



1 2011

ΑΛΕΤΗΙΩ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO



ISSN 1887-0929

lib
ere

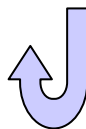


αΛΕΘΕΙΑ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO

Comité Científico

SOSA WAGNER, FRANCISCO	GONZÁLEZ ALONSO, BENJAMÍN
SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, JESÚS	GUILLÉN LÓPEZ, ENRIQUE
SAIZ DE MARCO, ISIDRO	GALÁN JUÁREZ, MERCEDES
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL	ESPEJO GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL
REQUENA LÓPEZ, TOMÁS	CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE
PALMA LÓPEZ, CRISTINA	CAMY ESCOBAR, JESÚS
MOREU SERRANO, GERARDO	CAIADO AMARAL, RAFAEL
MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO	BORBÓN Y CRUZ, MILAGROS
MARTÍN MORENO JOSÉ LUIS	BELADÍEZ ROJO, MARGARITA
MARTÍN CRISTÓBAL, JOSÉ	ALMANSA MORENO-BARREDA, JAVIER
SECRETARIO:	SECRETARIA ADJUNTA:
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL	PARERA CARRETERO, SOLEDAD

[Ver sumarios y archivos a texto completo desde 2006](#)



SUMARIO

DOCTRINA

Págs.

- 1-144 [La calificación registral de los actos de parcelación urbanística en Andalucía](#)
Jesús Camy Escobar
- 145-155 [¿Debe sustituirse la responsabilidad personal por la real en las deudas hipotecarias?](#)
Luis Javier de Almansa Moreno-Barreda
- 156-174 [Los derechos del consumidor. Análisis teórico-doctrinal](#)
Aymara Jarrosay Veranes
Linneth Valverde Hernández
- 175-190 La independencia de los organismos supervisores de sectores económicos de interés general. Contexto y realidad.
Jesús Bobo Ruíz

JURISPRUDENCIA

Págs.

191-213 [La norma colegial que establece que la "Santísima Virgen María en el Misterio de su Concepción Inmaculada" es la patrona del Colegio de Abogados de Sevilla no menoscaba la neutralidad religiosa \(STC 34/2011, de 28 de marzo\)](#)

Cristina Español Fuensanta

214-227 [La omisión del consentimiento informado sin concurrir una situación de riesgo cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad puede suponer la vulneración del derecho fundamental a la integridad física \(STC 37/2011, de 28 de marzo\)](#)

Cristina Español Fuensanta

La independencia de los organismos supervisores de sectores económicos de interés general. Contexto y realidad.

RESUMEN: El presente artículo ubica la regulación de los mercados en el contexto general de la regulación económica, analizando posteriormente las tendencias del modelo español y contrastándolo con los principios del Derecho de la Competencia de la Unión Europea, concluyendo que la intromisión política va más allá de lo que dichos principios inspiran.

ABSTRACT: The present paper contextualizes market regulation in the general frame of Economic Regulation. It analyzes the Spanish model trends contrasting them with the principles of European Competition Law, concluding that political interference is going further than those principles inspire.

PALABRAS CLAVE: Regulación económica. Derecho de la competencia.

KEY WORDS: Economic Regulation. Competition Law.

CDU: 342.9. Derecho Administrativo. 339. Mercado

LA INDEPENDENCIA DE LOS ORGANISMOS SUPERVISORES DE SECTORES
ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL. CONTEXTO Y REALIDAD

Jesús Bobo Ruiz

SUMARIO. 1.- Proporción de los mercados y confusión de los supervisores. 2.- El artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la UE. 3.- ¿Independencia para qué y respecto de qué o quién? 4.- Conclusión.



1. Introducción.

Hoy, en la Comisión Nacional de la Energía, la competencia no ha de ser necesariamente técnica, basta la profesional, así lo recoge el artículo 13 de la Ley de Economía Sostenible que ha dejado caer, sin mayor miramiento el requisito técnico, abandonando a su vez al configurar el debate ante la Comisión competente del Congreso de los Diputados, el término “contrastar” por un suave “versar” sobre la “capacidad” de los candidatos. Y desde luego no se indaga sobre su independencia (ni frente a los poderes políticos, ni frente a los empresariales ni en relación a ningún otro interés.

1. PROPORCIÓN DE LOS MERCADOS Y CONFUSIÓN DE LOS SUPERVISORES.

El presente artículo tiene por objeto el análisis de los organismos reguladores y supervisores de las actividades consideradas de interés general con un propósito concreto: determinar si la regulación española se adapta a los principios que deben inspirarlos y particularmente a los que resultan del Derecho de la Unión Europea. Para ello se formula una

consideración previa de los mercados en sentido amplio, de los que se distinguirán los mercados monetarios y financieros del resto de mercados de bienes y servicios en los que se centra el presente trabajo. Dentro de éstos últimos se distingue entre la regulación industrial, y una regulación económica en la que se centra la discusión, analizándose en el ámbito de los servicios económicos de interés general el modelo de intervención administrativa y su organización, observando en qué medida respeta el espíritu y las condiciones que el Tratado de Lisboa exige para justificar la exclusión de las reglas de la competencia.

Desde ese enfoque y como en todo análisis económico es necesaria una previa ponderación del “peso del sector” que se estudia. Por ello y aunque la pretensión de esta reflexión es meramente jurídica conviene hacer una necesaria y precisa advertencia para un mejor calibrado de lo que aquí se refleja y para una correcta contextualización. Los *bienes y servicios*, cualesquiera que sean los mercados en los que se intercambian, nunca están aislados, pues -además de ser interdependientes los precios de unos y otros- no existe ningún mercado cuya mercadería o títulos sean sus únicos bienes, salvo que sea un extraño mercado de permutas; se intercambian al menos dos: el dinero u otro activo financiero y el bien que da nombre al mercado, de suerte que

los precios siempre están condicionados por las dimensiones de los agregados monetarios.¹

Con la anterior manifestación se pretende afirmar que al tratar de *mercados* regulados si se quisiera respetar las proporciones económicas de los mismos se debería emplear exactamente la mitad del esfuerzo a tratar del dinero, y por ende de los mercados financieros y monetarios, de los bancos centrales y ciertos organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional, etc. Sin embargo, estos mercados se obvian en este trabajo, dejando tan sólo señalada la magnitud relativa o proporción de unos y otros en el conjunto de la economía.

Por otra parte, para precisar y contextualizar el objeto de estudio ha de recordarse también que la *regulación* de un sector económico es doble, debiéndose distinguir entre *regulación económica* y *regulación industrial*, distinción que debe procurarse tanto por sus fines como por la distinta naturaleza de las potestades administrativas que sobre uno y otro ámbito pueden proyectarse. Lamentablemente en muchas ocasiones la confusión es buscada de propósito atendiendo a intereses económicos, buscándose por los Estados regulaciones industriales de difícil cumplimiento por los competidores bajo pretextos de seguridad, ambientales, etc.²

Analizando esta confusión de naturaleza y funciones pronto se advierte su reflejo en la perspectiva subjetiva de la organización, ya que los organismos reguladores y supervisores también la padecen si no están bien separadas las dos funciones (regulación y supervisión económica frente a la industrial); siendo lo conveniente que estén encomendadas a distintas personificaciones.

En definitiva señalada la diferente naturaleza y función de la regulación industrial y la económica, se tratará aquí tan sólo a la última, aunque con el fin de guardar una cierta simetría en él y no desarrollar un discurso totalmente asimétrico se impone una brevísima referencia a la *regulación industrial* que también padece de notables disfunciones, particularmente en uno de

¹ Llegándose a afirmar que según los datos empíricos los excesos de masa monetaria se reflejan en precios de los bienes y servicios entre los dos y tres años posteriores a su incremento (Véanse los datos que recoge Zhong Nan en el *China Daily* en su *European Weekly* de 23 de abril de 2011). De hecho éstas fueron las premisas con las que se trabajó al diseñar la política monetaria del BCE.

² Sirva de ejemplo la exigencia de requisitos ambientales o de seguridad a vehículos en la regulación comunitaria europea, que respondió originariamente más a razones económicas favorecedoras de ciertos productores que a verdaderos motivos industriales de seguridad o ambientales, constituyendo verdaderas medidas de efecto equivalente bajo la apariencia de formas admitidas por el derecho de la competencia.

sus principales fines: la seguridad, derivada de una incorrecta regulación de su independencia y profesionalidad técnica. Bastaría el análisis de los devastadores efectos de la organización y regulación administrativa japonesa en materia nuclear para sintetizar dramáticamente estas afirmaciones³.

Contextualizado el objeto de análisis, “reducido” a la regulación y supervisión económica de sectores distintos de los específicos del ámbito financiero y monetario⁴ con el propósito de contrastar la regulación administrativa española con el espíritu del Derecho de la Unión Europea en materia de competencia se analizan seguidamente los preceptos más relevantes de los Tratados.

2. EL ARTÍCULO 106 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA.

En el ámbito delimitado anteriormente tres piezas son esenciales para la comprensión de la regulación de los sectores económicos y de las actividades excluidas de la aplicación plena de las reglas de la competencia: el artículo 106 y el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Preceptos de los que el artículo 4 del Tratado de la Unión Europea (TUE) constituye su contexto y premisa al establecer el principio de cooperación de los Estados en el cumplimiento de los Tratados y, por tanto, salvo en los casos previstos, imponer también un deber de cooperación para hacer cumplir las reglas de la competencia y abstenerse de toda medida que la limite.

El primero de los preceptos citados, el artículo 106.2 del TFUE, dice que: *“las empresas*

³ La importancia de la regulación industrial y de la necesidad de independencia de sus órganos supervisores ha podido apreciarse con claridad meridiana tras observar las consecuencias del terremoto en la región japonesa de Tohoku, derivadas también del comportamiento de la Agencia para la Seguridad Industrial y Nuclear del Japón (NISA), así como de la Comisión de Seguridad Nuclear del mismo país (NSC), además de ser acrecidas por el comportamiento de la propia empresa propietaria de los reactores dañados por el tsunami. La conexión de intereses personales de los directivos de las entidades supervisoras y los directivos de la Tokio Electric Power Company (TEPCO) propietaria de los reactores dañados ha sido criticada incluso en la prensa económica (Financial Times, 20 de abril de 2011), y deriva, entre otros aspectos, de la incorrecta regulación del régimen de prohibiciones e incompatibilidades posteriores al ejercicio de determinados cargos públicos como los de supervisión. La normativa japonesa permite a estos empleados públicos ser contratados por la empresa eléctrica lo que hizo que los órganos reguladores no acometieran sus funciones correctamente. Estos intereses personales cruzados los refiere el rotativo económico con el término japonés "amakudari" o “descenso de los cielos”, en referencia al premio que los administradores públicos reciben al abandonar la Administración para ser contratados por TEPCO. Como se estudia posteriormente éste no es un supuesto que la regulación española evite tras las últimas reformas.

⁴ El concepto y desarrollo preciso de la operatoria de los mercados de valores, mercados de capitales y mercados monetarios puede leerse en A.CUERVO et Al. “Manual de Sistema financiero español”. 1ª edición de 1987, 22ª de 2010.

*encargadas de la gestión de **servicios de interés general** o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.”*

Es decir, tratándose de *servicios de interés general* caben salvedades en la aplicación de las normas sobre la competencia derivadas de los Tratados. Con igual espíritu que el anterior precepto, el artículo 14 del mismo Tratado no es ajeno al valor que los ciudadanos europeos otorgan a ciertas actividades, recogiendo, dentro del concepto más amplio de servicio de interés general un régimen especial para los *servicios económicos de interés general*:

*“Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los **servicios de interés económico general** ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, **velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido.** El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios.”*

Por tanto, como recuerda RINCÓN SALCEDO la noción de *servicio de interés general* se fundamenta en dos conceptos, por un lado el *servicio económico de interés general* y de otro en el *servicio universal*, logrando con ellos el Derecho de la Unión una flexibilidad que le permite no quedar anclado en conceptos nacionales dispares entre los distintos ordenamientos de los estados que conciben de manera desigual al servicio público. De este modo es el carácter de *interés general* el que hace que la actividad quede sujeta de manera atenuada a las normas de la competencia (art. 14 TFUE), justificando que el Estado quede habilitado para imponer a las empresas que la desarrollan ciertas obligaciones (art.106.2 TFUE). “La *misión de interés general* es una misión de la que se encarga un individuo determinado (público o privado) dentro del contexto de unas obligaciones específicas de servicio público las cuales él mismo no hubiera

asumido dentro de un ambiente estrictamente competitivo, lo que justifica que en algunos casos se encuentre excluido de las reglas de la competencia.”⁵

Los anteriores conceptos y preceptos conforman *el parámetro que ha de servir de referencia* para enjuiciar el grado de adaptación de los organismos reguladores y supervisores españoles a los objetivos de la Unión en materia de competencia.

Para ello se debe partir dentro del ámbito de exención del derecho de la competencia, que permite el citado artículo 106 TFUE, de la premisa de ciertas condiciones que deben ser respetadas para ser admisible la exclusión de los principios inspiradores de los Tratados. La primera es que la excepción debe fundamentarse en una “misión específica”, que se acaba de definir, desarrollada en el ámbito de *servicio de interés económico general* que se vería obstruida por la aplicación del Derecho de la competencia; siendo en todo caso necesario para admitir la restricción a la competencia *que no sea contraria a los intereses de la Unión*⁶.

Por tanto el concepto de servicio económico de interés general se constituye en elemento basilar de la regulación, y requiere su concreta delimitación conceptual. Destaca CHALMERS⁷ la relevancia del Asunto BUPA⁸ en esa tarea delimitadora al aportar el Tribunal de Justicia un elemento clarificador ante la diversidad de derechos nacionales que hacen difícil vincular esta “misión específica” a un concepto unitario válido en todos los Estados, afirmando que: “*la existencia de una misión de servicio económico de interés general se establece si el proveedor del servicio está obligado a contratar, cumplidas las condiciones, sin que pueda rechazar a la otra parte contratante.*”

Cerrando los conceptos, los *servicios universales* son definidos por la Comisión en el Libro

⁵ RINCÓN SALCEDO, “La noción de Servicio de Interés General: un elemento jurídico de base para la construcción de un derecho global”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm.11, mayo de 2008, pág.215.

⁶ Un análisis jurisprudencial de la aplicación del artículo 4 TUE, premisa de los que trata el cuerpo principal de este escrito, lo desarrolla CHALMERS et Al en *European Union Law*, 2010, recogiendo los asuntos Van Vlaamse 311/85; Van Eycke 267/86 como primera doctrina; y más tarde Reiff, C-185/91, Meng C-2/91; Comisión v Italia C-35/96 concluyendo la dificultad aplicativa del deber positivo y negativo de los estados miembros en sus actuaciones y omisiones frente a los otros estados y la propia Unión en la consecución de los objetivos de la misma bajo el principio de cooperación leal en el ámbito del derecho de la competencia.

⁷ CHALMERS et Al en *European Union Law*, Cambridge, 2010.

⁸ Asunto BUPA, T-289/03.

Verde sobre los Servicios de Interés General, como aquellos que deben ser accesibles a todos los ciudadanos independientemente de su localización con un nivel de calidad determinado a un precio accesible, lo que es, como se aprecia un concepto más reducido que actividad económica de interés general.

En España coexisten los servicios públicos tradicionales, en los que la nota característica es el *monopolio de iure* de titularidad pública, con aquéllas actividades en las que abandonada la titularidad a través de una despubblicación no se pierde el concepto de servicio económico de interés general, existiendo por tanto obligaciones de servicio impuestas a determinadas empresas para asegurar la prestación universal. Se aprecia en ellas que se ha producido una división vertical y transversal de las mismas⁹, de suerte que se distingue entre actividades competitivas y no competitivas¹⁰.

Lo relevante es pues que los organismos reguladores supervisores a los que nos referimos se mueven en el ámbito de la excepción, actuando en un mercado intervenido o parcialmente competitivo, lo cual es sólo admisible con las condiciones que recogen los Tratados en los preceptos vistos. Y ello obliga a los Estados a respetar dos criterios que han de servir de norte: competencia y eficiencia. Muy particularmente, como ordena el art.14 del TFUE, tanto los Estados miembros como la Unión deben velar para que esos servicios económicos de interés general se desarrollen bajo *condiciones económicas y financieras que les permitan desarrollar sus funciones*. Toda organización interna administrativa o de mercado que lo impida o distorsione ese fin conllevaría que el Estado se separe ilícitamente de los artículos 106 y 14 del TFUE. De igual modo la introducción de elementos de carácter político que entorpezcan el logro de tales fines debe ser rechazada.

3. ¿INDEPENDENCIA PARA QUÉ Y RESPECTO DE QUÉ O QUIÉN?

La independencia de los organismos reguladores y supervisores ha de entenderse jurídicamente relevante y necesaria desde el Derecho Administrativo siempre que sea precisa para el logro del libre juego de la competencia o porque facilite el éxito de las “misiones de

⁹ En la regulación de la energía eléctrica esta distinción se aprecia con facilidad, al separarse las actividades de generación, transporte, distribución y comercialización, con régimen jurídico distinto cada una de ellas.

¹⁰ Véase por todos ARIÑO, *Principios de Derecho Público Económico*. Granada, 1998.

interés general”, es decir siempre que ayude a los servicios económicos de interés general asegurando el cumplimiento de las obligaciones de servicio universal que antes se han tratado. En definitiva, la existencia de los órganos supervisores y reguladores será necesaria y deberá estar ponderada su autonomía como necesaria en la medida en que lo precisen las misiones encomendadas a las empresas que operan en el sector o para asegurar la competencia, y desde luego debería ser rechazada si lo impiden, así como cualquier configuración que por falta de independencia o nivel técnico o cualquier otra circunstancia dificulte el logro de estas metas prefijadas por los Tratados. (Al igual que sucede con los organismos reguladores y supervisores, ocurre con los agentes productores y prestadores de servicios, debiéndose advertir con SCHWINTOWSKI que hay lugar para las empresas públicas y *common goods* en la medida en que los mercados muestren señales de ineficiencia¹¹).

Distan mucho estos requerimientos del suceso contrario: que sea el órgano supervisor el ineficiente o el que introduzca elementos que impidan o dificulten el cumplimiento de la misión asignada a estos mercados y empresas, al ser esta misión el único parapeto defensivo frente a las exigencias de artículo 106 del TFUE ¿Es esto así en España? ¿Puede definirse una tendencia en la regulación económica española de aproximación o de separación en relación al espíritu de los Tratados?

Dos referentes sirven como guía para el análisis: *primero*, la composición de los órganos supervisores, y *segundo*, el régimen de recursos frente a sus decisiones. Su regulación ha sido revisada en 2011.

La reciente Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible (LES) recoge en el Capítulo II “Organismos reguladores” del Título I, peculiarmente rubricado como “Mejora del entorno

¹¹ Sería interesante un paseo por la doctrina económica para dilucidar estas y otras cuestiones, aunque quizás sí señalar el papel relevante que ha tenido el Ordo-liberalismo de raíz kantiana y cristiana, lo que conlleva una restricción a las fuerzas del mercado al valorar la libertad individual como un fin en sí mismo, ajena a veces a la pura eficiencia del mercado aunque no totalmente separada (“un orden eficiente y humano”), contraria pues al utilitarismo, aunque es ésta una escuela llena ya de matices debiéndose distinguir entre un núcleo formado por la Escuela de Friburgo (Walter EUCKEN), otro más amplio de ordo-liberales (Wilhem RÖPKE), que va más allá que Eucken al superar *su economic policy of orden* para alcanzar un *societal policy of order* que pretende evitar un modelo económico que destruya los fundamentos morales de la sociedad), e incluso un grupo más amplio conformador del neoliberalismo alemán. Esta ordenación concéntrica la desarrollada KOLEV. KOLEV Stevan, “Hayek as an Ordo-Liberal”, conferencia dictada el 25 de junio de 2010 en la Universidad de Richmond, accesible a través de la página de la History of Economics Society. La referencia a SCHWINTOWSKI corresponde a “The Common Good, Public Subsistence and the Functions of Public Undertakings in the European Internal Market”. *European Business Organization Law Review*, vol.4, 2003, extractado de CHALMERS *Op.Cit.*, pág.1037. Sobre el pensamiento político-económico en general, pág. 916 del mismo texto.

económico”, una suerte de regulación que ella misma califica con el adjetivo “transversal”¹²; En dicho texto la regulación que al objeto de este trabajo interesa se contiene en los artículos 8 a 26 del mencionado texto legal.

La LES enumera qué es Organismo Regulador “a los efectos de esta Ley” enumerando las actuales Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y Comisión Nacional del Sector Postal, aplicándose ciertos preceptos también a la Comisión Nacional de la Competencia. Se analiza aquí, por ser suficiente *ad exemplum*, el régimen de la Comisión Nacional de Energía y sus antecesoras, que no fueron sino la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, que posteriormente pasó a llamarse Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y hoy ya Comisión Nacional de la Energía (abarcando así ya a otras fuentes energéticas, para lo que dispone de un Consejo Consultivo de Electricidad y otro de Hidrocarburos, con 36 y 37 miembros como máximo respectivamente).

En materia energética la evolución del Derecho español (el marco regulador económico) ha sido notable, transitando desde el servicio público tradicional a un modelo de garantía de las prestaciones sin monopolio *de iure*. Formalmente fue el Real Decreto de 12 de abril de 1924 el que declaró el suministro eléctrico como servicio público de prestación obligatoria, aunque existía ya jurisprudencia anterior que así lo consideraba e incluso alguna Orden Ministerial. En la década de los ochenta, la Ley 49/1984, de 26 de diciembre de explotación unificada del sistema eléctrico nacional buscó la eficiencia económica mediante la conexión de los sistemas regionales –una suerte de regulación industrial además de económica-, manteniendo la declaración formal de servicio público. Mediante Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre por el que se determina la tarifa eléctrica de las empresas gestoras del servicio, se logra la eficiencia económica mediante una regulación económica en sentido estricto al emplear el análisis de costes para la fijación de tarifas, modelo pues claramente intervenido. En la década de los noventa, mediante la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, comienza a recoger un espíritu de liberalización aunando el servicio público (para ciertas instalaciones de generación y el suministro) con actividades competitivas (la mayor parte de la generación y la comercialización), empleando pues la técnica que ya relatada de segmentación del sector para dotar a cada una de sus partes de distinto régimen jurídico. En

¹² Pobre calificativo de lo que no es sino un trasunto de los logros derivados del esfuerzo codificador, que de un tiempo a esta parte el legislador ha despreciado con leyes especiales distorsionadoras de un ordenamiento que en el s. XIX alcanzó la difícil meta de crear un ordenamiento sistemático, un verdadero sistema.

definitiva, como señala la propia norma, coexistencia de un sistema integrado con un sistema independiente, o lo que es su equivalente, servicio público y actividad libre. En la misma década la Ley 54/1997, de 27 de noviembre del Sector Eléctrico abandona el concepto tradicional de servicio público para fundamentarse más que en la titularidad pública de la actividad en el deber de garantizar la existencia de suministro, su calidad y coste reducido. La Ley 17/2007, de 4 de julio modifica la anterior introduciendo los parámetros de configuración de un mercado interior derivados de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento y del Consejo (esta Directiva vino a establecer nuevas normas comunes para completar el Mercado Interior de la electricidad y derogó la Directiva 96/92/CE, introduciendo modificaciones significativas).¹³

En este proceso más o menos continuo de liberalización, pueden advertirse entre la primera¹⁴ y la actual Comisión unas notables diferencias¹⁵:

La Ley 40/1994, de 30 de diciembre de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN), encomendaba su Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, a un Consejo de Administración compuesto por el Presidente y seis Vocales, nombrados mediante Real Decreto por el Gobierno a propuesta del Ministro del ramo, previa comparecencia del mismo y debate en la Comisión competente del Congreso de los Diputados, “*para contrastar el cumplimiento por parte de los candidatos de las condiciones indicadas en el apartado anterior*” que eran lógicamente el ser: “*personas de reconocida competencia técnica y profesional.*”

Hoy, en la Comisión Nacional de la Energía, la competencia no ha de ser necesariamente *técnica*, basta la *profesional*, así lo recoge el artículo 13 de la Ley de Economía Sostenible que ha dejado caer, sin mayor miramiento el requisito técnico, abandonando a su vez al configurar el

¹³ En concreto, introduce nuevas medidas para garantizar unas condiciones equitativas en el ámbito de la generación y para reducir el riesgo de que aparezcan posiciones dominantes y comportamiento abusivo, garantizando así tarifas de transporte y distribución no discriminatorias mediante un acceso a la red basado en tarifas publicadas antes de su entrada en vigor, y velando por la protección de los derechos de los pequeños clientes y de los clientes vulnerables y la publicación de información sobre las fuentes de energía para producción de electricidad, así como referencia a las fuentes, cuando estén disponibles, que faciliten información sobre su impacto medioambiental. Véase BACIGALUPO SAGGESE y TABOADA ABADÍAS “La intervención de la Administración de la energía” en *Parte especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*. Págs. 730 a 766.

¹⁴ Se prescinde pues, del estudio de la Sociedad Estatal Gestora (S.A) y de la participación del Gobierno en su control y ejercicio de actividades administrativas que recogía la Ley 49/1984, de Explotación unificada del Sistema Eléctrico Nacional. No existía pues, desde la perspectiva de la Administración en sentido estricto un organismo con personalidad propia.

¹⁵ El modelo se completa con un *operador del sistema* (Red Eléctrica de España, S.A; REE) y un *operador del mercado* (Compañía Operadora del mercado español de electricidad, S.A; OMEL).

debate ante la Comisión competente del Congreso de los Diputados, el término “*contrastar*” por un suave “*versar*” sobre la “*capacidad*” de los candidatos. En efecto, en una suerte de audiencia ante la Comisión competente del Congreso de los Diputados, se “*versa*” sobre la capacidad de los candidatos, y desde luego no se indaga sobre su independencia (ni frente a los poderes políticos, ni frente a los empresariales ni en relación a ningún otro interés, pese a la pretendida rotundidad del artículo 9.2 de la LES: “*ni el personal ni los miembros de los órganos rectores de los Organismos Reguladores o de la Comisión Nacional de la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada*”).¹⁶

Poco se compadece esta regulación con las pretensiones de los Tratados que anteriormente se han analizado, y mucho menos con un espíritu liberal. Es cierto que como la propia Comisión Europea aclara,¹⁷ cabe incluso que el regulador no esté separado de las estructuras administrativas y gubernamentales existentes. Pero como la misma Comisión recuerda estas autoridades deben velar por la efectiva competencia y por el eficiente funcionamiento del mercado, lo que, explícita, implica una adecuada configuración de los recursos humanos disponibles¹⁸. Al final el modelo español se fundamenta, una vez más, en que las decisiones de gran calado técnico (industrial y financiero) son adoptadas por quienes tienen que ser instruidos para la correcta interpretación de la información que ha de servir de soporte a la decisión, cuyo entramado técnico y económico les es extraño y en el caso de no ser así – es decir que realmente no sean tomadas por ellos- resulta aún más extraña a los Tratados es la composición de la Comisión¹⁹.

Tras el cese, los Consejeros y el Presidente no podrán *ejercer actividad profesional privada* alguna relacionada con el sector regulado durante *dos* años, tanto en empresas del sector como

¹⁶ El artículo 19 relativo a la “obligación de informar y garantías para la actuación” ordena un deber de “hacer públicas” las relaciones de los consejeros que hayan prestado servicios profesionales en entidades del mercado regulado o conserven derechos frente a ellas. No especifica cuándo, ni parece clara la razón por la que no ordena la LES que se deban manifestar en esa audiencia ante la Comisión del Congreso, antes parece que se establece un deber que pesa sobre los consejeros, directivos y empleados más que del propio Gobierno ante el Congreso.

¹⁷ *The Role of the Regulatory Authorities*. Nota emitida por la Dirección General de Energía y Transportes de la Comisión Europea, de 14 de enero de 2004.

¹⁸ “This implies an obligation for the regulatory authority to be given adequate human and financial resources to carry out its duties and for it to have Access to all the information it needs form the regulated company, whether financial or technical.” *The Role of the Regulatory Authorities* de la Dirección General de Energía y Transportes, de 14 de enero de 2004. Pág. 2.

¹⁹ Es obvio que no procede aquí, pero resulta ilustrativo analizar el currículum de los actuales consejeros.

para empresas del sector. Esto desde luego, no les hace imparciales respecto a los poderes públicos (controlados en cada tiempo y en cada lugar por distintos partidos) que pueden así si fuera necesario retribuirles sus decisiones en especie con otros cargos y destinos públicos. La Ley de 1998 más estricta al configurar la CNE, no distinguía entre actividad profesional pública o privada. Por otra parte el breve tiempo de dos años referido poco acompaña a la pretendida independencia de los Consejeros. Parece más una “apariencia de imparcialidad” que una verdadera intención de lograr esa “autonomía”. (No hay regla especial para el personal directivo en esta materia).

No obstante ha de señalarse con cierta satisfacción que se han producido a lo largo del tiempo unos ciertos adelantos en la independencia de estos órganos, así, los años de mandato han aumentaron en su día desde los cinco de la LOSEN, a seis en la Ley de 1998, que en la actualidad se mantienen, siendo reelegibles por otros tantos. El control de eficacia por el Ministerio que recogía la LOSEN figuraba aún en la Ley de 1998, al igual que el modelo de suspensión de sus acuerdos por el Gobierno motivadamente y publicándolo en el BOE circunstancias que parecen haber desaparecido.

Otro adelanto notable, aunque bien parece también aparente, es que desaparece la referencia a que en las reuniones del Consejo pueden asistir el Ministro competente o el Secretario de Estado o cargo en quien deleguen cuando lo juzguen preciso a la vista del orden del día. Dice el artículo 12.3 de la LES que *“A las reuniones del Consejo podrá asistir con voz, pero sin voto, el personal directivo y cualquier persona del personal no directivo, que determine el Presidente, de acuerdo con los criterios generales que a tal efecto acuerde el Consejo. No podrán acudir a las reuniones del Consejo los miembros del Gobierno ni los altos cargos de las Administraciones Públicas.”* Poco importa este precepto si se considera que los consejeros han sido nombrados por Real Decreto, que son reelegibles y que pueden ser designados para otros cargos, incluso antes del transcurso de los dos años a los que se refiere la página anterior si se trata de destinos en administraciones territoriales o instrumentales.

Muy importante y trascendental es el avance que se ha producido en otro campo como es el de los recursos frente a los actos de la Comisión. El artículo 22 determina expresamente que: *“Los actos y resoluciones del Organismo Regulador dictadas en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora”*, lo que es un

auténtico avance pues no resuelve el Ministro, lo que es tanto como que la Comisión pierda la independencia. De todas formas no cabe sufrir de *horror vacui* con este salto, pues tranquiliza conocer que la composición de los tribunales se va politizando según se va ascendiendo por la pirámide judicial.

Por otra parte el Personal directivo está al frente de “áreas de responsabilidad” (art.17.1 LES), actuando conforme a las instrucciones del Consejo y de su Presidente, siendo seleccionados mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, conforme a lo dispuesto por el Estatuto Básico del Empleado Público. Ahora bien, no se requiere que ejerzan sus funciones objetivamente y con criterios exclusivamente profesionales, o al menos a ello no se hace referencia como sí se hace para el personal no directivo (art.18 de la Ley de Economía Sostenible, LES), salvo claro en cuanto que han de seguir las instrucciones del Consejo y su Presidente (art.17.1 LES); el artículo 19 LES refiriéndose a los empleados (que el punto primero separa de consejeros y directivos) determina que “en aplicación de los principios de independencia y objetividad, los Organismos Reguladores (...) garantizarán que sus empleados cuenten en sus actuaciones y en los procedimientos en que intervengan con reglas objetivas, predeterminadas y que delimiten adecuadamente las responsabilidades que les incumben”. Se trata, como se aprecia, de una extraña configuración, que puede reducirse a: vocales no técnicos, directivos no sujetos a objetividad sujetos a instrucciones de los no técnicos, es decir de los anteriores, y empleados sujetos a reglas objetivas y predeterminadas.

Respecto a los empleados dice que su selección se realizará mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, conforme a lo dispuesto por el Estatuto Básico del Empleado Público. *Para garantizar la independencia del organismo regulador*, se afirma que “En aplicación de los principios de independencia y objetividad, los Organismos Reguladores y la Comisión Nacional de la Competencia garantizarán que sus empleados cuenten en sus actuaciones y en los procedimientos en que intervengan con reglas objetivas, predeterminadas y de que delimiten adecuadamente las responsabilidades que les incumben (art. 19.2 LES), lo que unido al posible régimen laboral de sus empleados hace el modelo totalmente jerarquizado, y no independiente en sí, sino de uno sólo: el Consejo nombrado por Real Decreto.

4. CONCLUSIÓN.

Puede concluirse, que aparentemente se ha diseñado una Comisión independiente, pero que se puede tildar de “plenamente politizada” configurándose mediante Real Decreto, sin respeto a la formación técnica de los máximos responsables para dar respuesta a las necesidades de estos mercados. Se configuran Organismos rectores con unos rasgos que garantizan que las decisiones técnicas sean postergadas frente a las políticas, como se adivina ya en la elección de sus miembros, lo que no parece ser acorde con las previsiones sobre competencia de los Tratados, pues la regulación se admite con un fin prefijado: asegurar el buen funcionamiento de los servicios económicos de interés general.

No parece que mediante el control de las tarifas²⁰ y la regulación de la actividad –fuera de favorecer una correcta asignación de los bienes y servicios, de una precisa asignación de los recursos productivos, y un favorecimiento de la innovación– se pretenda directamente otra cosa que no sea satisfacer los intereses de grupos políticos, o para ser preciso los del grupo que apoye al Gobierno²¹.

Aquella idea de limitar al mercado cuando éste sea ineficiente, o incluso cuando siéndolo perjudique la libertad individual, no aparece en modo alguno en el modelo organizativo que hemos analizado, pese a que se puede afirmar que es un concepto que comienza a asomar en los Tratados. Las ideas de interés público, de necesidades esenciales, de bienes comunes que permiten evadir el artículo 106 del TFUE brillan por su supeditación al poder político en el modelo organizativo analizado.

Pero sobre todo, al dañar la credibilidad del mercado, y su fiabilidad, la estructura de pasivo de las empresas que en él operan, así como sus cuentas de resultados están sometidas a extrañas componendas, que afectan a su estabilidad de financiación tanto propia como ajena, de suerte que *queda en entredicho el cumplimiento del artículo 14 del TFUE que impone a los estados miembros y a la Unión velar para que los servicios económicos de interés general se desarrollen bajo condiciones económicas y financieras que les permitan desarrollar sus funciones.*

²⁰ Fijadas ministerialmente, previo informe de la CNE.

²¹ La vieja discusión entre la Escuela de Harvard, la de Chicago y los nuevos liberales, en relación a la allocative efficiency, la productive efficiency, y la innovation efficiency, la configuración no técnica sino política de nuestros órganos reguladores poco va a aportar. Véase cita 11.

Se puede pues concluir que, aquí también, existe una tendencia generalizada a la politización de los órganos rectores de la vida pública española, una politización “de partidos”, cuando no de partido único, como es el caso al no guardarse si siquiera las proporciones de representación parlamentaria. Se olvida pues el carácter técnico deseado, y en el ámbito político incluso la proporcionalidad.