

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE RESTABLECIMIENTO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA, A.A.I, Y DE CREACIÓN DEL FONDO PARA LA GESTIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA DE LAS LIQUIDACIONES DEL SECTOR ELÉCTRICO Y DEL SECTOR DEL GAS, F.C.P.J.

Expediente n.º: IPN/CNMC/007/24

PLENO DE LA CNMC

Presidenta

D.^a Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D.^a María Jesús Martín Martínez

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 20 de marzo de 2024.

De acuerdo con la función consultiva en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, en aplicación de los artículos 5 y 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el Pleno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, emite el siguiente informe:

ÍNDICE

1. Antecedentes	5
2. Resumen del anteproyecto	5
3. Consideraciones	10
3.1 Sobre la independencia de la CNE	10
3.1.1. Estructura organizativa	12
3.1.2. Estatuto orgánico y Reglamento de funcionamiento interno	13
3.1.3. Régimen presupuestario.....	15
3.1.4. Atribución de nuevas funciones	15
3.2. Naturaleza y régimen jurídico	16
3.2.1. Sobre los objetivos del regulador	17
3.2.2. Sobre la coordinación con la CNMC.....	20
3.3. Funciones	23
3.3.1. Funciones de carácter general	23
3.3.1.1. Función arbitral	24
3.3.1.2. Función de emisión de informes	25
3.3.1.3. Sobre la colaboración técnica con los departamentos ministeriales	27
3.3.2. Funciones de carácter específico	28
3.3.2.1. Erratas y mejoras sistemáticas	29
3.3.2.2. Previsiones que se introducen como novedad en el anteproyecto de ley	33
3.3.2.3. Metodología retributiva del transporte y la distribución. Incentivos	33
3.3.2.4. Cambios de suministrador, supervisión de sujetos del sistema y funciones transitoriamente asignadas en la Ley 3/2013	35
3.3.2.5. Incoación de expediente sancionadores que deba resolver la Administración General del Estado	36
3.3.2.6. Oficina de Cambios de Suministrador	37
3.3.2.7. Reclamaciones de consumidores.....	38
3.3.2.8. Normativa sobre calidad de suministro eléctrico	39
3.3.2.9. Planes de inversión de las distribuidoras de electricidad	39
3.3.2.10. Seguimiento en la implementación de las redes inteligentes de electricidad.....	40
3.3.2.11. Funciones de liquidación	41
3.3.2.12. Hidrocarburos líquidos.....	42
3.3.3. Función relativa a la toma de participaciones	42

3.3.4. Función relativa a la resolución de conflictos	43
3.4. Organización y funcionamiento.....	46
3.4.1. Sobre la función de propuesta y nombramiento de personal directivo	47
3.4.2. Sobre el nombramiento y mandato de los miembros del Consejo	47
3.4.3. Sobre las funciones del Presidente de la CNE	48
3.4.4. Sobre las funciones del Consejo	49
3.4.5. Sobre las direcciones previstas para la CNE y sus funciones	49
3.4.6. Sobre el personal	50
3.4.7. Sobre el nombramiento de personal directivo	52
3.4.8. Sobre el Estatuto Orgánico y el régimen de incompatibilidades post cese.....	53
3.5. Régimen de actuaciones y potestades	55
3.5.1. Sobre la función de inspección	56
3.5.2. Sobre los requerimientos de información	58
3.5.3. Sobre la potestad sancionadora y la recaudación de multas impuestas por la CNE.....	59
3.5.4. Sobre los ingresos del organismo	59
3.5.5. Sobre el presupuesto del organismo y su supervisión continua	60
3.5.6. Sobre la asistencia jurídica	65
3.6. Transparencia y responsabilidad	66
3.7. Fondo de liquidaciones.....	67
3.7.1. Sobre el sistema de liquidaciones	68
3.7.2. Sobre la extensión del Fondo al sector del gas natural.....	70
3.7.3. Sobre el fondo y su régimen de control	72
3.7.4. Sobre los órganos gestores del Fondo y su relación con el Consejo de la CNE	73
3.7.5. Sobre la asignación de la función normativa en materia de liquidaciones a la CNE.....	74
3.8. Disposiciones adicionales y transitorias.....	75
3.8.1. Sobre el plazo para el nombramiento del personal directivo	76
3.8.2. Sobre la adición de una disposición transitoria que permita la renovación parcial del Consejo	76
3.8.3. Sobre el Comité de Seguimiento y Control.....	76
3.9. Otras cuestiones.....	77
3.9.1. Tasas en materia de energía.....	77
3.9.2. Consejos consultivos	78
3.9.3. Solicitudes de dictamen al Consejo de Estado	79

3.9.4. Competencias para imponer sanciones en materia de hidrocarburos líquidos y sector eléctrico	80
3.9.5. Cuestiones particulares derivadas del restablecimiento de la CNE	80
3.9.5.1. Cuestiones transitorias en materia de contratación pública	80
3.9.5.2. Cuestiones transitorias en materia patrimonial, de medios materiales y de tecnologías de la información y comunicaciones	81
4. CONCLUSIONES	82

1. ANTECEDENTES

Por comunicación de 6 de marzo de 2024, la Secretaria de Estado de Energía del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico remitió a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el Anteproyecto de Ley de restablecimiento de la Comisión Nacional de la Energía, A.A.I., y de creación del Fondo para la Gestión Económico–Financiera de las Liquidaciones del Sector Eléctrico y del Sector del Gas, F.C.P.J. (APL), junto con una Memoria justificativa, para que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.2.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, se emita el correspondiente informe. En la comunicación consta que, teniendo en cuenta que, con fecha 24 de febrero de 2024, el Consejo de Ministros autorizó la tramitación administrativa urgente del anteproyecto de Ley prevista en el artículo 27.1.b) de la Ley 50/1997, del Gobierno, la solicitud se realiza con carácter urgente.

2. RESUMEN DEL ANTEPROYECTO

El anteproyecto consta de una exposición de motivos, treinta y ocho artículos, tres disposiciones adicionales, ocho disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y cuatro disposiciones finales.

La exposición de motivos comienza señalando la importancia del adecuado funcionamiento de los mercados energéticos para una economía de mercado eficiente y productiva, lo cual justifica la fiscalización por parte de autoridades externas que realicen tareas de regulación y supervisión. Tales funciones se asumieron por la anterior Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) desde el año 1995 hasta 1999 y por la anterior Comisión Nacional de Energía hasta 2013, fecha de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). La recuperación de la CNE se justifica en el advenimiento del cambio climático en las agendas públicas internacionales y estatales y en la necesidad de cumplir con los compromisos internacionales en la materia mediante la descarbonización. El problema de garantía en la seguridad de suministro derivado de la crisis energética a raíz de la invasión de Ucrania por parte de Rusia ha reforzado la necesidad de este cambio de paradigma. Ello requiere estructuras organizativas dedicadas y súper especializadas que difícilmente podrá cumplir un regulador energético integrado en la CNMC. El modelo de regulador especializado únicamente en materia de energía encuentra eco en las regulaciones vigentes en países de nuestro entorno europeo más cercano. Junto a lo anterior, la exposición de motivos alude a la creación del Fondo para la Gestión Económico – Financiera de las Liquidaciones del Sistema Eléctrico, aunque el articulado y en el título del anteproyecto de ley incluye en dicho fondo al sector del gas.

A continuación, la exposición de motivos, tras describir la estructura de la Ley (aunque hace constar por error que cuenta con treinta y nueve artículos, en lugar de treinta y ocho), describe el contenido del anteproyecto, en los términos que enseguida se referirán.

El tercer apartado de la exposición de motivos justifica la adecuación del texto a los principios de buena regulación contemplados en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Comenzando por el principio de necesidad, la exposición de motivos señala que la razón de interés general que aconseja la aprobación de esta disposición legal estriba en la lucha contra el cambio climático y correlativa descarbonización de los sistemas productivos, a los fines de una transición energética necesaria para avanzar hacia un nuevo paradigma basado en cero emisiones netas de gases de efecto invernadero. A tal fin, el empleo de una ley ordinaria se plantea como el instrumento idóneo. La exposición de motivos justifica asimismo la adecuación del texto legal al principio de proporcionalidad, al de seguridad jurídica, en especial, a través de la previsión de cooperación y coordinación institucional que establece su artículo 4, así como a los principios de transparencia y de eficiencia.

Finalmente, se hace constar que la ley se dicta al amparo de las competencias exclusivas atribuidas al Estado por los títulos competenciales contemplados en las reglas 13ª y 25ª del artículo 149.1 de la Constitución Española, relativos, respectivamente, a las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, así como a la determinación de las bases de régimen minero y energético.

Tras la exposición de motivos, la parte dispositiva del anteproyecto cuenta con treinta y ocho artículos, estructurados en dos títulos, estando el primero dividido en cinco capítulos. El contenido de esta parte, siguiendo la descripción que proporciona la exposición de motivos del propio anteproyecto, es el siguiente:

- El título I (“La Comisión Nacional de la Energía”) integra cinco capítulos que engloban treinta y tres artículos. Dicho título determina el restablecimiento de este ente, cuyo objeto radica en la regulación y supervisión del correcto funcionamiento de los mercados y sectores eléctrico, de hidrocarburos líquidos, de gas natural y de hidrógeno y otros gases renovables.
 - El capítulo I regula la naturaleza y régimen jurídico de la CNE, la cual se concibe como una autoridad administrativa independiente de las contempladas en los artículos 109 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). De esta manera, se atribuye a la CNE personalidad

jurídica propia y plena capacidad pública y privada, así como un estatuto reforzado de autonomía orgánica y funcional y plena independencia respecto del Gobierno en el ejercicio de sus funciones. Se recogen las orientaciones de política energética como principal instrumento para procurar una contribución de la CNE a las prioridades estratégicas gubernamentales en materia energética. Se prevé la consignación de las circulares normativas que vayan a ser objeto de aprobación en planes de actuación. Además, las circulares que tengan incidencia en aspectos de política energética y, en todo caso, determinadas categorías, deberán tener en cuenta orientaciones de política energética *ad hoc* que dictará el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITECO). Por último, se crea la Comisión de Cooperación entre el MITECO y la CNE como foro para la adopción de soluciones consensuadas.

- El capítulo II disciplina las funciones atribuidas a la CNE. En primer lugar, se reglamentan aquellas funciones de carácter general de la CNE. Asimismo, la CNE asumirá un rol de órgano consultivo en los sectores económicos que recaen bajo su ámbito de actuación, añadiéndose a la electricidad, gas natural e hidrocarburos líquidos, nuevos campos, como el hidrógeno y otros gases renovables, si bien las funciones propias de estos últimos se desarrollarán una vez tenga lugar la aprobación y transposición del “paquete de gas e hidrógeno” previsto para 2024. Tras ello, se pormenorizan las funciones de la CNE en el ámbito de los sectores eléctricos, de los hidrocarburos líquidos, del gas natural y del hidrógeno y de otros gases renovables. El anteproyecto realiza una atribución definitiva a la CNE de las funciones que la Ley 3/2013, de 4 de junio, atribuyó al Ministerio, pero que, desde entonces, se han ejercido por la CNMC transitoriamente, al no haberse producido el traspaso de medios materiales y humanos. En concreto, se trata de funciones de inspección en el sector energético, la información, atención y tramitación de las reclamaciones de personas consumidoras, así como la liquidación de los costes de los sistemas eléctrico y gasista. En otro orden de cosas, se propone la incorporación a las metodologías de retribución de redes de incentivos a la calidad del servicio y consecución de los objetivos de descarbonización. En la función de supervisión de tomas de participación en el sector energético, se propone que la instrucción y propuesta se mantenga en la CNE, correspondiendo la resolución al Ministerio.
- El capítulo III aborda el régimen de organización y funcionamiento de la CNE. Se articulan las figuras principales a través de las cuales

la Comisión ejercerá sus funciones. En primer lugar, el Consejo, integrado por siete miembros con la condición de altos cargos: un presidente, que también lo será del Consejo, con rango de Secretario de Estado, el vicepresidente y cinco consejeros. A continuación, se regulan los aspectos esenciales del régimen jurídico de los anteriores. En lo referente a su organización interna, el funcionamiento de la CNE se apoyará sobre una Secretaría General y una Secretaría del Consejo. Por su parte, se articulan tres Direcciones para la instrucción de expedientes relativos a las funciones a desempeñar en los mercados de la electricidad, de los hidrocarburos líquidos, del gas natural y del hidrógeno y de otros gases renovables, así como en relación con la toma de participaciones en el sector energético, en su caso. Así pues, éstas serán las Direcciones de Electricidad, de Hidrocarburos y Nuevos Combustibles y de Inspección. La delimitación de lo anterior se remite a una posterior aprobación del Estatuto Orgánico y del Reglamento de funcionamiento interno.

- El capítulo IV expone el régimen de actuación y potestades de los que se dota a la CNE para el cumplimiento de sus funciones. A tal fin, la Comisión dictará circulares para el desarrollo y ejecución de disposiciones normativas. De manera complementaria, podrá realizar requerimientos de información por medio de circulares informativas, así como efectuar comunicaciones que aclaren los principios rectores de su actuación. De igual forma, se reconoce un catálogo de facultades de inspección (en cuyo ejercicio, el personal de la CNE debidamente autorizado por el titular de la Dirección de Inspección, ostentará la condición de agente de autoridad). Paralelamente, se establece, un deber de colaboración con la CNE. Asimismo, se inviste a la Comisión de potestad sancionadora, de conformidad con la legislación vigente. Por último, se realizan referencias al régimen jurídico de personal, contratación, económico-financiero y patrimonial, así como de presupuesto, contabilidad y de control económico-financiero, y se regula el régimen de recursos contra sus actos, decisiones y resoluciones. Aunque la exposición de motivos dice contemplar la asistencia jurídica a la Comisión por medio del Servicio Jurídico del Estado, tal previsión no figura en el articulado.
- En el capítulo V, dedicado a la transparencia y responsabilidad en su actuación, se determina la sujeción a un régimen de publicidad activa. Desde el prisma del control, se introduce un órgano interno como medida para mejorar la eficiencia, eficacia y calidad de los procedimientos de supervisión. Lo anterior se completa con un

régimen de sometimiento al control parlamentario, plasmado en la comparecencia periódica (al menos, de forma anual) ante la comisión procedente del Congreso de los Diputados del presidente de la CNE.

- Con relación al título II, sobre la creación de un fondo sin personalidad jurídica para la gestión de las liquidaciones, no se da una exacta correspondencia entre la denominación de este fondo según la exposición de motivos (“Fondo para la Gestión de las Liquidaciones del Sector Eléctrico”), y la que figura en la parte articulada, que incluye al gas natural (“Fondo para la Gestión de las Liquidaciones del Sector Eléctrico y del Sector del Gas, FGLSEG, FCPJ”). En cambio, la descripción de la exposición de motivos, sí alude separadamente a las finalidades del fondo en el sector eléctrico y en el del gas natural, por medio del mantenimiento de cuentas separadas para gas y electricidad, con rendición de cuentas e informes por cada sector.

La parte final del anteproyecto de ley, siguiendo asimismo la descripción que efectúa la exposición de motivos, presenta la siguiente estructura:

- Las tres disposiciones adicionales regulan aspectos relativos a la constitución y ejercicio efectivo de las funciones de la CNE, la adaptación y reconfiguración de la CNMC, y el dominio en internet.
- Las ocho disposiciones transitorias versan sobre la continuación de funciones por la CNMC y subsistencia de órganos y unidades, la integración del personal de la CNMC en la CNE (aunque, parece que, por error, se alude en la exposición de motivos a “la integración del personal de la CNMC y la CNE en un departamento ministerial”), la tramitación de los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, el régimen transitorio presupuestario, contable y de rendición de cuentas, la situación de los expedientes de contratación iniciados y delegaciones de competencias efectuadas por la CNMC con anterioridad a la constitución de la CNE, la composición del Comité de Seguimiento y Control y gestión administrativa del Fondo, así como la transitoriedad en la vigencia y la aplicación del Código de Conducta de la CNMC.
- La disposición derogatoria única se refiere de manera específica a ciertas disposiciones de la Ley 3/2013 y a la derogación expresa del Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero.
- A través de las cuatro disposiciones finales se modifica la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, para incluir entre los costes del sistema eléctrico el coste de administración del FGLSEG; se cita la base constitucional de la norma y se establece la facultad de desarrollo de la Ley, la cual se hace

recaer en el Gobierno, mediante real decreto, además de señalarse que, en el plazo máximo de dos meses, el Consejo de Ministros aprobará, mediante real decreto, el estatuto orgánico. Por último, se dispone que la ley entrará en vigor al día siguiente al de su publicación oficial.

3. CONSIDERACIONES

3.1 Sobre la independencia de la CNE

La normativa de la Unión Europea desde la aprobación del Tercer Paquete Energético en 2009 apuesta de una forma clara y decidida por la creación de unas Autoridades Regulatoras Nacionales que gocen de una autonomía organizativa y funcional que permita el desarrollo eficaz y eficiente de sus funciones. De esta forma, para alcanzar los objetivos que para estas Autoridades se establecen, resulta imprescindible que cuenten con recursos financieros, materiales y humanos especializados y suficientes para ejecutar sus competencias.

En estos términos se pronuncia el artículo 57 de la Directiva (UE) 2019/944 así como su predecesora la Directiva 2009/72/CE, artículo 35, y la Directiva 2009/73/CE, artículo 39. También cabe recordar las Notas Interpretativas de la Comisión Europea en relación con las Autoridades Regulatoras en el ámbito de estas últimas Directivas que rigen como pauta interpretativa de las normas indicadas¹.

En el plano interno, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, contempla ya en sus artículos 109 y 110 a las Autoridades Administrativas Independientes como organismos dotados de un ámbito especial de autonomía, ello derivado del necesario ejercicio independiente de su función. A estas Autoridades la legislación general se aplica exclusivamente de forma supletoria, al primarse la legislación especial. En este punto es importante destacar el particular énfasis que hizo en este sentido el Consejo de Estado en su Dictamen 274/2015, de 29 de abril, sobre esta norma².

En estos diez años de trayectoria de la CNMC como Autoridad Reguladora Nacional de los sectores de electricidad y gas natural, la actividad del regulador ha sido rigurosa, intensa y ambiciosa, como se desgrana en las sucesivas memorias de actividad del organismo y en los distintos planes de actuación,

¹ https://energy.ec.europa.eu/index_en?wt-search=yes

² <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-274>

realizados en cumplimiento de las previsiones de la Ley 3/2013, de 4 de junio. Merece particular atención la ejecución de las competencias atribuidas a la CNMC en el marco del Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, en las que el organismo da inicio al desarrollo de una genuina potestad reglamentaria dando aprobación a una batería de Circulares metodológicas en su primer período regulatorio. También cabe apuntar en tiempos más cercanos la asunción y desempeño de múltiples funciones en un contexto de crisis energética, acompañada de una supervisión constante de los distintos mercados con el objetivo de intentar minimizar en la medida de lo posible los efectos adversos de la citada crisis de precios en el consumidor y proporcionarle la mayor transparencia posible.

Entre los retos a los que ha debido hacer frente la CNMC en estos últimos años, se encuentran: el desarrollo del marco normativo que ha sido necesario para facilitar la entrada de los nuevos modelos de negocio que ha atraído el proceso de descarbonización, el diseño de nueva regulación para incentivar la incorporación de los avances tecnológicos en las infraestructuras energéticas o el gobierno del dato como factor esencial de la transición energética y para dotar al consumidor de las herramientas necesarias para jugar un papel relevante en este proceso.

El anteproyecto restablece la CNE a partir del modelo institucional establecido para la CNMC en la Ley 3/2013, de 4 junio. Este diseño debe ser objeto de adaptación, teniendo en cuenta, de un lado, las particularidades del regulador energético y, de otro, la experiencia adquirida en estos últimos diez años.

En este sentido, debe señalarse que la CNMC ha tenido dificultades y limitaciones importantes para gestionar de forma adecuada y gozar de suficiencia de recursos humanos y capacidad organizativa. Estas dificultades no son compatibles con el estatuto de independencia que la Comisión tiene asignado. Esta situación no es novedosa dado que se ha puesto de manifiesto en el ámbito de las distintas comparecencias de los presidentes del organismo en el Congreso de los Diputados y también a través de la formulación de distintas propuestas normativas para la modificación de la norma de creación de la CNMC y su Estatuto rector que no han visto la luz.

El anteproyecto sometido a informe supone sin duda una mejora en estos aspectos al contemplar en su artículo 26 la aprobación por la CNE de su propia oferta de empleo público y también en su artículo 16 la aprobación de su relación de puestos de trabajo.

Sin embargo, al replicar para la CNE el modelo de la CNMC establecido por la Ley 3/2013, estos aspectos no se juzgan suficientes y deben ser complementados. En vista de ello, se propone en este apartado la modificación de los artículos 7, 20, 21, 28 y 29 del anteproyecto y los con éstos concordantes en los términos indicados. Estas modificaciones adquieren si cabe mayor relevancia en el contexto actual a las puertas de la publicación de un nuevo paquete de normativa europea³ que supondrá un incremento muy relevante de las competencias del organismo, además de las responsabilidades que se pudieran asignar a la Autoridad Reguladora Nacional en el proceso de transposición de la normativa recientemente aprobada en el ámbito del *Fit for 55*⁴. En este sentido se reseñan cuestiones concretas: (i) la estructura organizativa, (ii) el contenido del Estatuto Orgánico y el Reglamento de Funcionamiento Interno; (iii) el régimen presupuestario; y (iv) la exigencia de un informe preceptivo en el caso de atribución de nuevas funciones.

3.1.1. Estructura organizativa

El anteproyecto define cómo se han de estructurar los servicios de la CNE, principalmente en torno a tres Direcciones de Instrucción de Electricidad, de Hidrocarburos y Nuevos Combustibles y de Inspección a las que se asignan funciones concretas por referencia a los distintos apartados del artículo 8.

Pues bien, la fijación de una estructura detallada en una norma con rango de ley supone una *congelación* de ésta que impide la evolución y adaptación de la misma a un contexto de mercados energéticos muy dinámico y cambiante. De hecho, tampoco cabría descartar una estructura vertebrada en torno a mercados energéticos transversales u otros vectores que resulten más adecuados al

³ Propuesta de Reglamento que modifica el Reglamento (EU) 2019/943, (EU) 2019/942 y las Directivas (EU) 2018/2001 y (EU) 2019/944 para mejorar el diseño del mercado europeo de electricidad. Propuesta de Directiva sobre normas comunes para los mercados interiores del gas natural, gases renovables e hidrógeno (H2). Propuesta de Reglamento sobre normas comunes para los mercados interiores del gas natural, gases renovables e hidrógeno (H2). Propuesta de Reglamento que modifica el Reglamento (EU) 1227/2011 y (EU) 2019/942 para mejorar la protección de la unión frente a la manipulación del mercado en los mercados mayoristas de energía.

⁴ Directiva (UE) 2023/1791 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2023 relativa a la eficiencia energética y por la que se modifica el Reglamento (UE) 2023/955; Directiva (UE) 2023/2413 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, por la que se modifican la Directiva (UE) 2018/2001, el Reglamento (UE) 2018/1999 y la Directiva 98/70/CE en lo que respecta a la promoción de la energía procedente de fuentes renovables y se deroga la Directiva (UE) 2015/652 del Consejo; Reglamento (UE) 2023/1804 relativo a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos.

contexto actual en línea con las estructuras organizativas de otros reguladores energéticos europeos.

A lo anterior puede añadirse que la estructura planteada en la Ley 3/2013 era más previsible y lógica en la medida que se creaban Direcciones de Instrucción que venían a replicar a los organismos que fueron objeto de extinción. No es el caso ahora.

Por último, es preciso señalar que tampoco se habilitan en el anteproyecto mecanismos que permitan su modificación por normas de inferior rango. El modelo por el que se ha optado se aleja por ejemplo del utilizado en la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión. El artículo 21 de esta norma establece que será el Reglamento de Régimen Interior, aprobado por el Consejo, el que determine la estructura orgánica de la CNMV, sin contemplar una estructura inicial. Este organismo al igual que la CNE tiene la consideración de Autoridad Administrativa Independiente. Por ello, se considera que la estructura orgánica de la CNE se debería establecer en el Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNE. De esta forma, es preferible que la Ley se limite a contener una regulación que cabría denominar de “primer grado”, que habilitaría y no mermaría un desarrollo posterior en el Reglamento de la CNE. En este sentido, cabría acudir a fórmulas amplias y relaciones no exhaustivas o limitativas, así como evitar la identificación de unidades concretas máxime en el contexto energético actual, lo que dotaría al organismo de mayor flexibilidad a la hora de adaptarse a dicho contexto energético y a su evolución futura.

3.1.2. Estatuto orgánico y Reglamento de funcionamiento interno

En estrecha relación con lo anterior, se plantea la segunda cuestión antes apuntada. La Ley prevé dos instrumentos de desarrollo posterior en su artículo 21: el Estatuto Orgánico y el Reglamento de Funcionamiento Interno. Replica así el anteproyecto el artículo 26 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, siendo también el contenido reservado a ambas normas similar. Así, el Estatuto Orgánico determinará principalmente en la CNE: las funciones y la estructura interna de la Secretaría del Consejo y de las Direcciones de instrucción y demás áreas de responsabilidad. Por su parte, el Reglamento de Funcionamiento Interno acogerá la actuación de sus órganos, la organización del personal, el régimen de transparencia y de reserva de la información y, en particular, el funcionamiento del Consejo, incluyendo el régimen de convocatorias y sesiones y el procedimiento interno para la elevación de asuntos para su consideración y su adopción.

En este punto cabe reiterar que el modelo seguido para el restablecimiento de la CNE, que replica el de la CNMC establecido en la Ley 3/2013, contrasta con el utilizado en la CNMV que no prevé Estatuto Orgánico alguno sino que el propio artículo 21 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, remite al Reglamento aprobado por su Consejo las siguientes cuestiones: la estructura orgánica de la CNMV, la distribución de competencias entre sus distintos órganos, los procedimientos internos de funcionamiento, el régimen específico aplicable al personal que deja de prestar servicios en ella, y los procedimientos de ingreso del personal. Incluye además el citado precepto una cláusula residual que permite acoger cuantas cuestiones relativas al funcionamiento y régimen de actuación de la CNMV resulten necesarias conforme a las previsiones de la ley. Es éste un modelo mucho más acorde con la capacidad organizativa con la que han de contar las Autoridades Reguladoras Nacionales conforme a la normativa de la UE así como con su naturaleza de Autoridades Administrativas Independientes.

Como labor última de contraste cabe recordar la regulación de estos aspectos en la extinta CNE. Es cierto que el régimen jurídico de la misma venía integrado después de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, por el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía aprobado por el Real Decreto 1339/1999, de 31 junio, pero este Reglamento remitía en su artículo 2.3 a la adopción de un Reglamento de Régimen Interior que regularía el funcionamiento de sus órganos, así como los servicios técnicos, jurídicos, económicos y administrativos necesarios para su adecuado funcionamiento. Así se aludía a fórmulas genéricas y abiertas que no agotaban el contenido propio y natural de la norma posterior⁵. A la vista de lo indicado, se considera que debe modificarse el artículo 21 del anteproyecto para

⁵ En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado 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 posteriormente 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.”*

dar cabida únicamente al Reglamento de funcionamiento interno recogiendo su contenido en los términos antes indicados.

3.1.3. Régimen presupuestario

La CNE se nutrirá principalmente de las asignaciones que se establezcan anualmente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. El artículo 29 del anteproyecto prevé un régimen de presupuesto de carácter limitativo y vinculante al nivel de especificación establecido por la legislación presupuestaria para los organismos autónomos. A su vez el régimen de variaciones y de vinculación de los créditos de dicho presupuesto será el que se establezca en el Estatuto Orgánico, escapando su establecimiento a la propia CNE.

A la vista de estas previsiones, se considera necesario dotar a la CNE de un régimen presupuestario de carácter estimativo, en línea también con el régimen del que gozan otras Autoridades de idéntica naturaleza⁶, para garantizar su suficiencia financiera y su suficiente autonomía presupuestaria para hacer frente con garantías a los retos futuros. En este sentido es preciso indicar que el artículo 57 de la Directiva (UE) 2019/944 señala en esta materia que las Autoridades Reguladoras Nacionales han de contar con recursos financieros suficientes para desempeñar sus competencias de manera eficaz y eficiente. También señala que ha de contar con dotación anual separada con autonomía en la ejecución del presupuesto asignado. Por ello, se propone la modificación de los artículos 28 y 29 del anteproyecto, recuperando el sistema de financiación a través de tasas establecido para la extinta CNE.

3.1.4. Atribución de nuevas funciones

En los últimos tiempos y, en particular, en el contexto reciente de crisis de precios en el ámbito energético, la CNMC ha asumido la supervisión de funciones complejas y novedosas en materia de energía, como las destinadas a combatir el impacto de los precios elevados de la energía en el consumidor o las relativas a la tramitación de subvenciones.

Adicionalmente, estos nuevos cometidos se han conferido generalmente por la vía de la legislación de urgencia (reales decretos leyes) o ya durante su tramitación parlamentaria (como enmiendas a otros textos normativos o en la

⁶ Véase artículo 33 de la Ley de los Mercados de Valores y Servicios de Inversión.

tramitación como proyecto de ley ordinario de los reales decretos leyes), sin recabar para ello el informe previo de la Comisión.

Esta Comisión no discute la legitimidad de los objetivos perseguidos con estas acciones e, incluso, su oportunidad. Sin embargo, es imprescindible preservar la compatibilidad de estas nuevas funciones con el ejercicio independiente de las competencias propias de la autoridad, protegidas por el derecho de la Unión Europea. Para ello, es deseable velar por que cada nueva función sea compatible con los principios generales que deben regir la actuación del organismo y con su plan de actuaciones -cuya publicidad y remisión a las Cortes Generales prevé el anteproyecto de ley- y que lleve aparejada una dotación de recursos humanos, financieros y materiales proporcionada.

Para facilitar la consecución de esta compatibilidad se propone que la atribución de nuevas funciones a la CNE cuente en todo caso, con independencia del instrumento normativo empleado, con la emisión de un informe preceptivo y no vinculante por parte de la autoridad de regulación. En los casos de urgencia, este informe podría emitirse en un plazo que garantizase el cumplimiento adecuado de los objetivos de la norma que es objeto de informe.

Asimismo, la atribución de las nuevas funciones debe conllevar la dotación de los medios humanos y materiales necesarios para su ejecución por parte del organismo.

Por todo ello, se propone incluir un nuevo párrafo en el artículo 7.1 c) del anteproyecto de ley:

“La atribución de estas otras funciones requerirá, en todo caso, el informe previo de la Comisión Nacional de la Energía. En los casos de urgencia, el informe deberá ser emitido en el plazo máximo de cinco días. La atribución de nuevas funciones deberá conllevar necesariamente la asignación de los recursos que sean necesarios para su correcta ejecución”.

3.2. Naturaleza y régimen jurídico

El capítulo I del título I del anteproyecto se refiere a la “Naturaleza y régimen jurídico” de la CNE. A tenor del artículo 1, el restablecimiento de la CNE tiene lugar como autoridad administrativa independiente estatal de las previstas en el artículo 109 de la LRJSP con funciones en los sectores eléctrico, de hidrocarburos líquidos, del gas natural y del hidrógeno y otros gases renovables. Según el artículo 2, la nueva CNE estará dotada de autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado, sin perjuicio de su sometimiento al control

parlamentario y judicial. La CNE se adscribe al MITECO, sin perjuicio de su relación con otros ministerios. El artículo 3, sobre independencia funcional y relación con las entidades públicas y privadas, tiene una redacción similar a la del artículo 3 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC. En lo relativo a la colaboración y cooperación institucional, el artículo 4 se refiere, de modo particular, al fomento de la colaboración y cooperación con la CNMC, para lo cual, señala, se articularán mecanismos específicos de intercambio de información y coordinación de sus actuaciones. Los artículos 5 y 6, relativos, respectivamente, a las orientaciones de política energética y a la Comisión de Cooperación entre el MITECO y la CNE, reproducen los artículos 1 y 2 del Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, disposición con rango de ley expresamente objeto de derogación por el anteproyecto.

Con relación a lo anterior se efectúan comentarios particulares sobre los objetivos del regulador a tenor del artículo 1 y sobre la coordinación con la CNMC del artículo 4.

3.2.1. Sobre los objetivos del regulador

Según el apartado 2 del artículo 1 del anteproyecto, el objeto de la CNE consiste en *“regular y supervisar el correcto funcionamiento de los mercados y sectores productivos que se relacionan en el apartado siguiente, sin perjuicio de las competencias de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y el resto de los organismos de regulación y supervisión, a través del ejercicio de las funciones que se le atribuyen en la presente Ley, el ordenamiento jurídico nacional y en la normativa comunitaria”*. A ello se añade que *“En el ejercicio de sus funciones, además de la protección de las personas consumidoras, la transparencia, la eficiencia y el correcto funcionamiento de los mercados y sectores energéticos, la CNE perseguirá la descarbonización de la economía, incorporando en sus regulaciones y decisiones los objetivos de transición energética asumidos por España en el contexto de la Unión Europea y el ámbito internacional”*.

Al respecto, debe señalarse que los objetivos previstos en los artículos 58 y 40 de las Directivas (UE) 2019/944 y 2009/73/CE, respectivamente, se configuran de manera más amplia⁷. Tales objetivos se extienden no sólo al ámbito de la transparencia y la eficiencia, sino también a otras finalidades, como el desarrollo

⁷ Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de junio de 2019 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE; Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la directiva 2003/55/CE.

de mercados transfronterizos regionales competitivos. Dicho contenido de las directivas figura incorporado, en lo sustancial, al apartado sexto de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, cuya subsistencia declaró expresamente la letra b) de la disposición derogatoria de la Ley 3/2013, de 4 de junio. Dicho apartado sexto de la disposición adicional undécima establece lo siguiente:

“Sexto. Objetivos generales y relación de la Comisión Nacional de Energía con la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y con los Organismos Reguladores del resto de los Estados miembros de la Unión Europea.

1. En el ejercicio de las funciones especificadas en la presente Ley, y en colaboración con otras autoridades reguladoras nacionales o los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, y sin perjuicio de las competencias de éstos, la Comisión Nacional de Energía tomará todas las medidas razonables para contribuir a lograr los siguientes objetivos:

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”.

En vista de lo anterior, este contenido debería integrarse o referirse en el texto del anteproyecto. La incorporación de estos nuevos objetivos debe reflejar la importancia de la participación del regulador energético en ACER a través del mantenimiento de una colaboración regular y periódica. En un contexto de incremento exponencial de la normativa europea que ha llevado y llevará aparejado el correspondiente aumento de funciones tanto en la Autoridad Reguladora Nacional como en ACER, el regulador nacional debe tener un rol protagonista para garantizar la coordinación suficiente y el ejercicio pleno de sus funciones. Este fenómeno exige potenciar la dotación al regulador con los recursos humanos y materiales necesarios para llevar a cabo esta actividad internacional.

En esta línea, se sugiere incorporar al texto del anteproyecto el punto 2 del apartado sexto de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, establece que: *“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”.

3.2.2. Sobre la coordinación con la CNMC

En relación con la coordinación y cooperación en el ámbito de la CNMC, cabe hacer alguna consideración previa. En primer lugar, es preciso asegurar que el nuevo diseño institucional garantice la continuidad en la colaboración entre el regulador energético y la autoridad de competencia en el ejercicio recíproco de sus competencias. En esta línea, es preciso adecuar los mecanismos de coordinación entre ambos, una vez restablecida la CNE. En segundo lugar, debe garantizarse que las funciones que la CNE tiene atribuidas por las Directivas y por el derecho nacional para velar por la competencia en los sectores energéticos, se entienda sin perjuicio de la actividad en materia de competencia de la CNMC, tanto en la defensa como en la promoción de la competencia. Es por ello que cabría añadir, en el artículo 8, funciones 18 y 19, que se entenderán sin perjuicio de las funciones atribuidas a las autoridades de competencia por la LDC y la Ley de creación de la CNMC.

El artículo 4 del anteproyecto dispone que la CNE colaborará y actuará en coordinación con la Administración General del Estado y, en su caso, con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, así como con las instituciones y organismos de la Unión Europea, en especial, con la Comisión Europea, la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y con las autoridades competentes y organismos reguladores de otros Estados miembros, fomentando la coordinación de las actuaciones respectivas *“en los términos previstos en la legislación aplicable”*. De modo particular, el último inciso de dicho artículo 4, según lo indicado, se refiere a la colaboración y cooperación con la CNMC, *“para lo cual se articularán mecanismos específicos de intercambio de información y coordinación de sus actuaciones”*.

En la actualidad, la coordinación y cooperación institucional del regulador energético figura en el artículo 4 de la Ley 3/2013, en estos términos: *“la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia mantendrá una colaboración regular y periódica con las instituciones y organismos de la Unión Europea, en especial, con la Comisión Europea y con las autoridades competentes y organismos de otros Estados miembros, fomentando la coordinación de las actuaciones respectivas en los términos previstos en la legislación aplicable. En particular, fomentará la colaboración y cooperación con la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y con el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas”*.

La integración entre la autoridad de competencia y los reguladores sectoriales (incluido el regulador energético) vino a suprimir los anteriores mecanismos de

coordinación entre ambos tipos de organismos, que se establecían con detalle en la Ley de Economía Sostenible y en la normativa sectorial. En particular, las relaciones entre el regulador energético y la anterior Comisión Nacional de la Competencia se articulaban, a tenor del apartado quinto de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1994, conforme a lo previsto en la sección 6.^a del capítulo II Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Esta última Ley dio asimismo nueva redacción al artículo 17 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), relativo a la coordinación de los anteriores organismos reguladores sectoriales con la precedente Comisión Nacional de la Competencia.

Ambas regulaciones (la prevista en la Ley 2/2011 y en el artículo 17 de la LDC) se derogaron por la Ley 3/2013, de 4 de junio (disposición derogatoria, e).

Dicho anterior artículo 17 disponía, en su apartado 2, letras a) a d), sendos tipos de informes de carácter determinante, referidos, respectivamente, a la información sobre posibles prácticas contrarias a la competencia; a la coordinación obligatoria en materia de propuestas normativas de los reguladores, al control de concentraciones o vigilancia y a las conductas prohibidas de los artículos 1 a 3 de la LDC que afectasen al sector de actividad de los reguladores.

Así, de un lado, según el artículo 17 LDC *“a) Los reguladores sectoriales pondrán en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a esta Ley, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente, que tendrá carácter determinante”*.

Por otra parte, según el artículo 17.2.b) los reguladores sectoriales solicitarían informe determinante a la autoridad de competencia, *“antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones, decisiones de carácter general o resoluciones en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados”*.

Asimismo, en lo relativo a procedimientos tramitados por la autoridad de competencia en materia de control de concentraciones o vigilancia, el informe determinante de los reguladores se establecía en estos términos: *“c) La Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe determinante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia.*

Adicionalmente, en la vigilancia de las Resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia en procedimientos sancionadores o de control de concentraciones, el Regulador sectorial emitirá un informe determinante conforme a lo previsto a continuación.

Dicho informe se emitirá, previa solicitud de la Dirección de Investigación, en alguno de los siguientes supuestos:

1.º Cuando se detecte la existencia de un incumplimiento de las condiciones o compromisos impuestos por la resolución sometida a vigilancia.

2.º Cuando por haberse cumplido las condiciones o compromisos deba proponerse la finalización de la vigilancia.

3.º Cuando la empresa autorizada solicite algún tipo de suspensión, modificación o dispensa de las obligaciones derivadas de la resolución objeto de vigilancia.

También se podrá emitir dicho informe a iniciativa del Regulador sectorial cuando, como consecuencia de la modificación de la estructura del mercado o de la actividad normativa desarrollada por aquél, se considere que las condiciones o compromisos impuestos por la Comisión Nacional de la Competencia devengan innecesarios o se deba proceder a su modificación”.

Finalmente, “d) La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas solicitarán a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe determinante en el marco de los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia en aplicación de los artículos 1 a 3 de la presente Ley.”

El carácter determinante de los informes (o dictámenes) venía explicitado en la propia Ley, en tanto el artículo 17, apartado 2, disponía que “*Los dictámenes serán determinantes para los reguladores sectoriales o para la Comisión Nacional de la Competencia, según se aplique, que sólo podrán disentir de su contenido de forma expresamente motivada.*”

En vista de la derogación tanto de las previsiones de la Ley 2/2011 como del artículo 17 por la Ley 3/2013, la cooperación institucional de la futura CNE, particularmente, con la CNMC, se regiría por el marco común de la LRJSP (en particular, título III), que cabría considerar insuficiente a la vista de las particularidades de la regulación y supervisión de los mercados y la defensa de la libre competencia. Por tanto, se considera oportuno que, de algún modo, el anteproyecto establezca mayor detalle en cuanto a la coordinación de la CNE con otros organismos y, singularmente, con la CNMC. En dicha nueva regulación de la coordinación cabría considerar, asimismo, a las autoridades de defensa de

la competencia autonómicas, como se ha demandado en el seno del Consejo de Defensa de la Competencia⁸.

3.3. Funciones

El capítulo II del título I (artículos 7 a 10) regula las “*Funciones*” de la CNE.

El artículo 7 se ocupa de las funciones “*de carácter general*” y el artículo 8 contiene la enunciación de funciones materiales concretas, de las que, no obstante, se han disgregado, para su regulación más específica, las relativas a la “*Toma de participaciones en el sector energético*” y la “*Resolución de conflictos*”, de las que, respectivamente, tratan los artículos 9 y 10 del anteproyecto.

3.3.1. Funciones de carácter general

El artículo 7 del anteproyecto viene a adaptar, para la CNE, el contenido del artículo 5 (“*Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos*”) de la vigente Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

Con carácter previo, cabría proponer que el título del artículo 7 del anteproyecto se limite a los sectores energéticos.

En este artículo 7 del anteproyecto se contempla la función arbitral, y se mencionan las funciones consultivas; al hilo de estas últimas, el artículo 7 del anteproyecto se extiende, con mayor detalle de lo que contempla el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, en la función de emisión de informe sobre propuestas normativas y en el ejercicio de las actuaciones de colaboración por parte del regulador con los departamentos ministeriales con competencias relacionadas con los sectores que son objeto de supervisión.

Se excluyen del artículo 7 del anteproyecto, lógicamente, las funciones contenidas en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, que se refieren a aspectos específicos del Derecho de la Competencia (como las funciones

⁸ El Consejo de Defensa de la Competencia es un órgano creado por la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, que reúne a representantes de todas las Administraciones Territoriales con competencia en la materia, cuyas funciones básicas se refieren a la centralización de la información relevante sobre la competencia en los mercados, a la discusión de los criterios conducentes a lograr la adecuada coordinación en la aplicación de la Ley y al informe de las disposiciones que regulen cuestiones relacionadas con la materia.

relativas a la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y a la aplicación de la normativa europea de competencia).

A este respecto, cabe destacar que las relaciones entre la CNE y la CNMC, como organismo encargado de la aplicación del Derecho de la Competencia, quedarán determinadas conforme a los mecanismos de colaboración y cooperación a los que se refiere el artículo 4.2 del anteproyecto, en su párrafo final.

3.3.1.1. Función arbitral

En lo relativo a la función arbitral, el artículo 7.1.b) del anteproyecto contiene una referencia a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, previendo que *“El procedimiento arbitral se regulará mediante Real Decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad”*.

La atribución de función arbitral se realiza en el anteproyecto en términos idénticos al actual artículo 5.1.b) de la Ley 3/2013, de 4 junio. Este precepto fue desarrollado por el artículo 46.3 del Estatuto Orgánico de la CNMC, si bien con un contenido muy limitado.

La extinta Comisión Nacional de Energía también se hallaba provista de esta función a través de la disposición adicional undécima, tercero, 1, función novena, de la Ley 34/1998, del 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, que aludía a un ulterior desarrollo reglamentario sobre el procedimiento, que fue completado por la sección segunda del Reglamento de la Comisión Nacional de Energía.

No obstante lo anterior, atendiendo al carácter privado del procedimiento y al principio dispositivo rector del mismo así como a la necesaria flexibilidad que debe existir en el desarrollo del proceso, se sugiere eliminar la referencia a su regulación mediante real decreto y su sustitución por la posibilidad de que sea la propia CNE la que dicte su reglamento arbitral.

En una línea similar, el artículo 46.2 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante real decreto, atribuye expresamente al Consejo de la CNMC la facultad para establecer las reglas del arbitraje. Sin embargo, parece más adecuado que sea la norma legal la que directamente contemple esta posibilidad o, en todo caso, que se elimine la referencia al real decreto.

En definitiva, no se observa la necesidad de que un real decreto apruebe un procedimiento de arbitraje; bastaría con que la CNE, como sucede como regla con las diferentes instituciones arbitrales que se contemplan en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, apruebe su reglamento de arbitraje.

3.3.1.2. Función de emisión de informes

Por lo que se refiere a la función de emisión de informes, el artículo 7 del anteproyecto viene a introducir una regulación amplia, más extensa que la que contempla el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, la cual se distribuye en el anteproyecto en dos apartados del artículo 7 (apartados 3 y 4). El apartado 3 se refiere a los informes sobre propuestas normativas y el apartado 4 se refiere a las peticiones de información sobre aspectos técnicos de los sectores energéticos que los departamentos ministeriales pueden hacer a la CNE.

El apartado 3 contiene dos párrafos. El primero prevé la participación de la CNE en el proceso de elaboración de normas mediante la emisión de informes preceptivos, y el párrafo segundo viene a prever una participación de la CNE en el proceso de elaboración de normas que tendría lugar como intervención potestativa (como la participación que podría tener cualquier ciudadano en el marco del artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre).

Esta distinción obedece a las limitaciones que el párrafo primero contempla para la emisión del informe preceptivo (que no se contemplan en el vigente artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio):

De acuerdo con el párrafo primero, la CNE participará, mediante informe preceptivo y no vinculante, en el proceso de elaboración de normas o disposiciones que afecten a su ámbito de competencias o cualesquiera otras cuestiones sobre las que deba informar. Ahora bien, esta previsión se limita a los casos en que este informe haya sido contemplado expresamente (*“cuando así se haya previsto en una norma legal o reglamentaria”*) supuesto para el que, además, se circunscribe el objeto del informe a lo que sea específicamente requerido por el consultante (ya que se prevé que la CNE debe emitir su informe *“en los términos y con el alcance que los departamentos ministeriales impulsores establezcan en su solicitud”*).

La participación de la CNE en el proceso de elaboración de normas se ve limitada con estas previsiones del párrafo primero. Y si bien el párrafo segundo contempla la posibilidad de que la CNE emita informe *motu proprio* en el proceso de elaboración de las disposiciones normativas, esta previsión, que se articula mediante una remisión al artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, no implica más que la facultad de todo sujeto de hacer alegaciones durante el proceso de elaboración de normas.

Lo procedente sería que se contemplara la participación preceptiva sin las limitaciones expuestas:

Por un lado, no parece adecuado que el anteproyecto de ley, en lugar de regular directamente los supuestos básicos de informe preceptivo, se remita a otra norma legal o reglamentaria posterior para ello. Parece lógico que sea la ley reguladora del Organismo la que aborde esta cuestión, sin perjuicio de que en otras normas legales o reglamentarias puedan contemplarse otros supuestos adicionales de emisión de informe preceptivo.

Adicionalmente, si las normas o disposiciones de cuya aprobación se trata “afectan al ámbito de competencias de la CNE” o se refieren a “cuestiones sobre las que la CNE deba informar” no resulta razonable que el informe pueda ser preceptivo sólo cuando se haya previsto expresamente así en otra norma.

Por otro lado, si las normas o disposiciones de cuya aprobación se trata afectan al ámbito de competencias de la CNE, o se refieren a cuestiones sobre las que la CNE deba informar, el solicitante del informe no debería limitar los términos y el alcance del informe de la CNE, ya que estaría limitando con ello su régimen de independencia funcional.

En definitiva, los condicionantes anteriores (“*cuando así se haya previsto en una norma legal o reglamentaria*”, y “*en los términos y con el alcance que los departamentos ministeriales impulsores establezcan en su solicitud*”) deberían eliminarse.

Debe destacarse, además, que, de acuerdo con este precepto, la CNE debería informar las propuestas de disposiciones que tengan por objeto la atribución de nuevas competencias a este organismo (ya que se trata de que la CNE informe las “*...normas o disposiciones que afecten a su ámbito de competencias*”). Convendría clarificar este aspecto.

Por todo ello se propone la siguiente redacción del párrafo, añadiendo una previsión sobre las competencias que en materia de promoción de la competencia tiene la CNMC en virtud de su ley de creación:

“La CNE participará, mediante informe preceptivo y no vinculante, en el proceso de elaboración de normas o disposiciones que afecten a su ámbito de competencias o cualesquiera otras cuestiones sobre las que deba informar de conformidad con otra norma legal o reglamentaria. En todo caso, habrá de recabarse informe de la CNE en el proceso de elaboración de normas o disposiciones que impliquen la atribución a este organismo de nuevas funciones en los términos previstos en el apartado 1.c) de este artículo. La CNE evacuará su informe en el plazo máximo de un mes, salvo que, de manera motivada, el departamento ministerial solicitante establezca su tramitación urgente, en cuyo caso dicho plazo se verá reducido a la mitad. Transcurrido

el plazo sin haberse emitido el informe, éste se dará por evacuado y se podrá continuar con el procedimiento.

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de las competencias que en materia de promoción de la competencia dispone la CNMC según la Ley 3/2013, de 4 de junio”

En cuanto a la participación *motu proprio* en el proceso de elaboración de normas (párrafo segundo del apartado 3 del artículo 7), resultaría más adecuado contemplar la participación de la CNE en el proceso de elaboración de normas (cuestión que quedaría solventada con el párrafo primero, al preverse la participación preceptiva en todos los casos que afectan al ámbito de competencias del organismo), a través de la facultad de la CNE de proponer modificación de las normas en vigor, a la vista de la evaluación de los mercados energéticos y la situación general en dichos sectores, como ya se establecía en la Disposición Adicional Undécima, Tercero, 1, función segunda de la Ley 34/1998, de 7 de octubre. En este sentido, se aconseja indicar lo siguiente:

“Asimismo, a la vista de la situación de los sectores energéticos y la evolución de sus mercados, podrá proponer modificaciones de las normas con rango de ley y reglamentos que se encuentren en vigor, mediante la remisión de informe a los departamentos ministeriales correspondientes.”

3.3.1.3. Sobre la colaboración técnica con los departamentos ministeriales

El apartado 4 de este artículo 7 prevé que *los departamentos ministeriales con competencias sobre los mercados y sectores productivos a que se refiere el artículo 1.3, podrán solicitar a la CNE la colaboración técnica que se estime necesaria para el mejor ejercicio de sus funciones, en particular la elaboración de estudios e informes sobre materias relativas a los citados mercados y sectores.*

La colaboración entre las Administraciones Públicas es un principio administrativo proclamado a nivel general en los artículos 3 y 140 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público. La redacción literal del apartado, que refiere únicamente la facultad de solicitar -no imponer- una colaboración técnica de la CNE, parece únicamente concretar una posible fórmula de colaboración desde la perspectiva del ministerio correspondiente.

Sin embargo, a juicio de esta Comisión, no es adecuada la inclusión de esta previsión dentro del artículo relativo a las funciones de la CNE.

Es necesario recordar que las funciones de la Comisión han de establecerse en una norma con rango de ley o reglamentaria (artículo 7.1 c) del anteproyecto de ley), sin que sean admisibles las instrucciones del Gobierno para el desempeño de los cometidos atribuidos por la legislación (artículo 3.2 del anteproyecto de ley). Al introducirse esta fórmula de solicitud de colaboración dentro de este precepto podría interpretarse que la CNE tiene entre sus funciones atender estas peticiones del Gobierno, lo que menoscabaría su independencia funcional.

La colaboración entre Administraciones es un deber para éstas, pero nunca puede constituir una de sus funciones. De hecho, uno de los límites a este deber es que la colaboración no implique, para la administración requerida, un perjuicio grave para el cumplimiento de sus funciones, como se desprende del artículo 141.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Asimismo, la solicitud de colaboración no puede referirse a un apoyo o asistencia en la realización de las funciones propias de quien pide la colaboración. Esta vía no puede implicar que la CNE asuma una parte de la carga de las funciones propias del departamento ministerial solicitante, quien tiene el deber de realizar las actuaciones necesarias para la adecuada tramitación y resolución de sus expedientes.

Por ello, se propone suprimir el apartado 4 del artículo 7 del anteproyecto de ley y desplazar, en su caso, esta concreción del deber de colaboración al artículo 4 del anteproyecto, que regula la cooperación y la coordinación institucional y también se refiere a diferentes fórmulas de colaboración. A estos efectos, se sugiere incluir el siguiente párrafo en el artículo 4.2 del anteproyecto:

“Asimismo, la CNE, en el ámbito de sus competencias, prestará a los departamentos ministeriales con competencias sobre los mercados y sectores productivos a que se refiere el artículo 1.3 la colaboración técnica que le sea requerida para el logro de fines comunes; en particular la elaboración de estudios e informes sobre materias relativas a los citados mercados y sectores”.

3.3.2. Funciones de carácter específico

El artículo 8 del anteproyecto se ocupa de las funciones específicas de la CNE. A este respecto, recoge las funciones que estaban previstas en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, que se referían al sector eléctrico y al gas natural, y, adicionalmente, o bien las refiere al sector más amplio de los hidrocarburos (líquidos y gaseosos) o bien las amplía con funciones específicas referidas al hidrógeno y otros gases renovables. También acoge las funciones que, de un modo transitorio, venían desempeñándose por la CNMC en relación con los sectores energéticos, al amparo de la disposición transitoria cuarta de la Ley

3/2013, de 4 de junio. Aparte de ello, hay que indicar que el artículo 8 del anteproyecto introduce alguna novedad puntual en relación con las funciones energéticas que estaban previstas en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

3.3.2.1. Erratas y mejoras sistemáticas

Con carácter previo, cabe advertir de unas erratas en los primeros párrafos del artículo 8:

- Si bien la rúbrica del artículo 8 se refiere al sector eléctrico, del gas natural, del hidrógeno y otros gases renovables, el párrafo primero de este artículo 8, por error, indica que *“La CNE ejercerá las siguientes funciones en el ámbito del sector eléctrico y del sector del gas natural”*.

Este párrafo habría de completarse con la referencia al sector del hidrógeno y otros gases renovables. Además, tanto la rúbrica del artículo, como su párrafo primero, deberían completarse con la referencia a los hidrocarburos líquidos, en relación con los cuales se prevén efectivamente funciones específicas de la CNE en este artículo 8.

- El apartado 1 del artículo 8 comienza atribuyendo a la CNE la función de dictar circulares; lo expresa así: *“Establecer, mediante circulares dictadas de conformidad con el artículo 30 de esta ley, previo trámite de audiencia...”*

Ahora bien, esta referencia al artículo 30 debe corregirse en favor del artículo 22, que es el artículo que, en el anteproyecto, se ocupa de las circulares.

Respecto de las funciones que se recogen en el artículo 8 del anteproyecto de forma coincidente con las previstas en el vigente artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, cabe plantear unas mejoras en la redacción, a fin de contemplar, como mejora sistemática, previsiones contenidas en otras disposiciones diferentes a la Ley 3/2013, de 4 de junio (o a fin de adaptar la redacción relativa a esas funciones a disposiciones que se han aprobado con posterioridad a la citada Ley 3/2013, de 4 de junio):

- El apartado 1.k) de este artículo 8 se refiere a la competencia para aprobar, mediante circular, *“La metodología para el cálculo de la retribución del operador del sistema eléctrico, del gestor técnico del sistema gasista y del operador de la red de hidrógeno, en función de los servicios que efectivamente presten”*.

Por razones de sistemática, esta función debería completarse con la referencia a la metodología para el cálculo de la retribución del operador del mercado, en los términos en que esta competencia se atribuye a la CNMC por el artículo 14.11

de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Con ello, el precepto quedaría así:

*“k) La metodología para el cálculo de la retribución del operador del sistema eléctrico, del gestor técnico del sistema gasista, **del operador del mercado eléctrico, (en lo relativo a los aspectos cuya aprobación se atribuya al regulador nacional de conformidad con las normas de derecho comunitario europeo)**, y del operador de la red de hidrógeno, en función de los servicios que efectivamente presten. (...)”*

- El apartado 2 de este artículo 8 se refiere a la competencia para aprobar, por resolución, *“los valores de los peajes de acceso a las redes de electricidad y gas, así como las cuantías de la retribución de las actividades de transporte y distribución de electricidad, y de transporte y distribución de gas natural y de las plantas de gas natural licuado, para lo que habrá de atenerse a las respectivas metodologías aprobadas conforme a lo previsto en el apartado anterior”*.

Por razones de sistemática, esta función debería completarse con la referencia a la cuantía de la retribución del operador del sistema y del gestor técnico del sistema, en los términos en que esta competencia se contempla en el preámbulo del Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, y en las circulares 4/2019, de 27 de noviembre, y 1/2020, de 9 de enero, de la CNMC, sobre la metodología de retribución del operador del sistema eléctrico y el gestor técnico del sistema gasista, respectivamente.

Con ello, el precepto quedaría así:

*2. “Aprobar, mediante resolución, los valores de los peajes de acceso a las redes de electricidad y gas, así como las cuantías de la retribución de las actividades de transporte y distribución de electricidad, de transporte y distribución de gas natural y de las plantas de gas natural licuado, **y de la operación del sistema eléctrico, de la gestión técnica del sistema gasista y de los precios y cuotas para su financiación**, para lo que habrá de atenerse a las respectivas metodologías aprobadas conforme a lo previsto en el apartado anterior.”*

Asimismo, en congruencia con esta función que se contempla en el apartado 2 (que abarca la aprobación de las cuantías de la retribución de las actividades de transporte y distribución de electricidad y gas), debe suprimirse la frase final de la función prevista en el apartado 38 (*“Asimismo, en relación con las actividades de transporte y distribución, informará las propuestas de la retribución de las actividades”*), ya que, si la CNE aprueba la retribución de las actividades de transporte y distribución, no tiene sentido que informe sus propuestas.

- El artículo 8.1, la segunda frase del apartado 14 refiere que la CNE velará por la correcta aplicación de lo dispuesto en las disposiciones normativas de la Unión Europea, por parte de los sujetos que actúen “*en los mercados de gas y electricidad*”.

Se sugiere modificarlo por “*los sujetos que actúen en los mercados que recaen bajo el ámbito de su supervisión*”. De igual forma, se sugiere modificar en el mismo sentido el apartado 18 para que no haga solo referencia a los sectores eléctrico y gasista.

- El apartado 10 del artículo 8 se refiere a la función de la CNE de *supervisar las condiciones y tarifas de conexión a los nuevos productores de electricidad*.

Dado el volumen de solicitudes de acceso a la red gasista para gases renovables, se propone extender esta función de supervisión también a las conexiones de gases renovables.

- Los apartados 19 (en su inciso final) y 30 del artículo 8 se refieren a la supervisión de determinadas subastas relacionadas, respectivamente, con el sector eléctrico y del gas natural.

Dado que en estos apartados se mencionan subastas específicas cuya celebración en algunos casos ya no tiene lugar, se sugiere corregir la redacción en favor de una referencia genérica a las subastas reguladas que se establezcan para el sector energético.

- Los apartados 31 y 32 del artículo 8 se refieren en el sector del gas natural a los modelos normalizados de solicitud de acceso y de publicación de capacidad; modelos que, según se indica en estos apartados, la CNE debería elaborar, proponiendo al Ministerio su aprobación.

Tras la aprobación del Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, la CNMC asumió la competencia de regulación en materia de acceso gasista, habiéndose aprobado la Circular 8/2019, de 12 de diciembre, de la CNMC, por la que se establece la metodología y condiciones de acceso y asignación de capacidad en el sistema de gas natural. Conforme a ello, debería eliminarse en los apartados 31 y 32 la referencia a la propuesta de modelos al Ministerio. Asimismo convendría matizar la referencia a la elaboración de tales modelos por la CNE con un “*en su caso*”, ya que la elaboración de los modelos por la propia CNE queda sujeta a la oportunidad de su regulación.

- El apartado 37 del artículo 8 se refiere al cálculo anual del saldo de mermas de cada red de transporte.

En relación con las mermas del sistema gasista, cuya metodología de cálculo está establecida en una Circular, la competencia de la CNE debería establecerse de forma más amplia:

“Establecer la metodología de cálculo, reparto y compensación de las mermas del sistema gasista”.

- El apartado 44 del artículo 8 se refiere a la inspección -entre otros aspectos- de las *“condiciones de venta a los consumidores de las empresas distribuidoras”*.

Ésta era una función que estaba regulada en la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y que fue recogida para su traspaso al Ministerio en la disposición adicional octava de la Ley 3/2013, de 4 de junio. Sin embargo, desde que en 2009 el suministro pasó a prestarse por los comercializadores, los distribuidores no venden electricidad a los consumidores, debiendo eliminarse por ello la mención a “las empresas distribuidoras” en el inciso antes transcrito.

- Por lo que se refiere a la competencia para dictar decisiones vinculantes, cabe señalar que ésta procede de la normativa europea y está reconocida en la misma como parte del núcleo fundamental de las competencias de las autoridades reguladoras⁹. En consonancia con lo anterior, el Preámbulo del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se trasponen al derecho español las referidas Directivas, reconoce que, entre las medidas que puede adoptar el organismo regulador en ejercicio de las competencias atribuidas, se encuentra la de dirigir decisiones jurídicamente vinculantes a las empresas, que estarán obligadas a su cumplimiento. Así se recoge, por ejemplo, en el artículo 43.6 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, de 26 de diciembre. Por todo ello, se propone incluir entre las funciones de la Comisión Nacional de Energía la siguiente:

“La Comisión Nacional de Energía podrá dictar resoluciones jurídicamente vinculantes tendentes a garantizar el cumplimiento y efectividad de las funciones que tenga atribuidas”.

⁹ Concretamente en los artículos 37.4 a) de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad [1] y 41.4 a) de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural se establece que las autoridades reguladoras puedan “promulgar decisiones vinculantes” para cumplir, entre otros, con las obligaciones impuestas por el artículo 3 de ambas Directivas de protección del cliente final.

3.3.2.2. Previsiones que se introducen como novedad en el anteproyecto de ley

En cuanto a las previsiones que se introducen como novedad, éstas son fundamentalmente las siguientes:

- En relación con el hidrógeno y otros gases renovables, los apartados 1.e) (metodología para el acceso y conexión a las instalaciones y para el cálculo de los peajes), 1.g) (metodología para la prestación de servicios de balance) y 8 (supervisión de las condiciones de acceso a los almacenamientos) del artículo 8 del anteproyecto tratan de funciones relativas al sector del hidrógeno.

Convendría, no obstante, matizar la alusión al hidrógeno que se realiza en estos apartados, como, por ejemplo, en el relativo a la fijación de peajes, añadiendo en estas previsiones un “*en su caso*”, ya que hay algunos aspectos de la regulación del hidrógeno que para poder ser abordados por la CNMC requieren la previa aprobación de un marco legal de tipo general para dicho sector.

- También constituyen una novedad, respecto del contenido del artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, las referencias que el artículo 8 del anteproyecto hace a los hidrocarburos líquidos, aunque esencialmente este sector continuaba bajo la supervisión de la CNMC al amparo del régimen transitorio previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio; en concreto, los apartados 9 (supervisión de las condiciones de acceso a las instalaciones) y 45 (publicación del listado de operadores al por mayor y comercializadores al por menor) del artículo 8 del anteproyecto tratan de los hidrocarburos líquidos.

Como más adelante se indicará, se prevé completar estas referencias en el apartado 51.

3.3.2.3. Metodología retributiva del transporte y la distribución. Incentivos

En materia de metodología retributiva del transporte y la distribución de electricidad y gas natural, el artículo 8.1 del anteproyecto, letras i) y j)), incorpora una referencia a los incentivos que la CNE ha de considerar en sus circulares:

“i) La metodología, los parámetros y la base de activos para la retribución de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica conforme a las orientaciones de política energética. Dichas retribuciones podrán incorporar incentivos, que podrán tener signos positivos o negativos, a la mejora de la calidad de atención a los usuarios de las redes, reducción de los plazos de tramitación de las solicitudes de acceso y conexión y cumplimiento de los objetivos de transición energética.”

j) La metodología, los parámetros y la base de activos para la retribución de las instalaciones de transporte y distribución de gas natural y plantas de gas natural licuado, conforme a las orientaciones de política energética. Dichas retribuciones podrán incorporar incentivos, que podrán tener signos positivos o negativos, a la mejora de la calidad de atención a los usuarios de las redes, reducción de los plazos de tramitación de las solicitudes de acceso y conexión y cumplimiento de los objetivos de transición energética”.

Los subapartados equivalentes del artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio (letras g) y h) del apartado 1), no contenían ninguna referencia a los incentivos. Esta referencia a los incentivos estaba en las leyes sectoriales, con un contenido diferente del previsto en el anteproyecto:

- Artículo 14, apartado 8 bis, de la Ley 24/2013, en relación con el sector eléctrico: *“Las metodologías de retribución de las actividades de transporte y de distribución deberán contemplar incentivos económicos, que podrán tener signo positivo o negativo, para la mejora de la disponibilidad de las instalaciones, para garantizar el nivel de endeudamiento adecuado a fin de disponer de una estructura de deuda sostenible y otros objetivos.”*
- Artículo 60.1, párrafo segundo, de la Ley 18/2014, de 5 de octubre, en relación con el sector del gas natural: *“La metodología de retribución de las actividades de transporte, regasificación, almacenamiento y distribución de gas natural deberá incluir los incentivos que correspondan, que podrán tener signo positivo o negativo, para garantizar el nivel de endeudamiento adecuado que permita disponer de una estructura de deuda sostenible y otros objetivos.”*

Al prever el anteproyecto la regulación de los incentivos, y al considerar unos incentivos diferentes de los previstos en las leyes sectoriales, podría entenderse que el anteproyecto llevaría a cabo una derogación tácita de los mismos (una derogación tácita del artículo 14.8 bis de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, y del artículo 60.1, párrafo segundo, de la Ley 18/2014, de 5 de octubre). Convendría, no obstante, que se aclarase si estos objetivos nuevos previstos en el anteproyecto sustituirán, a efectos de los nuevos períodos regulatorios que se suceden tras la aprobación de la Ley de restablecimiento de la CNE, a los actualmente previos, o si se trata de complementarlos. En cualquier caso, sería aconsejable una redacción más amplia que permitiera a la CNE establecer los incentivos necesarios para aumentar la eficiencia en las actividades de redes sin delimitar su alcance. De esta forma, se podrían analizar en la retribución incentivos al uso de accesos flexibles en línea con lo previsto en la reforma del Reglamento (EU) 2019/943, sin que la norma tuviera que contemplarlos expresamente.

En cualquier caso, los objetivos sobre calidad y acceso (contemplados en el anteproyecto para electricidad y gas natural) no parecen muy adaptados a la problemática existente en este último sector (el gas natural); se aconseja la sustitución de la mención a estos dos incentivos por una referencia al objetivo de garantizar el nivel de endeudamiento adecuado que permita disponer de una estructura de deuda sostenible, que está en la referencia a los incentivos contenida en el vigente artículo 60.1, párrafo segundo, de la Ley 18/2014, de 5 de octubre, y que ha resultado ser una previsión de relevancia para el adecuado funcionamiento del sector. Igualmente, han de tener cabida los incentivos para garantizar un nivel de endeudamiento adecuado del artículo 14.8 de la Ley 24/2013, para el sector eléctrico, a fin de preservar la prudencia financiera en las empresas. Cabe destacar que todas las circulares normativas en las que se establece la metodología de retribución de las actividades reguladas han incorporado un incentivo económico relativo a la prudencia financiera. Por su parte, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, modificó el artículo 14.8 de la Ley 24/2013 y el artículo 60.1 de la Ley 18/2014 para incorporar estos incentivos a su articulado.

3.3.2.4. Cambios de suministrador, supervisión de sujetos del sistema y funciones transitoriamente asignadas en la Ley 3/2013

En materia de cambios de suministrador, junto con la función prevista en el artículo 7.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio (*“Velar por el cumplimiento de la normativa y procedimientos que se establezcan relacionados con los cambios de suministrador”*), que el artículo 8 del anteproyecto recoge en su apartado 6, se acoge en el anteproyecto una función adicional (que se prevé en el apartado 5 de su artículo 8), referida a *“Supervisar los procedimientos de cambios de comercializador, así como elaborar procedimientos y protocolos de coordinación entre los agentes implicados”*.

Ambas funciones son complementarias, pues si bien la primera se centraría en la supervisión del cumplimiento de los procedimientos de cambio de comercializador por parte de los agentes, la segunda se centraría en la capacidad de la CNE de establecerlos (de forma similar a la función que hoy tiene la CNMC de aprobar los formatos de los ficheros de intercambio). Por lo tanto, se propone matizar la segunda como sigue:

~~“Supervisar los procedimientos de cambio de comercializador, así como Aprobar y elaborar procedimientos y protocolos de intercambio de información y coordinación entre los sujetos implicados en el suministro eléctrico y de gas”~~

Junto con el traslado de las funciones relativas a electricidad y gas natural que están en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y aparte de las adiciones

antes comentadas (relativas al hidrógeno, los hidrocarburos líquidos, los incentivos del transporte y distribución y los cambios de comercializador) el artículo 8 del anteproyecto pasa también a recoger en sus apartados finales las funciones que, desde la creación de la CNMC, este organismo venía ejerciendo de forma transitoria al amparo de lo previsto en la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2013, de 4 de junio, en relación con su disposición adicional octava.

No obstante, el anteproyecto no recoge la función contemplada en la disposición adicional octava, apartado 2.e) (*“Expedir los certificados y gestionar el mecanismo de certificación de consumo y venta de biocarburantes”*), ya que esta función sí fue traspasada, con efectos 1 de enero de 2021, al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico mediante la disposición transitoria sexta del Real Decreto 500/2020, de 28 de abril¹⁰, materializado en el Convenio de 24 de septiembre de 2020 entre el Ministerio y la CNMC para el traspaso de los medios materiales necesarios y la concreción de actuaciones de coordinación y formación, para el ejercicio efectivo de las funciones de expedición de certificados y gestión del mecanismo de certificación de consumo y venta de biocarburantes¹¹. En consecuencia, la referencia que contiene el apartado 44 del artículo 8 del anteproyecto a la inspección del *“cumplimiento de los objetivos anuales de combustibles renovables en el sector del transporte”* ha de ser eliminada¹².

3.3.2.5. Incoación de expediente sancionadores que deba resolver la Administración General del Estado

En cuanto al resto de las funciones que transitoriamente se ejercían por la CNMC, y que pasarían a ser ejercidas definitivamente por la CNE conforme al anteproyecto, hay que destacar que el apartado 40 del artículo 8 del anteproyecto alude a la incoación e instrucción de los expedientes sancionadores que deba resolver la Administración General del Estado, función que en la disposición adicional octava de la Ley 3/2013, de 4 de junio, estaba

¹⁰ Real Decreto 500/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

¹¹ Convenio que se publica en BOE en virtud de resolución de 29 de septiembre de 2020, de la Subsecretaría de Presidencia, Relaciones con Las Cortes y Memoria Democrática (BOE de 30 de septiembre de 2020).

¹² Cabe señalar que conforme al referido Real Decreto 500/2020, de 28 de abril, corresponde a la CNMC el seguimiento y resolución, así como, en su caso, la personación, de todos aquellos recursos y reclamaciones interpuestos, tanto por vía administrativa, como contencioso-administrativa, contra circulares, resoluciones, instrucciones o cualesquiera actos administrativos dictados por ella hasta la fecha del traspaso de competencias, efectiva el 1 de enero de 2021.

previsto traspasar al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (entonces, Ministerio de Industria, Energía y Turismo). Esta función debería suprimirse; no se corresponde con una Administración Independiente el que se hayan de tramitar los expedientes que resuelve otra Administración diferente. En su informe n.º 1420, “Informe de la fiscalización horizontal de la imposición y el cobro de sanciones en entidades con funciones de regulación y supervisión de mercados, ejercicios 2017 y 2018”, el Tribunal de Cuentas critica la atribución de esta función a la CNMC (apartado 2.24):

“En el ámbito de la energía aún existen procedimientos cuya instrucción corresponde a la Dirección de Energía de la CNMC mientras que su resolución compete a distintos órganos de la AGE (en función de la gravedad de la infracción, a los órganos del Ministerio competente en la materia o al Consejo de Ministros). En estos supuestos la Dirección de Energía instruye el procedimiento y elabora las propuestas de resolución que después debe remitir al Ministerio, constituyendo otra complejidad y singularidad injustificada de la tramitación de los procedimientos. La misma ley de creación de la CNMC ya preveía suprimir estos supuestos estableciendo en su disposición transitoria cuarta, bajo la rúbrica “desempeño transitorio de funciones por la CNMC”, que esta entidad desempeñaría estas funciones hasta el momento en el que los departamentos ministeriales dispusiesen de los medios necesarios para ejercerlas. Sin embargo, más de siete años después de la entrada en vigor de la ley, la CNMC continúa desempeñando “transitoriamente” estas funciones.”

3.3.2.6. Oficina de Cambios de Suministrador

Debería corregirse la función prevista en el apartado 48 (“Supervisar la actividad de la Oficina de Cambios de Suministrador de electricidad y gas natural”), que se refiere a la Oficina de Cambios de Suministrador, entidad que ya se extinguió el 30 de junio de 2014, en los términos previstos en la disposición transitoria tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, correspondiendo actualmente el ejercicio de sus funciones a la CNMC. Por ello, en el apartado 48 habría de indicarse lo siguiente, conforme a lo que se prevé en la citada disposición transitoria tercera respecto de la actual CNMC:

“Ejercer las funciones que se prevén en materia de cambio de suministrador en la disposición transitoria tercera de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre. A tal efecto, la CNE tendrá acceso a las Bases de Datos de Consumidores y Puntos de Suministro de gas y de electricidad.”

3.3.2.7. Reclamaciones de consumidores

Los apartados 46 y 50 del artículo 8 del anteproyecto contemplan las reclamaciones de los consumidores, aludiendo a la función de *“informar, atender y tramitar, en coordinación con las administraciones competentes, a través de protocolos de actuación, las reclamaciones planteadas por los consumidores”*. Esta función está contemplada en la disposición adicional octava de la Ley 3/2013, de 4 de junio, que, sin embargo, la modula en un párrafo a continuación, con una referencia a la actuación del Ministerio en materia de resolución de reclamaciones (cabe considerar, a este respecto, en particular, con relación al sector eléctrico, que el artículo 43.5 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, atribuye al Ministerio una competencia de resolución de reclamaciones); el párrafo que está en la disposición adicional octava, y que el anteproyecto no incluye, es el siguiente:

“El Ministerio de Industria, Energía y Turismo informará, al menos semestralmente, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de las actuaciones realizadas, incluyendo información sobre el número de reclamaciones informadas, atendidas y tramitadas con el fin de facilitar las labores de supervisión del funcionamiento de los mercados minoristas por parte de este organismo.”

Actualmente, existe en los consumidores una considerable confusión acerca del organismo al que acudir para la resolución de sus reclamaciones. La redacción que prevén estos apartados 46 y 50 (que suprime la referencia a la actuación del Ministerio en materia de resolución de reclamaciones) podría contribuir a incrementar tal confusión.

Para los aspectos regulados del suministro eléctrico y de gas natural, la competencia de resolución de reclamaciones es autonómica (conforme al artículo 98 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, y al artículo 61 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre). Por otra parte, ya se trate de contrato de suministro a precio regulado o de un contrato de suministro a precio libre, celebrado con un consumidor, es posible acudir a un mecanismo de resolución alternativa de litigios en materia de consumo (conforme al artículo 46.1.n) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, y al artículo 57 bis, j) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre). La CNMC no ostenta una competencia específica de resolución de las reclamaciones de los consumidores de electricidad y de gas

natural y ese es un aspecto que convendría dejar claro al respecto de las funciones previstas en los apartados 46 y 50 del artículo 8 del anteproyecto¹³.

En este sentido, se propone eliminar los términos “informar, atender y tramitar”, que se mencionan en los apartados 46 y 50 del artículo 8, de modo que la competencia quede en los términos siguientes:

“...supervisar, en coordinación con las administraciones competentes, a través de protocolos de actuación, las reclamaciones planteadas por los consumidores de energía eléctrica y de gas natural y tener a disposición de los mismos...”

3.2.2.8. Normativa sobre calidad de suministro eléctrico

De acuerdo con el artículo 59.1.m) de la Directiva 2019/944, la autoridad reguladora tendrá la obligación de establecer o aprobar normas y requisitos de calidad del servicio y del suministro o contribuir a ello junto con otras autoridades competentes, así como controlar el cumplimiento y revisar los resultados anteriores de las normas de seguridad y fiabilidad de la red. Se propone añadir esta función en el artículo 8 del anteproyecto en los siguientes términos y modificar el artículo 3.11 de la LSE en coherencia:

“XX. Establecer los requisitos de calidad de suministro que han de regir el suministro de energía eléctrica”

3.3.2.9. Planes de inversión de las distribuidoras de electricidad

El artículo 32 de la Directiva 2019/944¹⁴ establece que los planes de desarrollo de la red de distribución se deben presentar a la autoridad reguladora y ésta

¹³ El Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio, por el que se regula la Oficina de Cambios de Suministrador y la Ley 24/2013 asignan a la CNMC las funciones de “*Verificar, mediante el sistema o sistemas creados o desarrollados por la Oficina (hoy CNMC), que los consumidores han otorgado su efectivo consentimiento al cambio de suministrador*”. Por esta función, y por la función del artículo 7.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, “*Velar por el cumplimiento de la normativa y procedimientos que se establezcan relacionados con los cambios de suministrador*” (artículo 8.6 del APL), la CNMC tramita exclusivamente denuncias individuales de cambios de comercializador erróneos o indebidos (con falta de consentimiento), así como denuncias de los agentes relacionados con el incumplimiento de los formatos de los ficheros de intercambio de información.

¹⁴ 3. *El desarrollo de una red de distribución se basará en un plan de desarrollo de la red transparente que el gestor de la red de distribución publicará al menos cada dos años y presentará a la autoridad reguladora. El plan de desarrollo de la red aportará transparencia respecto de los servicios de flexibilidad que se necesitan a medio y largo plazo, y establecerá las inversiones previstas en los próximos cinco a diez años, con especial énfasis en las principales infraestructuras de distribución que sean necesarias para conectar nuevas instalaciones de*

podrá solicitar que se modifiquen, por lo que se debería introducir en el artículo 8 del anteproyecto la misma previsión en relación con la CNE:

“XX. Recibir los planes de inversión de las redes de distribución que le sean presentados por las empresas distribuidoras e instar, en su caso, su modificación.”

3.3.2.10. Seguimiento en la implementación de las redes inteligentes de electricidad

De acuerdo con el artículo 59.1.l) de la Directiva 2019/944, las autoridades reguladoras supervisarán y evaluarán el desempeño de los gestores de redes de transporte y de redes de distribución, en relación con el desarrollo de una red inteligente que promueva la eficiencia energética y la integración de la energía producida a partir de fuentes renovables, basándose en un conjunto limitado de indicadores, y publicarán un informe nacional cada dos años, que incluirá recomendaciones.

El considerando correspondiente (83) de la referida directiva explica que las autoridades reguladoras nacionales deben garantizar que los operadores de redes de transporte y de distribución adopten medidas adecuadas para hacer que sus redes sean más resilientes y flexibles. Para ello, deben monitorizar el desempeño de dichos operadores de sistema de redes basándose en indicadores como la capacidad de los operadores de los sistemas de transporte y de distribución para operar líneas bajo calificación de línea dinámica, el desarrollo de la monitorización remota y el control en tiempo real de las subestaciones, la reducción de pérdidas de red y la frecuencia y duración de las interrupciones de energía.

Se propone añadir una competencia en el artículo 8 del anteproyecto en los siguientes términos:

generación y nuevas cargas, incluidos los puntos de recarga para vehículos eléctricos. El plan de desarrollo de la red también incluirá la utilización de la respuesta de demanda, de la eficiencia energética, de las instalaciones de almacenamiento de energía o de otros recursos que el gestor de la red de distribución esté utilizando como alternativa a la expansión de la red.

*4. El gestor de la red de distribución consultará a todos los usuarios de la red pertinentes y a los gestores de redes de transporte pertinentes sobre el plan de desarrollo de la red. El gestor de la red de distribución publicará los resultados de los procesos de consulta junto con los planes de desarrollo de la red y los presentará a la autoridad reguladora. **La autoridad reguladora podrá solicitar que se modifique dicho plan.***

“XX. Supervisar y evaluar el desempeño de los gestores de redes de transporte y de los gestores de redes de distribución en relación con el desarrollo de una red inteligente que promueva la eficiencia energética y la integración de energía procedente de fuentes renovables y publicar un informe nacional cada dos años, que incluya recomendaciones.”

3.3.2.11. Funciones de liquidación

En cuanto a las funciones de liquidación, la disposición adicional octava de la Ley 3/2013, de 4 de junio, realiza -para contemplar el ejercicio de la función de liquidación- una referencia a los conceptos de ingresos y costes del sistema que están previstos. Estas previsiones (que están en el apartado 1.d) y 2.c) de la disposición adicional octava de la Ley 3/2013, de 4 de junio) se han recogido en los apartados 47 (sector eléctrico) y 49 (sector del gas natural) del artículo 8 del anteproyecto.

La enunciación de los conceptos aplicables al respecto de las liquidaciones eléctricas se hace en esa disposición adicional octava desde la perspectiva de los costes; si bien se enuncian unos costes concretos, la referencia puede considerarse suficientemente amplia al aludir de un modo general, a modo de enumeración abierta, a cualesquiera *“otros costes que se establezcan para el conjunto del sistema”*. Pues bien, el apartado 47 del artículo 8 del anteproyecto recoge esa previsión sobre los conceptos objeto de liquidación en el sector eléctrico en los mismos términos que está en la Ley 3/2013, de 4 de junio, y, además, adapta la referencia final (sobre remisión de información al Ministerio) a la figura de los cargos (cuya regulación se contempló- con posterioridad a la Ley 3/2013, de 4 de junio- en el Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero).

Ahora bien, la enunciación de los conceptos objeto de liquidación que son aplicables al respecto del sector del gas natural se hace en esa disposición adicional octava desde la perspectiva de los ingresos, aludiendo a *“los ingresos obtenidos por peajes y cánones”*, lo que se ha trasladado, en los mismos términos, al apartado 49 del artículo 8 del anteproyecto. Esta referencia debería completarse con la mención a los cargos (cuya regulación, como se ha dicho, se contempló en el Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero); asimismo, la remisión al artículo 96 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, que se refiere a la liquidación de peajes y cánones, podría sustituirse por la remisión al artículo 92 de la mencionada ley, que contempla peajes, cánones y cargos.

Adicionalmente, las referencias al Fondo para la Gestión de las Liquidaciones del Sector Eléctrico y del Sector del Gas Natural (referencias que se realizan en estos apartados 47 y 49 del artículo 8 del anteproyecto: *“Realizar, a través del Fondo..., la liquidación de...”*) deberían corregirse, en su caso, conforme a la

valoración de las consideraciones que se recogen en este informe acerca de la cuestionable extensión del Fondo al sector del gas natural (apartado 3.7.2 de este informe).

Por último, se sugiere suprimir en el apartado 47 la referencia a los costes permanentes del sistema, en la medida en que este concepto estaba recogido en la Ley 54/1997, pero no en la Ley 24/2013.

3.3.2.12. Hidrocarburos líquidos

Respecto del sector de hidrocarburos líquidos, la disposición adicional octava de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC contempla, en su apartado 2.g), “*Las competencias que la normativa vigente atribuye a la Comisión Nacional de la Energía en materia de hidrocarburos líquidos*”, las cuales a día de hoy continúan siendo ejercidas transitoriamente por la CNMC según lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la referida Ley 3/2013. El artículo 8 del anteproyecto hace referencia de forma explícita a dos de estas funciones en materia de hidrocarburos líquidos. Por un lado, en su apartado 9 señala la función de “supervisar las condiciones de acceso de terceros a las instalaciones fijas de transporte y almacenamiento”, y por otro, en el apartado 45, se señala la función de “*Publicar y mantener actualizado, en el ámbito de aplicación de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, el listado de los operadores al por mayor de productos petrolíferos, el listado de operadores al por mayor de gases licuados del petróleo (GLP) y el listado de comercializadores al por menor de gases licuados del petróleo (GLP) a granel, que incluirá aquellas sociedades que hayan comunicado al Ministerio el ejercicio de estas actividades*”. Aparte de estas funciones específicas, convendría completar la referencia a las funciones en materia de hidrocarburos líquidos al hilo de la función residual que se recoge en el apartado 51 del anteproyecto. A este respecto, el apartado 51 podría quedar en estos términos:

“Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto, así como cualquier otra que, a la fecha de entrada en vigor de esta ley, viniera ejerciendo la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia como organismo regulador de supervisión en el ámbito de los sectores referidos en el artículo 1.3, y, en particular, en materia de hidrocarburos líquidos.”

3.3.3. Función relativa a la toma de participaciones

El artículo 9 del anteproyecto regula la toma de participaciones en los sectores energéticos. Su contenido es similar, salvo en lo que más adelante se referirá, a la disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio. Dicha función era una de las contempladas en la citada Ley como asumidas por el entonces

Ministerio de Industria, Energía y Turismo en la disposición adicional octava, apartado 3, y de ejercicio por la CNMC con carácter transitorio.

Destacan dos cuestiones del precepto: la primera, la relativa a que corresponde a la CNE la realización de la propuesta al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico de las condiciones a imponer en caso de que aprecie amenaza real y grave para la garantía de suministro, y la posterior resolución sobre las mismas por el citado Ministerio; la segunda, la relativa al ejercicio de esta función con independencia de la notificación o autorización a que pueda estar sometida la operación, de acuerdo con el régimen establecido en la Ley 19/2003, de 4 de julio.

Respecto a la primera cuestión cabe plantearse si la intervención de la CNE mediante la formulación de una propuesta es la forma idónea para la articulación de la participación de la CNE, dado que ello podría suponer la introducción de un nuevo procedimiento compartido entre CNE y Ministerio (fases de instrucción y resolución). La intervención de la CNE podría sustituirse por la emisión de un informe preceptivo desde el ámbito competencial propio del regulador, tal y como estaba previsto en la disposición adicional novena una vez que esta función fuera traspasada al Ministerio.

Respecto a la segunda cuestión, debe indicarse que esta previsión es consistente con lo establecido en el artículo 2.2. del Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones extranjeras, que desarrolla la citada Ley. Se establece pues de forma expresa la compatibilidad y complementariedad entre ambos regímenes operando el régimen general con carácter ex ante y el específico sectorial con carácter ex post.

Analizando los dos regímenes desde la perspectiva de los sujetos que toman las participaciones accionariales se aprecia que la disposición adicional novena, apartado 4, y el futuro artículo 9 del anteproyecto no contemplan a las “sociedades vehículo comunitarias”; en cambio, la normativa sobre inversiones extranjeras, artículo 7 bis de la citada Ley 19/2003, define de forma clara el concepto “titularidad real”.

3.3.4. Función relativa a la resolución de conflictos

El artículo 10 del anteproyecto contempla la función de resolución de conflictos acogiendo la regulación relativa a electricidad y gas que está contenida en el artículo 12 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

Se hace necesario introducir algunas modificaciones en la redacción de este artículo 10 del anteproyecto.

En primer lugar, el artículo 10 del anteproyecto, al igual que el artículo 12 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, alude a “los mercados de la electricidad y del gas”. Sin embargo, la CNMC ostenta también competencia para resolver conflictos en el sector de hidrocarburos líquidos; en este sentido, el artículo 41.1.d) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, dispone lo siguiente:

“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia establecerá por circular el procedimiento de comunicación de los conflictos que puedan suscitarse en la negociación de los contratos y en las solicitudes de acceso a las instalaciones de transporte o almacenamiento. Asimismo, resolverá, en el plazo máximo de tres meses, los conflictos que le sean planteados respecto a las solicitudes y a los contratos relativos al acceso de terceros a estas instalaciones de transporte o almacenamiento de productos petrolíferos que deben permitir el acceso de terceros.”

A este respecto, se habría de introducir un nuevo apartado (que habría de introducirse como apartado 2, pasando con ello el actual apartado 2 del artículo 10 a ser el apartado 3) en el que se contemplara esta competencia relativa a los hidrocarburos líquidos en favor de la CNE, así como la competencia respecto del sector del hidrógeno:

“La CNE resolverá los conflictos que le sean planteados respecto a las solicitudes y a los contratos relativos al acceso de terceros a estas instalaciones de transporte o almacenamiento de productos petrolíferos que deben permitir el acceso de terceros. La misma competencia se ostentará, en los términos en que se contemple por la normativa aplicable, en relación con el acceso a las instalaciones de hidrógeno.”

En segundo lugar, en cuanto al plazo de duración del procedimiento de resolución de conflictos, el apartado 2 del anteproyecto hace una referencia al plazo de tres meses, acogiendo no obstante una excepción, que se refiere al plazo de seis semanas que contempla el artículo 12 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, respecto de los conflictos previstos en la letra f) del artículo 12.1, la cual, en realidad, tiene que ver con los conflictos del sector ferroviario: “En el supuesto de resolución de conflictos a que hace referencia el epígrafe f) del número 1 anterior, el plazo máximo será de 6 semanas”. Por tanto, esta frase debería suprimirse del artículo 10.2 del anteproyecto.

En tercer lugar, el plazo de tres meses debe matizarse al respecto de los conflictos de acceso a las redes de transporte y distribución de electricidad y gas natural, pues la normativa europea contempla para estos conflictos un plazo de dos meses (prorrogable por otros dos):

- Artículo 60.1 de la Directiva (UE) 2019/944, sobre mercado interior de la electricidad: *“Toda parte que desee reclamar contra un gestor de la red de transporte o distribución en relación con las obligaciones de dicho gestor con arreglo a la presente Directiva podrá presentar la reclamación ante la autoridad reguladora, quien, en su calidad de organismo competente en la resolución de litigios, emitirá una decisión en los dos meses siguientes a la recepción de la reclamación. Ese plazo podrá prorrogarse por dos meses si la autoridad reguladora solicita información adicional. También podrá prorrogarse con el consentimiento del reclamante. Dicha decisión tendrá efecto vinculante a menos que sea revocada a raíz de un recurso y hasta el momento en que lo sea.”*
- Artículo 41.11 de la Directiva 2009/73/CE, sobre el mercado interior del gas natural: *“Toda parte que desee reclamar contra un gestor de la red de transporte, almacenamientos, GNL o distribución en relación con las obligaciones de dicho gestor con arreglo a la presente Directiva, podrá presentar la reclamación ante la autoridad reguladora, quien, en su calidad de organismo competente en la resolución de conflictos, emitirá una decisión en los dos meses siguientes a la recepción de la reclamación. Este plazo podrá prorrogarse por dos meses si la autoridad reguladora solicita información adicional. También podrá prorrogarse con el consentimiento del reclamante. Dicha decisión tendrá efecto vinculante a menos que sea revocada a raíz de un recurso y hasta el momento en que lo sea.”*

De acuerdo con ello, el párrafo primero del apartado 2 (que pasaría a ser, según lo dicho, apartado 3) del artículo 10 del anteproyecto debería matizarse añadiendo la previsión de este plazo:

*“En la resolución de los conflictos a que hace referencia el apartado anterior, la Comisión resolverá acerca de cualquier denuncia y adoptará, a petición de cualquiera de las partes, una resolución para resolver el litigio lo antes posible y, en todo caso, en el plazo de tres meses desde la recepción de toda la información. **En el caso de los conflictos de acceso a las instalaciones de electricidad y gas natural, este plazo será de dos meses, pudiendo prorrogarse por dos meses si la CNE solicitase información adicional. Esta prórroga podrá ser ampliada con el consentimiento del reclamante.**”*

Finalmente, debe indicarse que el artículo 10 del anteproyecto debería contemplar el plazo de interposición del conflicto, tal y como actualmente se prevé en el 12.1, párrafo final, de la Ley 3/2013, de 4 de junio. En este sentido, se debería añadir un nuevo párrafo segundo al artículo 10.2 (que pasa a ser

artículo 10.3) del anteproyecto, pasando en consecuencia a ser párrafo tercero el actual párrafo segundo:

“Las reclamaciones solicitando la intervención de la CNE deberán presentarse en el plazo de un mes desde que se produzca el hecho o la decisión correspondiente.”

3.4. Organización y funcionamiento

La organización y funcionamiento de la futura CNE se regula en el capítulo III del título I, en los artículos 11 a 21. A tenor del artículo 11, los órganos de gobierno de la CNE serán el Consejo y el Presidente, que lo será también de su Consejo. Según el artículo 12, el Consejo, órgano de decisión en relación con las funciones atribuidas a la CNE, estará compuesto por siete miembros que tendrán la consideración de altos cargos, atendiendo al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres. El artículo 13 determina que los miembros del Consejo, y entre ellos el Presidente, serán nombrados por el Gobierno mediante Real Decreto a propuesta de la persona titular del MITECO, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión, con una experiencia mínima de cinco años en materias relacionadas con los sectores objeto de supervisión, previa comparecencia ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, teniendo su mandato una duración de seis años sin posibilidad de reelección, con renovaciones parciales cada tres años. El régimen de funcionamiento del Consejo se establece en el artículo 14, correspondiendo a este órgano la elección de un Secretario no consejero, del cual dependerá el servicio jurídico del organismo. Por su parte, el artículo 15 viene referido a las funciones del Presidente, entre las cuales se alude a cierta intervención en materia de relaciones de puestos de trabajo, previendo el artículo 16 las funciones del Consejo de la CNE. El artículo 17 establece el régimen de funciones e incompatibilidades de los miembros del Consejo, incluyendo un período de dos años después del cese sin que puedan efectuar función privada alguna relacionada con la actividad de la CNE. Las causas del cese en el ejercicio del cargo se contemplan en el artículo 18, de manera análoga a como lo hace ahora el artículo 23 de la Ley 3/2013 para el caso de la CNMC. También de modo análogo al actual artículo 24 de la Ley 3/2013, en el artículo 19 del anteproyecto se establecen garantías para la actuación imparcial de los empleados de la CNE, incluyendo la elaboración de un código de conducta. El artículo 20 se refiere a los órganos de dirección de la CNE, cuyas funciones enumera, teniendo el Secretario del Consejo, el Secretario General y los titulares de las Direcciones de Instrucción la consideración de altos cargos, y debiendo ser elegidos entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional, con una experiencia de 7 años en el diseño y gestión de políticas públicas. Para terminar este capítulo, el artículo 21 se refiere al Estatuto Orgánico, que se

aprobará por el Gobierno mediante real decreto, y al Reglamento de funcionamiento interno, cuya aprobación corresponde al Consejo de la CNE.

Al respecto de la regulación anterior, se efectúan los siguientes comentarios particulares.

3.4.1. Sobre la función de propuesta y nombramiento de personal directivo

El artículo 12 del anteproyecto, al referirse a las facultades indelegables del Consejo, incluye “*la propuesta para el nombramiento de los titulares de los órganos de dirección, el nombramiento del resto de personal directivo*”.

Sin embargo, el Consejo es el órgano encargado, no solo de proponer, sino también de nombrar al Secretario del Consejo, Secretario General, directores de instrucción (artículo 20.6) y resto de personal directivo (artículo 21.4).

De este modo, una redacción más correcta sería esta:

“(…) ~~la propuesta para~~ *el nombramiento de los titulares de los órganos de dirección,* y del ~~nombramiento del~~ *resto de personal directivo*”.

3.4.2. Sobre el nombramiento y mandato de los miembros del Consejo

Según lo indicado, el artículo 13 del anteproyecto establece, entre otras cuestiones, los requisitos para el nombramiento de los miembros del Consejo y una previsión de renovación parcial del Consejo cada tres años.

Con respecto al requisito de experiencia para el nombramiento de miembros del Consejo, se llama la atención sobre la fijación de 5 años para consejeros y en 7 para directores.

Por otro lado, la previsión sobre renovación parcial se contempla también (cada 2 años) para los consejeros de la CNMC, en el artículo 15 de la Ley 3/2013. Pero tal previsión se completa con una disposición transitoria primera a tenor de la cual, para dar cumplimiento a lo anterior, “*En la primera sesión del Consejo se determinarán, preferentemente de forma voluntaria y supletoriamente por sorteo, los tres consejeros que cesarán transcurrido el plazo de dos años desde su nombramiento y los tres que cesarán transcurrido el plazo de cuatro años*”, añadiendo el apartado segundo que, “*No obstante lo dispuesto en el artículo 15 de esta Ley, los miembros del Consejo afectados por la primera renovación parcial podrán ser reelegidos por un nuevo mandato de seis años*”.

Se considera conveniente que, a los efectos de la renovación parcial que establece el artículo 13, se incluya alguna previsión similar en el anteproyecto

que permita su aplicación, en forma de voluntariedad o sorteo, como disposición transitoria.

3.4.3. Sobre las funciones del Presidente de la CNE

Como se ha señalado, el artículo 15, sobre las funciones del Presidente, incluye, en su apartado 1 letra i), la siguiente intervención en materia de relaciones de puestos de trabajo: *“Aprobar las propuestas de relaciones de puestos de trabajo que deberá presentar al Consejo para su aprobación y presentarlas anualmente al Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública, a través del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.”*

El anteproyecto opta por asignar la aprobación del instrumento organizativo al Consejo de la CNE, en consonancia con lo previsto para otros organismos públicos de regulación y supervisión compuestos por personal exclusivamente laboral, como la CNMV (artículo 19 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo), cuya estructura organizativa se aprueba por su Consejo¹⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, cabría mejorar la redacción de este artículo aludiendo más claramente a la función de “propuesta” del presidente e incluyendo la opción que concede el artículo 74 Estatuto Básico del Empleado Público de adoptar un “instrumento organizativo similar” a las relaciones de puestos de trabajo, pues estas últimas son más comunes entre los departamentos ministeriales y sus organismos autónomos que para antes del sector público institucional que emplean a personal laboral¹⁶. La redacción de este artículo podría ser de este tenor:

“Aprobar Proponer las relaciones de puestos de trabajo o instrumento organizativo similar que deberá presentar al Consejo para su aprobación y presentarlas anualmente al Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública, a través del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.”

¹⁵ A tenor del artículo 46 del Reglamento de régimen interior de la CNMV *“El Consejo de la CNMV, a propuesta de su Presidente, aprobará la estructura de la organización, así como la plantilla de personal”* (<https://www.boe.es/buscar/pdf/2019/BOE-A-2019-18622-consolidado.pdf>).

¹⁶ En el caso de la CNMC, consta aprobada una RPT para el personal funcionario y otra separada para cierto personal laboral sujeto al Convenio Único del Personal Laboral de la Administración (https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/PublicidadActiva/OrganizacionYEmpleo/Relaciones-Puestos-Trabajo/RPT-METD.html). Por lo que respecta al grueso del personal laboral, el mismo se contiene en un “Catálogo de puestos de trabajo del personal” (<https://www.cnmc.es/transparencia#informacion-juridica>).

Por lo demás, la capacidad de autoorganización del personal es la opción conforme tanto con el estatuto de especial autonomía que el propio proyecto establece para la CNE, como con las exigencias del derecho europeo, a tenor de lo establecido en los artículos 57.5 y 39.5, respectivamente, de las Directivas 944/2019 y 2009/72/CE anteriormente comentados.

3.4.4. Sobre las funciones del Consejo

El artículo 16, según lo señalado, se refiere a las funciones del Consejo de la CNE, algunas de las cuales coinciden con las establecidas para el actual Consejo de la CNMC.

De la naturaleza jurídica de autoridad administrativa independiente de la CNE y de su especial estatuto de autonomía resulta la competencia de su órgano de decisión para adoptar, también, decisiones de revisión de oficio de su propia actuación. Si bien tal cuestión resulta pacífica y ha sido confirmada en sede judicial (entre otras, SAN de 5 de julio de 2023, recurso 703/2019), convendría, para mayor certeza, incluir de manera expresa, entre las funciones del Consejo, la señalada acerca de la revisión de oficio de disposiciones y actos nulos y anulables de la propia CNE.

Finalmente, como cuestión menor, en las funciones del apartado 11 del artículo 16 se menciona la de “*Nombrar y acordar el cese del Secretario, de conformidad con lo establecido en el artículo 14*”. Debería precisarse que es el Secretario del Consejo, pues en el anteproyecto se prevé la existencia del Secretario General.

3.4.5. Sobre las direcciones previstas para la CNE y sus funciones

El artículo 20 del anteproyecto se refiere a los órganos de dirección de la CNE, señalando, expresamente, que consistirán, además de en una Secretaría General y una Secretaría del Consejo, en tres direcciones de instrucción: la Dirección de Electricidad, la Dirección de Hidrocarburos y Nuevos Combustibles y la Dirección de Inspección.

Al respecto, procede remitirse a las consideraciones efectuadas en el apartado 3 de este informe sobre la “Independencia” de la CNE y, singularmente, al subapartado 3.1.1, sobre “Estructura organizativa”. Como allí se señalaba, no se considera oportuno que a través de la Ley se congele la denominación y funciones de las distintas direcciones. Siguiendo la propia exposición de motivos del anteproyecto, una de las razones del restablecimiento de la CNE es la necesidad de adaptación institucional a la transformación de los sectores regulados los cuales, por otra parte, como la propia exposición de motivos señala, se han ampliado a otros novedosos, como los gases renovables y el hidrógeno. Dicho cambio y transformación del sector energético, que obliga a los

oportunos ajustes institucionales, ha de tener reflejo en una regulación organizativa de la CNE que sea flexible y que conceda al organismo capacidad para adaptar con agilidad su estructura orgánica a los cambios que deriven del nuevo contexto resultante de la descarbonización.

El mismo comentario debe hacerse con relación a la exhaustiva enumeración de funciones correspondientes a las distintas direcciones que se contempla en las letras a) a c) del artículo 20.2. Tal enumeración supone una mayor rigidez que limita la capacidad de autoorganización del organismo y su adaptabilidad a nuevas necesidades que se susciten en el sector sujeto a regulación.

De conformidad con la incompatibilidad que se establece para los altos cargos previstos en el apartado 5 del artículo 20, debería establecerse una compensación posterior al cese.

Finalmente, el apartado 6 se refiere al nombramiento de los órganos de dirección por el Consejo. Como enseguida se indicará, se considera oportuno unificar el modo de nombramiento de los miembros de órganos de dirección. Por otro lado, en cuanto a los requisitos para el nombramiento de los altos cargos directivos previstos en el artículo 20.6, se incluye la experiencia “*en el diseño y gestión de políticas públicas en el ámbito de la dirección correspondiente*”. Este inciso debería suprimirse pues tales órganos directivos presentan perfiles muy diferentes entre sí, a lo que se une el carácter muy especializado y técnico de algunos de ellos. En su lugar, podría optarse por una fórmula similar a la empleada para los consejeros, más allá del comentario ya efectuado sobre los años de experiencia requeridos en uno y otro caso.

Como resultado de lo anterior, la redacción de este artículo quedaría así:

*6. El Secretario del Consejo, el Secretario General y los titulares de las Direcciones de instrucción serán nombrados por el Consejo de la CNE, a **propuesta del Presidente o a propuesta de, al menos, tres de sus miembros, de** entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación correspondiente, con una experiencia mínima de 7 años ~~en el diseño y gestión de políticas públicas en el ámbito de la dirección correspondiente en materias relacionadas con los sectores objeto de supervisión y regulación~~”.*

3.4.6. Sobre el personal

La disposición transitoria segunda del anteproyecto establece el régimen de integración del personal de la CNMC en la CNE.

En el caso del personal laboral, se prevé que el traspaso de dicho personal, se haga “*respetándosele la antigüedad reconocida*”. Junto a la antigüedad, deberá añadirse un inciso final que incluya el resto de los derechos que dicho personal ostenta en el momento de la integración¹⁷.

En el caso del personal funcionario que desempeñan funciones en materia de energía se permiten dos posibilidades, integrarse en la CNE como personal laboral y quedando en situación de servicios especiales o incorporarse a la CNE en situación de servicio activo.

El aumento de las funciones asignadas en materia de energía sin nuevas dotaciones de personal laboral ha requerido la incorporación de cierto personal funcionario en los últimos años. Con el fin de que este talento pueda mantenerse en el organismo, sería necesario que el anteproyecto les dotara de una mayor estabilidad en su carrera profesional. Dado que la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público no contempla expresamente (no responde a ninguna de las situaciones recogidas en el artículo 87.1) la situación en la que quedaría este personal en situación de servicios especiales sería conveniente que las garantías otorgadas por la figura de los servicios especiales quedasen expresamente reflejadas en el texto¹⁸.

Por otra parte, se considera que, en el caso de que el personal funcionario optara por la opción de servicio activo, la plaza no debería amortizarse cuando el funcionario que lo ocupe abandone el organismo, quedando a disposición del organismo para su cobertura de la forma que estime oportuna.

Por lo tanto, se propone una modificación en los siguientes términos:

“Disposición transitoria segunda. Integración del personal de la CNMC en la CNE.

¹⁷ Debería recogerse de forma expresa en el anteproyecto que la creación de la CNE y la integración en la misma del personal de la CNMC es un supuesto de sucesión empresarial en el sentido del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, de forma que la CNE, entidad cesionaria, se subrogará en los derechos y obligaciones laborales de la CNMC, entidad cedente. Entre los referidos derechos y obligaciones se incluyen las condiciones de trabajo derivadas del convenio colectivo que se aplica en la entidad cedente, esto es, el Convenio colectivo del centro de trabajo de Madrid de la CNMC (BOCM 28-01-2023).

¹⁸ El artículo 87 del TREBEP incorpora una serie de garantías a las situaciones de servicios especiales en él descritas (“el tiempo que permanezcan en tal situación se les computará a efectos de ascensos, reconocimiento de trienios, promoción interna y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación”), e incluso insta a las Administraciones Públicas a velar por que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos que se encuentren en determinadas situaciones de servicios especiales y reingresen al servicio activo.

*1. El personal laboral que preste sus servicios en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y que sea traspasado a la CNE en virtud de lo establecido por el apartado 1 de la disposición adicional segunda de esta ley se integrará en la Comisión Nacional de la Energía con los mismos derechos y obligaciones que tuviera en la CNMC, respetándose la antigüedad reconocida, **así como el resto de derechos que viniera ostentando hasta ese momento, de conformidad con el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.***

*El personal funcionario en activo destinado en la CNMC y que sea traspasado a la CNE podrá optar, ~~en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de esta ley, a partir de la plena y efectiva constitución de la CNE,~~ por integrarse como personal laboral en la Comisión Nacional de la Energía, con reconocimiento de la antigüedad que les corresponda, quedando en su cuerpo de origen en la situación de servicios especiales **con las garantías previstas en el artículo 87, apartados 2 y 3 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y en particular a efectos del cómputo del período mínimo de servicios efectivos para solicitar el pase a la situación de excedencia voluntaria por interés particular. Quienes se encuentren en situación de servicios especiales tendrán derecho, al menos, a reingresar al servicio activo con igual nivel y retribución del puesto que venían desempeñando en el momento de pasar a la situación de servicios especiales.***

Quienes no opten por la integración como personal laboral en la Comisión Nacional de la Energía en los términos ~~y el plazo~~ establecidos, podrán incorporarse a la CNE como funcionarios en situación de servicio activo o en la situación con reserva de puesto que les correspondiera, permaneciendo en el puesto que tuvieran asignado. ~~Los puestos de trabajo ocupados por los citados funcionarios se considerarán «a amortizar», suprimiéndose cuando el funcionario que lo ocupe abandone el organismo por cualquier causa.» (...)~~

3.4.7. Sobre el nombramiento de personal directivo

Como se ha adelantado, el Secretario del Consejo se nombra por el Consejo a propuesta del Presidente o de, al menos, tres miembros del Consejo. Sin embargo, el personal directivo de otras áreas de responsabilidad diferentes a la Secretaría del Consejo y a las Direcciones de instrucción, será nombrado y cesado por el Consejo de la CNE “a propuesta de, al menos, la mitad de sus miembros” (artículo 21.4).

Esto último vendría referido al Secretario General, el titular del órgano de control interno, subdirectores y demás personal directivo. Tal cuestión debería modificarse. De un lado, en un Consejo impar formado por siete miembros no es del todo coherente referirse a la mitad de sus miembros en condiciones normales. En vista de ello, se propone unificar en el anteproyecto el modo de nombramiento del Secretario del Consejo, Secretario General, titulares de las direcciones de instrucción y resto de personal directivo. La redacción, por lo que se refiere a este particular inciso del artículo 21 sería la siguiente:

*4. El personal directivo de otras áreas de responsabilidad diferentes a la Secretaría del Consejo y a las Direcciones de instrucción, será nombrado y cesado por el Consejo de la CNE a propuesta del **Presidente o a propuesta**, al menos, ~~la mitad~~ **de tres de** sus miembros. La selección se realizará mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.5 de esta Ley.*

3.4.8. Sobre el Estatuto Orgánico y el régimen de incompatibilidades post cese

El artículo 21 dispone la aprobación de un Estatuto Orgánico mediante real decreto del Gobierno. Al respecto del Estatuto Orgánico, como ya se señaló en el subapartado 3.1.2 de este informe, incluido en el apartado sobre independencia del regulador, cabe plantear, en primer lugar, que se pueda prescindir de dicha norma aprobada por el Gobierno, en atención al estatuto de especial autonomía del regulador. Así sucede, como ya se ha indicado, con otras autoridades independientes similares, como la CNMV, remitiendo el artículo 21 de su Ley de creación a la aprobación por parte del Consejo de dicho organismo de un Reglamento de régimen interior que constituye desarrollo directo de la Ley:

“Artículo 21. Régimen interior de la CNMV y control interno.

1. El Consejo de la CNMV aprobará el Reglamento de régimen interior en el que se establecerá:

- a) La estructura orgánica de la CNMV.*
- b) La distribución de competencias entre sus distintos órganos.*
- c) Los procedimientos internos de funcionamiento.*

d) El régimen específico aplicable al personal que deja de prestar servicios en ella, sin perjuicio, en este caso, de lo dispuesto en el artículo 19.4 y en el artículo 30 en cuanto a los regímenes de incompatibilidades.

e) Los procedimientos de ingreso del personal, con arreglo a los principios señalados en el artículo 19 de esta ley.

f) Cuantas cuestiones relativas al funcionamiento y régimen de actuación de la CNMV resulten necesarias conforme a las previsiones de esta ley.

2. La CNMV dispondrá de un órgano de control interno cuya dependencia funcional y capacidad de informe se regirá por los principios de imparcialidad, objetividad y prevención de los conflictos de intereses”.

En el mismo artículo 21 se establece que el Estatuto Orgánico detallará la estructura interna de la Secretaría del Consejo, de las Direcciones de instrucción “y demás áreas de responsabilidad, cualquiera que sea su denominación, al frente de las cuales se designará al resto del personal directivo”. A continuación, se refiere al nombramiento y cese de tal personal directivo de áreas diferentes a la Secretaría del Consejo y a las Direcciones de instrucción, con remisión al EBEP, añadiendo que “El personal directivo a que se refiere el presente apartado ejercerá su función con dedicación exclusiva y estará sujeto al régimen de limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese en los términos establecidos en el artículo 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado”.

Dicho artículo 15 de la Ley 3/2015 se refiere a las limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese para los altos cargos:

“1. Los altos cargos, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado.

La prohibición se extiende tanto a las entidades privadas afectadas como a las que pertenezcan al mismo grupo societario.

2. Quienes sean alto cargo por razón de ser miembros o titulares de un órgano u organismo regulador o de supervisión, durante los dos años siguientes a su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan estado sujetas a su supervisión o regulación.

A estos efectos, se entenderán en todo caso incluidos los altos cargos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y el Consejo de Seguridad Nuclear.

(...)"

El artículo 1 de la Ley 3/2015 incluye entre los altos cargos a “*Los Directores, Directores ejecutivos, Secretarios Generales o equivalentes de los organismos reguladores y de supervisión*”¹⁹.

El anteproyecto se refiere, por tanto, al régimen post cese del “personal directivo” distinto del de la Secretaría del Consejo y de las Direcciones de instrucción. Al respecto se considera que el anteproyecto debería, en primer lugar, aclarar que la condición de alto cargo de la CNE concurrirá, de conformidad con la Ley 3/2015, en aquellos directivos que tengan la condición de Directores o equivalentes, pero no en el resto del personal directivo de nivel inferior al de Director, que estará sujeto a la Ley 53/1984, al no tener condición de alto cargo. No parece proporcionado que al personal directivo que no tiene la condición de alto cargo se le apliquen las limitaciones previstas en la Ley 3/2015, en lugar del régimen general indicado en la citada Ley 53/1984.

Finalmente, de conformidad con la incompatibilidad que se establece para los altos cargos de este artículo, debería establecerse una compensación posterior al cese como ya ha señalado en el apartado 3.4.5 anterior.

3.5. Régimen de actuaciones y potestades

El capítulo IV del título I del texto legal, sobre el régimen de actuación y potestades del organismo, consta de los artículos 22 a 30. De manera similar al vigente artículo 30 de la Ley 3/2013, el artículo 22 se refiere a la función de la CNE de aprobar circulares normativas, circulares informativas y comunicaciones. El artículo 23 regula las facultades de inspección, mientras el artículo 24 establece el régimen jurídico de los requerimientos de información de modo similar a como se dispone en la actualidad para la CNMC en el artículo 28 de la Ley 3/2013. El artículo 25 establece la potestad sancionadora de la CNE de modo también similar al artículo 29 de la Ley 3/2013. Los artículos 26, 27, 28 y 29 se refieren, respectivamente, al régimen de personal, contratación, económico-financiero y patrimonial, así como presupuestario y de control económico financiero. El capítulo se cierra con el artículo 30, sobre el régimen de recursos contra los actos, decisiones y resoluciones de la CNE.

¹⁹ En el caso de la CNMC lleva a incluir entre los altos cargos, además de a los miembros del Consejo, su Secretario, el Secretario General y los Directores de instrucción, a otros directores, como el del Departamento de Control Interno o el del Departamento de Promoción.

3.5.1. Sobre la función de inspección

La atribución de facultades de inspección al regulador energético ha sido una constante en la legislación sectorial desde su creación en 1995, pudiendo mencionarse la primera norma con rango de ley reguladora de esta cuestión, el artículo 8 de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre. Dicha facultad inspectora ha sido posteriormente recogida en distintas leyes en términos similares: artículo 8 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y en la actualidad en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio. También las normas reglamentarias han contribuido a la concreción de esta función. Sin ánimo exhaustivo cabe citar, el artículo 20 del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, y el artículo 16 de la Orden TED/1022/2021, de 27 de septiembre, ambos en materia de liquidaciones de los sistemas eléctrico y gasista, relativos a la comprobación de las condiciones de facturación de los ingresos liquidables, los artículos 30 y 49 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, en materia de comprobación de requisitos del régimen retributivo específico así como las distintas Circulares de la CNMC en materia de metodología retributiva de las actividades de transporte y distribución e inspección de parámetros retributivos relativos a estas instalaciones.

Se trata de unas labores inspectoras de comprobación y verificación de carácter muy especializado, sobre las que, con carácter general, cabe identificar dos tipos de inspecciones: inspecciones económicas e inspecciones técnicas. Esta función en algunos casos, tiene una repercusión directa y se proyecta sobre los procedimientos de liquidación y el establecimiento de la retribución de las distintas actividades. Finalmente, se señala que durante las actuaciones de comprobación se verifica información en gran parte estandarizada por venir especificada y resultar preceptiva conforme a la norma vigente, así como por ser facilitada por los sujetos al amparo de las distintas Circulares informativas.

Desde esta perspectiva se propone la modificación de algunos aspectos del artículo 23 del anteproyecto, concretando las facultades de comprobación, definiendo el lugar de las actividades inspectoras, eliminando aspectos más propios de las inspecciones en materia de defensa de competencia e incorporando cuestiones de procedimiento.

“Artículo 23. Facultades de inspección.

1. El personal de la CNE, debidamente autorizado por el director correspondiente, podrá realizar cuantas actuaciones de comprobación y verificación sean necesarias para la debida aplicación del artículo 8 de esta Ley.

Las actuaciones de comprobación o investigación llevadas a cabo por la CNE en el ámbito de sus competencias podrán desarrollarse:

a) En cualquier despacho, oficina o dependencia de la empresa inspeccionada.

b) En los propios locales de la CNE.

c) A través de sistemas digitales que, mediante la videoconferencia u otro sistema similar, permitan la comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido, la interacción visual, auditiva y verbal entre la CNE y el interesado. Además, deben garantizar la transmisión y recepción seguras de los documentos e información que se intercambien, y, en su caso, recoger las evidencias necesarias y el resultado de las actuaciones realizadas asegurando su autoría, autenticidad e integridad.

La utilización de estos sistemas se producirá cuando lo determine la CNE y requerirá la conformidad del interesado en relación con su uso y con la fecha y hora de su desarrollo.

Cuando las actuaciones de comprobación o investigación se desarrollen en los lugares señalados en el párrafo a) anterior, se observará la jornada laboral de los mismos y se procurará actuar de común acuerdo en la elección del día y hora.

2. En la forma y con las limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico, las actuaciones de inspección de la CNE incluirán las siguientes facultades:

a) Acceder a cualquier oficina, dependencia e instalación de la empresa. Asimismo se podrán verificar los elementos afectos a los servicios o actividades que los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere el artículo 8 de esta Ley, las instalaciones o redes que instalen o exploten y de cuantos documentos están obligados a poseer o conservar.

b) Tener acceso a cualquier documento bajo cualquier forma u otros datos que considere que pueden ser relevantes para el ejercicio de sus funciones.

c) Recibir o procurarse copia de la documentación indicada anteriormente.

d) Solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

3. Las empresas están obligadas a someterse a las inspecciones que el órgano competente haya autorizado.

4. Si la empresa se opusiera a una inspección o existiese el riesgo de tal oposición, el órgano competente de la CNE deberá solicitar la correspondiente autorización judicial, cuando la misma implique restricción de derechos fundamentales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que resolverá en el plazo máximo de cinco días. Las autoridades públicas prestarán la protección y el auxilio necesario al personal de la CNE para el ejercicio de las funciones de inspección.

5. El personal de la CNE encargado de la inspección levantará acta de sus actuaciones. Los hechos constatados en el ejercicio de sus funciones de inspección por el personal autorizado de la CNE tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos o intereses se puedan señalar o aportar por las personas o entidades interesadas.

6. Los datos e informaciones obtenidos sólo podrán ser utilizados por la CNE para las finalidades previstas en esta Ley.

7. Las actuaciones de inspección deberán concluir en el plazo de doce meses contado desde la fecha de notificación de su inicio al interesado. Se entenderá que las actuaciones finalizan en la fecha en que se notifique el acta en que se documente su conclusión y resultado. Reglamentariamente podrán determinarse los supuestos de suspensión del indicado plazo.”

Asimismo, deberán hacerse los correspondientes ajustes en la exposición de motivos del APL.

3.5.2. Sobre los requerimientos de información

El artículo 24, sobre los requerimientos de información, establece dicha actuación de la CNE en términos similares a como se prevé ahora en el artículo 28 de la Ley 3/2013: *“Toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la CNE en el ejercicio de la protección de la libre competencia y están obligados*

a proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para el desarrollo de las funciones de dicha Comisión”.

Se propone una mejora de redacción de este párrafo de forma que se amplíe el deber de colaboración a todos los ámbitos competenciales de la CNE, no restringiéndolo sólo al cumplimiento del objetivo de la promoción de la competencia efectiva en los mercados energéticos.

3.5.3. Sobre la potestad sancionadora y la recaudación de multas impuestas por la CNE

El artículo 25.2 del anteproyecto establece: *“Para el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo.”*

Se propone la supresión del inciso –correspondiente al personal de la dirección en virtud de la materia- En consonancia con la propuesta de que la estructura de la CNE no esté reflejada en la norma legal, es suficiente con indicar que la garantía de la separación funcional entre fase instructora y resolutoria se cumple con la indicación que la instrucción corresponderá al personal de las direcciones sin necesidad de más precisiones.

La recaudación de las multas impuestas por el organismo corresponderá, a tenor del artículo 25.5 del anteproyecto, a *“las Delegaciones de Economía y Hacienda en período voluntario y a la Agencia Estatal de Administración Tributaria en período ejecutivo, conforme a lo establecido en el Reglamento General de Recaudación aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio”.*

Tal modo de recaudación, específicamente para el período voluntario, a través de las Delegaciones de Economía y Hacienda, por medio de la plataforma INTECO, es el adoptado para la CNMC, y resulta el más adecuado, de modo que merece una valoración positiva. Dicho modo de recaudación se añadió al artículo 29 de la Ley 3/2013 en virtud de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, y vino a reemplazar a la anterior recaudación por el propio organismo de las multas impuestas por la Sala de Supervisión Regulatoria en período voluntario.

3.5.4. Sobre los ingresos del organismo

El artículo 28, relativo al patrimonio propio e independiente de la Administración General del Estado, se refiere en su apartado 2 a los bienes y medios económicos con los que contará la CNE. Entre tales bienes, se considera conveniente incluir los ingresos que se reciban en concepto de costas por el

resultado favorable de las impugnaciones judiciales frente a los actos o disposiciones de la CNE.

En este punto, debe reiterarse también la propuesta en materia presupuestaria realizada en el apartado 3.1.3 del informe, que opta por el establecimiento de un presupuesto estimativo con un sistema de financiación a través de tasas.

3.5.5. Sobre el presupuesto del organismo y su supervisión continua

En lo que respecta al régimen presupuestario, el artículo 29 dispone su carácter limitativo en los siguientes términos: *“1. La CNE elaborará y aprobará anualmente un anteproyecto de presupuesto, cuyos créditos tendrán carácter limitativo, y lo remitirá al Ministerio de Hacienda y Función Pública a través del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico para su posterior tramitación de acuerdo con lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre”*. El último inciso de este mismo artículo dispone para la CNE *“un régimen de supervisión continua de conformidad con lo previsto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre”*.

Frente al carácter limitativo del presupuesto de la CNE que prevé el anteproyecto, como ya se indicó en el apartado sobre independencia del regulador y, en particular, en el apartado 3.1.3, sobre “Régimen presupuestario”, cabría considerar, en línea con lo establecido para otras autoridades de regulación y supervisión similares, como la CNMV, que las dotaciones presupuestarias tengan carácter estimativo, autorizándose las variaciones por el Ministro de Hacienda, cuando su importe no exceda de un 5 por ciento del mismo, y por el Gobierno, en los demás casos.

Por lo que respecta al régimen de supervisión continua, el preámbulo de la LRJSP se refiere a este como un marco normativo *“que impida la creación de órganos o entidades innecesarios o redundantes, y asegure la eficacia y eficiencia de los entes públicos, ejerciendo sobre ellos una supervisión continua que permita evaluar el cumplimiento de los objetivos que justificaron su creación, y cuestionar su mantenimiento cuando aquellos se hayan agotado o exista otra forma más eficiente de alcanzarlos”*. Dicho de otro modo, supone supervisar de modo continuado, entre otras cuestiones, la eficacia o la conveniencia del mantenimiento de entidades públicas.

Dicho régimen está especialmente concebido para “entidades dependientes” de las Administraciones, como el preámbulo también señala: *“se obliga a todas las Administraciones a disponer de un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes, que conlleve la formulación periódica de propuestas de transformación, mantenimiento o extinción”*. Tal supervisión continua desde la

creación hasta la extinción de las entidades se efectúa por el Ministerio de Hacienda.

La supervisión continua de entidades “dependientes” de las Administraciones Públicas se establece con carácter general en el artículo 81.2 LRJSP, en los siguientes términos: *“Todas las Administraciones Públicas deberán establecer un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes, con el objeto de comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron su creación y su sostenibilidad financiera, y que deberá incluir la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación o extinción.”*

De manera más detallada, el artículo 85 de la misma Ley, que desarrolla lo relativo al control de eficacia y supervisión continua, efectúa una salvedad para las autoridades administrativas independientes, y establece tal modo de control en los siguientes términos:

1. Las entidades integrantes del sector público institucional estatal estarán sometidas al control de eficacia y supervisión continua, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 110.

(...)

3. Todas las entidades integrantes del sector público institucional estatal están sujetas desde su creación hasta su extinción a la supervisión continua del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través de la Intervención General de la Administración del Estado, que vigilará la concurrencia de los requisitos previstos en esta Ley. En particular verificará, al menos, lo siguiente:

a) La subsistencia de las circunstancias que justificaron su creación.

b) Su sostenibilidad financiera.

c) La concurrencia de la causa de disolución prevista en esta ley referida al incumplimiento de los fines que justificaron su creación o que su subsistencia no resulte el medio más idóneo para lograrlos.

Las actuaciones de planificación, ejecución y evaluación correspondientes a la supervisión continua se determinarán reglamentariamente.

4. (...)

Los resultados de la evaluación efectuada tanto por el Ministerio de adscripción como por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas se plasmarán en un informe sujeto a procedimiento contradictorio que, según

las conclusiones que se hayan obtenido, podrá contener recomendaciones de mejora o una propuesta de transformación o supresión del organismo público o entidad”.

El artículo 110, al que se remite el artículo 85.1 anterior, establece el régimen jurídico de las autoridades administrativas independientes, matizando la aplicación de la propia LRJSP a tales entidades debido a su especial naturaleza y autonomía, sin perjuicio del sometimiento al principio de sostenibilidad financiera, todo ello en los siguientes términos:

“1. Las autoridades administrativas independientes se regirán por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en esta Ley, en particular lo dispuesto para organismos autónomos, la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, así como el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el derecho común.

2. Las autoridades administrativas independientes estarán sujetas al principio de sostenibilidad financiera de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril”.

La Orden HFP/371/2018 por la que se regulan las actuaciones de planificación, ejecución y evaluación correspondientes a la supervisión continua de las entidades integrantes del Sector Público Institucional, constituye el desarrollo reglamentario de las actuaciones del sistema de supervisión continua, de acuerdo con la habilitación contenida en el último párrafo del artículo 85.2.

El artículo 2 de la Orden HFP 371/2018, relativo a su ámbito de aplicación, dispone que *“1. Están sometidas a supervisión continua las entidades integrantes del sector público institucional estatal reguladas en el artículo 84.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. 2. Las autoridades administrativas independientes estarán sujetas al sistema de supervisión continua en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, con su ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre”.*

Es decir, el sistema de supervisión continua sólo se puede aplicar a las AAI siempre y cuando ello sea compatible con su naturaleza, autonomía, y su normativa reguladora.

La normativa reguladora aplicable a la futura CNE no solo se contendrá en su futura Ley de creación y en el resto de disposiciones aplicables del ordenamiento jurídico interno, sino en la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, y en la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009.

Y el sistema de supervisión continua previsto en la Ley 40/2015, es, por su propia esencia, incompatible con los requerimientos de independencia y autonomía de gestión reflejados en las Directivas respecto de los reguladores y supervisores del mercado del gas y la electricidad.

Por otra parte, tanto la Abogacía del Estado como el Consejo de Estado han señalado categóricamente en sendos informes emitidos con motivo de la aplicación de la Ley 40/2015 y de su Anteproyecto de Ley que el sistema de supervisión continua previsto en dicha Ley no es aplicable a las Autoridades Administrativas Independientes, por su naturaleza, configuración y funciones y por las cautelas previstas al respecto en la propia Ley (Informe Entes Públicos 77/2016, de 11 de octubre de 2016, entre otros, y Dictamen 275/2015, de 29 de abril 2015, respectivamente).

En vista de lo anterior, la supervisión continua que el anteproyecto establece no es compatible con el estatuto de especial autonomía del regulador energético. De entrada, tal modo de supervisión está concebido para entidades dependientes de las Administraciones Públicas, lo que no es el caso del regulador energético, dotado de un estatuto de especial autonomía por mandato del legislador europeo que viene reconocido tanto en el artículo 110 de la LRJSP como en el propio anteproyecto y en la vigente Ley 3/2013, para el regulador integrado en la CNMC. Por otro lado, a dicha supervisión continua le es propia una valoración de la eficacia del organismo por parte del Ministerio de Hacienda que sería incompatible con dicha especial autonomía e independencia del regulador. Asimismo, la figura del regulador energético, según lo señalado, viene impuesta al legislador español por el derecho de la Unión Europea, cuestión que impide valorar en clave interna, al margen del derecho europeo, muchos de los aspectos a los que se extiende tal supervisión continua de la LRJSP, incluyendo la propia subsistencia del regulador. En tal sentido otras AAI, como la CNMV, no han incorporado tal mecanismo de supervisión continua a su ley de creación, en consonancia con su especial autonomía.

En definitiva, la supervisión continua, que se ajusta bien con carácter general a los entes del sector público institucional dependientes de las Administraciones,

comprometería la independencia del regulador energético con respecto al resto de los entes públicos, y su independencia funcional, en la medida en que su creación y buena parte de sus objetivos y funciones viene prescritos desde el derecho de la Unión Europea. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio del control económico-financiero permanente por la Intervención General de la Administración del Estado así como de las funciones del Tribunal de Cuentas, como el anteproyecto establece.

En relación con el régimen de control económico-financiero ejercido por la IGAE, el anteproyecto señala que se ejercerá a través del control financiero permanente, una de las modalidades de control previstas en la Ley 47/2003, General Presupuestaria, junto con la función interventora, y la auditoría pública.

Así, la función interventora, que se puede catalogar como el régimen de control más intenso o exhaustivo, se debe ejercer, en virtud del artículo 149 de la LGP, en la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

El control financiero permanente, que puede catalogarse como la segunda modalidad de control por parte de la IGAE (Ministerio de Hacienda) más intensa, debe ejercerse, en virtud del artículo 158 LGP, sobre un amplio abanico de entidades públicas, pero en el caso de las Autoridades Administrativas Independientes, la LGP precisa que esa modalidad de control se ejercerá sobre esas entidades, salvo que su legislación específica disponga lo contrario²⁰. En este sentido, hay que resaltar que la CNMV, por ejemplo, no está sometida a esta modalidad de control.

Por otro lado, la LGP excluye expresamente del ámbito del control financiero permanente a los fondos carentes de personalidad jurídica. En este sentido, estos fondos están sujetos únicamente a la auditoría pública, la modalidad de control menos intensa, en virtud de lo previsto en los artículos 162 y siguientes, y en el caso de determinadas modalidades de auditoría, siempre y cuando su legislación específica no prevea lo contrario.

No obstante lo anterior, el anteproyecto somete a control financiero permanente por la Intervención General del Estado tanto a la CNE como al Fondo para la Gestión de las Liquidaciones del Sector Eléctrico y del Sector del Gas.

²⁰ Asimismo, la Ley dispone que el Consejo de Ministros podrá acordar, a propuesta del Ministerio de Hacienda y Función Pública y a iniciativa de la Intervención General de la Administración del Estado, que determinadas entidades públicas sujetas al control financiero permanente esa modalidad de control se sustituya por la auditoría pública.

Así, en primer lugar cabe plantearse si la sujeción de la gestión económico financiera de la CNE, que básicamente se ceñirá a la ejecución de su presupuesto de funcionamiento, al control financiero permanente de la IGAE, órgano adscrito al Ministerio de Hacienda, es conforme con los requerimientos sobre independencia y autonomía en la gestión del presupuesto de los reguladores previstos expresamente en el artículo 57 Directiva (UE) 2019/94, y en el artículo 39 de la Directiva 2009/73/CE.

No se está poniendo en duda la sujeción de la futura de la CNE al control económico financiero de la IGAE, sino a la modalidad de control que se propone, que no es usual en los reguladores europeos; así, estas entidades están sujetas al control externo por parte del Tribunal de Cuentas del país correspondiente, además de contar con órganos de control interno y someter sus cuentas anuales a un auditor externo e independiente.

En segundo lugar, cabe advertir que la sujeción del fondo de liquidaciones al control financiero permanente no es conforme con el propio sistema de control previsto para estos entes en la propia Ley General Presupuestaria.

Así, de acuerdo con los datos contenidos en INVENTE²¹, el Fondo de liquidaciones de la electricidad y el gas sería el único fondo adscrito a la Administración General del Estado que estaría sujeto al control financiero permanente por parte de la IGAE, lo cual es llamativo; y ello además teniendo en cuenta que la mayor parte de los recursos que integrarían ese fondo no son de titularidad pública ni proviene de asignaciones consignadas en los PGE.

3.5.6. Sobre la asistencia jurídica

Para finalizar, se observa que entre el articulado de este capítulo no consta lo relativo a la asistencia jurídica del organismo a través del Servicio Jurídico del Estado, que sí se menciona en la exposición de motivos. A este respecto, se propone la inclusión de un precepto que prevea con carácter facultativo para la CNE la formalización del oportuno convenio en los términos previstos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas y su normativa de desarrollo.

²¹ Inventario de entes del sector público.

3.6. Transparencia y responsabilidad

El capítulo V del título I del anteproyecto (artículos 31 a 33) acoge para la CNE una regulación equivalente a la que está contenida en el capítulo V de la Ley 3/2013, de 4 de junio (artículos 37 a 39).

En este sentido, el artículo 31 del anteproyecto regula la publicidad de las actuaciones de la CNE (determinando qué tipo de actuaciones deben, al menos, publicarse, estableciendo que esta publicación debe hacerse por medios electrónicos, y señalando cuáles son los aspectos que justifican una excepción al deber de publicidad); el artículo 32 del anteproyecto establece las medidas para mejorar la eficiencia, eficacia y calidad de los procedimientos de supervisión (que se concretan en el establecimiento de un órgano de control interno y la previsión de su intervención), y el artículo 33 del anteproyecto regula el control parlamentario (previendo las comparecencias del Presidente de la CNE en el Congreso de los Diputados).

La regulación de estos artículos 31 a 33 es coincidente con la que está contenida en los artículos 37 a 39 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, con ligeras adaptaciones:

- En el artículo 31 del anteproyecto se eliminan las referencias a tipos de actuaciones propias de la Defensa de la Competencia (letras l) y n) del artículo 37.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, sobre el control de concentraciones y las inspecciones realizadas al amparo de la Ley 15/2007, de 3 de julio), y se adaptan las referencias al departamento ministerial de adscripción en favor del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.
- En el artículo 32 del anteproyecto se suprimen referencias reiterativas a la competencia para aprobar la memoria y los sujetos a que la misma debe notificarse (aspectos de los que ya se ocupan los artículos 16 y 31 del anteproyecto).

En cuanto a la enunciación de las actuaciones objeto de publicidad que realiza el artículo 31, ya se ha dicho que es coincidente con la contenida en el artículo 37 de la Ley 3/2013, de 4 de junio; ello es así también a los efectos de la referencia a los diferentes informes de supervisión, que quedarían recogidos en las letras e) (*“Los informes económicos sectoriales, de carácter anual, en los que se analizará la situación competitiva del sector, la actuación del sector público y las perspectivas de evolución del sector”*) y f) (*“Otros informes elaborados sobre la estructura competitiva de mercados o sectores productivos”*) del artículo 31.1 del anteproyecto. Al respecto de estos informes sectoriales, ha de considerarse que la CNMC abarcaba la supervisión de diferentes sectores regulados; aunque la CNE no tenga un ámbito de supervisión tan amplio, las referencias de estas

dos letras (e) y f)) pueden tener sentido para la CNE, de modo tal que, en el marco del anteproyecto, los sectores a los que alude letra e) serían los del artículo 1.3 del anteproyecto (sector eléctrico, del gas natural, de los hidrocarburos líquidos y del hidrógeno y otros gases renovables), y los mercados y sectores productivos a los que alude la letra f) serían los que se correspondan con esos sectores. No obstante, para mayor claridad, podría aclararse así la referencia de la letra f): *“Otros informes elaborados sobre la estructura competitiva de mercados o sectores productivos **que se correspondan con el ámbito del ejercicio de las funciones de la CNE**, sin perjuicio de su remisión al titular del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.”*

Por otra parte, se recomienda que el artículo 31 incluya una referencia a la publicación de la información exigida por los artículos 7 y 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. En este sentido, esa información es de obligada publicación para la futura CNE y en el artículo 31 del anteproyecto no aparece²².

3.7. Fondo de liquidaciones

El título II del anteproyecto establece el Fondo para la Gestión de las Liquidaciones del Sector Eléctrico y del Sector del Gas, FCPJ (FGLSEG). Dicho título consta de los artículos 34 a 38. El artículo 34 describe con carácter general la naturaleza del FGLSEG como ente sin personalidad jurídica cuya finalidad será gestionar los ingresos y pagos correspondientes a las liquidaciones de peajes, cargos, precios y retribuciones reguladas establecidos en el artículo 18 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y los peajes y cánones relativos al uso de las instalaciones de la Red Básica, transporte secundario y distribución de gas natural a que se refiere el artículo 96 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, así como las partidas presupuestarias que se destinen a tales sectores. El mismo artículo establece la separación contable entre los ingresos y pagos del sector eléctrico y los del sector del gas. La naturaleza y régimen presupuestario, de contabilidad y de control del FGLSEG se establece en el artículo 35, en su mayor parte por remisión a la normativa general reguladora de tales cuestiones. La organización y control del Fondo se detallan en el artículo 36, el cual prevé a tal efecto la creación de un Consejo Rector y una Comisión Ejecutiva, cuya composición se determinará reglamentariamente. Según el artículo 37, el FGLSEG se dotará con los ingresos del sector eléctrico y del sector del gas previstos en la normativa sectorial, así como con las dotaciones presupuestarias que se establezcan para

²² En el artículo 37 de la Ley 3/2013, de junio, no aparece expresamente porque la Ley 19/2013 se aprobó después.

su llevanza y administración. La rendición de cuentas, que prevé el artículo 38, se hará conforme a la Ley General Presupuestaria.

3.7.1. Sobre el sistema de liquidaciones

El sistema de liquidaciones se ha definido por el Tribunal Supremo como un *“fondo común satisfecho por los consumidores y usuarios de las redes [que] se distribuye a posteriori mediante un mecanismo de liquidación de pagos a los diferentes agentes del sistema eléctrico. La intervención de la Comisión Nacional de Energía, a estos efectos, se limita a recibir aquellos fondos para calcular y liquidar, conforme a los criterios que derivan de las normas vigentes, las cantidades que corresponden a cada agente del sistema”* (STS de 23 de junio de 2015, recurso 263/2014).

Tal sistema, en particular para el sector eléctrico, se nutre, de un lado, de los ingresos recaudados de los consumidores a través de los ingresos procedentes de la aplicación de peajes y cargos y, de otro lado, de partidas presupuestarias. El objeto de tales ingresos es, en todo caso, cubrir los costes regulados del sistema. Los sujetos que desarrollan actividades reguladas cuyos ingresos superan su retribución reconocida deben aportar al sistema el exceso y, por el contrario, aquellos cuyos ingresos no alcanzan a cubrir su retribución, deben percibir del sistema la diferencia. La CNMC efectúa la liquidación de las obligaciones de pago y los derechos de cobro necesarios para retribuir las actividades reguladas y otros costes, como, en el sector eléctrico, la anualidad para la recuperación del déficit de tarifa, en función de los créditos u obligaciones de pago que los sujetos tengan frente al sistema, según se determine en las liquidaciones. Y ello se realiza teniendo en cuenta los ingresos presupuestarios incorporados al sistema eléctrico para el cálculo del coeficiente de cobertura del sector eléctrico, el cual se calcula como una proporción entre los ingresos del sistema y la retribución de los agentes.

Esto último fue una de las novedades de la Ley 24/2013 para asegurar la sostenibilidad económica y financiera del sistema y evitar la acumulación de déficit. Este principio se materializa en el artículo 13, recogiendo como ingresos del sistema, entre otros:

“d) las partidas provenientes de los Presupuestos Generales del Estado destinadas a cubrir, entre otros, las cuantías que se determinen correspondientes a los costes del régimen retributivo específico para el fomento de la actividad de generación a partir de fuentes de energía renovables y al extracoste de la actividad de producción en los sistemas eléctricos en los territorios no peninsulares con régimen retributivo adicional y,

e) *Cualquier otro ingreso atribuido expresamente por una norma de rango legal o reglamentario*”.

En tal sentido, la exposición de motivos de la Ley 24/2013 señala que *“se mantiene la financiación de los costes del sistema por parte de los consumidores mediante el pago de los peajes de acceso a las redes y el resto de los cargos, así como, mediante otros instrumentos financieros, y, excepcionalmente y para los supuestos específicamente previstos, mediante las partidas provenientes de los Presupuestos Generales del Estado. Esta doble contribución corresponsabiliza en la financiación del sistema a los consumidores eléctricos, en mayor medida, y al presupuesto público, cuando así esté prescrito dado el carácter de servicio esencial del suministro eléctrico y la afección territorial, medioambiental y estratégica del sistema eléctrico.”*

El artículo 18 de la Ley del Sector Eléctrico, apartado 2, alude a otras partidas de ingresos en estos términos: *“El Gobierno establecerá reglamentariamente el procedimiento general de liquidaciones para el reparto de los fondos ingresados por los distribuidores y el transportista, así como de las restantes partidas de ingresos, entre quienes realicen las actividades incluidas en el sistema, atendiendo a la retribución que les corresponda de conformidad con la presente Ley”*.

En la actualidad, a tenor de la disposición adicional octava de la Ley, en relación con la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2013, el regulador energético integrado en la CNMC lleva a cabo, transitoriamente, las liquidaciones de las actividades reguladas tanto en el sector eléctrico como en el del gas natural. Tal asignación transitoria se pretende hacer permanente en el anteproyecto, el cual atribuye a la reestablecida CNE, en palabras del preámbulo, *“las funciones de liquidaciones de los costes de los sistemas eléctrico y gasista”*. La asignación de la función material de liquidación se efectúa en el texto del anteproyecto en virtud de los apartados 47 y 49 del artículo 8 (así, para el sector eléctrico: *“47. Realizar, a través del Fondo para la Gestión de las Liquidaciones del Sector Eléctrico y del Sector del Gas (FGLSEG), la liquidación de los costes de transporte y distribución de energía eléctrica, de los costes permanentes del sistema y de aquellos otros costes que se establezcan para el conjunto del sistema cuando su liquidación le sea expresamente encomendada y enviar al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico toda la información necesaria para la elaboración de la metodología y fijación de los cargos del sistema eléctrico”*).

En el contexto de la reciente crisis de precios de la energía, la CNMC, en tanto órgano transitoriamente encargado de las liquidaciones, ha debido tener en cuenta en su función de liquidación distintos incrementos presupuestarios destinados al sistema de liquidaciones como consecuencia de reales decretos

leyes. Así, cabe referirse a las asignaciones presupuestarias para el sector energético previstas en el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo (que asignó una partida al sistema de liquidaciones del sector eléctrico y otra al sector del gas), el Real Decreto-ley 18/2022 (que incluyó una partida para la compensación a las compañías comercializadoras de último recurso por las medidas de contención del precio de la tarifa de último recurso de gas natural) o el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre (que aportó financiación presupuestaria al sector eléctrico y al sector del gas).

En definitiva, el sistema de liquidaciones constituye, en esencia, un fondo común satisfecho por los consumidores y usuarios de las redes que se distribuye a posteriori mediante un mecanismo de liquidación de pagos por el organismo encargado de las liquidaciones. En el sector eléctrico, a los ingresos por peajes se han añadido ingresos procedentes de partidas presupuestarias que se han de tener en cuenta en el cálculo del coeficiente de cobertura. En el sector del gas natural, los ingresos por partidas presupuestarias que se han destinado a la financiación de las actividades reguladas han sido reducidas y puntuales, mientras que la principal partida ha sido destinada a compensar a las comercializadoras de último recurso por distintas medidas normativas de carácter temporal que afectaron al precio las tarifas de último recurso. Por último, en el marco vigente, la normativa asigna al MITECO tanto la regulación material como la práctica de las liquidaciones, aunque esta última función de liquidación (no así la normativa), está asignada de manera transitoria a la CNMC.

3.7.2. Sobre la extensión del Fondo al sector del gas natural

La exposición de motivos del anteproyecto alude escuetamente a la creación del Fondo señalando que su origen está en las recomendaciones de la Intervención General de la Administración del Estado, a los fines de separar flujos de dinero gestionados por la CNE para el “sistema eléctrico” de los flujos de recursos propios de la CNE: *“teniendo en cuenta la atribución a la CNE de la función de liquidación de los ingresos y costes del sistema eléctrico, así como en atención a las recomendaciones de la Intervención General de la Administración del Estado (por medio de la Oficina Nacional de Contabilidad), se crea el Fondo para la Gestión Económico – Financiera de las Liquidaciones del Sistema Eléctrico. Esta medida permitirá la separación entre los flujos de dinero gestionados por la CNE para el sistema eléctrico y los flujos de recursos propios de la CNE”*.

A ello, se añade que el ámbito del nuevo Fondo sin personalidad jurídica se extendería al sector del gas natural: *“A mayor abundamiento, se ha de destacar que a través de este instrumento sin personalidad jurídica también se acometerá la puesta en marcha del modelo de liquidaciones del sistema de gas natural, toda vez que resulta viable proceder de esta forma por medio del mantenimiento de*

cuentas separadas para gas y electricidad, con rendición de cuentas e informes por cada sector”.

La señalada falta de correspondencia entre la denominación del Fondo según la exposición de motivos (que lo limita al sector eléctrico), y la que figura en la parte articulada, que incluye al gas natural, denotaría que el Fondo se habría concebido inicialmente como un instrumento para la gestión exclusivamente de las liquidaciones del sector eléctrico como un flujo monetario distinto del constituido por los recursos propios de la CNE. Tal previsión, con las debidas cautelas, estaría justificada en la medida en que la liquidación de las actividades reguladas del sector eléctrico implica que determinados fondos del sistema de liquidaciones se ingresen en cuentas operativas de la CNMC a los efectos de la liquidación.

Sin embargo, en las liquidaciones de las actividades reguladas de gas natural no está previsto normativamente tal ingreso en cuentas operativas de la CNMC. De manera puntual, el Real Decreto-ley 18/2022 asignó una partida presupuestaria al sector del gas natural para la financiación de ciertos costes soportados por las comercializadoras de último recurso debido a medidas de intervención en el precio del gas natural para los consumidores finales (limitación en el coste de la materia primera y tarifa de último recurso para comunidades de vecinos). Pero tal partida presupuestaria, limitada en el tiempo y con una finalidad específica, no se dedicó a la financiación de las actividades reguladas, por lo que no queda incluida dentro de las finalidades de creación del Fondo expresadas en el artículo 34.1 del anteproyecto. La liquidación en el sector del gas natural (de los peajes, cánones, cargos y cuota del GTS) se articula a través de una matriz de pagos y cobros donde se especifican los importes que deben intercambiarse los agentes²³. Pero tales intercambios monetarios o transacciones se realizan directamente entre tales agentes, sin pasar por cuentas operativas del organismo liquidador.

En esa medida, y dado el carácter temporal de las medidas cubiertas mediante asignaciones presupuestarias con destino al sector del gas natural, es

²³ Así lo explica el dictamen 30/2020 del Consejo de Estado, sobre el proyecto de circular de peajes de gas natural de la CNMC (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2020-30>), según el cual *“en el caso de España, se configura como sistema de liquidación; esto es, como una matriz de pagos y cobros donde se especifican los importes que deben intercambiar los agentes pagadores y los agentes con derechos de cobro. El procedimiento de liquidación es anual y se aprueba mediante una liquidación definitiva de cada ejercicio (además de otras catorce liquidaciones provisionales, de periodicidad mensual, que se realizan a cuenta de la definitiva). En la cuenta regulatoria de cada agente se consideran los ingresos facturados, los costes liquidables reconocidos y los ingresos netos de liquidación, que determinan el importe que cada agente tiene derecho a percibir en consideración a la parte alícuota de su retribución frente a la retribución total”.*

cuestionable la utilidad de extender el ámbito del fondo al sector del gas natural puesto que la operativa que se desprende no encaja con la normativa del procedimiento de liquidación de las actividades reguladas del gas, de los cargos y de la cuota del GTS definido en la Orden TED/1022/2021. La modificación de esta normativa y la puesta en marcha de otro modelo de liquidaciones que suponga el ingreso de los saldos de liquidación de los distintos sujetos deudores para su posterior transferencia por parte de la CNE a los sujetos acreedores a través del FGLE no supone una mejora respecto del modelo actual que ha mostrado aportar eficiencia a la función de liquidación.

3.7.3. Sobre el fondo y su régimen de control

El artículo 34 dispone previsiones generales sobre el Fondo y su finalidad. En las alusiones genéricas a las dotaciones del Fondo de este artículo parecen omitirse los cargos del sector del gas: *“1. Se crea el Fondo para la Gestión económico financiera de las Liquidaciones del Sector Eléctrico y del Sector del Gas F.C.P.J. (FGLSEG), sin personalidad jurídica, cuya finalidad será gestionar los ingresos y pagos correspondientes a las liquidaciones de peajes, cargos, precios y retribuciones reguladas, recogidos en el artículo 18 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, los peajes y cánones relativos al uso de las instalaciones de la Red Básica, transporte secundario y distribución de gas natural a que hace referencia el artículo 96 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, así como los fondos que con destino al Sector Eléctrico y al Sector del Gas se recojan en los Presupuestos Generales del Estado”*. El apartado 2 señala que los gastos de administración que ocasione su gestión se atenderán con cargo a dotaciones del propio fondo.

El artículo 35 establece el régimen relativo al Fondo, incluyendo su supervisión continua, pero atribuyendo la gestión y administración a la CNE: *“2. El régimen presupuestario, económico financiero, contable, y de control del FGLSEG será el previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, para los fondos carentes de personalidad jurídica. Asimismo, estará sometido al sistema de supervisión continua de conformidad con lo previsto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre. La gestión y administración del Fondo se asigna a la Comisión Nacional de la Energía”*.

Al respecto, debe señalarse que tales funciones de control presupuestario, económico-financiero, contable y de control, incluyendo su supervisión continua, deberán tener en consideración la asignación de la gestión y administración del Fondo a la CNE, en consonancia con la atribución de la función de liquidación de las actividades reguladas que el articulado del texto normativo asigna asimismo a la CNE.

El procedimiento de liquidación implica la realización de cálculos mensuales y anuales para la determinación de las transacciones entre agentes, así como la liquidación de importes procedentes de cuentas operativas del organismo liquidador. Ese conjunto de operaciones constituye un ejercicio complejo y sujeto a estrictos plazos. En tal sentido ha de tenerse en consideración el mandato legislativo de retribución de las actividades reguladas previsto en las leyes sectoriales de energía, lo cual requiere la realización de los oportunos pagos en tiempo y forma. Todo ello viene determinado por la consideración como esencial del suministro eléctrico y por el carácter de actividades de interés económico general de las destinadas al suministro de gas natural, desde la perspectiva de la seguridad del suministro de energía. En esa medida, los procedimientos de control del fondo que pretendan establecerse no podrán condicionar ni restringir el procedimiento liquidatorio.

3.7.4. Sobre los órganos gestores del Fondo y su relación con el Consejo de la CNE

El artículo 36 se ocupa de la organización y control del Fondo a través de dos órganos: un Consejo Rector y su Comisión Ejecutiva, cuya composición se determinará mediante real decreto del Consejo de Ministros. A tenor del artículo 36.2, ambos órganos, que se regirán con carácter general por la LRJSP, se dotarán de sus propias reglas de funcionamiento, que podrán prever la celebración de reuniones y toma de decisiones de manera virtual, mediante el empleo de medios electrónicos. Las funciones del Consejo Rector previstas en el apartado 3 del mismo artículo incluyen “e) *Dictar con carácter general las resoluciones que sean precisas para el desarrollo de las funciones del Fondo*”, junto a otras que puedan establecerse mediante real decreto del Consejo de Ministros. Por su parte, la Comisión Ejecutiva tendrá, entre otras funciones, la de “a) *La administración y gestión del Fondo*”. Para terminar, la disposición transitoria séptima establece que, en tanto no se produzca la constitución de la CNE, el Fondo quedará adscrito “a la CNMC, que ejercerá las funciones previstas en el artículo 36.3, letras d) y e), así como las atribuidas a la Comisión ejecutiva”.

Partiendo de que el artículo 35.2, citado, establece que “*La gestión y administración del Fondo se asigna a la Comisión Nacional de la Energía*”, además de atribuir el anteproyecto a la CNE la función de liquidación, se suscitan ciertas dudas sobre la gestión del Fondo.

De modo fundamental, se plantea la duda de cómo se establecerán las relaciones entre el Consejo de la CNE y los órganos gestores del Fondo (Consejo Rector y Comisión Ejecutiva). De la redacción del anteproyecto parece resultar que las resoluciones sobre liquidación estarían asignadas al Consejo de la CNE,

efectuándose las oportunas transacciones monetarias con cargo a las dotaciones del Fondo. Por su parte, a los órganos del Fondo corresponderían otras funciones de gestión distintas de las decisiones sobre liquidaciones. En esa medida, parecería que el Consejo de la CNE deba trasladar al Fondo sus resoluciones liquidatorias a fin de que los órganos de gestión de tal Fondo practiquen la ejecución material de lo decidido por el Consejo de la CNE, debiendo, asimismo, ocuparse los órganos propios de gestión de otras cuestiones de funcionamiento y administración ordinaria del Fondo. Al respecto de lo anterior, correspondería efectuar las oportunas aclaraciones en el texto del anteproyecto, teniendo en todo caso en consideración la observación ya efectuada acerca de la necesaria agilidad en la práctica de los procedimientos liquidatorios.

Según lo indicado, el artículo 36 se ocupa de la organización y control del Fondo a través de dos órganos: un Consejo Rector y su Comisión Ejecutiva, cuya composición se determinará mediante real decreto del Consejo de Ministros. Cabría tener en consideración, en la composición de estos órganos de gestión, las exigencias de independencia y especial autonomía del regulador que reconoce el propio anteproyecto de restablecimiento de la CNE. En tal sentido, lo idóneo parece que el Consejo Rector y la Comisión Ejecutiva estén compuestos exclusivamente por personal del organismo regulador. A tal solución no es del todo ajena el texto del anteproyecto cuando establece que, de manera transitoria, el Fondo quedará adscrito a la CNMC *“que ejercerá las funciones previstas en el artículo 36.3, letras d) y e), así como las atribuidas a la Comisión ejecutiva”*.

Finalmente, no parece darse un adecuado deslinde entre las atribuciones de la CNE y los órganos de gestión del Fondo, singularmente su Comisión Ejecutiva. Así, mientras el artículo 35 dispone que *“La gestión y administración del Fondo se asigna a la Comisión Nacional de la Energía”*, según el artículo 36, corresponde a la Comisión Ejecutiva, entre otras funciones, la *“a) La administración y gestión del Fondo”*. La cuestión sería de orden menor si, como se ha propuesto, el personal de los órganos del Fondo lo compusiese personal del regulador energético.

3.7.5. Sobre la asignación de la función normativa en materia de liquidaciones a la CNE

Según lo indicado, el anteproyecto asigna a la CNE con carácter permanente la función de liquidación que ahora tiene atribuido el regulador de modo transitorio. Dicha asignación permanente podría resultar insuficiente, pues la aprobación de las disposiciones generales sobre el procedimiento de liquidaciones seguiría recayendo en el MITECO. Cabría valorar en esa medida que el anteproyecto

asignase a la CNE la facultad de aprobar disposiciones de desarrollo del procedimiento de liquidaciones.

Al respecto, cabe traer a colación el informe de ACER al proyecto de circular de peajes de gas natural de la CNMC, el cual señaló que el establecimiento de la conciliación de ingresos y el mecanismo de compensación corresponde al regulador de conformidad con los artículos 10.5 y 20 del Reglamento UE, de modo que la CNMC debía asumir dichas competencias y llevar a cabo lo anterior de manera separada de cada actividad a fin de evitar subvenciones cruzadas entre las actividades reguladas de transporte, distribución, regasificación y almacenamiento²⁴. Por razones de coherencia, debería corresponder también a la CNE el desarrollo normativo de la tramitación de las liquidaciones.

Sin perjuicio de ello, debe señalarse que el Dictamen del Consejo de Estado 319/2020, relativo a la circular de peajes de gas natural, señaló que las mayores dudas con el Reglamento europeo se suscitarían desde la perspectiva de la asignación transitoria de la función de liquidación a la CNMC, cuestión que el anteproyecto viene a clarificar. Por otro lado, el mismo Dictamen señaló que la función de regulación material del procedimiento de liquidaciones a favor del MITECO parecía resultar de manera natural de su competencia ejecutiva, es decir, de la competencia para llevar a cabo las liquidaciones (sin perjuicio de su asignación transitoria a la CNMC). Si el anteproyecto, siguiendo tal razonamiento, pretendiese adjudicar la competencia para la regulación del procedimiento de liquidación a la CNE, al asignarle también la competencia ejecutiva, convendría efectuar esa aclaración en el texto normativo.

3.8. Disposiciones adicionales y transitorias

La parte final del anteproyecto consta de tres disposiciones adicionales, ocho disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. La disposición adicional primera se refiere a la constitución y ejercicio efectivo de las funciones de la CNE, la segunda se ocupa de la configuración de la CNMC después del restablecimiento del regulador energético y la tercera se refiere al dominio de internet. El régimen transitorio se refiere, en primer lugar, a la continuación de funciones por la CNMC hasta el ejercicio efectivo de funciones por la CNE. La disposición transitoria segunda establece la integración del personal de la CNMC en la CNE. El régimen transitorio de los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley figura en su disposición transitoria tercera. Las disposiciones transitorias cuarta y quinta se refieren al

²⁴ <https://acer.europa.eu/sites/default/files/documents/Publications/Agency%20Report%20-%20analysis%20of%20the%20consultation%20document%20for%20Spain.pdf>

régimen presupuestario, contable y de rendición de cuentas, así como al régimen de contratación. La disposición transitoria sexta mantiene la vigencia de las delegaciones de competencias efectuadas antes de la puesta en funcionamiento de la CNE. En la disposición transitoria séptima, el FGLSEG se adscribe transitoriamente a la CNMC. La última disposición transitoria mantiene la aplicabilidad del Código de Conducta de la CNMC. El contenido derogatorio de la Ley figura en su derogatoria única. La disposición final primera modifica la Ley 24/2013 para añadir el coste de administración del Fondo como uno de los costes del sector eléctrico. Tras señalarse el título competencial de la Ley en la disposición final segunda, se dispone en la tercera la facultad de desarrollo y, en la cuarta, su entrada en vigor.

3.8.1. Sobre el plazo para el nombramiento del personal directivo

El plazo de 10 días que se establece en la disposición adicional primera para que, una vez constituida la CNE, el Consejo nombre a los titulares de los órganos directivos no parece compatible con el artículo 26 del anteproyecto, según el cual el personal directivo será designado de forma que se garantice la idoneidad del candidato. Tampoco parece compatible con la previsión del EBEP que establece que *"la designación del personal directivo profesional atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia"*. Téngase en cuenta, además, en lo que resulta de aplicación al personal laboral, el artículo 127 del RDL 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

3.8.2. Sobre la adición de una disposición transitoria que permita la renovación parcial del Consejo

Según se indicó a propósito de los comentarios al artículo 13 del anteproyecto, en particular en cuanto a la renovación parcial del Consejo, sería necesaria la adición de una disposición transitoria que permita la aplicación del régimen de renovación parcial de los consejeros de la CNE.

3.8.3. Sobre el Comité de Seguimiento y Control

La disposición transitoria séptima alude a un Comité de Seguimiento y Control del Fondo sobre el que no hay más menciones en el texto más allá de la escueta mención de la exposición de motivos. Parecería tratarse de una errata.

3.9. Otras cuestiones

3.9.1. Tasas en materia de energía

La Ley 3/2013, de 4 de junio, regula, en el apartado I.4 de su anexo, las *“Tasas previstas para el ejercicio de las funciones del sector energético”* (la tasa de hidrocarburos líquidos, la de hidrocarburos gaseosos y la del sector eléctrico). Estas tasas, que según la disposición adicional decimocuarta de la Ley 3/2013, de 4 de junio, deben gestionarse por el correspondiente departamento ministerial, vienen gestionándose y liquidándose actualmente por la CNMC al amparo de la disposición transitoria novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, cuyo apartado 2 establece lo siguiente: *“La gestión y liquidación de las tasas a que se refiere el apartado I.4 del Anexo de esta Ley se ajustará, en tanto el Ministerio de Industria, Energía y Turismo no disponga de los medios necesarios para ejercer sus funciones de forma efectiva, a lo establecido en la Disposición adicional duodécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre.”*

El anteproyecto no contiene ninguna mención a estas tasas.

El artículo 28 (sobre *“Régimen económico-financiero y patrimonial”*) del anteproyecto no menciona las tasas entre los bienes y medios económicos que corresponden a la CNE. En línea con ello, el anteproyecto no prevé derogar la disposición adicional decimocuarta de la Ley 3/2013, de 4 de junio (que atribuye al Ministerio la gestión de las tasas).

Parece claro que no se pretende atribuir estas tasas a la competencia definitiva de la CNE. Resta, por tanto, aclarar su régimen de ejercicio transitorio (hasta que se produzca su traspaso en favor del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico),

Pues bien, al respecto de este ejercicio transitorio, no resulta claro cuál es el efecto que tenga la ausencia de mención -por parte del anteproyecto- a las tasas. En la medida en que la disposición transitoria novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, seguirá vigente (pues el anteproyecto no prevé derogarla), y dado que la misma se remite a la disposición adicional duodécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, que se refiere a la CNE, podría sostenerse que, al restablecerse la CNE, esta competencia transitoria sobre la gestión de las tasas pasaría a corresponder a la CNE, por virtud de esa misma disposición adicional duodécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre (a la que, como se ha dicho, se remite la disposición transitoria novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio). Pero este efecto no es claro, y el anteproyecto debería especificar esta cuestión sobre la competencia transitoria para la gestión de las tasas en materia de energía, pues no resulta razonable que esta competencia correspondiera a la CNE al amparo de una previsión transitoria que estaba establecida en favor de la CNMC (hasta

que se articulara el traspaso de esta función por parte de dicho organismo al Ministerio).

En lógica, esta función transitoria debería corresponder a la CNE, y así debería contemplarse en una disposición transitoria específica del anteproyecto. No obstante, lo procedente sería, en cualquier caso, articular de manera efectiva el traspaso de funciones en favor del Ministerio, que se encuentra pendiente desde 2013.

No obstante, estas observaciones han de enmarcarse en el contexto de la propuesta realizada en el apartado 3.1.3 del informe, que opta por el establecimiento de un presupuesto estimativo con un sistema de financiación a través las tasas establecidas en materia de energía.

3.9.2. Consejos consultivos

La disposición adicional decimoquinta, apartado 1, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, crea el Consejo Consultivo de Energía, como órgano de consulta del actual Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. No obstante, la disposición transitoria décima de esta Ley 3/2013, de 4 de junio, estableció que los órganos de asesoramiento de la CNE (Consejo Consultivo de Electricidad y Consejo Consultivo de Hidrocarburos), previstos en la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, seguirían ejerciendo sus funciones hasta que se constituyera el Consejo Consultivo de Energía previsto en la disposición adicional decimoquinta.

El anteproyecto no contiene ninguna mención expresa sobre los consejos consultivos. No obstante, su disposición derogatoria prevé derogar tanto el apartado 1 de la disposición adicional decimoquinta como la disposición transitoria décima.

Es claro que esta previsión derogatoria supone la desaparición del Consejo Consultivo de Energía (como órgano de consulta del Ministerio). Parece que también supone la desaparición de los órganos de asesoramiento de la CNE, puesto que éstos estaban regulados en disposiciones derogadas (apartado segundo de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y Reglamento de la CNE, aprobado por el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio), cuya vigencia no reviviría por virtud del anteproyecto (artículo 2.2 del Código Civil: *“Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado”*).

Esta consecuencia (la supresión de los órganos de asesoramiento de la CNE) debería ser clarificada.

Cabe señalar que, aparte de servir al asesoramiento de la CNE, los consejos consultivos han sido un órgano de participación activa y continua de los agentes de los sectores energéticos en el establecimiento de la regulación y el ejercicio de las funciones consultivas de la CNE. Se propone el mantenimiento de estos órganos, y la atribución expresa a la CNE de la facultad para establecer y modificar su composición, derogando la establecida en la Ley 34/1998, de 7 de octubre y en el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio.

3.9.3. Solicitudes de dictamen al Consejo de Estado

Para solicitar la intervención del Consejo de Estado (en los diversos procedimientos administrativos en que la misma es preceptiva: responsabilidad patrimonial, revisión de disposiciones y actos nulos, recurso extraordinario de revisión), la CNE, en su etapa anterior, venía obligada a realizar dicha solicitud a través del Ministerio de adscripción.

Esta circunstancia, aparte de articular una complicación en la tramitación (introduciendo dos trámites adicionales: la remisión de la solicitud de dictamen a través del Ministerio de adscripción, y la recepción del mismo a través de dicho Ministerio), no se compadece bien con la categorización de la nueva CNE como autoridad administrativa independiente, la cual, en el marco de la regulación prevista en el anteproyecto, precisaría de la intervención del Consejo de Estado, además de con relación a los procedimientos administrativos antes mencionados, también respecto del procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas (las circulares de carácter normativo que contempla el artículo 5 del anteproyecto).

Cabe señalar que la coordinación de la CNE con la Administración General del Estado ya se articula, conforme a lo que prevé el anteproyecto, en los términos del artículo 4 del mismo, sin que la necesidad de recabar un dictamen del Consejo de Estado, en los casos en que el mismo está previsto como preceptivo conforme a lo establecido en las leyes (Ley 39/2015, de 1 de octubre, y Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril), precise, en realidad, de ninguna coordinación específica, o necesite de una actuación ministerial.

En este sentido, siendo la CNE una administración independiente de la Administración General del Estado, el anteproyecto podría prever que las comunicaciones con el Consejo de Estado se articularan sin necesidad de intervención del Ministerio de adscripción, como ya sucede con algunos otros organismos y Administraciones. Lo cual se podría señalar en una disposición adicional específica del anteproyecto, o introduciendo un apartado nuevo en el artículo 2 (sobre “*Naturaleza y régimen jurídico*”).

3.9.4. Competencias para imponer sanciones en materia de hidrocarburos líquidos y sector eléctrico

Como consecuencia de la asignación de funciones y competencias en materia de hidrocarburos líquidos a la CNE, para volver a la situación anterior al Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, sería preciso modificar el inciso del artículo 116.3 de la LSH que limita las competencias para imponer sanciones a la actual CNMC a los gases combustibles.

El apartado quedaría redactado de la manera siguiente, eliminado el inciso:

3. La Comisión Nacional de la Energía, en el ámbito de sus competencias, ~~y en lo que se refiere a los gases combustibles~~, será competente para imponer sanciones por la comisión de las infracciones administrativas siguientes

En todo caso, sería conveniente una revisión y actualización generalizada de los tipos infractores tanto en el sector eléctrico como en hidrocarburos para adaptarlos a las circunstancias presentes de ambos sectores, en tanto que se ha puesto de manifiesto la falta de tipos para determinados comportamientos infractores o la existencia de tipos que no son ya de aplicación.

3.9.5. Cuestiones particulares derivadas del restablecimiento de la CNE.

3.9.5.1. Cuestiones transitorias en materia de contratación pública

En **materia de contratación**, sobre los contratos, encargos a medios propios o convenios con contraprestación (iniciales o prórrogas) cuyo objeto solo afecte a la actual Dirección de Energía, se entiende que la nueva CNE se subrogará como contratante sin que sea necesario tramitar una modificación de los expedientes afectados. Aunque no se tramite una modificación con trámite de audiencia, sí es necesaria una comunicación al contratista, para poner el cambio en su conocimiento y con el fin de que adapte las facturas al nuevo organismo (denominación y códigos DIR-3). Se estima necesario que la Ley se clarifique este extremo y confirme si la subrogación se hará efectiva desde la puesta en funcionamiento del nuevo organismo o desde el momento en que este disponga de presupuesto propio.

Sobre los contratos (iniciales o prórrogas) de carácter transversal, que sean necesarios para la futura CNE y cuya fecha de finalización sea posterior a la puesta en marcha del nuevo organismo, la Ley debería contemplar la posibilidad de que los contratos se escindan en dos, para desagregar las prestaciones a ejecutar en función de quién sea el organismo receptor de los servicios / suministros, así como para dividir el precio de adjudicación en proporción al

importe que supongan aquellas en relación con el total, que no resultaría afectado por el cambio. Como resultado de ello, un contrato seguiría a nombre de la CNMC y en el otro la nueva CNE pasaría a ser el organismo contratante.

En la actualidad, de acuerdo con la LCSP, toda modificación de contratos no prevista en los pliegos debe ser objeto de la tramitación de un procedimiento modificación, con el correspondiente trámite de audiencia al contratista, y las modificaciones solo serían obligatorias para este si su importe no excediera el 20% del precio del contrato.

Para simplificar el trámite, se plantea la posibilidad excepcional de que la Ley de restablecimiento de la CNE prevea la posibilidad de escindir los contratos sin necesidad de llevar a cabo el trámite de modificación previsto en la LCSP.

3.9.5.2. Cuestiones transitorias en materia patrimonial, de medios materiales y de tecnologías de la información y comunicaciones

La entrada en vigor del anteproyecto de ley también tendrá un impacto inmediato **en materia patrimonial, de medios materiales y de tecnologías de la información y comunicaciones**, que justifica hacer una serie de observaciones para garantizar la puesta en funcionamiento sin dilación de la CNE y la continuidad sin ninguna limitación en el ejercicio de sus competencias por parte de la CNMC.

Resulta preciso que esta transición se efectúe teniendo en consideración la previsión expresa de traspasar a la CNE determinados medios materiales, incluyendo determinados bienes inmuebles o los sistemas y aplicaciones informáticas necesarios (Disposición adicional segunda. 1 del anteproyecto de ley).

En concreto, se han identificado las siguientes áreas en las que el impacto de la entrada en vigor del anteproyecto sería inmediato:

- Sobre el **traspaso de bienes inmuebles** a la CNE, la sede de Madrid de la CNMC está compuesta por dos edificios, que están situados en Alcalá 47 y Barquillo 5. El primero de estos inmuebles fue aportado por la CNE en el momento de la creación de la CNMC, por lo que, conforme a lo establecido en la Disposición adicional segunda, deberá revertirse el traspaso y adscribirse a la nueva CNE. Por lo tanto, la CNMC conservaría en Madrid uno de los dos edificios de los que dispone para albergar a todos los empleados públicos de las restantes direcciones de instrucción y servicios comunes y al personal externo que trabajan en Madrid.
- Sobre el **Centro de Proceso de Datos** ubicado en el edificio de Alcalá, el Centro de Proceso de Datos (CPD) ubicado en el sótano del edificio de Alcalá

es el CPD principal de la CNMC. Este CPD fue construido por la CNMC y con cargo a sus créditos. En el mismo se encuentran los enlaces de comunicaciones con internet, con el edificio de Barcelona y con el resto de la Administración (Ministerios, red SARA). Por estas razones, se trata de una infraestructura crítica y esencial para el funcionamiento de los dos organismos.

- En materia de **infraestructura de tecnologías de la información y las comunicaciones**, la CNMC dispone actualmente de un equipamiento tecnológico que incluye el CPD del edificio de Alcalá, servidores físicos, licencias de virtualización, sistemas y cabinas de almacenamiento, sistema de backup, elementos de seguridad perimetral, red local de comunicaciones, enlaces externos de comunicaciones, infraestructura Wifi e infraestructura de puesto de usuario (portátiles, monitores, etc.).

Por lo expuesto, se considera imprescindible que el restablecimiento de la CNE lleve aparejado un plan de transición, elaborado con la participación de todas las administraciones públicas implicadas, que garantice que el proceso no afecta de manera negativa al ejercicio independiente de sus funciones por parte de los dos organismos.

A estos efectos, deberán realizarse las dotaciones de medios materiales, tecnológicos e inmuebles que resulten necesarios, para ambos organismos, como consecuencia de la puesta en funcionamiento de la CNE. Hasta su disposición efectiva, es preciso asegurar que durante la fase de transición las obligaciones de traspaso de medios materiales no suponen una ruptura en la continuidad de las funciones para ninguno de los dos organismos.

4. CONCLUSIONES

1. La normativa de la Unión Europea exige que las Autoridades Regulatoras Nacionales gocen de una autonomía organizativa y funcional que permita el desarrollo eficaz y eficiente de sus funciones. A tal fin, resulta imprescindible que cuenten con recursos financieros, materiales y humanos especializados y suficientes para ejecutar sus competencias. En el plano interno, ello se traduce en el estatuto de especial autonomía que establece la Ley 40/2015 para las Autoridades Administrativas Independientes. A pesar de ello, la CNMC ha tenido dificultades y limitaciones importantes para gestionar de forma adecuada y gozar de suficiencia de recursos humanos y capacidad organizativa, lo cual resulta incompatible con el estatuto de independencia que la Comisión tiene asignado. El anteproyecto supone una mejora al contemplar la aprobación por la CNE de su propia oferta de empleo público y de su relación de puestos de trabajo. Sin embargo, estos aspectos no se juzgan suficientes y deben ser complementados. Por otra parte, el

- anteproyecto restablece la CNE a partir del modelo institucional establecido para la CNMC en la Ley 3/2013, de 4 junio. Este diseño debe ser objeto de adaptación, teniendo en cuenta las particularidades del regulador energético.
2. Uno de los aspectos susceptibles de mejora se refiere a la estructura organizativa del regulador. El anteproyecto establece unidades y les asigna funciones. Sin embargo, la fijación de una estructura detallada en una norma con rango ley impide la evolución y adaptación a un contexto de mercados energéticos dinámico y cambiante. En su lugar, cabría acudir a fórmulas amplias y relaciones no exhaustivas o limitativas, así como evitar la identificación de unidades concretas. Tampoco se habilitan en el anteproyecto mecanismos que permitan su modificación por normas de inferior rango. Ello se aleja del modelo de otros reguladores similares, como la CNMV, cuya ley de creación remite al Reglamento de Régimen Interior que aprueba su propio Consejo la estructura orgánica del organismo, sin contemplar una estructura inicial.
 3. Relacionado con lo anterior, la Ley prevé dos instrumentos de desarrollo: el Estatuto Orgánico y el Reglamento de Funcionamiento Interno. Ese modelo contrasta con el utilizado en la CNMV que no prevé Estatuto Orgánico, remitiendo la Ley 6/2023, de 17 de marzo, al Reglamento aprobado por su Consejo cuestiones tales como la estructura orgánica de la CNMV, la distribución de competencias entre sus órganos, los procedimientos internos de funcionamiento, el régimen específico aplicable al personal, los procedimientos de ingreso del personal y cuantas cuestiones relativas al funcionamiento y régimen de actuación de la CNMV resulten necesarias conforme a las previsiones de la ley. Es éste un modelo más acorde con la capacidad organizativa con la que han de contar las Autoridades Regulatoras Nacionales conforme a la normativa de la UE, así como con su naturaleza de Autoridades Administrativas Independientes. Por ello, se considera que debe modificarse el anteproyecto para dar cabida únicamente al Reglamento de funcionamiento interno recogiendo su contenido en los términos antes indicados.
 4. Según el anteproyecto, la CNE se nutrirá principalmente de las asignaciones que se establezcan anualmente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, siendo su presupuesto de carácter limitativo y vinculante al nivel de especificación establecido por la legislación presupuestaria para los organismos autónomos. A su vez el régimen de variaciones y de vinculación de los créditos será el que se establezca en el Estatuto Orgánico, escapando su establecimiento a la CNE. En su lugar, se considera necesario dotar a la CNE de un régimen presupuestario de carácter estimativo, en línea con el propio de otras Autoridades de idéntica naturaleza. Esta solución sería

conforme con las Directivas de la UE, que exigen que el regulador energético cuente con recursos financieros suficientes para desempeñar sus competencias de manera eficaz y eficiente, así como con autonomía en la ejecución del presupuesto asignado. Por ello, se propone recuperar el sistema de financiación a través de tasas establecido para la extinta CNE.

5. En la experiencia reciente de la CNMC ha sido habitual la atribución periódica de nuevas funciones distintas de las que le competirían como autoridad independiente de regulación energética. La CNMC ha asumido en este proceso funciones complejas y novedosas en materia de energía. Estos nuevos cometidos se le han conferido generalmente por vía de urgencia (reales decretos leyes) o durante su tramitación parlamentaria (como enmiendas a otros textos normativos o en la tramitación como proyecto de ley ordinario de los reales decretos leyes), sin recabar informe previo de la Comisión. Sin que se discuta la legitimidad ni la oportunidad de los objetivos perseguidos con estas acciones, se considera imprescindible preservar la compatibilidad de estas nuevas funciones con el ejercicio independiente de las competencias propias de la autoridad, protegidas por el derecho de la Unión Europea. Para asegurar esta compatibilidad se propone que la atribución de nuevas funciones a la CNE exija en todo caso, con independencia del instrumento normativo empleado, la emisión de un informe preceptivo y no vinculante por parte de la autoridad de regulación. Asimismo, esta atribución deberá llevar aparejada la dotación de los medios materiales y humanos necesarios para su ejecución.
6. En lo relativo a las relaciones de la futura CNE con la CNMC, en vista de la derogación por la Ley 3/2013 de las previsiones que al respecto contenía la Ley de Economía Sostenible y el artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, la cooperación institucional de la futura CNE, particularmente, con la CNMC, se regiría por el marco común de la Ley 40/2015. Este marco general parece insuficiente a la vista de las particularidades de la regulación y supervisión de los mercados y la defensa de la libre competencia. Por tanto, el anteproyecto debería establecer mayor detalle en cuanto a la coordinación de la CNE con otros organismos y, singularmente, con la CNMC, considerando, asimismo, a las autoridades autonómicas de defensa de la competencia.
7. En materia de personal, el nombramiento del personal directivo de la CNE presenta una falta de uniformidad que no parece obedecer a motivos concretos. En vista de ello, se propone unificar en el anteproyecto el modo de nombramiento del Secretario del Consejo, Secretario General, titulares de las direcciones de instrucción, titular del órgano de control interno y resto de personal directivo. Dicho nombramiento se haría por el Consejo a propuesta

- del Presidente o de tres de sus miembros. Asimismo, se proponen mejoras para garantizar los derechos del personal laboral y funcionario que se integre en la CNE.
8. En cuanto a las funciones del regulador, el informe formula distintas propuestas de mejora técnica y comentarios sobre funciones de carácter general y específicas. Entre estas últimas, ciertas observaciones se refieren a aquellas funciones que el regulador energético venía ejerciendo de forma transitoria. Entre ellas figura la de incoación e instrucción de los expedientes sancionadores que deba resolver la Administración General del Estado. Esta función debería suprimirse, pues no se corresponde con una Administración Independiente el que se hayan de tramitar los expedientes que resuelve otra Administración diferente. Por lo que respecta a las tomas de participación, el anteproyecto contempla que la CNE formule una propuesta al Ministerio. Esa intervención no parece idónea, y podría sustituirse por la emisión de un informe preceptivo desde el ámbito competencial propio del regulador, tal y como estaba previsto en la disposición adicional novena una vez que esta función fuera traspasada al Ministerio. Finalmente, se propone incluir determinadas funciones que derivan de la Directiva UE 2019/944, sin perjuicio de las que posteriormente deriven de la incorporación de los diferentes paquetes normativos aprobados por la Unión Europea.
 9. El anteproyecto prevé un régimen de supervisión continua de la CNE. Dicho régimen, que se ajusta bien con carácter general a los entes del sector público institucional dependientes de las Administraciones, comprometería la independencia del regulador energético con respecto al resto de los entes públicos, y su independencia funcional, en la medida en que su creación y buena parte de sus objetivos y funciones vienen prescritos desde el derecho de la Unión Europea.
 10. El anteproyecto crea el Fondo para la Gestión de las Liquidaciones del Sector Eléctrico y del Sector del Gas, FCPJ (FGLSEG). Al respecto de dicho Fondo ha de tenerse en cuenta que el régimen de control que sobre este se establezca no debería interferir en el procedimiento liquidatorio. Por otro lado, si bien dicho fondo, con la salvedad anterior, parece justificado en términos generales para el sector eléctrico, plantea dudas su extensión al gas natural. Y ello en tanto las liquidaciones en el sector del gas natural se realizan, salvo excepciones puntuales, a través de la aprobación por el regulador de una matriz de cobros y pagos que da lugar a transacciones entre agentes, sin paso por cuentas operativas del organismo regulador. Asimismo, en la composición del fondo habrá de atenderse a la especial autonomía del regulador, de modo que los miembros de los órganos de gestión del Fondo deberían formarse únicamente por personal de la futura CNE. Finalmente, en

vista de las competencias del regulador energético en materia de peajes, de retribución y de liquidación de actividades reguladas, el anteproyecto debería atribuir expresamente a la CNE la función de aprobación de la normativa sobre el procedimiento de liquidación.

11. Por último, se realizan una serie de consideraciones en materia de contratación, medios materiales, patrimonio e infraestructuras para garantizar la continuidad de funciones de la CNMC y el adecuado inicio del funcionamiento de la CNE.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO DON CARLOS AGUILAR PAREDES AL INFORME IPN/CNMC/007/24

1. En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 11.3 del Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, formulo el presente voto particular concurrente con el cuerpo del informe aprobado pero disidente con la no inclusión de determinadas consideraciones.
2. Su objeto es poner de manifiesto que, siendo el voto concurrente en cuanto al contenido del informe, el mismo debería incluir las consideraciones siguientes

El APL informado debería establecer las disposiciones transitorias necesarias para garantizar la independencia de la actual Autoridad de Regulación (La CNMC) preparando al mismo tiempo la reestructuración de ésta. En particular, para prevenir que el cambio de modelo institucional suponga el cese del ejercicio de las funciones atribuidas, como Autoridad Nacional Reguladora independiente de los sectores eléctrico y gasista incluidas en la Ley 3/2013, a los miembros del Consejo y para el ejercicio de las cuales fueron nombrados por un periodo determinado sin que concurra ninguna de las causas establecidas por dicha Ley para el cese de las funciones de los miembros del Consejo.

La inexistencia de un régimen transitorio en la nueva norma permitiría modificar la composición de los miembros del organismo regulador independiente y privaría a los actuales miembros del consejo que continúen siendo de la CNMC de la posibilidad de ejercer las funciones que tienen atribuidas en materia de supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural durante la totalidad de su mandato (6 años desde su nombramiento) sin que concurra ninguna de las causas tasadas para que los consejeros cesen de sus funciones, lo que supone un riesgo para las garantías de independencia de la ANR establecidas en las directivas 2009/72/EC y 2009/73/EC.

3. Los motivos que llevan a este consejero a realizar estas consideraciones se sustentan en primer lugar en el rol de ANR en materia de electricidad y gas natural que le otorga a la Comisión la ley 3/2013 de creación de la CNMC.
4. Ley 3/2013 establece en su preámbulo que:

“[...] la Comisión ejercerá funciones, con carácter singular, en determinados sectores y mercados regulados, donde la aplicación de la normativa de defensa de la competencia resulta insuficiente para garantizar la existencia de una competencia efectiva. Estos

*sectores o ámbitos son los siguientes: las comunicaciones electrónicas y la comunicación audiovisual, los mercados de la electricidad y de gas natural, el sector postal, las tarifas aeroportuarias y determinados aspectos del sector ferroviario.
[...]*

La normativa europea prevé la existencia de autoridades reguladoras nacionales independientes, dotándolas de misiones, objetivos y competencias concretas. No obstante, las competencias de las comisiones en España son más amplias que las requeridas por la normativa europea, en lo referente a la política sectorial, la concesión y revocación de títulos habilitantes para el ejercicio de determinadas actividades, el asesoramiento al Gobierno y el estudio e investigación de los sectores.

Por ello, el objeto de esta Ley es la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que agrupará las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados por la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.”

5. Posteriormente en referencia a su estructura y funcionamiento el mismo preámbulo establece que:

“El Consejo se configura como el órgano colegiado de decisión de la Comisión y entre sus funciones se encuentran las de resolver y dictaminar los asuntos que la Comisión tiene atribuidos y la de resolver los procedimientos sancionadores. El Consejo actúa en pleno y en salas, una dedicada a temas de competencia y otra a temas de supervisión regulatoria.

El Consejo se compone de diez miembros: un Presidente, un Vicepresidente y ocho consejeros. Todos los miembros del Consejo, incluidos el Presidente y el Vicepresidente, son nombrados por el Gobierno mediante Real Decreto, pudiendo el Congreso vetar el nombramiento del candidato propuesto. Con la introducción de esta nueva exigencia de aceptación por parte del Congreso se refuerza la legitimidad democrática de la Comisión. El mandato de los miembros del Consejo será de seis años sin posibilidad de reelección.”

6. Las funciones de la comisión están establecidas en el artículo 5:

“Artículo 5. Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos.

1. Para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones:

a) Supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos.

[...]

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, en el sector eléctrico y en el sector de gas natural, en el sector ferroviario, en materia de tarifas aeroportuarias y el mercado postal, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estará a lo dispuesto en los artículos 6 a 11 de esta Ley.

[...]

5. Para el ejercicio de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dispondrá, de conformidad con lo establecido por el Capítulo IV de esta Ley en materia presupuestaria, de recursos financieros y humanos adecuados, incluidos los necesarios para participar activamente en las actividades de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y del Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas y contribuir a las mismas”

7. El artículo 7 de la ley recoge las funciones relativas a la supervisión y control en el sector eléctrico y el sector del gas natural. Así mismo en el artículo 12.b) establece sus funciones en materia de resolución de conflictos en los mercados de la electricidad y del gas.
8. Se deriva de todo ello que la CNMC es la Autoridad Nacional Reguladora independiente de los mercados del gas y la electricidad.
9. Las funciones del Consejo de la CNMC están establecidas en el artículo 20:

“Artículo 20. Funciones del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es el órgano de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje y de resolución de conflictos previstas en esta Ley. En particular, es el órgano competente para:

1. Resolver y dictaminar los asuntos que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene atribuidos por esta Ley y por el resto de la legislación vigente.”

[...]

10. Las competencias del pleno y las salas ser recogidas en el artículo 21 y el nombramiento y mandato de los miembros del Consejo se determina en el artículo 15.

Artículo 15. Nombramiento y mandato de los miembros del Consejo.

1. Los miembros del Consejo, y entre ellos el Presidente y el Vicepresidente, serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión, previa comparecencia de la persona propuesta para

el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. El Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, podrá vetar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos.

2. El mandato de los miembros del Consejo será de seis años sin posibilidad de reelección. La renovación de los miembros del Consejo se hará parcialmente cada dos años, de modo que ningún miembro del Consejo permanezca en su cargo por tiempo superior a seis años.

11. El artículo 23 establece las 6 causas de cese en el ejercicio del cargo de los consejeros nombrados.

Artículo 23. Causas de cese en el ejercicio del cargo.

1. Los miembros del Consejo cesarán en su cargo:

a) Por renuncia aceptada por el Gobierno.

b) Por expiración del término de su mandato.

c) Por incompatibilidad sobrevenida.

d) Por haber sido condenado por delito doloso.

e) Por incapacidad permanente.

f) Mediante separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés y del deber de reserva. La separación será acordada por el Gobierno, con independencia del régimen sancionador que en su caso pudiera corresponder, previa instrucción de expediente por el titular del Ministerio de Economía y Competitividad.

2. Si durante el período de duración del mandato correspondiente a un determinado Consejero se produjera su cese, el sucesor será nombrado por el tiempo que restase al sustituido para la terminación de su mandato. Si el cese se hubiera producido una vez transcurridos cuatro años desde el nombramiento, no resultará de aplicación el límite anterior, y el sucesor será nombrado por el periodo de seis años previsto con carácter general.

3. Continuarán desempeñando su cargo en funciones los miembros del Consejo en los que concurran las causas de cese contempladas en las letras a) y b) del apartado 1 hasta que se publique en el «Boletín Oficial del Estado» el real decreto de cese correspondiente.

12. Para el correcto ejercicio de las funciones de las Autoridades Nacionales Regulatoras independientes debe garantizarse la independencia de sus Consejos en el ejercicio de sus funciones. Garantizar dicha independencia es un objetivo declarado de la directiva 2009/73/EC, en concreto en su considerando

29. En él se explicitan las razones por las que resulta relevante que se preserve dicha independencia respecto a los gobiernos.

“(29) La Directiva 2003/55/CE obligaba a los Estados miembros a establecer unos reguladores con competencias específicas. Sin embargo, la experiencia indica que la eficacia de la regulación a menudo se ve obstaculizada por la falta de independencia de los reguladores respecto a los gobiernos, así como por la insuficiencia de los poderes y del margen discrecional de que gozan. Por este motivo, en su reunión de Bruselas de 8 y 9 de marzo de 2007, el Consejo Europeo invitó a la Comisión a preparar propuestas legislativas que estableciesen una mayor armonización de las competencias y fortalecimiento de la independencia de los reguladores nacionales de energía. Dichas autoridades reguladoras nacionales deben poder encargarse al mismo tiempo de los sectores de la electricidad y del gas.”

13. La misma directiva concreta en su articulado los aspectos básicos que deben cumplirse para garantizar esta independencia. El artículo Artículo 39.5(b) de la misma establece que:

“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, y

b) los miembros del Consejo de la autoridad reguladora o, a falta de un Consejo, los altos cargos directivos de la autoridad reguladora 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 cargos 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.”

14. El APL informado desarrolla una reforma institucional del sistema de reguladores independientes establecido en España que afecta singularmente a la ANR independiente del sistema eléctrico y gasístico.

15. Estas reformas se entienden dentro de la normalidad de la evolución de los órganos supervisores, habiendo tenido lugar en diferentes formas a lo largo de los últimos años. Existe por ello una jurisprudencia consolidada en el TJUE que debe ser tenida en consideración en el momento de conducirse las

modificaciones de las ANR para que la autonomía e independencia de dichos organismos no se vea comprometida por el proceso de reforma institucional.

16. En particular cabe referirse las conclusiones del Abogado General SR. YVES BOT presentadas el 30 de junio de 2016 en referencia al Asunto C-424/15.

“[...]

49. *¿Cómo puede conciliarse en este caso la autonomía institucional de que dispone cada Estado miembro con la garantía de independencia?*

50. *En su sentencia de 8 de abril de 2014, Comisión/Hungría (C-288/12, EU:C:2014:237), el Tribunal de Justicia indicó que la finalización anticipada del mandato de una autoridad de control menoscaba la garantía de independencia y «esta conclusión es también cierta en el caso de que[esta] finalización del mandato [...] obedezca a una reestructuración o a un cambio de modelo, los cuales deben organizarse de modo que respeten las exigencias de independencia impuestas por la legislación aplicable». (29) Deduzco de ello que la reestructuración o el cambio de modelo de una autoridad de control o, en lo que atañe al presente asunto, de una ANR, no son necesariamente incompatibles con el respeto de la independencia de esta ANR.*

51. *Sobre este particular, considero, a la luz de la jurisprudencia mencionada, que el Estado miembro de que se trate debe poder establecer disposiciones transitorias que permitan garantizar la independencia de una ANR preparando al mismo tiempo la reestructuración de ésta.*

52. *En el caso de autos, observo que el Gobierno español había establecido estas disposiciones en 2011, antes de que fueran derogadas por la Ley 3/2013. En efecto, la disposición adicional novena de la Ley 2/2011, relativa a la adaptación de la composición y del número de miembros de los Consejos de los organismos reguladores y de la Comisión Nacional de la Competencia, preveía medidas transitorias que permitían precisamente preparar la reforma que esta Ley introducía garantizando a la vez la duración del mandato de los presidentes afectados. Así, según dicha Ley, la designación de los nuevos presidentes debía producirse cuando expirara el mandato de quienes ocupaban el puesto de presidente en aquel momento y los nuevos consejeros debían ser designados a partir del momento en que el número de consejeros cuyo mandato no hubiera expirado fuera menor de seis. Del mismo modo, estaba previsto que, a la entrada en vigor de la Ley 2/2011, los vicepresidentes de los Consejos de los organismos reguladores continuaran en su cargo hasta la expiración de su mandato, momento en el cual el cargo de vicepresidente de cada organismo quedaría suprimido.*

53. *Si bien, como señala el Gobierno español, el mantenimiento del mandato de todos los consejeros de la ANR y el resto de organismos de regulación afectados por la reforma podría dar lugar a una nueva entidad costosa e ineficaz, considero sin embargo que determinadas disposiciones transitorias que previeran que el mandato del Presidente de la ANR o, en su caso, el de los miembros del órgano colegial que desempeñaran dicha función en su seno, llegara a su fin permitirían garantizar la independencia de esa ANR.*

54. *Del mismo modo, aunque la función de un consejero de una ANR se distingue de la de presidente de dicha autoridad, no es menos cierto que, como miembro de ésta, debe poder*

actuar igualmente con total independencia y no debe solicitar ni aceptar instrucción alguna procedente del exterior. (30) Toda vez que la Ley española había previsto para los consejeros el mismo número limitado de causas que podían tener como consecuencia el cese, el cambio de modelo institucional querido por el Gobierno español no puede tener como efecto poner fin pura y simplemente a su mandato sin establecer disposiciones transitorias. A este respecto, en mi opinión la situación inicialmente adoptada por la Ley 2/2011 habría permitido respetar la garantía de independencia de la ANR. Por tanto, el juez nacional debe, a mi juicio, examinar en qué medida se podría haber adaptado el mandato de estos consejeros mediante disposiciones transitorias.”

17. A diferencia del caso dirimido en el Asunto C-424/15, el APL informado no propone la extinción de una ANR para crear otra, en tanto que la CNMC es una autoridad reguladora integrada y no será disuelta. El presente APL refiere a la sustracción de parte de las competencias atribuidas a una ANR para la creación de una nueva autoridad.
18. El hecho de que durante el tiempo de mandato para el que fueron designados para ejercer como miembros del Organismo Nacional Regulador de los mercados de la electricidad y el gas natural (en tanto miembros del Consejo de la CNMC) se prive a los consejeros de las funciones que le fueron atribuidas y estas pasen a ser ejercidas por el nuevo Consejo de la CNE (la propuesta y designación del cual recaerá en el Gobierno) llevaría a vulnerar la normativa europea y española.
19. De lo que antecede se deriva que, para garantizar las exigencias de integridad e independencia establecidas por las normas europeas y fundacionales de la CNMC, los miembros del Consejo sobre los que recae el ejercicio de la labor supervisora en el mercado del gas y la electricidad durante 6 años deberían poder ejercerla durante la totalidad de su mandato, salvo la concurrencia de los supuestos establecidos en la ley de creación de la CNMC.
20. Esta situación resultaría por tanto análoga a la resuelta en mencionado asunto C-424/15 en tanto supondría el cese de sus funciones como miembros de la ANR independiente del sector eléctrico y el sector del gas natural.
21. Por lo anteriormente expuesto, este consejero considera que el IPN/CNMC/007/24 debería incluir una referencia a la necesidad de que la ley informada estableciera las disposiciones transitorias necesarias para garantizar la independencia de la actual Autoridad de Regulación (la CNMC) preparando al mismo tiempo la reestructuración de ésta.
22. La inexistencia de dicha previsión permitiría modificar la composición del organismo regulador independiente del sector del gas y la electricidad e impediría los consejeros nombrados, a los que les están atribuida las funciones en materia de supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas

natural, ejercer sus funciones durante el tiempo para el que fueron nombrados sin que concurra ninguna de las causas tasadas en la Ley a tal efecto, lo que supondría un riesgo para las garantías de independencia de la ANR establecidas en las directivas 2009/72/EC y 2009/73/EC.