a su vez otro subórgano que coordinase ambos papeles. Con dos órganos, en cambio, la organización parece más sencilla. Ciertamente, la dualidad de órganos en España ha generado en ocasiones duplicidades, descoordinación y por tanto algunas ineficiencias, pero se podría terminar con ellas con alguna reforma legislativa que se apunta en el trabajo.

## NOTAS

(\*) Aitor Ciarreta agradece al Ministerio de Economía y Competitividad su apoyo mediante el proyecto ECO2012-35820. Carlos Gutiérrez-Hita agradece al Ministerio de Educación y Deportes su apoyo mediante los proyectos de investigación MTM2008-06778-C02-01 y MTM2011-23205. Aitor Ciarreta y Carlos Gutiérrez-Hita agradecen al Gobierno Vasco su apoyo mediante el proyecto de investigación IT-313-07. Aitor Zurimendi agradece al Ministerio de Economía y Competitividad su apoyo a través del proyecto de investigación DER 2012- 35506.

(1) Esta es fundamentalmente la teoría normativa de los fallos de mercado (poder de mercado y monopolio natural, externalidades e información asimétrica del consumidor entre otros) desarrollada inicialmente por PIGOU (1928) y posteriormente por BAUMOL y OATES (1988) y KAY y VICKERS (1988), entre otros.

(2) Véase LAFFONT y TIROLE (1991) y LEVINE y FORRENCE, 1990. VISCUSI *et al.* (1997) son una referencia fundamental en la teoría de la regulación.

(3) Véanse los artículos de DELGADO *et al.* (2012) y JIMÉNEZ-LAIGLESIA (2012), críticos con el APL.

(4) Algunas de estas funciones que pertenecen a la CNC corresponden a los órganos de defensa de la competencia autonómicos para aquellas autonomías que cuenten con ellos y siempre que la conducta o comportamiento a estudiar no tenga efectos sensibles más allá del ámbito geográfico correspondiente a su autonomía. Dado que el mercado de hidrocarburos y energético es nacional, parece bastante difícil imaginarse un supuesto en el que una autoridad autonómica de la competencia pueda decidir sobre ellos.

(5) Sería del todo imposible que tanto un órgano como otro pudieran imponer una sanción cada uno por unos mismos hechos, puesto que infringiría la prohibición constitucional del *non bis in idem* o imposibilidad de ser sancionado y/o juzgado dos veces por los mismos hechos.

<p>(6) Véase VASCONCELOS (2005) para una discusión sobre los problemas de la coordinación entre reguladores europeos y la necesidad de reducir la brecha existente entre marcos regulatorios para la construcción del mercado único.</p> <p><b>BIBLIOGRAFÍA</b></p> <p>Anteproyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia, 28 de febrero de 2012.</p> <p>ARMSTRONG, M., y SAPPINGTON, D. (2006), «Regulation, Competition and Liberalization», <i>Journal of Economic Literature</i>, vol. 44(2): 325-366.</p> <p>BAUMOL, W.J., y OATES, W.E. (1988), <i>The Theory of Environmental Policy</i>, Cambridge University Press.</p> <p>CNE (2012), <i>Libro Plan de Actuaciones</i>, diciembre.</p> <p>DELGADO, J.; GARCÍA-COBOS, J., y GARCÍA-DÍAZ, A. (2012), «La reforma de los reguladores:</p>	<p>importa más el cómo que el cuántos». Blog <i>Nada es Gratis</i>, 23 de febrero.</p> <p><i>Informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre el Anteproyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia</i>, 15 de marzo de 2012.</p> <p><i>Informe de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones sobre el Anteproyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia</i>, 15 de marzo de 2012.</p> <p>JIMÉNEZ-LAIGLESIA, J.M. (2012), «Una oportunidad perdida», <i>Cinco Días</i>, 10 de abril.</p> <p>KAY, J., y VICKERS, J. (1988), «Regulatory Reform in Britain», <i>Economic Policy</i>, vol. 3(7): 285-351.</p> <p>LAFFONT, J.J., y TIROLE, J. (1991), «The politics of government decision making. A theory of regulatory capture», <i>Quarterly Journal of Economics</i>, 106(4): 1089-1127.</p>	<p>LEVINE, M.E., y FORRENCE, J.L. (1990), «Regulatory capture, public interest, and the public agenda. Toward a synthesis», <i>Journal of Law Economics &amp; Organization</i>, 6: 167-198.</p> <p>PIGOU, A. (1928), «An Analysis of Supply», <i>Economic Journal</i>.</p> <p>SIDAK, G.J., y TEECE, D.J. (2009), «Dynamic Competition in Antitrust Law», <i>Journal of Competition Law &amp; Economics</i>, 5(4): 581-631.</p> <p>STIGLER, G. (1971), «The theory of economic regulation», <i>Bell J. Econ. Man. Sci.</i>, 2: 3-21.</p> <p>VASCONCELOS, J. (2005), «Towards the Internal Energy Market: how to bridge a regulatory gap and build a regulatory framework», <i>European Review of Energy Markets</i>, vol. 1(1).</p> <p>VISCUSI, W.K.; VERNON, J.M., y HARRINGTON, J.E. (1997), <i>Economics of Regulation and Antitrust</i>, MIT Press.</p>
---	--	--