



Comisión
Nacional
de Energía

**INFORME DE LA CNE SOBRE LA
PROPUESTA DE REAL DECRETO POR LA
QUE SE APRUEBA EL ESTATUTO
ORGÁNICO DE LA COMISIÓN NACIONAL
DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

24 de junio de 2013



Comisión
Nacional
de Energía

INFORME DE LA CNE SOBRE LA PROPUESTA DE REAL DECRETO POR LA QUE SE APRUEBA EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

De conformidad con la Disposición Adicional Undécima, apartado tercero, función primera de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, prevista también en el art. 5.2.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, teniendo en cuenta, asimismo, lo establecido en las disposiciones adicionales primera y segunda, así como disposición transitoria tercera, de la mencionada Ley 3/2013, de 4 de junio, y con el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, el Consejo, en su sesión celebrada el 24 de junio de 2013, ha acordado emitir el presente

INFORME

1.- OBJETO

Con fecha 18 de junio de 2013 la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo ha remitido a la Comisión Nacional de Energía el “Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, solicitando la emisión del correspondiente informe por parte de esta Comisión en el plazo improrrogable de cinco días.

El objeto de dicho Proyecto de Real Decreto es la aprobación del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de conformidad con lo establecido en el artículo 26.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

El objeto del presente informe es analizar el proyecto de Real Decreto en los aspectos relativos al objeto, régimen jurídico y estructura de la Comisión

Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC) exclusivamente en el ámbito de los sectores energéticos.

2.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NORMA

2.1 Régimen jurídico del personal

Tal y como ya señaló la Comisión Nacional de Energía en su informe sobre el Anteproyecto de Ley de fecha 15 de marzo de 2012, las funciones atribuidas a la CNE (y anteriormente a la CSEN y CNSE), han venido siendo desempeñadas desde el año 1995 por personal laboral al servicio de la Administración Pública, atendiendo a las previsiones hoy contenidas tanto en la propia Disposición Adicional Undécima, Tercero,¹ de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, como en el Estatuto Básico del Empleado Público y más recientemente, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. La selección del personal se ha venido realizando conforme establece la normativa citada en base a convocatoria pública y a través de procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Procede acudir, a estos efectos, a los criterios contenidos en las Notas Interpretativas de la Comisión Europea¹ de las Directivas 2009/72 y 2009/73, en relación con las Autoridades Reguladoras:

“The NRA has to have adequate human and financial resources to carry out its duties; as the new European Union rules assign considerably more duties and powers to the NRA, this will affect the human and financial resources to be put at the disposal of the NRA. Given the complexity of (energy) regulation, an NRA must be able to attract sufficiently qualified staff with various backgrounds (lawyers, economists, engineers, etc.).”

Igualmente, el Consejo de Estado en su Memoria del año 2010 dedica un capítulo a los Organismos Reguladores: *“Es de todos conocida la complejidad de algunos sectores, en aspectos de organización, ordenación y funcionamiento. Dicha complejidad obliga a dotar al organismo regulador de medios técnicos muy sofisticados y de personal de alta especialización”*

Desde esta perspectiva legal de plena continuidad, la Ley 3/2013, de 4 de junio, prevé en su Disposición adicional sexta la integración del personal laboral de la CNE en la CNMC con respeto a los derechos y obligaciones laborales que viniera ostentando hasta ese momento. Por otro lado, la disposición transitoria sexta de la citada Ley 3/2013 dispone que, con carácter excepcional,

¹ “Interpretative Note on Directive 2009/72/Ec Concerning Common Rules For The Internal Market In Electricity And Directive 2009/73/Ec Concerning Common Rules For The Internal Market In Natural Gas” (The Regulatory Authorities). Brussels, 22 January 2010.

el personal laboral fijo de los organismos públicos extintos que viniese ocupando puestos con funciones que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, deban ser desempeñadas por personal funcionario, podrá seguir ocupando dichos puestos.

Es por ello que en atención al cumplimiento de las prescripciones legales mencionadas deberán ser objeto de modificación la Disposición transitoria primera del Real Decreto y los artículos 37 y 38 del Estatuto en los términos expuestos a continuación. Asimismo, sobre la Relación de puestos de trabajo prevista en el citado precepto se señala que la misma deberá ser aprobada por el Pleno del Consejo del Organismo, sin perjuicio de la preceptiva intervención de los órganos competentes de la Administración General del Estado en los términos previstos en la normativa vigente.

2.1.1. Disposición transitoria primera. Subsistencia de órganos y unidades

En el apartado 2 de la disposición transitoria primera del Proyecto de Estatuto Orgánico se señala que *“las unidades y puestos de trabajo con nivel orgánico de subdirección general o similar y las de nivel inferior existentes en los órganos que se supriman, subsistirán y serán retribuidos hasta que se apruebe una relación de puestos de trabajo adaptada al presente real decreto.”*

Con carácter previo, debe resaltarse que el contenido de esta disposición constituye una mera reproducción de la disposición transitoria única del Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC). Sin embargo, debe significarse que el contexto en el que se llevó a cabo la creación de la CNC no es coincidente ni con el contexto ni con el objetivo actual en el que se procede a integrar, en un único organismo, por una parte, a organismos reguladores sectoriales y, por otra parte, a la autoridad de defensa de la competencia.

En efecto, la creación de la CNC se llevó a cabo con una única estructura piramidal que organizativamente integró el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia y cuya premisa básica era mantener la necesaria independencia entre las fases de instrucción y resolución de los procedimientos objeto de su competencia. Adicionalmente, el personal de procedencia y destino de los órganos que en ese momento se integraban era personal funcionario, por lo que era lógica la inclusión de una previsión específica sobre la elaboración de la correspondiente relación de puestos de trabajo y la mención al crédito presupuestario del que procedían las retribuciones, sin

merma alguna de la seguridad y certeza respecto de la continuidad del personal.

Sin embargo, la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia se aborda en un contexto bien diferenciado, no sólo por la naturaleza de los organismos que se integran (no se trata de órganos de la Administración General del Estado, sino de Organismos Reguladores independientes), sino también porque el personal que desempeña sus funciones en estos organismos reguladores, aun siendo empleados públicos, mantienen una relación jurídica laboral y no funcionarial.

En este sentido, es objetivo esencial de la integración de los organismos reguladores en la CNMC la garantía de su independencia en tanto que tiene atribuida la función de Autoridad Reguladora Nacional (ANR) en el marco de la Unión Europea.

Ya el Consejo de Estado, en su Dictamen al Anteproyecto de ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (*ref 870/2012*) hizo expresa advertencia de que al regular cuestiones como la estructura organizativa y de personal de la nueva institución debería evitarse el riesgo real de pérdida de eficacia en la supervisión hasta el momento encomendada a órganos que cuentan con una experiencia decantada en las respectivas materias, así como para evitar una merma en la independencia en la actuación del regulador.

Así, al respecto, debe recordarse que, desde el punto de vista estrictamente organizativo, en la creación de la CNE se adoptaron criterios de independencia y de especialización técnica de su personal. Dichos criterios deben ser también respetados en el proceso de integración del que forma parte la aprobación del estatuto orgánico del nuevo organismo.

Por tanto, por su especial relevancia, en cuanto al personal de la CNE (personal laboral fijo en su totalidad), debe significarse que el apartado 2 de la disposición adicional sexta de la Ley 3/2013 determina que su integración en la nueva Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia se producirá con plena subrogación en los términos del artículo 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y con respeto a los derechos y obligaciones laborales que viniera ostentando hasta ese momento. Además, la Disposición transitoria sexta de la citada Ley 3/2013, de 4 de junio, prevé que *“Con carácter excepcional, el personal laboral fijo de los organismos públicos extintos que viniese ocupando puestos con funciones que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, deban ser desempeñadas por personal funcionario, podrá seguir*

ocupando dichos puestos” sin que en ningún caso se limite en el tiempo dicha permanencia.

En este contexto, no resulta adecuada la inclusión de la previsión contenida en el apartado 2 de la disposición transitoria primera del Proyecto de Estatuto Orgánico, puesto en relación con su artículo 38.b), en la medida que parece determinar la subsistencia de puestos de trabajo de los organismos extinguidos con una concreta limitación temporal, coincidente con la aprobación de la relación de puestos de trabajo, sin mención alguna de la continuidad de los efectivos con posterioridad.

Bien es cierto que esa laguna del Estatuto Orgánico resulta sólo aparente, desde el momento en que prima lo dispuesto por la Disposición adicional sexta y por la Disposición transitoria sexta de la Ley 3/2013, de 4 de junio que, como ya hemos dicho, dispone claramente la continuidad del personal de los organismos que se extinguen y la continuación en sus puestos de trabajo. Lo contrario supondría una interpretación *contra legem*.

Por consiguiente, la disposición transitoria primera. 2 del Borrador de Estatuto Orgánico, que está pensada para una situación que dista mucho de parecerse a la integración de los organismos reguladores en la CNMC, deberá necesariamente adaptarse a lo establecido en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, en particular, en cuanto al régimen de subrogación y de mantenimiento en la nueva Comisión de los puestos para el personal laboral fijo de los organismos extinguidos que desempeñen funciones asumidas por el nuevo organismo.

Se propone, por tanto, la siguiente redacción:

*“Las unidades y puestos de trabajo con nivel orgánico de subdirección general o similar y las de nivel inferior existentes en los órganos que se supriman, subsistirán y serán retribuidos hasta que se apruebe una relación de puestos de trabajo adaptada al presente real decreto. **Esta relación debe atender en todo caso a lo dispuesto en la disposición adicional sexta y en la disposición transitoria sexta de la Ley 3/2013, de 4 de junio, respecto de la continuidad del personal laboral fijo de los organismos que se extinguen y de sus puestos de trabajo y el respeto a los derechos y obligaciones laborales que vinieran ostentando.**”*

2.1.2. Artículo 38. Relación de puestos de trabajo

El artículo 38 se refiere a la relación de puestos de trabajo (*RPT*) con la que contará la CNMC, cuya propuesta se atribuye al Presidente, sin perjuicio de la competencia para su aprobación, establecida en el apartado 4 del artículo 31 de la Ley 3/2013.

Con respecto a su contenido se disponen dos letras, una relativa a los puestos que deben ser desempeñados por personal funcionario y otra a los puestos de trabajo a desempeñar por personal laboral.

En relación con el instrumento de la relación de puestos de trabajo, la primera cuestión que ha de traerse a colación es lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 30/1984, en virtud de cuyo apartado primero *“las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto”*.

Por tanto, el instrumento técnico de la RPT constituye el elemento básico de ordenación del personal al servicio de la Administración. La Ley 3/2013 establece como competencia propia del pleno del Consejo de la CNMC la regulación de la *“organización de su personal”*, a través de la aprobación del Reglamento de funcionamiento interno.

En lo que interesa aquí debe destacarse que la RPT, en cuanto instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, entra de lleno en el ámbito de la organización del personal que es competencia propia de la CNMC, con independencia de que su aprobación formal se atribuya por la Ley al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. En consecuencia, cualquier precisión que se incorpore al respecto en el Estatuto Orgánico debe limitarse a fijar el régimen jurídico aplicable al instrumento.

Sentada la anterior premisa, resulta que el régimen jurídico de la RPT está recogido con carácter general en el citado artículo 15 de la Ley 30/1984 y con carácter especial en el apartado 4 del artículo 31 de la Ley 3/2013, cuyo tenor se reitera a continuación por su trascendencia al respecto:

“4. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contará con una relación de puestos de trabajo que deberá ser aprobada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en la que constarán, en todo caso, aquellos puestos que deban ser desempeñados en exclusiva por funcionarios públicos, por consistir en el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas.”

Dicho apartado coincide con lo establecido al respecto en el artículo 9.2 de la Ley 7/2007, en cuanto dispone lo siguiente:

“2. En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.”

Por todo ello, el régimen de la RPT del organismo referido en el Estatuto Orgánico ha de respetar imperativamente las normas legales establecidas al efecto, en virtud de los principios de legalidad y jerarquía normativa, sin invadir el ámbito organizativo de personal atribuido a la CNMC.

Al respecto, la letra b) del artículo 38 del Proyecto informado pretende establecer que en la RPT del organismo constará:

“b) Los puestos de trabajo a desempeñar por personal laboral, con expresión de los factores que, en función de las tareas integrantes de cada puesto de trabajo, determinen la imposibilidad de su desempeño por personal funcionario.”

El último inciso de la letra en cuestión, *“con expresión de los factores que, en función de las tareas integrantes de cada puesto de trabajo, determinen la imposibilidad de su desempeño por personal funcionario”*, es de muy difícil comprensión y aplicabilidad. Ello, por cuanto el ejercicio de las funciones reservadas a los funcionarios públicos se contrae exclusivamente al ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, tal y como establece con carácter general la Ley 7/2007 y con carácter especial la Ley 3/2013.

Por tanto, la Ley reserva en exclusiva a los funcionarios públicos el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, pero en ningún caso los puestos de trabajo cuyos factores determinen la posibilidad de su desempeño por personal funcionario, en detrimento del personal laboral.

En consecuencia, la redacción actual de la letra b) del artículo 38 del Proyecto informado podría vulnerar lo establecido en el artículo 9.2 de la Ley 7/2007 y en el artículo 31.4 de la Ley 3/2013, invadiendo además la precisión contenida en dicha letra el ámbito de competencia propio del organismo.

Asimismo, la previsión de que en la RPT se tengan que expresar los factores que determinen la imposibilidad de su desempeño por personal funcionario, no resulta tampoco acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en sus sentencias STC 99/1987, de 11 de junio de 1987 y 37/2002, de 14 de febrero, sobre la determinación de las funciones reservadas por ley a personal funcionario.

Nótese que la plantilla que actualmente presta sus servicios en la CNE y cuya subrogación y plena integración en la CNMC está prevista por la Ley 3/2013 está dotada en su totalidad por personal laboral fijo de carácter indefinido con alta especialización y experiencia. Es necesario mantener estas características en el nuevo organismo para no menoscabar la eficiencia y calidad de sus actuaciones, máxime tomando en consideración la conocida complejidad del sector energético que obliga a que necesariamente el organismo regulador del sector esté convenientemente dotado de personal.

Sin perjuicio de los anteriores argumentos, adicionalmente se señala que el contenido del régimen de la RPT del organismo debe referirse necesariamente a lo establecido en la disposición transitoria sexta de la Ley 3/2013, la cual, bajo la rúbrica "*Puestos de trabajo de personal funcionario que venían siendo desempeñados por personal laboral*", dispone que:

"Con carácter excepcional, el personal laboral fijo de los organismos públicos extintos que viniese ocupando puestos con funciones que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, deban ser desempeñadas por personal funcionario, podrá seguir ocupando dichos puestos."

Así mismo, se considera necesario que la relación de puestos de trabajo deba ser aprobada previamente por el Pleno del Consejo del Organismo.

Por todo ello, se considera que la redacción ajustada al régimen legal de la RPT del organismo es la siguiente, en los términos fijados tanto por la Ley 7/2007 como por la Ley 3/2013:

"Artículo 38. Relación de puestos de trabajo.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contará con una relación de puestos de trabajo que deberá ser aprobada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, previa aprobación por parte del Pleno del Consejo, en la que constará:

a) los puestos de trabajo que deban ser desempeñados por personal funcionario, por consistir en el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, así como la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión de puestos y las retribuciones complementarias, sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición transitoria sexta.

b) los puestos de trabajo a desempeñar por personal laboral."

2.1.3. Artículo 37. Personal directivo

En los apartados 1 y 2 de este artículo 37 se determinan los puestos de trabajo que tienen la condición de personal directivo, entre los que se incluye a los Subdirectores (apartado 2, letra e)).

A estos efectos debe distinguirse entre los órganos de dirección recogidos en la Ley 3/2013, artículo 25.1 (Directores de instrucción) y el artículo 16.2 (Secretario del Consejo), sometido a un régimen jurídico diferenciado, (ejercicio de funciones específicas, régimen de incompatibilidades, etc) de los que determina el Estatuto en su artículo 37.2, en virtud de la habilitación del artículo 31.5 de la Ley, cómo de naturaleza directiva por su especial responsabilidad, competencia técnica o relevancia de sus tareas.

Esto supone que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31.5 de la Ley 3/2013, los puestos de trabajo anteriores han de cubrirse con personal funcionario de carrera del subgrupo A1 y, únicamente con carácter excepcional, se podrán cubrir dichos puestos en régimen laboral mediante contratos de alta dirección. Esta Comisión ya manifestó su opinión sobre esta cuestión en su informe de 15 de marzo de 2012, al anteproyecto de Ley de creación de la CNMC.

“En efecto, la organización interna del Organismo, los puestos de trabajo que por su especial responsabilidad, competencia técnica o relevancia, deben tener naturaleza directiva, la realización de funciones que implica el ejercicio de autoridad pública y los perfiles y requisitos de los candidatos que pueden ser propuestos para ocupar puestos directivos atendiendo al ejercicio de las funciones encomendadas a los mismos deben ser cuestiones incluidas entre las reservadas al Reglamento de funcionamiento interno previsto en el artículo 12 del Anteproyecto y no pueden ser objeto de establecimiento reglamentario pues ello no resulta compatible con la potestad de autoorganización de la ARN establecida en la Directivas”.

Una vez sentado lo anterior, debe añadirse que tal y como determina el artículo 26.3 de la Ley 3/2013, corresponde al personal directivo “la dirección, organización, impulso y cumplimiento de las funciones encomendadas al área a cuyo frente se encuentre, de acuerdo con las instrucciones emanadas del Consejo y del Presidente de la Comisión”.

Por su parte, el artículo 3.1.b) del Real Decreto 451/2012 define a los directivos indicando que “son quienes formando parte del consejo de administración, de los órganos superiores de gobierno o administración, o actuando bajo su dependencia o la del máximo responsable, ejercitan funciones separadas con autonomía y responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones emanadas del máximo responsable o de los citados órganos de las entidades previstas en las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 2 de este real decreto.”

En este sentido, ya ha informado la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado (ref.766/2012) que “es la inclusión en el concepto de “directivo” del Real Decreto 451/2012 la que determina la necesidad o no de utilizar un contrato de alta dirección”. Por tanto, debe analizarse la adecuación de los puestos de trabajo descritos en el artículo 37 del proyecto a la luz de los preceptos señalados.

Asimismo debe señalarse que la regulación propuesta podría no ser acorde con lo establecido en el RD 451/2012 que define el concepto de directivo.

Ha de señalarse en relación específicamente con los subdirectores que, de conformidad con los requisitos establecidos por los anteriores preceptos legal y reglamentario, son varias las notas características de los citados puestos reseñados en el Estatuto Orgánico, en concreto, en el artículo 27 en lo que aquí interesa, que denotan la ausencia de la naturaleza directiva ahora pretendida en este artículo 37 del proyecto. Así: (i) los subdirectores no forman parte del Consejo, (ii) dentro de la estructura organizativa prevista, los subdirectores no tienen la consideración de órgano, ni de gobierno ni de dirección, (iii) los subdirectores no actúan bajo dependencia del Consejo o máximo responsable del organismo, (iv) la normativa no fija funciones separadas con autonomía y responsabilidad para los subdirectores y (v) los subdirectores tienen clara dependencia orgánica y funcional del Director de instrucción correspondiente.

Además, en la medida que el artículo 31.5 de la Ley 3/2013 determina que el personal directivo laboral se cubrirá mediante contratos de alta dirección a los que les será de aplicación lo dispuesto en la Disposición Adicional octava de la Ley 3/2012 y el Real Decreto 451/2012, debe advertirse que todos los puestos de trabajo que tengan la condición directiva computarán a la hora de aplicar la previsión contenida en el artículo 6 del citado Real Decreto 451/2012 que establece una limitación del número máximo de miembros del Consejo y de los órganos de gobierno o administración, así como el número mínimo y máximo de directivos , la cuantía máxima de la retribución total, con determinación del porcentaje máximo de complemento de puesto y variable.

2.1.4. Carrera profesional y promoción interna.

El Estatuto Orgánico no incluye previsiones relativas a la carrera profesional, promoción interna o sistemas de evaluación del desempeño del personal. Estos aspectos están previstos tanto para el personal laboral como para el personal funcionario en los artículos 19 y 20 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

La carrera profesional y promoción interna tiene la consideración de un aspecto clave dentro de la gestión de recursos humanos. En particular, su relevancia se incrementa cuando la actividad de la Administración se desempeña en sectores tan complejos como el de la energía, en el que se requiere que la plantilla del personal tenga unos conocimientos altamente especializados.

La Comisión Nacional de Energía cuenta con su propio sistema de promoción profesional y su sistema de evaluación del desempeño (SEDE). Igualmente, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia deberá estar provista de todos aquellos factores organizativos que resulten necesarios para permitir que su actividad se desarrolle con los criterios de eficacia y eficiencia que rigen para todas las Administraciones Públicas y sea efectivamente “productiva”.

En el “Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público” de 25 de abril de 2005 ya se destacó la importancia que tenía un buen diseño de la carrera profesional para mejorar el rendimiento y productividad del empleado, y por ende de la propia Administración, basada en el desempeño del puesto de trabajo y desarrollo de competencias por parte de los empleados públicos.

En consecuencia, en el proyecto de Estatuto Orgánico deberán incluirse estas cuestiones en su artículo 30 como una función específica de desempeños dentro de la Secretaría General de la CNMC.

2.2. La potestad de autoorganización de la Autoridad Reguladora

El artículo 35 de la Directiva 2009/72/CE y el artículo 39 de la Directiva 2009/73/CE prevén la independencia, para el desarrollo de sus competencias, de la Autoridad Nacional Reguladora de la electricidad y del gas natural.

“4. Los Estados miembros garantizarán la independencia de la autoridad reguladora y velarán por que esta ejerza sus competencias con imparcialidad y transparencia. Con este fin, se asegurarán de que, al desempeñar las funciones reguladoras que le encomienda la presente Directiva y la legislación conexas, la autoridad reguladora:

a) sea jurídicamente distinta y funcionalmente independiente de cualquier otra entidad pública o privada,

b) su personal y los encargados de su gestión:

i) actúen con independencia de cualquier interés comercial, y

ii) no pidan ni acepten instrucciones directas de ningún gobierno ni ninguna otra entidad pública o privada para el desempeño de sus funciones reguladoras. Este requisito se entenderá sin perjuicio de una estrecha cooperación con otros organismos

nacionales pertinentes, cuando proceda, ni de las directrices de política general publicadas por el Gobierno que no guarden relación con las funciones reguladoras a que se refiere el artículo...”

5. *A fin de proteger la independencia de la autoridad reguladora, los Estados miembros se asegurarán especialmente de que:*

a) la autoridad reguladora pueda tomar decisiones autónomas, con independencia de cualquier órgano político y tenga dotaciones presupuestarias anuales separadas con autonomía en la ejecución del presupuesto asignado, así como recursos humanos y financieros adecuados para el cumplimiento de sus obligaciones;

b) los miembros del consejo de la autoridad reguladora o, a falta de un consejo, sus altos cargos directivos se nombren para un mandato fijo de entre cinco y siete años, renovable una sola vez.

De conformidad con el párrafo primero, letra b), los Estados miembros garantizarán la aplicación de un régimen de rotación adecuado para el consejo o los altos cargos directivos. Los miembros del consejo o, a falta de consejo, los altos directivos solo podrán ser destituidos durante su mandato cuando ya no cumplan las condiciones establecidas en el presente artículo o cuando hayan sido declarados culpables de falta con arreglo al Derecho interno.”

El artículo 35 de la Directiva 2009/72/CE y el artículo 39 de la Directiva 2009/73/CE definen pues las notas integrantes del estatuto de independencia y autonomía del que necesariamente deben gozar las Autoridades Reguladoras Nacionales con competencias en los sectores energéticos.

- i) Debe desarrollar sus funciones con imparcialidad y transparencia e independencia.
- ii) Debe ser jurídica y funcionalmente distinta del Gobierno y del resto de los poderes públicos.
- iii) El personal no puede pedir ni aceptar instrucciones de ningún Gobierno, ni ninguna otra entidad pública o privada.
- iv) Debe tener capacidad para tomar decisiones autónomas, con independencia de cualquier órgano político.
- v) Debe disponer de dotaciones presupuestarias autónomas.
- vi) Debe disponer de recursos humanos y financieros adecuados.

A diferencia de lo que sucede en las disposiciones relativas a otros mercados regulados, las Directivas europeas en materia energética obligan a los Estados

miembros a establecer una única Autoridad Reguladora Nacional², a la que atribuyen competencias y funciones específicas en los sectores de la electricidad y del gas natural, sin excluir la posibilidad de que pueda asumir competencias en otros sectores.

La normativa española que otorgue esas competencias y funciones específicas en el sector de la electricidad y del gas natural al organismo regulador nacional, debe respetar escrupulosamente el contenido mínimo establecido en las referidas Directivas, garantizando el efecto útil de las mismas, en el sentido exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³. Dicho marco debe ser atendido no sólo en lo que respecta a la atribución concreta de funciones, sino también en la configuración de la Autoridad Reguladora Nacional, su naturaleza jurídica así como su estatuto orgánico y funcional.

Los artículos 26.4 y 20.11 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, reservan al Reglamento de Funcionamiento Interno las siguientes materias: la actuación de sus órganos, la organización del personal, el régimen de transparencia y reserva de información, el funcionamiento del Consejo así como el funcionamiento administrativo y organización de los servicios del Organismo.

Se advierte por tanto identidad entre el contenido material establecido en el Reglamento de Régimen Interior previsto para los Organismos Reguladores en el artículo 12.9 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y el ahora establecido en los artículos 26.4 y 20.11 de la Ley 3/2013. Estos últimos preceptos establecen una reserva legal de carácter material en favor de la CNMC que deberá operar como límite para que no se vacíe de contenido el citado Reglamento de Régimen Interior, principal manifestación de la potestad autoorganizativa.

Así, el Estatuto Orgánico deberá limitarse a regular exclusivamente las materias a él reservadas dentro del marco legal establecido y con un alcance y densidad adecuados atendido el contexto normativo en que se integra caracterizado por la independencia de la Autoridad Reguladora. No debe obviarse en modo alguno el hecho de que existen solapamientos relevantes entre las materias atribuidas a ambas normas que deben ser resueltas en favor de la autonomía del organismo. Así el artículo 26.2 se refiere a la distribución de asuntos entre Pleno y Sala así como las funciones y estructura interna de las Direcciones. Por su lado, la Disposición Adicional Décima de la Ley incluye el régimen de personal. No obstante lo anterior, los artículos 26.4 y 20.11

² Artículo 35.1 de la Directiva 2009/72/CE y artículo 39.1 de la Directiva 73/2009/CE.

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2008, Comisión / Alemania, Asunto C-82/07, apartado 24 y Conclusiones del Abogado General P. Cruz Villalón publicadas el 22 de junio de 2010 en el asunto C-389/08, Base NV, particularmente su apartado 36, y la jurisprudencia allí citada.

reservan al Reglamento la regulación de la actuación de los órganos de la CNMC sin distinción alguna, la organización del personal, el funcionamiento administrativo y la organización de los servicios del Organismo. Materias éstas sin duda que comprenden e integran a las establecidas en el artículo 26.2.

En consecuencia, planteado el conflicto material, éste debe ser resuelto a través de la adecuada e indispensable colaboración entre el Estatuto y el Reglamento, sobre la base de la siguiente premisa: el respeto a la potestad autorganizativa que descansa sobre el reiterado estatuto de independencia de la ARN. Por lo tanto, hay que establecer un equilibrio perfecto entre el Estatuto y el Reglamento de funcionamiento interno desde el punto de vista que el Estatuto no debe invadir materias atribuidas al Reglamento. En este sentido, se identifican determinados preceptos del Estatuto que deberían limitarse a contener una regulación que cabría denominar de “primer grado”, que habilitaría y no mermaría un desarrollo posterior en el Reglamento. En este sentido, habrá de acudirse a fórmulas amplias y relaciones no exhaustivas o limitativas, así como evitar la identificación y número de unidades concretas.

El Consejo de Estado en su Dictamen de 13 de septiembre de 2012 sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la CNMC puso de manifiesto la diferente naturaleza no meramente teórica entre los Organismos reguladores sectoriales y los organismos encargados de la defensa de la competencia, indicando en particular *“es muy relevante establecer la diferencia entre organismos reguladores sectoriales ex ante (típicamente CMT y CNE) y la CNC como organismo encargado de la defensa de competencia ex post (no sólo en sentido temporal, ya que previamente vigila también las concentraciones económicas, sino en el sentido cualitativo de órgano encargado de aplicar el Derecho anti-trust, con sentido siempre sancionador o represivo). Esta distinción, que puede parecer meramente teórica, ha sido sin embargo subrayada a lo largo del expediente y se basa en algunos datos incuestionables de Derecho positivo que no deben olvidarse. (...) Habiéndose optado por un sistema distinto debe en todo caso cuidarse que el régimen único que deriva del anteproyecto no se traduzca en una uniformidad aplicativa, de dedicación de medios y de ejercicio de funciones, en mercados cuya consistencia, volumen y experiencia reguladora son muy diferentes.”*

En este sentido, la Comisión Nacional de Energía en su informe de 15 de marzo de 2012 sobre el Anteproyecto de Ley de Creación de la CNMC señaló:

“En efecto, la organización interna del Organismo, los puestos de trabajo que por su especial responsabilidad, competencia técnica o relevancia, deben tener naturaleza directiva, la realización de funciones que implica el ejercicio de autoridad pública y los perfiles y requisitos de los candidatos que pueden ser propuestos para ocupar puestos directivos

atendiendo al ejercicio de las funciones encomendadas a los mismos deben ser cuestiones incluidas entre las reservadas al Reglamento de funcionamiento interno previsto en el artículo 12 del Anteproyecto y no pueden ser objeto de establecimiento reglamentario pues ello no resulta compatible con la potestad de autoorganización de la ARN establecida en la Directivas”.

(...)

“En conclusión, esta Comisión considera que la organización interna del Organismo debe ser incluida entre las cuestiones que debe necesariamente regular el Reglamento de funcionamiento interno previsto en el artículo 12 del Anteproyecto, sin perjuicio de que sea la propia Ley la que defina de forma concreta la composición de la Comisión ejecutiva y el número y composición de las Comisiones Delegadas Sectoriales.”

En esta misma línea, el Consejo de Estado en el referido Dictamen señala: *Ante todo, hay todavía un punto capital en la organización que se defiere al Estatuto Orgánico de la Comisión, cual es la creación de la Comisión Ejecutiva, que el artículo 26.7 del anteproyecto considera en forma potestativa: "dentro del Consejo se podrá crear una Comisión Ejecutiva para la gestión diaria de los asuntos de su competencia, en las que el Consejo podrá delegar funciones no reservadas al mismo por esta ley". Aun cuando la creación de las direcciones de instrucción señala ya las áreas en las que se desenvolverá la actuación de la CNMC (si bien cabría desarrollar más alguna de sus funciones, en la línea sugerida por la CNC), se desconoce sin embargo cuál será la forma de funcionamiento de aquellas y su relación con la mencionada Comisión Ejecutiva. Este aspecto se estima que debe recogerse en la Ley proyectada, no solo por las razones de eficacia que apunta la CNC (en orden a "valorar la incidencia que su creación va a tener sobre la eficacia del trabajo que debe desarrollar el órgano plenario"), sino -más allá- porque puede incidir en el mismo carácter independiente del regulador. En efecto, como ha señalado el informe del MINETUR, "fácilmente se entiende que sólo recogiendo en la Ley la regulación de los aspectos básicos de la organización" (se refería en particular a las áreas de actuación) puede garantizarse su carácter independiente de la Administración General del Estado, mientras que "si la determinación de la organización en cada momento, incluso en el diseño de sus líneas básicas, se encomendase a la potestad reglamentaria, cabría poner en tela de juicio la existencia de una garantía suficiente de dicha independencia".*

Anteriormente, y en la línea ya apuntada el Consejo de Estado en el Dictamen al Proyecto de Real Decreto por el que se modificaba el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión

Nacional de Energía (RD 1204/2006, de 20 de octubre, anulado por STS de 18 de septiembre de 2008 –Rec. Nº 84/2006-) manifestó lo siguiente en relación con la supresión en el artículo 2.3 de la necesidad de informe previo de los Ministerios de Industria, Turismo y Comercio, de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda para la aprobación por la Comisión Nacional de Energía de su Reglamento de régimen interior *“En cuanto a la modificación del artículo 2.3 del Reglamento de la CNE, cabe observar primeramente que la naturaleza jurídica de ésta como organismo público dotado de independencia funcional -e incluido entre los organismos de régimen especial previstos en la disposición adicional décima de la LOFAGE- no sólo no hace extravagante sino que incluso permite considerar como apropiado que, para desarrollar plenamente tal independencia y autonomía, el propio organismo pueda decidir en exclusiva, mediante la aprobación de su Reglamento interno sin injerencia externa, cuestiones como el funcionamiento de sus órganos, los servicios técnicos, jurídicos, administrativos y económicos necesarios para su adecuado funcionamiento. En este punto, la participación mediante informe de otros órganos administrativos con personalidad jurídica diferenciada, pese a no tratarse de informe vinculante y aunque dicho informe pudiera aportar criterios útiles, eventualmente también pudiera proyectar apariencia de cierta influencia en la potestad de autoorganización de la CNE.”*

Finalmente, procede remitirse a las Notas Interpretativas de la Directiva 2009/72 y 2009/73, en relación con las Autoridades Reguladoras, (pag. 6) que claramente reconocen a la Autoridad Reguladora esa potestad de autoorganización:

“Obviously, the NRA will have to be created in accordance with the constitutional and administrative rules of each Member State insofar as they are consistent with European Union law. Notwithstanding national administrative rules, it is the sole responsibility of the NRA to determine how it operates and is managed, including staffing-related matters. These provisions thus seem to rule out any hierarchical link between the NRA and any other body or institution. Moreover, the NRA can no longer be part of a Ministry. The Commission’s services are of the opinion that e.g. sharing personnel and sharing offices between the NRA and any other (public or private) body is, in principle, not in line with Article 35(4)(a) of the Electricity Directive and Article 39(4)(a) of the Gas Directive.”

Desde esta perspectiva, y en aras a paliar la “uniformidad aplicativa” a Organismos de muy distinta naturaleza y funciones, el Proyecto de Real Decreto sometido ahora a informe debería establecer una regulación tal vez diferenciada para cumplir las previsiones y exigencias contempladas en la normativa de la Unión Europea antes referidas.

A la vista de todo cuanto se ha expuesto, y teniendo en cuenta la densidad normativa de determinados preceptos, se considera que, en virtud del principio de autoorganización reiteradamente enunciado, el contenido de los artículos que a continuación se indican debería ser objeto de regulación en el Reglamento de Régimen Interior del Organismo previsto en los artículos 20.11 y 26.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio. A estos efectos, el Estatuto debería limitarse al establecimiento de una regulación de “primer grado” con los caracteres anteriormente definidos.

2.3 El funcionamiento del Consejo en Pleno y Salas.

El artículo 16 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, regula el funcionamiento del Consejo de la CNMC, estableciendo que éste actuará en pleno o en salas. Conforme al artículo 18, una de estas salas se dedicará a temas de competencia mientras que la otra lo hará a supervisión regulatoria.

El artículo 21 de la Ley 3/2013 regula las competencias del pleno y las salas, estableciendo lo siguiente:

“1. El pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia conocerá de los siguientes asuntos:

a) Los que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14.1 de la presente Ley, sean indelegables para el Consejo, con la excepción de la impugnación de actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 5.4.

b) Aquellos en que se manifieste una divergencia de criterio entre la Sala de Competencia y la de Supervisión regulatoria.

c) Los asuntos que por su especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión, recabe para sí el pleno, por mayoría de seis votos y a propuesta del Presidente o de tres miembros del Consejo.

2. Las salas conocerán de los asuntos que no estén expresamente atribuidos al pleno. Reglamentariamente se determinarán los supuestos en los que, correspondiendo el conocimiento de un asunto a una de las salas, deba informar la otra con carácter preceptivo. En todo caso, deberá emitirse informe en los siguientes asuntos:

a) Por la Sala de Competencia, en los procedimientos que, previstos en los artículos 6 a 11 de esta Ley, afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados.

b) Por la Sala de Supervisión regulatoria, en los procedimientos en materia de defensa de la competencia previstos por el artículo 5 de esta Ley que estén relacionados con los sectores a los que se refieren los artículos 6 a 11”.

Cabe recordar que este diseño de funcionamiento del Consejo de la CNMC -en pleno y en Salas- con el que se aprobó el texto definitivo de la Ley, no coincide con el modelo inicial contenido en el anteproyecto de Ley que fue remitido por el Consejo de Ministros al Congreso de los Diputados.

Asimismo, sobre el modelo inicial el dictamen del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 2012 antes mencionado, advertía igualmente de la diferente naturaleza que presentaban los Organismos reguladores de los mercados frente al de defensa de la competencia:

El modelo contemplado en la Ley 3/2013, de 4 de junio, establece un reparto teórico de materias entre la sala de supervisión regulatoria y la sala de competencia, que sólo se ve excepcionalmente alterado en favor de su atribución al pleno en los tres supuestos siguientes:

- Los asuntos indelegables.
- Aquellos en los que exista una divergencia de criterio entre salas (sin especificar en qué supuestos se entenderá ésta producida).
- La avocación de materias por parte del Pleno respecto de asuntos de “especial incidencia”.

Sin embargo, la regulación contenida en la Sección 2ª del Capítulo II del Proyecto de Estatuto Orgánico, al regular el funcionamiento del pleno y las salas del Consejo y el reparto de competencias entre uno y otras, viene a suponer una importante incorporación a las previsiones contempladas en la Ley 3/2013. Y ello por los dos motivos siguientes:

En primer lugar, porque el modelo de Estatuto Orgánico especifica los supuestos en los que “*podrá*” considerarse que una materia es de especial incidencia y por tanto, es susceptible de ser “*recabada para sí*” por el Consejo. Y dispone que gozan de esa consideración de especial relevancia las funciones contenidas en los apartados 1 y 16 del artículo 7 de la Ley, que son los siguientes:

“1. Establecer mediante circulares, dictadas de conformidad con el artículo 30 de esta Ley, previo trámite de audiencia y con criterios de eficiencia económica, transparencia, objetividad y no discriminación:

a) La metodología para el cálculo de la parte de los peajes de acceso a las redes de electricidad correspondientes a los costes de transporte y distribución, que se establecen en el artículo 17.1 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del

Sector Eléctrico, de acuerdo con el marco tarifario y retributivo establecido en dicha Ley y en su normativa de desarrollo.

A estos efectos, se entenderá como metodología de cálculo de los peajes, la asignación eficiente de los costes de transporte y distribución a los consumidores y generadores.

b) La metodología relativa al acceso a las infraestructuras transfronterizas, incluidos los procedimientos para asignar capacidad y gestionar la congestión, de acuerdo con el marco normativo de acceso a las infraestructuras y de funcionamiento del mercado de producción de energía eléctrica y a los criterios que se determinen reglamentariamente.

c) Las metodologías relativas a la prestación de servicios de equilibrio entre sistemas gestionados por distintos operadores del sistema, que desde el punto de vista de menor coste, de manera justa y no discriminatoria, proporcionen incentivos adecuados para que los usuarios de la red equilibren su producción y consumo, de acuerdo con el marco normativo para el correcto funcionamiento del sistema eléctrico.

d) La metodología para el cálculo de los peajes y cánones de los servicios básicos de acceso a las instalaciones gasistas: transporte y distribución, regasificación, almacenamiento y carga de cisternas, dentro del marco tarifario y retributivo definido en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, y en su normativa de desarrollo.

e) La metodología relativa a la prestación de servicios de balance de forma que proporcionen incentivos adecuados para que los usuarios de la red equilibren sus entradas y salidas del sistema gasista dentro del marco normativo de acceso y funcionamiento del sistema definido en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y en su normativa de desarrollo.

f) La metodología relativa al acceso a las infraestructuras transfronterizas, incluidos los procedimientos para asignar capacidad y gestionar la congestión, dentro del marco normativo de acceso y funcionamiento del sistema definido en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y en su normativa de desarrollo.

(...)

16. Supervisar las inversiones en capacidad de generación que permita garantizar la seguridad del suministro”.

En relación con los asuntos que por su especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión recaba para sí el pleno antes referidos no se incluyen explícitamente funciones de especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión en otros sectores diferentes a los de energía, salvo para el caso de la obligación de separación funcional a que se refiere el artículo

13bis de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. La especial mención en el Estatuto a los asuntos en materia de energía respecto a los temas de competencia o de otros sectores que deben ser conocidos por el Pleno del Consejo podría significar la relevancia de los trabajos de la Dirección de Instrucción de Energía en relación al resto, que debería ir acompañado de los suficientes recursos necesarios para desarrollar sus funciones, si bien podría interferir en la eficaz aprobación y desarrollo de los trabajos en materia eléctrica y de gas natural al ser necesariamente conocidos en Pleno y no por la correspondiente Sala de supervisión regulatoria. En consecuencia, se advierte de la asimetría en la definición de las materias de especial relevancia atribuidas al Pleno tanto a nivel sectorial como a nivel de la Sala de competencia.

En segundo lugar, el Proyecto de Estatuto amplía la posibilidad de supuestos en los que puede producirse una divergencia de criterio entre las dos salas (la de supervisión regulatoria y la de competencia) de tal forma que permite o puede permitir que un amplísimo número de materias inicialmente sometidas a la sala de supervisión regulatoria, puedan verse abocadas al conocimiento por parte del Pleno del Consejo. Así, se desprende de la interpretación conjunta de lo previsto en los artículos 13 1. b) apartado segundo y artículo 15 del Proyecto de Estatuto.

El artículo 13.1 b) establece en su apartado segundo que *“existirá, en todo caso, divergencia de criterio cuando así se ponga de manifiesto por la emisión de un informe desfavorable de una Sala, respecto de los asuntos sobre los que deba resolver la otra”*.

Y el artículo 15, tras abordar el reparto de conocimiento de asuntos entre las dos salas, establece lo siguiente:

2. Se solicitará informe preceptivo a la sala que no sea competente para conocer, a efectos de resolver o dictaminar sobre los siguientes asuntos:

a) Los previstos en los apartados b), c), d), f), g) y h) del apartado 1 y a), b) y c) del apartado 2 del artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, cuando afecten a los sectores sujetos a supervisión.

b) Los procedimientos sancionadores previstos en la legislación sectorial y sus normas de desarrollo, en el marco de las competencias de la Comisión, cuando los hechos pudieran ser constitutivos de infracciones muy graves.

(...)

d) Respecto de las funciones previstas en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, los asuntos previstos en los apartados 14, 15, 19, 21, y 30 así

como los expedientes de certificación de la separación de actividades en aplicación del apartado 3, del mismo artículo de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

(...)

j) La toma de participaciones en el sector energético, en los términos previstos en la Ley 3/2013, de 4 de junio.

Se observa, por tanto, que se amplían los supuestos de informe preceptivo de la otra sala inicialmente previstos en la Ley, al incluirse ahora los procedimientos sancionadores por infracciones muy graves, la toma de participaciones en los sectores energéticos y los asuntos previstos en el artículo 7 apartados 3, 14, 15, 19, 21, y 30. Estos asuntos son los siguientes:

3. Supervisar y, en su caso, certificar, la separación de las actividades de transporte, regasificación, distribución, almacenamiento y suministro en el sector del gas, y de las actividades de generación, transporte, distribución y suministro en el sector eléctrico, y en particular su separación funcional y la separación efectiva de cuentas con objeto de evitar subvenciones cruzadas entre dichas actividades.

14. Garantizar la transparencia y competencia en el sector eléctrico y en el sector del gas natural, incluyendo el nivel de los precios al por mayor, y velar por que las empresas de gas y electricidad cumplan las obligaciones de transparencia.

15. Supervisar el grado y la efectividad de la apertura del mercado y de competencia, tanto en el mercado mayorista como el minorista, incluidas entre otras, las reclamaciones planteadas por los consumidores de energía eléctrica y de gas natural, y las subastas reguladas de contratación a plazo de energía eléctrica.

19. Supervisar las medidas adoptadas por los gestores de la red de distribución para garantizar la exclusión de conductas discriminatorias.

21. Determinar con carácter anual los operadores principales y dominantes, así como el resto de funciones relativas a dichos operadores de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios.

30. Tramitar expedientes de exención de acceso de terceros a las instalaciones gasistas.

En relación con la toma de participaciones en los sectores energéticos se señala que la Ley 3/2013 en su disposición adicional novena establece un nuevo régimen jurídico para la toma de participaciones en el sector energético y, en particular, determina que el MINETUR podrá establecer condiciones

relativas al ejercicio de la actividad de las sociedades sujetas a las operaciones comunicadas, previo informe de la CNMC, el cual no tendrá carácter vinculante y habrá de ser evacuado en el plazo de 10 días. La citada disposición señala que el MINETUR podrá establecer condiciones, si considerase que existe una amenaza real y suficientemente grave para la garantía de suministro de electricidad, gas e hidrocarburos en el ámbito de las actividades del adquirente. Cabe destacar que el motivo de la imposición de condiciones por el MINETUR, mediante resolución e informe previo por la CNMC es el de que exista una amenaza real y suficientemente grave para la garantía de suministro de los sectores energéticos (electricidad, gas natural e hidrocarburos), en ningún caso asociado a la competencia de dichos sectores. Podría tener sentido que la sala de Competencia informara sobre las condiciones que pudiese establecer el MINETUR, en particular, sobre su incidencia en aquellas actividades, realizadas en grupos integrados con sociedades que desarrollan actividades en competencia y reguladas. Sin embargo, esto no es lo establecido en la Ley 3/2013 debido a que dicho informe de la CNMC tiene carácter de previo a la resolución del MINETUR en la que se impongan las condiciones oportunas y en cualquier caso se trata de un procedimiento reglado en el que únicamente se podrán imponer condiciones en el ámbito ya indicado. Por todo ello, no se considera procedente el informe de la sala de Competencia en relación al informe que proponga la sala de supervisión regulatoria al respecto de lo establecido en el apartado j) del artículo 15.2.

Por otro lado, en el punto 1 del artículo 15 del Estatuto, se cita al artículo 21.2 de la Ley 3/2013 en relación al conocimiento de las Salas de los asuntos que no estén atribuidos expresamente en el Pleno, asignando a la Sala de Competencia el conocimiento de asuntos relacionados de la Ley 15/2007 y con la actividad de promoción a la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013 y a la sala de supervisión el conocimiento de los asuntos relacionados con la aplicación de los artículos 6 a 12 de la Ley 3/2013.

Se considera relevante, tal y como indica la norma proyectada, que se solicite informe preceptivo a la Sala que no sea competente sobre los asuntos previstos en los apartados b), c), d), f), g) y h) del apartado 1 y a), b) y c) del apartado 2 del artículo 5 de la Ley 3/2013 en materia eléctrica y de gas natural, siempre teniendo en cuenta que la supervisión y control de los mercados y sectores de electricidad y de gas natural, establecidos en el artículo 7 de la Ley 3/2013 son competencia de la Sala de supervisión regulatoria. Cabría incluir así mismo la letra e) Ayudas públicas en materia energética.

Por otro lado, debe incidirse en que la atribución de los reguladores energéticos de funciones de defensa y promoción de la competencia existe en la gran mayoría de los países y se ha visto reforzada en las Directivas comunitarias de

gas y electricidad de 2009⁴. Esta atribución se debe principalmente a las características y complejidades de los mercados de electricidad y de gas natural (por ejemplo, la baja elasticidad de la demanda el precio, al menos en el corto plazo, las inversiones de cuantías elevadas y largos periodos de maduración en actividades de generación eléctrica, producción e importación de gas, el grado de interconexión limitada con otros sistemas, la existencia de monopolios naturales de redes que son imprescindibles para la realización de las actividades competitivas, etc.) que pueden dificultar la consecución de equilibrios competitivos en los que los precios reflejen costes y señalicen decisiones de inversión eficientes. En este contexto, los conocimientos específicos de regulación sectorial de la Dirección de Instrucción de Energía, son necesarios para permitir tanto la realización de propuestas regulatorias pro-competitivas, como un análisis en profundidad de potenciales conductas anti-competitivas y/o del impacto de concentraciones empresariales en los sectores de electricidad y de gas natural.

En este sentido, y de persistir el esquema propuesto, cabe subrayar la necesidad de realizar los informes preceptivos correspondientes por la Sala de supervisión regulatoria y que se deban destinar los recursos suficientes en la Dirección de Instrucción de Energía para realizar, entre otros:

- Informes sobre vigilancia de condiciones y compromisos establecidos en las Resoluciones de la CNMC establecidos por la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, relacionadas con empresas en el sector eléctrico y de gas natural.
- Informes en materias de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia en los sectores de electricidad y de gas natural
- Informes sobre operaciones de concentración económicas en el sector eléctrico y de gas natural.

Las consecuencias que se desprenden de las consideraciones señaladas aconsejarían una revisión del sistema establecido, tomando en consideración igualmente lo ya expuesto en el apartado 2.2 anterior. En este sentido, cabría alertar sobre los siguientes riesgos potenciales:

1º.- Riesgo de ineficacia de la CNMC a la hora de ejercer un número de las funciones que le corresponden como ARN en materia de energía, en la medida

⁴ Las Directivas de 2009 atribuyen a los reguladores sectoriales energéticos, como objetivo general, “promover una competencia efectiva” en el sector. Entre sus obligaciones incluyen la de “controlar el grado de efectividad de apertura del mercado y de competencia”, tanto en el mercado mayorista como en el minorista, y entre sus funciones introducen, la de “realizar investigaciones sobre el funcionamiento de los mercados energéticos, así como adoptar e imponer cualquier medida necesaria y proporcionada para promover la competencia efectiva y asegurar el adecuado funcionamiento del mercado”.

en que éstas, a pesar de estar atribuidas a la sala de supervisión regulatoria, habrán de ser remitidas a la sala de competencia para que emita su informe y, caso de ser desfavorable, exigirá recabar el pronunciamiento por parte del Pleno del Consejo.

Lo anterior supone una ampliación de los trámites y plazos respecto de las funciones actualmente desarrolladas por la CNE como ARN en materia de energía, lo que va en contra de los principios de eficacia y rapidez que no sólo son objetivo de las directivas comunitarias⁵, sino que coinciden con los fines perseguidos por la propia creación de la CNMC.

Nótese, a estos efectos, que algunas de las funciones anteriormente referidas se ejercen a través de procedimientos administrativos sujetos a plazos preclusivos. Así, a título de ejemplo, la Disposición adicional novena de la Ley 3/2013 ya mencionada concede a la CNMC un plazo de diez días, dentro de los treinta de tramitación total, para evacuar el correspondiente informe relativo a la toma de participaciones en los sectores energéticos, plazo que resulta a todas luces insuficiente en el caso de haya que recabar el informe de tres órganos de naturaleza colegiada (las dos salas y el pleno, respectivamente).

2.- Posibilidad de sometimiento real al pleno de la CNMC de un amplio elenco de cuestiones que emanan directamente de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE, que podría alterar la previsión general contemplada en la Ley 3/2013, de 4 de junio, respecto del reparto teórico de materias entre las dos repetidas salas.

3.- La densidad y alcance del sistema propuesto sin contener una cláusula abierta o habilitación al Consejo para su modificación resta flexibilidad al sistema e impide su adaptación progresiva a la experiencia adquirida por el nuevo Organismo, máxime teniendo en cuenta lo innovador del mismo.

⁵ Artículos 37.4 y 41.4 de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE, de 13 de julio

3. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL ARTICULADO.

3.1. Disposiciones adicionales y transitorias.

Disposición adicional segunda. Función Arbitral

En el apartado segundo de esta disposición del Proyecto de Estatuto Orgánico, se señala que será el Consejo de la CNMC quien aprobará un Reglamento de Arbitraje en el que se regule el procedimiento arbitral. Sin embargo, lo anterior podría resultar en aparente contradicción con lo establecido en el artículo 5.1.b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, que dispone que *“El procedimiento arbitral se regulará mediante Real Decreto”*. Dado que algunos preceptos de la norma objeto de informe se refieren a esta materia (artículo 11 y artículo 26) debe entenderse que en el resto de cuestiones se estará a lo que establezca el Reglamento de Arbitraje aprobado por el Consejo.

Disposición transitoria primera. Subsistencia de órganos y unidades

A estos efectos, procede referirse a lo señalado en la Consideración general 2.1.1.

Disposición transitoria tercera. Delegación de competencias

En esta disposición se mantiene la vigencia de las delegaciones de competencias efectuadas por los organismos extintos con anterioridad a la entrada en vigor del estatuto orgánico hasta que no sean expresamente revocadas.

Sin embargo, la norma que extingue los diversos organismos (Ley 3/2013) no recoge previsión alguna respecto a la subsistencia o no de las delegaciones de competencias otorgadas por los diversos organismos extinguidos que estén vigentes en la actualidad.

Además, debe indicarse que, en el presente caso está prevista la extinción de los órganos delegantes, lo que, con carácter general, determina la extinción de la eficacia de las delegaciones otorgadas. Es más, en determinados supuestos, no se ha previsto la asunción por concretos órganos de la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de parte de las competencias que han sido objeto de delegaciones, lo que lleva a negar la concurrencia de las necesarias circunstancias de idoneidad o similitud para el mantenimiento de las delegaciones de competencias conferidas.

Finalmente, debe llamarse la atención sobre la problemática que ineludiblemente origina el hecho de mantener la vigencia de las delegaciones efectuadas por los distintos organismos reguladores⁶ con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto que apruebe el Estatuto Orgánico de la CNMC ya que convergen sobre las mismas materias (contratación, régimen económico-financiero, personal, etc...) y, además, tienen previsiones contradictorias entre sí, como por ejemplo han sido otorgadas con diferentes alcances y límites de cuantías.

Disposición transitoria cuarta. Régimen de contratación

En esta disposición se establece que los expedientes de contratación iniciados con anterioridad a la constitución de la Mesa de contratación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia seguirán tramitándose por los órganos de contratación existentes hasta la efectiva puesta en funcionamiento del nuevo órgano de contratación.

⁶ Véase, que sólo en la CNE existen las siguientes delegaciones:

- Resolución de 23 de mayo de 2013, de la Comisión Nacional de Energía, de delegación de competencias en el Secretario del Consejo de la Comisión Nacional de Energía para adoptar y notificar acuerdos sobre ampliación de plazos o sobre su denegación, de conformidad con el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en los procedimientos sancionadores cuya instrucción corresponda al Consejo de la Comisión Nacional de Energía.
- Resolución de 11 de abril de 2013, de la Comisión Nacional de Energía, de delegación de competencias en el Secretario del Consejo de la Comisión Nacional para efectuar actos de trámite en el marco de los procedimientos de cancelación de inscripciones en el Registro de Preasignación de Retribución regulado en el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre.
- Resolución de 7 de febrero de 2013, de la Comisión Nacional de Energía, de delegación de competencias en el Secretario del Consejo de la Comisión Nacional de Energía para efectuar requerimientos de información en el marco del ejercicio de las funciones vigésimo segunda, vigésimo novena, trigésima y trigésimo segunda, previstas en la disposición adicional undécima, tercero.1, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos y para informar a los consumidores energéticos sobre los derechos que asisten a estos sujetos, la normativa en vigor y las vías de solución de conflictos.
- Resolución de 6 de octubre de 2011, de la Comisión Nacional de Energía, por la que se delegan competencias en materia de contratación administrativa y económico-financiera en el Director Gerente de la Comisión Nacional de Energía
- Resolución de 22 de junio de 2011, de la Comisión Nacional de Energía, de delegación de competencias en la Directora de Regulación y Competencia para efectuar requerimientos de información en el marco de los procedimientos que se instruyan al amparo de la función decimocuarta de la disposición adicional undécima, tercero.1, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, cuyo ejercicio está atribuido al Consejo.
- Resolución de 8 de marzo de 2011, de la Comisión Nacional de Energía, de delegación de competencias en el Director Gerente de la Comisión Nacional de Energía para el ejercicio de las funciones previstas en el apartado e) del artículo 14 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en relación con el personal no directivo.
- Resolución de 11 de diciembre de 2006, de la Comisión Nacional de Energía, de delegación de competencias en el Director Gerente para el desempeño de la jefatura superior del personal de la Comisión Nacional de Energía incluido en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo.
- Resolución de 27 de octubre de 2005, de la Comisión Nacional de Energía, de delegación de competencias en el Director-Gerente para las siguientes facultades referidas al personal dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del Organismo [...]

Por una parte, el estatuto orgánico de la CNMC debe tener en cuenta el régimen transitorio que ha dispuesto la Ley 3/2013. Pues bien, a falta de previsión específica para los órganos de contratación de los organismos afectados, ha de tomarse en consideración el contenido de la disposición transitoria tercera (Continuación de funciones por los organismos que se extinguen) y el apartado 4 de la disposición adicional cuarta de la referida Ley, en virtud de las cuales, a partir de la fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC los órganos de contratación de los organismos extinguidos (y, por ende, las mesas de contratación constituidas) ineludiblemente dejarán de poder ejercer las funciones que tenían atribuidas y las mismas ya deberán ser ejercitadas por el nuevo órgano de contratación, esto es, el Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Asimismo, deberá estarse a las previsiones de la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2013 y, en consecuencia, hasta la fecha de efectiva puesta en funcionamiento de la CNMC los expedientes de contratación iniciados continuarán tramitándose por los órganos de contratación de los organismos extinguidos.

Igualmente, debe resaltarse que, por cuanto de conformidad con el artículo 32 de la Ley 3/2013 el órgano de contratación de la CNMC es su Presidente, para esta figura no está prevista su “puesta en funcionamiento”.

Por otra parte, con la utilización del término “constitución de las mesas de contratación” por parte de la disposición transitoria cuarta del proyecto de estatuto orgánico, resulta complejo discernir a qué expedientes de contratación, que además proceden de diferentes organismos, les va a resultar de aplicación la presente disposición transitoria, a la luz de la citada normativa específica de contratación y tomando en consideración el artículo 32 de la Ley 3/2013 y el artículo 42 del proyecto de estatuto orgánico. Asimismo, téngase en cuenta que la designación de los miembros de las mesas de contratación puede hacerse con carácter permanente o de manera específica para la adjudicación de cada contrato (artículo 21.4 del Real Decreto 817/2009) y, en concreto, en el caso de la CNE, en cada expediente de contratación se designa una mesa que tiene carácter específico. Además, en los términos que señala el meritado Real Decreto 817/2009, en su artículo 21.6, una vez designados los miembros de la mesa de contratación, durante la tramitación de cada expediente de contratación su constitución se produce en diversas ocasiones, esto es, en cada una de las sesiones que celebre la mesa.

En definitiva, sería conveniente modificar la fecha señalada en la disposición transitoria cuarta del proyecto del estatuto orgánico y, además, precisarse la terminología utilizada.

3.2. Disposiciones generales

Artículo 3. Objeto.

El artículo 3 se corresponde literalmente con el artículo 1.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio. Cabe señalar que la CNMC, en tanto que Autoridad Reguladora Nacional de los sectores energéticos, tiene unos objetivos y funciones que van más allá de los referidos a garantizar la competencia efectiva de los mercados y sectores.

En este sentido, resulta necesario que se incorporen los objetivos establecidos, en lo que se refiere al sector eléctrico, en el artículo 36 de la Directiva 2009/72/CE (letras a) a h)), y, en lo que se refiere al gas natural, en el artículo 40 de la Directiva 2009/73/CE (letras a) a h)). Se trata de objetivos específicos en materia de eficiencia energética, en materia de seguridad de las redes, en materia de protección al consumidor, para la consecución de un mercado interior europeo y en materia de diversificación y seguridad del suministro que deben ser incorporados al precepto analizado y que constituyen en sí mismos funciones de la ARN, la cual debe gozar de la capacidad de adoptar las acciones necesarias para su consecución. Dichos objetivos se encuentran recogidos en la Disposición Adicional Undécima, apartado sexto de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, en la redacción dada por el Real Decreto Ley 13/2012:

- a) Promover el funcionamiento competitivo del sector de energético para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de calidad, en lo que se refiere al suministro de la electricidad y de los hidrocarburos tanto líquidos como gaseosos, en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios.
- b) Promover, en cooperación con la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía, las autoridades reguladoras de los demás Estados miembros y la Comisión Europea, un mercado interior de electricidad y del gas natural competitivo, seguro y sostenible ambientalmente, y abrir el mercado de manera efectiva a todos los clientes y suministradores comunitarios, así como garantizar las condiciones adecuadas para que las redes de electricidad y gas funcionen de modo eficaz y fiable, teniendo en cuenta objetivos a largo plazo.
- c) Desarrollar mercados regionales competitivos y que funcionen adecuadamente en el ámbito del mercado de la Unión Europea, con el fin de lograr el objetivo mencionado en el párrafo b).

d) Eliminar las restricciones al comercio de la electricidad y del gas natural entre Estados miembros, incluyendo en este objetivo el desarrollo de la capacidad de transporte transfronterizo adecuada para satisfacer la demanda y reforzar la integración de los mercados nacionales que pueda facilitar el flujo de la electricidad y del gas natural a través del mercado interior de la Unión Europea.

e) Contribuir a lograr, de la manera más rentable, el desarrollo de redes no discriminatorias seguras, eficientes y fiables, orientadas a los consumidores y fomentar la adecuación de la red, y, en consonancia con los objetivos generales de la política energética, la eficiencia energética, así como la integración de la producción a gran escala y a pequeña escala de la electricidad y del gas a partir de fuentes de energía renovables y la producción distribuida en las redes tanto de transporte como de distribución.

f) Facilitar el acceso a la red de nuevas capacidades de producción, en particular, suprimiendo las trabas que pudieran impedir el acceso a nuevos agentes del mercado y de electricidad y gas procedentes de fuentes de energía renovables.

g) Asegurar que se dan a los gestores y usuarios de redes los incentivos adecuados tanto a corto como a largo plazo para aumentar la eficiencia de las prestaciones de la red y fomentar la integración del mercado.

h) Contribuir a garantizar un alto nivel de servicio, la protección de los consumidores de energía, especialmente los clientes vulnerables, y la compatibilidad de los procesos de intercambio de datos necesarios para que los clientes cambien de suministrador.

Artículo 4. Coordinación y cooperación institucional.

El artículo 4 señala que, *“Cuando así resulte de la normativa de la Unión Europea o nacional, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tendrá la consideración de: a) Autoridad Nacional de Competencia. b) Autoridad Nacional de Reglamentación. c) Autoridad Reguladora Nacional”*.

Para una mejor concreción de la función que ejerce la CNMC, deberá añadirse la siguiente puntualización:

*“c) Autoridad Reguladora Nacional **del sector eléctrico y del sector del gas natural**”*.

3.3. Estructura de la Comisión Nacional de los Mercados y la

Competencia

Además de las consideraciones reflejadas en el apartado 2.3 del presente informe, cabe señalar lo siguiente:

Artículo 8. Funciones del Consejo.

El artículo 8.2.d) prevé como función del Consejo *“Resolver los recursos contra los actos y las decisiones adoptados en materias de su competencia”*.

Dado que el artículo 36.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, excluye los recursos de reposición contra los actos del Consejo y del Presidente, se entiende que esta letra d) del artículo 8.2 será de aplicación respecto de los eventuales recursos de alzada contra los actos que adopten las Direcciones de Instrucción, tal como se prevé en el apartado 1 del 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”*); en este sentido, convendría clarificar la redacción de esta letra d) del modo siguiente:

“Resolver los recursos contra los actos y las decisiones **que se prevén en el artículo 36.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.**”

El artículo 8.2.e) prevé como función del Consejo *“Adoptar las medidas cautelares de conformidad con lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

Esta letra e) se refiere sólo a las medidas cautelares previstas en la Ley de Defensa de la Competencia. Deberá aludirse a las medidas cautelares que pueden adoptarse en los demás ámbitos de actuación de la CNMC, y que tienen su amparo en el artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Con ello, la redacción de la letra e) quedaría así:

“Adoptar las medidas cautelares de conformidad con lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y con lo dispuesto por el artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.”

Convendría añadir dos nuevas letras, previas a la letra h) (*“Ejercer las demás funciones que le confiera el Reglamento de funcionamiento interno de la Comisión”*) que cierra la enumeración: una letra que contemple en general la competencia para adoptar las resoluciones definitivas de los procedimientos que instruyen las Direcciones de Instrucción, y otra que se refiera a la adopción

de las decisiones jurídicamente vinculantes previstas en la normativa sectorial de electricidad y de gas natural, conforme a lo establecido en los artículos 37.4.a) y 41.4.a) de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE, de 13 de julio:

“Adoptar las resoluciones definitivas de los procedimientos que se tramiten en materias de su competencia”.

“Adoptar, respecto de los sectores de electricidad y gas natural, decisiones jurídicamente vinculantes en las materias de su competencia”.

Artículo 11. Funciones de la Asesoría Jurídica.

El artículo 11.2 del Proyecto de Estatuto Orgánico de la CNMC atribuye a la Asesoría Jurídica de la CNMC las funciones que en dicho precepto se determinan. Estas funciones, en su núcleo principal, se corresponden –con las necesarias adaptaciones- con el tenor de las contempladas en el vigente Estatuto de la CNC (aprobado por el Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero), en su artículo 18, letras c), d) g), h), i), j) y k), que son las funciones que el artículo 20.2⁷ de dicho Estatuto atribuye a la Asesoría Jurídica de la CNC.

Estas funciones consisten en el asesoramiento jurídico a los diferentes órganos del organismo, en la emisión de informe sobre las propuestas de actos o disposiciones, en la tramitación de recursos, en la emisión de informe sobre convenios o contratos, en la coordinación y gestión de las relaciones con juzgados y tribunales, y en la colaboración con la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

A estas funciones de la Asesoría Jurídica previstas en el Estatuto de la CNC, el Proyecto de Estatuto Orgánico de la CNMC añade seis funciones adicionales en su artículo 11.2: la letra c), que se refiere a la tramitación de los procedimientos arbitrales (una función propia de los organismos que ahora se integran en la CNMC), la letra e), que se refiere a la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial (una función característica de los órganos de asistencia jurídica que se integran en las secretarías generales técnicas de los ministerios), la letra g), que se refiere a la participación en las mesas de contratación (participación de un miembro con funciones de asesoramiento jurídico que ya se prevé en la normativa de contratación pública), la letra h), que se refiere a informar los procedimientos disciplinarios

⁷ “En particular, le corresponden a la Asesoría Jurídica las funciones establecidas en las letras c), d), g), h), i), j) y k) del artículo 18 de este Estatuto.”

(otra función que viene siendo característica de las secretarías generales técnicas), la letra i) que se refiere a informar la viabilidad de los recursos contra otras Administraciones Públicas (singularidad propia de los organismos que se integran en la CNMC, que estaba prevista en el artículo 20 de la Ley 29/1998, de 13 de julio), y la letra j) que se refiere a la cuantificación de las indemnizaciones que deban satisfacer los autores de las conductas contrarias a la competencia (una especialidad propia de la normativa de Defensa de la Competencia) .

Con ello, y salvo tres especialidades muy particulares, la Asesoría Jurídica de la CNMC asumiría las funciones de asesoramiento jurídico que vienen siendo propias de lo que viene caracterizando a unos *servicios comunes*. Se trata de materias caracterizadas, más por una especialidad de tipo jurídico-administrativo (se involucra a figuras e instituciones propias del Derecho Administrativo General: los recursos, la contratación, la responsabilidad patrimonial, las técnicas de redacción normativa...), que por una especificidad técnico-jurídica propia del sector o esfera de actividad a que se refiere el ámbito de actuación propio del departamento u organismo de que se trata.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el componente jurídico en la actividad de los organismos reguladores sectoriales -su especialización jurídica- ha sido y es un componente principal (junto con el económico y con el técnico) en la labor a desempeñar por estos organismos sectoriales, y de especial relevancia en el ámbito energético por la extraordinaria complejidad de la normativa que afecta al mismo. Así lo tiene destacado la Comisión Europea en su documento interpretativo de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE relativo a las autoridades regulatorias:

“The NRA has to have adequate human and financial resources to carry out its duties; as the new European Union rules assign considerably more duties and powers to the NRA, this will affect the human and financial resources to be put at the disposal of the NRA. Given the complexity of (energy) regulation, an NRA must be able to attract sufficiently qualified staff with various backgrounds (lawyers, economists, engineers, etc.).” [COMMISSION STAFF WORKING PAPER - Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning Common Rules for the Internal Market in Electricity and Directive 2009/73/EC concerning Common Rules for the Internal Market in Natural Gas - THE REGULATORY AUTHORITIES; 22 de enero de 2010]

En este contexto, los actuales procedimientos internos de la CNE desde el año 2000 prevén la intervención de su Servicio Jurídico con carácter general en

todos los procedimientos o actuaciones que se sigan relacionados con las funciones del organismo. En concreto el *Procedimiento de Gestión de Expedientes de Actuaciones de la CNE* organiza la distribución de expedientes de la CNE en torno a una “*Dirección Responsable*”, que es la encargada de la tramitación del expediente⁸.

La designación como dirección responsable puede recaer tanto en la Dirección del Servicio Jurídico como en las distintas direcciones sectoriales de la CNE, atendiendo a la materia de que se trate. Pero el procedimiento prevé, en todo caso, la intervención del servicio jurídico a través del “*Cierre Jurídico*”, que es aquella fase del procedimiento que tiene por objeto garantizar el análisis jurídico de todos los documentos. A estos efectos, la intervención del Servicio Jurídico se puede producir mediante su participación directa en los trabajos de forma coordinada, o bien mediante la emisión posterior del correspondiente informe de legalidad. Por lo que respecta a la tramitación de las consultas formuladas por particulares, el procedimiento exige también el informe preceptivo de la Dirección del Servicio Jurídico.

Por consiguiente, la Dirección del Servicio Jurídico no se encarga únicamente de dirigir, como órgano responsable, la instrucción de procedimientos administrativos o la tramitación de expedientes y recursos administrativos, sino que desempeña una labor jurídica constante de apoyo y de análisis de legalidad de todas las actuaciones del organismo, incluyendo la revisión de todos los informes, propuestas y actuaciones procedentes de las direcciones sectoriales.

Por tanto, a diferencia de otros organismos reguladores sectoriales en los que su estructura interna ha optado por integrar unidades multidisciplinarias en las distintas direcciones técnicas, que incluyen las unidades de apoyo jurídico, la organización interna de la CNE se constituye de forma tal que todo el trabajo de asesoramiento jurídico se presta desde la Dirección del Servicio Jurídico a todas las direcciones sectoriales. Se trata, por tanto, de una Dirección del Servicio Jurídico plenamente especializada y con amplia experiencia en los sectores energéticos.

En la medida en que no se prevén órganos de asistencia jurídica sectorial en la estructura de las Direcciones de la CNMC que se determina en la sección 4ª del capítulo II del proyecto de Estatuto Orgánico (y en particular, en su artículo

⁸ “*Dirección responsable*: la Dirección encargada y responsable de la gestión del expediente, desde el acuse de su recepción hasta su remisión al Consejero Ponente o Secretaria del Consejo, según proceda. Esta gestión incluye, entre otras tareas, la coordinación con otras Direcciones si fuera necesario, la instrucción del expediente creando el *Documento base*, difundiendo entre los implicados para formular observaciones al mismo, la aceptación o rechazo de éstas y la entrega del *Documento base* con las observaciones admitidas”

27, que se refiere a la Dirección de Energía), resulta necesario tomar en consideración, al hilo de la regulación de su Asesoría Jurídica, la especialidad de la labor de asistencia jurídica concerniente a los aspectos regulatorios sectoriales energéticos. A este respecto, el Reglamento de funcionamiento interno deberá garantizar esa especialización de los servicios jurídicos, previendo las secciones de la Asesoría Jurídica que la labor de asistencia jurídica específica en los sectores objeto de supervisión por la Comisión Nacional de Mercados y Competencia requiere, o en su caso, la integración de las unidades de apoyo jurídico correspondientes en la Dirección de Energía.

Por ello, procedería introducir una nueva redacción al artículo 11. 2 b), así como incluir otras funciones:

b) Informar, ~~cuando sea requerido para ello~~, sobre las propuestas de Circulares, Comunicaciones y decisiones jurídicamente vinculantes en los sectores de electricidad y gas natural.

(...)

m) Informar los procedimientos de conflicto entre los sujetos del sector energético que se regulan en el artículo 12.1.b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

n) Informar los procedimientos sancionadores que se atribuyen a la CNMC por el artículo 66.3 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y 116.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

o) Informar jurídicamente los proyectos de actos o disposiciones relativos a los sectores de electricidad y gas natural que deban ser aprobados por el Consejo.

p) Informar jurídicamente el Reglamento de funcionamiento interno y demás normas o procedimientos internos cuya adopción se proponga.

Finalmente, cabría introducir una previsión genérica de atribución de funciones por parte del Reglamento de funcionamiento interno, en los términos siguientes:

q) Realizar cualesquiera otras funciones que el Reglamento de funcionamiento interno le atribuya.

Artículo 12. La Sección de Asistencia al Consejo

En este artículo se prevé la existencia de un cuerpo de asistencia al Consejo de la CNMC, que tendrá la consideración de personal eventual.

En la medida que la Ley 3/2013, en cuanto norma de creación de la CNMC, únicamente contempla las categorías de personal funcionario de carrera o personal laboral de entre las establecidas por el artículo 8 de la Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, debe significarse que la denominada “*Sección de Asistencia*” que se prevé en el proyecto de Estatuto desarrollada por personal eventual (dejando a salvo el Gabinete del Presidente previsto en el art. 17 del Estatuto), podría entrar en contradicción con el espíritu y finalidad de dicha norma.

En consecuencia, este Consejo entiende que esta Asistencia al Consejo debería estar dotada por personal de la plantilla del propio organismo, laboral o, en su caso, personal funcionario de carrera, suprimiéndose en todo caso el último inciso relativo a las notas de confianza y asesoramiento especial de sus funciones.

Artículo 16. El Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En el apartado 2 se incluye entre las funciones del Presidente la de “*g) Coordinar, con la asistencia del Secretario del Consejo, el correcto funcionamiento de las unidades de la Comisión a través del Comité de Dirección*”.

Se hace notar que esta es la única referencia contenida en el Proyecto de Estatuto Orgánico al órgano denominado Comité de Dirección. A la vista de la consideración general contenida en el apartado 2.2 anterior, cabe entender que debe corresponder al Reglamento de funcionamiento interno la creación de un Comité de Dirección y su regulación.

La misma consideración cabe hacer respecto del Código de Conducta que menciona el artículo 41.2 del Proyecto de Estatuto Orgánico.

Artículo 26. Funciones de la Dirección de Energía.

Sin perjuicio de lo señalado en la Consideración general 2.2 anterior, se formulan las siguientes observaciones:

La primera de las funciones de la Dirección de Energía consiste en a) *“elevar al Consejo propuestas de resolución en materia de supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural, y singularmente en las competencias previstas en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio”*.

Sin embargo, el referido artículo 7 contempla funciones no sólo de supervisión *ex post* sino también de regulación *ex ante*, como por ejemplo establecer mediante Circular determinadas metodologías regulatorias. También se incluyen en ese precepto otros objetivos regulatorios específicos en materia de eficiencia energética, en materia de seguridad de las redes, en materia de protección al consumidor, para la consecución de un mercado interior europeo y en materia de diversificación y seguridad del suministro.

Por ello, se propone completar el enunciado de la primera función como sigue:

a) *Elevar al Consejo propuestas de resolución en las competencias previstas en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y singularmente, en materia de supervisión y control así como regulación en el sector eléctrico y en el sector del gas natural.*

La quinta función atribuye a la Dirección de Energía la competencia para e) *“emitir informe en las actuaciones arbitrales previas al laudo arbitral en las materias previstas por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de los sectores de electricidad e hidrocarburos, así como su normativa de desarrollo”*.

En primer lugar, cabe señalar que falta incluir una indicación expresa de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Adicionalmente, se considera que las funciones que pueda ejercer la Dirección de Energía en los procedimientos de arbitraje que se tramiten sobre cuestiones referidas a los sectores energéticos, no deben limitarse a la mera emisión de un informe previo al laudo arbitral. Cabe señalar que los asuntos que pueden ser sometidos voluntariamente por los sujetos al arbitraje de la CNMC pueden abarcar cuestiones de alta complejidad técnica, como así ha demostrado la experiencia de anteriores arbitrajes tramitados en el seno de la CNE. Es por ello que la Dirección de Energía debe tener intervención directa en la tramitación del arbitraje, incluyéndose, en su caso, la práctica de las pruebas y la formación del laudo arbitral. A este respecto, cabe señalar que la Disposición adicional segunda del Proyecto de Estatuto Orgánico, que regula la función arbitral, prevé la posibilidad de que la CNMC desarrolle arbitrajes institucionales, difiriendo al Consejo la elaboración de un reglamento de arbitraje en el que se regule el procedimiento arbitral. Deberá ser, por tanto, en ese reglamento en el que se defina la participación que las distintas Direcciones de instrucción habrán de tener en los arbitrajes que se sometan a la CNMC, atendiendo a la materia controvertida.

Por ello, se considera que debe modificarse el artículo 26 en su letra e) en el sentido siguiente:

“e) **Intervenir** en la tramitación de los procedimientos arbitrales en las materias previstas por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre y la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de los sectores de electricidad **y gas natural**, así como su normativa de desarrollo, **en la forma que determine el Reglamento de arbitraje del Consejo de la CNMC**”.

Se observa cierta redundancia entre la tercera función (letra c) y la octava función (letra h) de la Dirección de Energía. Adicionalmente, cabe señalar que el apartado sexto 2 de la Disposición Adicional Undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, dispone que “2. La Comisión Nacional de Energía nombrará a un representante entre los miembros del Consejo y a un sustituto entre su personal directivo, a efectos de contacto y representación en el seno del Consejo de Reguladores de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía, según lo previsto en el artículo 14, apartado 1, del 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.”

Por otra parte, cabe señalar que la CNE no sólo viene cooperando con otras autoridades regulatorias de la Unión Europea y con ACER, sino también con reguladores de terceros Estados y pertenece a asociaciones como ARIAE, MEDREG e ICER.

Procede por ello modificar la redacción de las funciones c) y h) que quedarían redactadas de la siguiente manera:

c) Apoyar al Presidente y al Consejo en el ámbito de las relaciones con otros órganos e instituciones de España, **de la Unión Europea y de otros Estados miembros, así como de terceros países**, y con la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la energía, **y ejercer las funciones de representante sustituto a efectos de contacto y representación en el seno del Consejo de Reguladores de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía**.

h) Cooperar con las Autoridades Regulatoras de otros Estados miembros de la Unión Europea en materia de energía, **así como realizar las labores de cooperación que corresponda con Autoridades Regulatoras energéticas de terceros países**, y asistir a los distintos Comités, Grupos de trabajos y reuniones para los que sean requeridos.

La novena función (letra i) de la Dirección de Energía es emitir informes de supervisión de las actividades que correspondan al ámbito de sus competencias o los que le sean solicitados en relación a los sectores de gas y de electricidad. Sin embargo, la redacción dada no es precisa, por lo que convendría circunscribir esta función no sólo a la supervisión sino también a otras funciones previstas en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio (como la gestión del sistema de garantía de origen, la autorización de instalaciones, etc). A estos efectos, se propone la siguiente modificación:

*i) Emitir los informes que correspondan en el ejercicio de las funciones de supervisión de su competencia **y del resto de funciones previstas en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio**, o los que le sean solicitados en relación a los sectores de gas y electricidad.*

La Comisión Nacional de Energía desempeña un elevado número de funciones además de las contempladas en el artículo 7 de la Ley 3/2013, que se encuentran reguladas en distintas normas del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, resulta preciso incluir una previsión expresa a fin de que esas competencias continúen siendo desempeñadas por la Dirección de Energía de la CNMC. Adicionalmente, resulta necesario incluir la previsión de atribución de funciones por parte del Reglamento de Régimen interior. A tal efecto, la función contenida en la letra j) quedaría redactada de la siguiente manera:

*j) **Realizar cualesquiera otras funciones que el ordenamiento jurídico atribuya a la CNMC en los sectores de energía eléctrica y gas natural, así como las que le sean delegadas por el Consejo o que el Reglamento de funcionamiento interno le asigne.***

Se propone incluir una nueva función de la Dirección de Energía, conforme a lo previsto en el artículo 37.4.a) y 41.4.a) de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE, de 13 de julio:

*k) **Incoar y tramitar los procedimientos para la adopción de decisiones jurídicamente vinculantes para las empresas eléctricas y de gas natural y elevar al Consejo la propuesta para su aprobación.***

Por similitud con las funciones atribuidas a la Dirección de Competencia por el artículo 21, se propone incluir también las siguientes funciones relativas a la instrucción y tramitación de los procedimientos que son competencia de la Dirección de Energía.

*l) **Elevar al Consejo de la Comisión la propuesta de archivo.***

*m) **Acordar la acumulación, desglose y ampliación de expedientes.***

*n) **Proponer al Consejo de la Comisión la adopción de medidas cautelares.***

o) Resolver sobre las cuestiones incidentales que puedan suscitarse en el marco de la instrucción de expedientes, en particular, la práctica de pruebas, la declaración de interesados en la fase de instrucción, la suspensión de plazos y la declaración de confidencialidad.

p) Colaborar, cuando proceda, en la preparación de los informes y propuestas de la Comisión en el ámbito de las relaciones de colaboración y cooperación con las Administraciones Públicas, así como con los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de las funciones que correspondan a otros órganos de la Comisión.

Artículo 27.- Estructura de la Dirección de Energía.

Sin perjuicio de lo señalado en la Consideración general 2.2. anterior, se señala:

Por similitud con la denominación de la Subdirección de Energía Eléctrica (letra a), y por considerarse más adecuado con el contenido de sus funciones, se propone que se modifique la letra b) del artículo 27 en el sentido siguiente:

b) La Subdirección ~~del Mercado~~ de Gas Natural.

Asimismo, se considera adecuado atendiendo a su ámbito funcional, que la denominación de la Subdirección de Negocios derivados de la Energía, letra d), pase a denominarse:

d) La Subdirección de Negocios Mercados Derivados de la Energía.

Finalmente, por similitud con lo establecido en el artículo 23, y habiendo cuenta del carácter esencial y específico de las relaciones institucionales en el ámbito energético, (MINETUR; CCAA, etc), la Subdirección de Relaciones Internacionales de la Dirección de Energía Eléctrica, deberá denominarse:

e) “Subdirección de Relaciones Internacionales e Institucionales”.

Esta Comisión entiende que deberá ser el Reglamento de funcionamiento interno que apruebe el Consejo el que se ocupe de regular la estructura interna, funciones y atribución de medios humanos y materiales de las distintas subdirecciones que integrará la Dirección de Energía.

Artículo 30. La Secretaría General de la Comisión de los Mercados y la Competencia

En el apartado 2 se recoge un elenco de las funciones atribuidas a la Secretaría General de la CNMC.

Sin embargo, se advierte la ausencia de determinadas funciones, cuya incorporación se considera necesaria para el buen funcionamiento de la nueva Comisión:

1º.- No se contemplan la *“Gestión documental y estadística de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia”*.

Dada la especialización del sector energético la gestión de los recursos documentales y, en concreto, el actual Centro de Documentación de la CNE, que incluye la Biblioteca física (con cerca de 30.000 volúmenes y revistas) y la Biblioteca digital (con cerca de 300 recursos electrónicos disponibles, 35.000 archivos y 700.000 noticias digitalizadas) desarrolla una labor fundamental de apoyo para el desempeño de las competencias que fueron atribuidas a la CNE. Asimismo, debe tomarse en consideración que la CNE ha sido declarada *“institución productora de estadísticas energéticas”* por el Consejo Superior de Estadística del Ministerio de Economía y Competitividad.

2º.- No se incorpora una mención a *“La gestión y mantenimiento de la sede electrónica y de los sitios web bajo responsabilidad de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia”*.

Las referencias de la letra k) a la elaboración y gestión del Plan de Sistemas de información o a la gestión de los medios informáticos y telemáticos no engloban los servicios de diseño, desarrollo, gestión y mantenimiento de los servicios de información Web del nuevo organismo tanto en cuanto a sus contenidos como a su operatividad, programación y disponibilidad.

Con carácter general, su inclusión resulta necesaria, en el contexto actual, en el que se propugna la denominada Administración Electrónica y las Administraciones Públicas están obligadas a constituir un vehículo electrónico de difusión externo e interno eficiente.

Asimismo, con carácter específico, debe señalarse que la CNE es responsable, no sólo de la gestión de su propia página Web y Sede Electrónica, sino también, entre otras, de la gestión de los contenidos de la página Web de la Asociación Iberoamericana de Entidades Reguladoras de la Energía (ARIAE) y, mancomunadamente, de la página del Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL).

3º.- No se alude a lo relativo a la carrera profesional, promoción interna, o sistemas de evaluación del desempeño del personal.

Estos aspectos están previstos tanto para el personal laboral como para el personal funcionario en los artículos 19 y 20 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

La CNE cuenta con su propio sistema de promoción profesional y su sistema de evaluación del desempeño (SEDE), previstos en el vigente III convenio colectivo CNE.

3.4. Personal al servicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Artículo 34. Régimen de personal

En el apartado 1 de este artículo se detalla que el personal al servicio de la CNMC estará constituido por personal funcionario de carrera, personal laboral y personal eventual.

El régimen de personal que regule el Estatuto Orgánico debe respetar, en aras del principio de jerarquía normativa, el régimen establecido por la Ley 3/2013 y, en concreto, la clasificación prevista en su artículo 31, apartado 1, donde se determina que *“El personal que preste servicios en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia será funcionario o laboral”*.

En la medida que la Ley 3/2013, en cuanto norma de creación de la CNMC, únicamente contempla las categorías de personal funcionario de carrera o personal laboral de entre las establecidas por el artículo 8 de la Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, debe significarse que la denominada *“Sección de Asistencia”* que se prevé en el proyecto de Estatuto desarrollada por personal eventual (dejando a salvo el Gabinete del Presidente previsto en el art. 17 del Estatuto), podría entrar en contradicción con el espíritu y finalidad de dicha norma.

En consecuencia, este Consejo entiende que la Asistencia al Consejo debería estar dotada por personal de la plantilla del propio organismo, laboral o, en su caso, personal funcionario de carrera, suprimiéndose en todo caso el último inciso relativo a las notas de confianza y asesoramiento especial de sus funciones.

Artículo 35. Personal funcionario

En relación con el régimen del personal funcionario del organismo, el apartado primero reproduce lo establecido en el artículo 31.2 de la Ley 3/2013, remitiendo a las normas aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado. Sin embargo, la precisión final “*de acuerdo con las normas del presente Estatuto*”, parece venir a fijar la previsión legal “*de acuerdo con lo que se disponga reglamentariamente*”⁹. Dado que el artículo 31.2 de la Ley 3/2013 establece una remisión general a las normas aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado, sin considerar su rango legal o reglamentario, cualquier previsión normativa del Estatuto Orgánico está sometida por imperativo legal a dicho régimen general, con independencia del rango normativo que la establezca, de modo que el inciso en cuestión “*de acuerdo con las normas del presente Estatuto*” resulta improcedente, en cuanto las normas contenidas en el Estatuto Orgánico pudieran llegar a resultar eventualmente contrarias a las normas aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado.

Artículo 36. Personal laboral

El apartado primero reproduce el régimen del personal laboral establecido en el primer párrafo del artículo 31.3 de la Ley 3/2013, si bien incorpora idéntica precisión a la establecida para el régimen del personal funcionario, “*de acuerdo con las normas del presente Estatuto*”, por lo que se reitera aquí el argumento de improcedencia antes expuesto, si bien basado ahora en lo dispuesto por el citado artículo 31.3¹⁰ de la Ley 3/2013. Debe destacarse aquí que, a diferencia del personal funcionario, cuyo régimen jurídico se caracteriza por su vinculación a una Administración pública mediante una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente¹¹, el personal laboral se rige por las normas laborales y convencionales que resulten de aplicación, así como por el correspondiente contrato de trabajo en los términos fijados por el artículo

⁹ El artículo 31.1 de la Ley 3/2013 dispone que “*El personal que preste servicios en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia será funcionario o laboral, en los términos establecidos en la Administración General del Estado, de acuerdo con lo que se disponga reglamentariamente y de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo.*”

¹⁰ “3. *El personal laboral se regirá por el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, la normativa convencional aplicable, y por los preceptos de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que expresamente le resulten de aplicación.*”

¹¹ Artículo 9.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril.

11.1 de la Ley 7/2007, de modo que con carácter general no puede fijarse en sede reglamentaria el régimen del personal laboral, más allá de las meras referencias al régimen jurídico vigente.

Artículo 37. Personal directivo

A estos efectos, procede remitirse a lo señalado en la Consideración general 2.1.3 del presente informe. Asimismo, se señalan las siguientes cuestiones adicionales:

En coherencia con lo establecido en el artículo 11.3 del proyecto de Estatuto, en el artículo 37.2 b) debe sustituirse la denominación “*Jefe de Asesoría Jurídica*” por “*Director de Asesoría Jurídica*”.

El apartado tercero –por error, consta repetido como segundo- reitera lo establecido en los artículos 26.3 y 31.5 de la Ley 3/2013 en lo relativo a la modalidad de contratación, razón por la cual no se estima necesario abundar en este apartado en el régimen establecido en la Ley para otros aspectos del régimen propio de este personal.

Artículo 38. Relación de puestos de trabajo

A estos efectos, procede remitirse a lo señalado en la Consideración general 2.1.2 del presente informe.

Artículo 39. Tramitación de las convocatorias de selección y provisión de puestos de trabajo.

En el contenido del apartado segundo debería precisarse que la provisión del personal funcionario y laboral se refiere a los puestos de trabajo, de modo que la expresión debería decir: “*y provisión de puestos de trabajo del personal funcionario y laboral*”. Asimismo, los sistemas selectivos señalados deben comprender también a los sistemas de provisión de puestos de trabajo, de modo que la expresión debería decir: “*Los sistemas selectivos y de provisión de puestos de trabajo del personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia serán los de concurso, oposición o concurso-oposición, según proceda.*”

Artículo 41. Deber de secreto.

En relación con el deber de secreto, el apartado primero dispone el deber de guardar secreto que incumbe al personal de la CNMC respecto de cuantas informaciones de naturaleza confidencial hubiera conocido en el ejercicio de sus funciones, incluso después de cesar en las mismas.

A estos efectos, téngase en cuenta que ya el artículo 28.2 de la Ley 3/2013 regula esta cuestión de forma básicamente coincidente con el régimen especial de deber de sigilo previsto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, para los empleados de la Comisión la CNE, en atención a la confidencialidad de información por tratarse de materias protegidas.

Asimismo, junto a este régimen específico del deber de sigilo sobre la información confidencial de las empresas, ha de considerarse el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, en su artículo 53.12.

Pues bien, con carácter previo, se señala que la regulación del régimen de transparencia y de reserva de información está atribuido al Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC, conforme a lo establecido en el artículo 26.4 de la Ley 3/2013, por lo que resulta improcedente su inclusión en este Estatuto. En efecto, la labor del Estatuto Orgánico y, en su día, del Código de Conducta deberá establecer tanto el ámbito objetivo de las materias afectadas por confidencialidad y por la debida discreción a la que hace referencia el artículo 53.12 de la norma citada, como subjetivamente a quién afecta ambas obligaciones, junto con sus condiciones de aplicación.

Además, sin perjuicio de lo anterior, sobre la redacción dada al primer apartado de este artículo del proyecto se resaltan las siguientes tres cuestiones:

En primer lugar, como ponen de manifiesto los preceptos de la Ley 3/2013 y del Estatuto Básico del Empleado Público, el término secreto (y el deber de conservarlo) queda limitado a las materias clasificadas (es decir, aquellas que todavía están reguladas en la vieja Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales o aquellas que esté legalmente prohibida su difusión. Para las informaciones procedentes de las empresas y amparadas por el secreto comercial se suele elegir el término deber de sigilo, como hace la propia Ley 3/2013.

En segundo lugar, en este artículo del proyecto se establece un régimen de obligaciones nuevo para el personal al servicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que difiere del establecido por la Ley de creación de ésta y que debería incluirse, en su caso, en el Código de Conducta aprobado por la propia Comisión. La razón para ello es que el Código de Conducta debe ser aprobado por la propia Comisión en un procedimiento en el

que habrán de participar necesariamente los propios empleados a través de sus representantes y en el que se podrán desarrollar con más detalle el uso y tratamiento de la información por parte de los empleados de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En tercer lugar, debe resaltarse que este precepto del proyecto establece un régimen de máxima protección¹² sólo para informaciones confidenciales y cuyo único objetivo es el establecimiento de un deber de secreto indefinido para tal tipo de información y para todo el personal. La información confidencial, bueno es recordarlo, lo es, por su propia naturaleza –por ejemplo, por afectar al secreto comercial, estadístico- (a este caso se refiere el artículo 28.2 de la propia Ley), pero también porque subjetivamente tiene esa consideración, bien porque las empresas que dan la información así lo consideran, bien porque así lo determinan los órganos de la Comisión y, en todo caso, implica un tratamiento “controlado” de la información. En todo caso, el carácter confidencial de una información decae siempre con el paso del tiempo hasta el punto de que, incluso las normas de secretos oficiales permiten la “desclasificación”.

Por tanto, una obligación temporal indefinida como la prevista en el precepto, sin excepciones para cualquier tipo de personal que haya mantenido en su momento una relación de servicio con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y sobre toda la información confidencial, parece una medida contraria al principio de proporcionalidad que debe presidir cualquier excepción al principio de transparencia. Por eso, debe mencionarse que tal obligación indefinida debe poder excepcionarse, bien por el mero transcurso del tiempo, bien por la decisión expresa de los órganos que se determinen de la Comisión, a través de un procedimiento interno claro y con arreglo a criterios objetivos.

En definitiva, por todo ello, tomando en consideración el régimen establecido por la Ley 3/2013 al respecto y la reserva de la materia en favor del Reglamento de Funcionamiento interno y del Código de Conducta que apruebe el propio organismo, se considera que el apartado 1 del artículo 41 debería suprimirse y que, de pretender incluirlo en el Estatuto Orgánico, su redacción debería ajustarse a lo establecido en su artículo 28.2 de la citada Ley 3/2013:

“Quienes tengan conocimiento de datos de carácter confidencial obtenidos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el desempeño de sus funciones estará obligado a guardar sigilo respecto de los mismos. Sin perjuicio de

¹² Régimen de máxima protección: “guardar secreto” teniendo consecuencias penales su incumplimiento; materialmente universal respecto de las informaciones confidenciales, “de cuantas informaciones de naturaleza confidencial” (es decir, con independencia de su origen), subjetivamente también universal “el personal al servicio de la Comisión” e indefinido, “incluso después de cesar en sus funciones”, mención ésta última habitual en los organismos a extinguir de régimen laboral sólo para el personal directivo

las responsabilidades penales y civiles que pudieran corresponder, la violación del deber de sigilo se considerará falta disciplinaria muy grave.”

3.5. Contratación, patrimonio, presupuesto y control.

Artículo 43. Patrimonio

En el apartado 3 del artículo 43 del proyecto de Estatuto Orgánico se indica que para los supuestos de adquisición, uso y arrendamiento de bienes inmuebles por parte del organismo, es preceptivo previo informe favorable del Ministro de Economía y Competitividad y del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Para los supuestos de arrendamiento, el artículo 123.2 de la Ley 33/2003, de 3 noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 33/2003), establece que:

“1. El arrendamiento de bienes inmuebles por los organismos públicos vinculados a la Administración General del Estado o dependientes de ella, así como la prórroga, novación, o resolución anticipada de los correspondientes contratos se efectuará por los presidentes o directores de aquéllos, a los que también corresponderá su formalización.

2. En el caso de que dichos contratos se refieran a edificios administrativos, será necesario para su conclusión el previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado.”

Por su parte, para los supuestos de adquisición de bienes inmuebles, el artículo 116.2 de la Ley 33/2003 establece que:

“2. La adquisición de inmuebles o derechos sobre los mismos por los organismos públicos vinculados a la Administración General del Estado o dependientes de ella se efectuará por su presidente o director, previo informe favorable del Ministro de Hacienda.”

Por tanto, deberá modificarse el artículo 43.3 del Proyecto del Estatuto Orgánico para adaptar su redacción a la citada Ley 33/2003, de tal forma que se incorpore únicamente la previsión de informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado para los supuestos de adquisición de bienes inmuebles y de arrendamiento de edificios administrativos.

En el apartado 4 del artículo 43 del proyecto del Estatuto Orgánico se indica que los bienes inmuebles propios de la CNMC que dejen de ser necesarios para el cumplimiento de sus fines podrán ser enajenados por acuerdo del

presidente del organismo, previa comunicación al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

La disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, en su apartado 6, establece que *“los bienes inmuebles y derechos reales de titularidad de los organismos reguladores extinguidos que resulten innecesarios para el ejercicio de las funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se incorporarán al patrimonio de la Administración General del Estado.”*

Dicha previsión normativa resulta conforme con el supuesto de incorporación por desafectación que, con carácter general, el artículo 80 de la Ley 33/2003 establece como sigue:

“1. Los bienes inmuebles y derechos reales de los organismos públicos vinculados a la Administración General del Estado que no les sean necesarios para el cumplimiento de sus fines se incorporarán, previa desafectación, en su caso, al patrimonio de ésta.

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior y, en consecuencia, podrán ser enajenados por los organismos públicos los bienes adquiridos por ellos con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico patrimonial de acuerdo con sus fines peculiares.”

Dicha previsión tiene una concreción procedimental específica para los supuestos de extinción de organismos en el artículo 81 del mismo texto legal.

En consecuencia, debe modificarse el artículo 43.4 del proyecto de Estatuto Orgánico para adaptar su contenido a las previsiones legalmente establecidas en los términos reseñados. Además, debe significarse que, en cualquier caso, la previa comunicación al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas deberá sustituirse por la notificación a la Dirección General del Patrimonio del Estado recogida en el artículo 34 de la Ley 33/2003, dado que aquella comunicación no está prevista en el procedimiento de enajenación establecido en los artículos 135 a 141 de la citada Ley 33/2003.

Artículo 44. Presupuesto

En el apartado 2 del artículo 44 del proyecto de Estatuto Orgánico se indica que las variaciones que se introduzcan en el presupuesto serán autorizadas de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre.

El artículo 34.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, establece que *“El régimen de variaciones y de vinculación de los créditos de dicho presupuesto será el que se establezca en el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los*

Mercados y la Competencia”.

Por tanto, a la vista del citado precepto, entiende esta Comisión, que no corresponde efectuar una genérica remisión legislativa en lugar de establecer el concreto régimen que resulte aplicable al supuesto que se regule.

Artículo 45. Régimen de contabilidad aplicable.

En el apartado 4 del artículo 45 del proyecto del Estatuto Orgánico se prevé que el Presidente de la CNMC tomará las medidas oportunas para garantizar el alcance efectivo de los principios de eficacia y eficiencia en el actuar del organismo.

En la medida que, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 3/2013, corresponde al Consejo tanto la aprobación del anteproyecto de presupuesto del organismo como la aprobación del Reglamento de funcionamiento interno con inclusión del régimen de funcionamiento administrativo y la organización de los servicios, así como la aprobación de la memoria y planes anuales o plurianuales de actuación con definición de los objetivos y prioridades del organismo, entiende esta Comisión que necesariamente también debe corresponder al Consejo el establecimiento de las directrices para garantizar el cumplimiento de los principios de eficacia y eficiencia en el actuar del organismo, por cuanto que tales actuaciones conllevan una mayor racionalización y, en su caso, modificación de las actuaciones y partidas presupuestarias del organismo previamente aprobadas por el propio Consejo.

Por otra parte, en los términos que reiteradamente ha instado¹³ el Tribunal de Cuentas en supuestos de financiación con tasas, y con objeto de permitir evaluar el cumplimiento el principio de equivalencia en la exacción de las tasas que propugna el artículo 7 de la Ley de Tasas y Precios Públicos, resulta necesario desarrollar este precepto, añadiendo un punto adicional, para incluir la previsión de que el organismo tiene una contabilidad analítica que permite imputar los costes a las actividades de la entidad que justifican la aplicación de las tasas recaudadas.

¹³ Véase, entre otros, la Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la gestión de ingresos públicos por la Comisión Nacional de Energía en el ejercicio 2007, referida en especial al seguimiento de las recomendaciones del Tribunal y resoluciones de la Comisión Mixta relativas al Informe de fiscalización de la gestión de ingresos públicos por la Comisión Nacional de Energía en el ejercicio 2001.

3.6. Transparencia y control interno

Artículo 47. Publicidad de las actuaciones de la Comisión.

El artículo 47.1, letras a) a j), contiene una enunciación, *numerus apertus*, de las actuaciones de la CNMC de las que se debe dar publicidad. Ciertas de estas letras (la letra a) y las letras d) a i)) se corresponden con las previstas, a efectos de publicidad, en el artículo 37.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC. Sin embargo, hay algunas de las previstas en este artículo 37.1 de la Ley (se trata de las letras f), h), j), k), l), m) y n)) que no se mencionan en el artículo 47 del Estatuto Orgánico; el cual, por otra parte, menciona otras actuaciones que no están en la Ley.

Para evitar confusiones, convendría que el Estatuto Orgánico se limitara a citar las actuaciones que no se prevén en la Ley (las que se prevén como letras b), c), y j) del artículo 47 del Estatuto Orgánico), haciendo una remisión previa a las que están previstas en el artículo 37.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

Por lo demás, el Estatuto Orgánico podría aclarar o precisar los supuestos de realización del deber de publicidad previsto en el citado artículo 37 de la Ley 3/2013, en relación, en particular, con ciertos casos, como las reuniones con empresas del sector o como los informes en que se basan las decisiones del Consejo.

Artículo 48. Departamento de Control Interno.

El artículo 48 del Proyecto de Estatuto Básico tiene como objeto la regulación del Departamento de Control Interno, en desarrollo de lo previsto en el artículo 38 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

En cuanto al primero de los apartados del artículo 48, y sin perjuicio de su positiva valoración, no queda claro un elemento fundamental de los departamentos de control interno, que la Ley sí refleja adecuadamente y es que la dependencia funcional debe regirse también por los principios de imparcialidad y objetividad. Siguiendo las recomendaciones de las organizaciones internacionales de control interno (en particular, las del Institute of Internal Auditors) ello se consigue a través del lugar que ocupa en la organización el Departamento de control interno, así como el reconocimiento de la libertad de informe y la evitación del conflicto de interés. Estos dos últimos elementos están perfectamente determinados en el Proyecto de Estatuto (ha de subrayarse además la pertinencia del apartado tercero del mismo), pero plantea dudas del inciso inicial del apartado primero: "*bajo la dependencia directa del Presidente*". Es conveniente aclarar esta situación, siguiendo la

línea determinada por la propia Comisión Nacional de Energía (dependencia funcional del Consejo y adscripción orgánica al Presidente) o incluso con el modelo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores donde el Departamento de Control Interno depende directamente del Consejo. En orden a estas consideraciones se propone una nueva redacción del apartado primero:

1. Bajo la dependencia funcional del Consejo y orgánica del Presidente, existirá el Departamento de Control Interno que, en atención a los principios de imparcialidad, objetividad y evitar la producción de conflictos de intereses, se encargará de verificar que todas las actuaciones llevadas a cabo en el seno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se realicen de forma que se asegure un adecuado nivel de cumplimiento, eficacia y eficiencia en la consecución de sus objetivos y que se ejercen sus funciones y competencias de acuerdo con los principios de imparcialidad, objetividad e independencia.

En cuanto al apartado segundo, hay simplemente que indicar que la norma de carácter materialmente transitorio debería incluir, en justa lógica con lo previsto en la Disposición transitoria primera algún tipo de continuidad con los Departamentos de Control interno de los organismos que se extinguen, evitando así un vacío, bien que temporalmente limitado, en la labor de verificación del adecuado nivel de cumplimiento, eficacia y eficiencia de las actuaciones de la Comisión. Se propone la siguiente precisión:

2. La constitución efectiva del Departamento de Control Interno tendrá efecto una vez el Consejo haya aprobado las normas a las que ha de ajustar su funcionamiento. En tanto se aprueban dichas normas, los Departamentos de Control Interno de los organismos que se extinguen, subsistirán y, de forma coordinada, cumplirán con las funciones de control interno previstas en el apartado anterior.

Finalmente, el cuarto apartado regula el informe anual del Departamento de Control Interno. Este informe también procede de la disposición adicional segunda de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, como la propia Ley 3/2013 menciona y plantea en la presente redacción dos problemas de índole menor. El primero es que de la lectura del mismo parece que es objeto de aprobación por el Consejo y remisión al Congreso de los Diputados de forma separada cuando según el artículo 38.2 de la Ley 3/2013 lo que se aprueba y remite es realmente la memoria anual que incluye, como un apartado más aunque necesario, el informe de control interno. La memoria anual de la CNE es el mejor ejemplo de esta práctica.

En segundo lugar, no se llega a entender por qué la redacción del Proyecto analizado indica que se remitirá –el informe de control interno– al Gobierno de la Nación, modificando así de forma expresa la redacción de la Ley que sólo habla de remitirlo al Ministerio de Economía y Competitividad que es el

departamento ministerial al que está adscrita la Comisión, con independencia de su relación funcional con otros Ministerios (artículo 2 Ley 3/2013). Lo razonable, de acuerdo con la arquitectura institucional prevista en la Ley es que el informe (y, en su caso, la Memoria) sean remitidos al Ministerio de Economía y Competitividad. Por tanto, se propone la redacción alternativa siguiente:

*“4. Asimismo, corresponde al Departamento de Control Interno realizar el informe específico del órgano interno sobre la adecuación de las decisiones adoptadas por los órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a la normativa procedimental que resulte de aplicación en cada caso, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Dicho informe deberá ser aprobado por el Consejo, **incluido en la memoria anual de la Comisión**, y remitido a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al Ministerio de Economía y Competitividad.”*

3.6 Cuestiones adicionales

3.6.1 Retribuciones.

A pesar de que el apartado n) del artículo 16.2 del proyecto de Estatuto señala que es competencia del Presidente:

“Aprobar el nombramiento y el cese del personal no directivo, las propuestas de relaciones de puestos de trabajo, la distribución del complemento de productividad y otros incentivos al rendimiento, dentro de la cantidad autorizada a estos efectos, ejercer la potestad disciplinaria, acordar la separación del servicio, y la suspensión de funciones y ejercer las competencias que, en materia de personal, atribuye la normativa de la función pública a los Subsecretarios de los departamentos ministeriales, sin perjuicio de las competencias atribuidas a los Directores de instrucción en el artículo 33 de este Estatuto”.

Y que el artículo 31.6 de la Ley 3/2013 señala:

“La determinación y modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo, como del resto del personal, requerirá el informe previo y favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Respecto al personal directivo se estará a lo dispuesto en el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, y a las demás normas, en especial las de presupuestos, que sean aplicables”.

Se advierte que el proyecto del Estatuto no recoge, ni en la relación de las competencias del Presidente, ni en la relación de competencias del Consejo quién será el órgano encargado de las siguientes funciones:

- Determinar las retribuciones del personal de la CNMC.
- Establecer respecto al personal directivo sujeto al Real Decreto 451/2012 sus objetivos, así como la cuantía de su complemento de puesto y el importe máximo de su retribución variable.

3.6.2. Sede

El artículo 2.3 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, dispone lo siguiente: *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tendrá su sede principal en Madrid. El Real Decreto por el que se apruebe su Estatuto Orgánico podrá prever la existencia de otras sedes.”*

La disposición adicional decimoctava (*“Otras sedes”*) de la citada Ley establece lo siguiente: *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá tener otras sedes, de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 del artículo 2 de esta Ley. Su ubicación se realizará manteniendo la actualmente existente para las telecomunicaciones, donde se situará la Dirección de Telecomunicaciones del Sector Audiovisual (Instrucción de Telecomunicación y Servicios Audiovisuales), para el aprovechamiento de los recursos e infraestructuras actuales.”*

El Proyecto de Estatuto Orgánico remitido no efectúa alusión alguna al tema de las sedes. Ante la ausencia de previsión en tal sentido, las establecidas serán las dos previstas en la Ley (Madrid, principal, y Barcelona, Telecomunicaciones y Audiovisual).

Se acompaña como Anexo al presente informe “Relación de propuestas de redacción alternativa de determinados preceptos del Estatuto Orgánico”.