



FACULTAD DE DERECHO

Potestad reglamentaria de la CNMC en materia de energía.

Autor: Enrique Renedo Guitard

5º E3 D

Derecho Administrativo

Tutor: Rocío Tarlea Jiménez

Madrid
Abril 2020

RESUMEN

Este trabajo de investigación versa sobre las nuevas competencias normativas que se atribuyen a la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia en el Real Decreto Ley 1/2019 de 11 de enero. Dicha atribución nace de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE de la Comisión Europea y se refleja más adelante en la Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la CNMC, planteando ciertas problemáticas tanto en el ámbito constitucional como administrativo. El presente estudio ha partido del análisis de la legislación actual del Derecho administrativo y de la competencia en España, así como de las normas de Derecho de la Unión Europea, para estudiar el alcance de la potestad reglamentaria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y su encuadre como administración independiente dentro del marco constitucional.

Palabras clave: CNMC, potestad reglamentaria, energía, sector eléctrico, Circulares normativas, Real Decreto.

ABSTRACT

This final degree project deals with the new regulatory powers attributed to the National Commission on Markets and Competition by the Royal Decree Law 1/2019 of 11 January. These competences arise from the European Commission Directives 2009/72/EC and 2009/73/EC, and are reflected later in the Law 3/2013, of 4 June, which created the CNMC. This study has sought to make an exhaustive analysis of the current legislation on administrative and competition law in Spain, as well as the impact of European laws, to discern the scope of the regulatory power of the CNMC, and its position within our constitutional framework.

Key words: CNMC, regulatory power, energy, electric industry, regulatory circulars, Royal Ordinance.

Tabla de contenido

RESUMEN	2
ABSTRACT	2
ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	1
UN NUEVO MODELO DE INTERVENCIÓN PÚBLICA	1
ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES Y SU ENCAJE CONSTITUCIONAL	2
LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA	6
PRINCIPIOS RECTORES DE LA CNMC	7
INDEPENDENCIA DE LA CNMC	9
ESTRUCTURA DE LA CNMC	11
SECTOR ENERGÉTICO Y CNMC	14
EL SUMINISTRO ENERGÉTICO Y SU REGULACIÓN	15
INSTITUCIONES PRESENTES EN EL SECTOR ELÉCTRICO	18
POTESTAD REGLAMENTARIA Y SUS LÍMITES	21
COMPETENCIAS ATRIBUIDAS POR EL REAL DECRETO 1/2019, DE 11 DE ENERO	24
EL CONSEJO DE ESTADO Y LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LA CNMC	25
EXIGENCIAS PROCEDIMENTALES	29
CONCLUSIONES	34
REFERENCIAS	37
OBRAS	37
JURISPRUDENCIA	38
LEGISLACIÓN	38

ABREVIATURAS

ADIF	Administrador de Infraestructuras Ferroviarias
AENA	Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea
AGE	Administración General del Estado
BCE	Banco Central Europeo
BE	Banco de España
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución española
CEE	Comunidad Económica Europea
CE	Comisión Europea
CMT	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones
CNE	Comisión Nacional de la Energía
CNJ	Comisión Nacional del Juego
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CNSE	Comisión Nacional del Sector Eléctrico
CNSP	Comisión Nacional del Sector Postal
LCCNMC	Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LEC	Ley 1/2000, de 7 enero, de enjuiciamiento civil.
LGCA	Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.
LOPJ	Ley 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial
PWC	PricewaterhouseCoopers
REE	Red Eléctrica de España, S.A.U.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TFUE	Tratado de funcionamiento de la Unión Europea
UE	Unión Europea
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

UN NUEVO MODELO DE INTERVENCIÓN PÚBLICA

El papel del Estado y su influencia en la actividad económica se ha visto limitado a raíz de la importancia que ha cobrado la libre competencia como defensora de las necesidades de los consumidores y usuarios. Esta limitación se refleja concretamente en dos ámbitos: por un lado, el fortalecimiento de las normas de competencia como medida de evitar prácticas fraudulentas (colusión, abuso de posición de dominio o las concentraciones de empresas); y, por otro lado, una menor presencia en la actividad prestacional por parte del Estado, que ha derivado en la privatización de los antiguos monopolios públicos, abriendo la puerta a nuevos operadores privados en un entorno de libre competencia e igualdad.

Mientras anteriormente el Estado prestaba directamente ciertos servicios esenciales para garantizar el interés general, en la actualidad ha dado un paso atrás, permitiendo la entrada a nuevos operadores privados para que ejerzan el papel de prestadores de esos servicios. Por su parte, el Estado se sitúa en un segundo plano, pasando a regular y controlar las actividades a través de la Administración, vigilando que los nuevos operadores desarrollan las actividades esenciales de tal manera que se sigue garantizando el cumplimiento del interés general.

Este nuevo tipo de intervención estatal se caracteriza por ser indirecta, subsidiaria, complementaria, proporcional y evolutiva. Es indirecta pues, como ya hemos dicho, el Estado no participa directamente en la actividad, sino que sólo la regula y controla. Es subsidiaria y complementaria, pues la Administración sólo entrará en el momento en que no se satisfaga el interés general, es decir, complementará al mercado cuando éste no sea capaz de garantizarlo. Por último, es proporcional pues debe estar debidamente justificada conforme a unos criterios objetivos; y es evolutiva ya que debe acompañar a los mercados en las necesidades e incidencias que vayan surgiendo¹.

¹ Montero Pascual. J.J, *La CNMC entre la actividad administrativa de regulación y el derecho de la competencia*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Páginas 21-70.

Es por ello por lo que el nuevo modelo de intervención pública lleva a plantear la creación de ciertas Administraciones independientes, que consigan garantizar una intervención objetiva y la independencia de los reguladores de estos sectores tan sensibles. Ahora bien, este tipo de Administraciones han protagonizado ciertas polémicas al chocar con nuestro marco constitucional, independientemente de que su creación haya sido impulsada por las instituciones europeas.

ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES Y SU ENCAJE CONSTITUCIONAL

Aunque tuvieron un primer papel en la revolución industrial norteamericana, el antecedente más cercano en relación con nuestro país se encuentra en la década de los ochenta en el ámbito europeo, puesto que es durante este periodo cuando la Comisión Europea decide iniciar un esfuerzo por liberalizar las industrias de red. Unido al nuevo modelo de intervención pública, este impulso se ve reflejado más adelante, cuando la Comisión Europea decide impulsar la creación de Administraciones independientes que regulen las industrias en red.

Cabe plantear de qué manera se encuadran este tipo de Administraciones en nuestro marco constitucional y por qué se ha escogido este modelo institucional al que responde, precisamente, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). De hecho, nos encontramos con dos principios democráticos que se oponen a la creación de estas Administraciones independientes: artículos 1.2 y 97 de la Constitución española (CE).

En primer lugar, el artículo 1.2 CE establece que la soberanía nacional reside en el pueblo español y que de ella emanan todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial). Por tanto, podría pensarse en un principio que la creación de la CNMC como Administración independiente supondría la ruptura de este principio constitucional, ya que se estaría creando un nuevo poder cuya autoridad no emanaría de la soberanía popular². Además, gracias a su independencia inherente, la CNMC atentaría contra el

² Rallo Lombarte. A, *La constitucionalidad de las Administraciones Independientes*. Tecnos, Grupo Anaya. Madrid, 2002.

círculo democrático al no estar sujeta a un control parlamentario como sí ocurre con el poder ejecutivo, al depositar el Parlamento su confianza en el Gobierno para dirigir la nación.

Por su parte, el artículo 97 CE otorga al Gobierno la capacidad de dirigir tanto la política exterior como la interior, así como la capacidad para dirigir a la Administración General del Estado según ciertos criterios objetivos. De nuevo, podemos esgrimir que es la Administración quien debe estar supeditada al control y supervisión del Gobierno y, *a priori* no cabe una Administración independiente que no se someta a dicho control. De la misma forma, el artículo 97 CE otorga al Gobierno la potestad reglamentaria en el Estado español, planteando la posibilidad de un monopolio del Gobierno respecto a la potestad reglamentaria.

Sin embargo, atendiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional, debemos descartar por completo la idea de un monopolio de la potestad reglamentaria, por el cual sólo el Gobierno sea capaz de ejercer tal potestad normativa. Por ello el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/1995, de 14 de diciembre establece lo siguiente *“la atribución genérica de la potestad reglamentaria convierte al Gobierno en titular originario de la misma, pero no prohíbe que una ley pueda otorgar a los ministros el ejercicio de esta potestad con carácter derivado (...) resultado de una habilitación legal específica y para regular una materia concreta y determinada”*.³ Además, si nos fijamos en los artículos 2 y 143.1 de la Constitución española podemos ver como la propia Constitución realiza una descentralización territorial y funcional en muchas ocasiones, lo que justifica en mayor medida la afirmación de que no es posible un monopolio del Gobierno respecto de la potestad reglamentaria.

Igualmente, atendiendo de nuevo a la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 135/1992, de 5 de octubre, vemos como la Constitución no prohíbe que las Administraciones independientes cuenten con ciertos poderes normativos propios que permitan garantizar su independencia del resto de poderes y permitan su correcto funcionamiento: *“la habilitación al Gobierno que contiene el artículo 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, sin limitar la advocación del*

³ STC 185/1995, de 14 de diciembre.

titular a (...) instituciones como el Banco de España(...) que tiene conferida explícitamente la potestad reglamentaria en el ámbito de actuación”⁴

De hecho, en la práctica, el ejercicio de la potestad normativa por parte de las Administraciones independientes existentes en nuestro país está más que generalizado. En primer lugar, a través de la Ley de Autonomía del Banco de España, dicha institución está facultada para ejercer la potestad reglamentaria a través de sus Circulares. Por su parte, la Comisión Nacional de Mercados y Valores también está facultada para dictar Circulares en desarrollo y ejecución de normas estatales, así como la Comisión Nacional de Energía (sustituida por la CNMC), que tenía la facultad de dictar Circulares de ejecución y desarrollo de Reales Decretos y Órdenes Ministeriales.

Por otro lado, debemos atender a la ley 40/2015, bajo cuyo marco normativo se engloba el régimen jurídico de las Administraciones independientes. De hecho, de acuerdo con su disposición adicional décima el ámbito de autonomía de este tipo de Administraciones es el elemento identificador, elemento que justifica su actividad reglamentaria: *“se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley (...) el Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales Organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía”⁵.*

Por tanto, queda claro como este tipo de Administraciones sí tienen cabida en nuestro marco constitucional, al no existir un monopolio normativo por parte del Gobierno y estar generalmente extendida su potestad reglamentaria en nuestro ordenamiento jurídico. Además, se estipula claramente que tanto el Gobierno como la Administración General del Estado deberán garantizar *“el estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía”*.

Debemos añadir un elemento más para justificar la actuación de las Administraciones independientes: el conocimiento especializado de sus miembros, ya que su potestad normativa nace de su discrecionalidad técnica. Es por ello por lo que toda su actividad normativa debe estar profundamente justificada, estableciendo claramente el fundamento

⁴ STC 135/1992, de 5 de octubre.

⁵ Disposición adicional décima de la ley 40/2015, de 1 de octubre.

técnico de su actuación, pudiendo quedar anuladas sus circulares si no cumplierse con tal condición.

Por último, se ha criticado duramente la falta de garantías en la actuación de este tipo de Administraciones, al no estar sujetas al control político que al que sí se somete el Gobierno. El Parlamento es el que legitima la actividad del Gobierno y defiende las garantías democráticas recogidas en la Constitución, por tanto, el hecho de que las Administraciones independientes no deban someterse a dicho control genera ciertas reticencias. De hecho, la rendición de cuentas de este tipo de administraciones se reduce al control judicial respecto de los defectos procesales y de la suficiencia o insuficiencia de las memorias de justificación que emitan estos organismos (por ejemplo, la CNMC) en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general⁶.

Hasta el momento, el control parlamentario se refleja fundamentalmente en España en dos aspectos del régimen jurídico de : poder de veto al Parlamento en el nombramiento de los miembros de las Administraciones independientes y la rendición de cuentas de esas Administraciones frente al Parlamento. No obstante, debemos recordar que la creación de estos organismos reguladores independientes y su propia autonomía vienen impuestas en muchos casos por las instituciones europeas (por ejemplo, en materia de electricidad y gas, Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE), por lo que un incremento del control parlamentario podría chocar con las exigencias de la Comisión Europea. Esto plantea una problemática ante la cual se debe ponderar la importancia de la supeditación de nuestro ordenamiento al Derecho de la Unión Europea comunitario o una mayor transparencia en la actuación de las Administraciones independientes y, en consecuencia, una mayor seguridad jurídica.

⁶ García-Manzano Jiménez de Andrade. P, *La potestad normativa de las administraciones independientes*. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 2015.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

La CNMC se erige como una Administración independiente de las previstas en la disposición adicional décima de la Ley 40/2015 (LOFAGE), manteniendo la misma naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de la Competencia y de los organismos regulatorios a los que vino a sustituir (entre ellos, la Comisión Nacional de la Energía).

La CNMC nació con la aprobación de la Ley 1/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 4 de junio que. Como su propio nombre indica, la Ley creó una nueva comisión dedicada a la defensa de la libre competencia en los mercados nacionales y a la regulación de varios sectores económicos, principalmente industrias en red (Telecomunicaciones, Energía, Servicios Postales, Aeropuertos, Ferrocarril y Audiovisual) .

Debido a la gran diversificación de organismos regulatorios presente hasta el momento, con la Ley 3/2013 se crea una comisión que aúna las competencias de todas las autoridades nacionales de regulación de las industrias en red (CMT, CNE, CRF, CNSP, CEMA y CREA) y de la autoridad nacional de la competencia (CNC). De esta manera, se buscaba armonizar la regulación en las industrias en red, creando un ente “súper regulador” con potestad reglamentaria e independiente del poder ejecutivo.

De todas formas, la creación de este ente súper regulador ha generado ciertas problemáticas que iremos comentando con más detalle a lo largo del presente trabajo, tales como su déficit de independencia en el nombramiento de sus miembros, la atribución y ejecución de ciertas competencias o el escaso control parlamentario. Todo ello se irá analizando con más detalle de aquí en adelante.

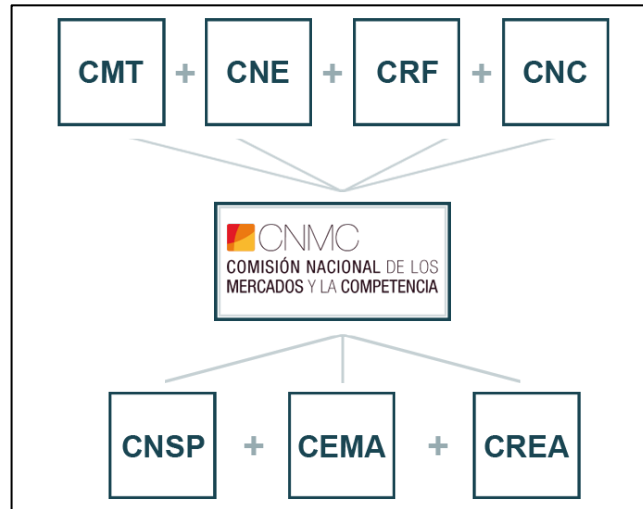


Ilustración 1 - Comisiones sustituidas por la creación de la CNMC - (CNMC, 2019)

PRINCIPIOS RECTORES DE LA CNMC

La creación de la CNMC se lleva a cabo siguiendo una serie de principios rectores que determinan su actuación y naturaleza. En primer lugar, la aparición de la CNMC como órgano de supervisión único refuerza el nuevo modelo de intervención pública caracterizado por una regulación llevada a cabo por Administraciones independientes. Dicho esto, no se aprovechó la oportunidad para desarrollar este modelo, como puede verse en su personalidad jurídica y patrimonio propio o el régimen de nombramiento de sus miembros y las mismas garantías formales de independencia que se asimilan a aquellas de las Administraciones que sustituye⁷.

Igualmente, la CNMC cuenta con las mismas funciones y competencias que ostentaban las anteriores comisiones regulatorias y de la competencia, entre las que destacan la potestad normativa y de resolución de conflictos y la potestad para imponer sanciones y multas coercitivas. Estas funciones son el principal origen de las problemáticas que rodean a la CNMC, puesto su potestad normativa sólo está limitada por el control de legalidad y el cumplimiento de ciertas formalidades procedimentales, sin contar con un control político como en el caso del Gobierno. Es por ello por lo que ciertos autores defienden que la creación de la CNMC no cumple con el objetivo de mejorar las garantías

⁷ Montero Pascual. J.J, *La CNMC entre la actividad administrativa de regulación y el derecho de la competencia*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Páginas 73-120.

de la libre competencia, si no que debido a su especial y compleja naturaleza no hace sino atentar contra la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento.

Por otro lado, la concentración de la regulación de varios sectores en un mismo organismo representa otra de las características principales de la Comisión. La consolidación de los sectores de telecomunicaciones, energía, servicios postales, transporte ferroviario y aéreo y el sector audiovisual, supone una gran novedad en nuestro marco jurídico y surge como respuesta a varias cuestiones.

En primer lugar, se buscaba reducir costes de la Administración, así como un menor riesgo de “captura” del regulador, reflejado en la menor influencia que puede llegar a tener un sector en concreto en un órgano multisectorial. Igualmente, se buscaba una mayor armonización en la regulación de los sectores en red aprovechando las sinergias que produce la consolidación, pudiendo aplicar políticas de sectores más maduros en aquellos sectores más recientes y con menor regulación vigente.

No obstante, surgen voces críticas respecto a tales argumentos ya que en la práctica no parecen tan convincentes. En el ámbito de la reducción de costes, ésta se produce al trasladar los gastos de la Administración a los operadores privados que tendrán que soportar tasas específicas para el presupuesto del regulador. De igual manera, aunque se consigue reducir la influencia de sectores específicos, un órgano con tanta vis atractiva puede llegar a politizarse por el Gobierno para satisfacer sus propios intereses y no el interés general. Por último, aunque se busca más coherencia y armonización, al mismo tiempo que se reducen el número de miembros se aumenta el número de facultades, por lo que no parece coherente que un grupo tan reducido de personas puedan ostentar un conocimiento técnico tal para actuar con diligencia máxima. Este problema se agrava aún más si tenemos en cuenta que la potestad normativa de la CNMC no nace directamente de la delegación en el Poder ejecutivo como en el resto de la Administración, sino del alto conocimiento técnico que ostentan los miembros que la componen y que justifica su intervención en los mercados⁸.

⁸ Montero Pascual. J.J, *La CNMC entre la actividad administrativa de regulación y el derecho de la competencia*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Páginas 73-120.

Por último, la CNMC supone la coexistencia del derecho de la competencia y la defensa de los consumidores en un mismo órgano, por lo que se erige como un organismo nunca visto en nuestro ordenamiento, y cuyo único antecedente europeo se encuentra en la ACM holandesa. El problema surge al tratarse de dos ramas del derecho totalmente distintas, cuyos principios y requisitos procesales difieren. Además, no se especifica un reparto concreto de las funciones entre las cámaras de la Comisión, ni se establece un orden jerárquico entre ellas. Todo ello, además, supeditado a la actuación de la autoridad europea de la competencia, dando lugar a posibles resoluciones divergentes.

INDEPENDENCIA DE LA CNMC

Independientemente de la autonomía que caracteriza a la CNMC, debemos destacar la existencia del vínculo formal que mantiene con el Gobierno a través de su adscripción al Ministerio de Economía (artículo 2.4 LCCNCM). Sin embargo, este vínculo no supone una supeditación directa de la Comisión al Ministerio, ya que este debe respetar en todo momento su correspondiente ámbito de autonomía. Observando la vía administrativa vemos como en la práctica este respeto se cumple, ya que los actos administrativos de la CNMC ponen fin a la vía administrativa y no podrán recurrirse en alzada frente al Ministerio, si no únicamente en vía contencioso-administrativa. Por tanto, sólo se trata de un mecanismo destinado a coordinar ambos organismos, puesto que el Gobierno debe dirigir la política general del Estado, lo que implica que siga ostentando ciertas competencias de las industrias en red. No obstante, la CNMC mantiene la facultad de impugnar aquellos actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones de rango inferior a la ley que obstaculicen una competencia efectiva en los mercados.

Como ya dejamos claro anteriormente, el control parlamentario sobre la CNMC se puede caracterizar de laxo con comparación con aquél al que se somete el Gobierno. No obstante, esto no quiere decir que sea nulo. En primer lugar, el Parlamento toma parte en el nombramiento de sus miembros, previa comparecencia individual de cada uno ante la pertinente Comisión, teniendo incluso derecho a veto por mayoría absoluta. En el mismo sentido, el presidente está obligado a comparecer de manera anual frente al Congreso para presentar el informe sobre la actuación y objetivos de la Comisión, permitiendo, además, la convocatoria por parte del Parlamento en cualquier momento.

Por otro lado, la CNMC se encuentra sometida al control judicial como establecen los artículos 2 y 36.2 de la LCCNMC. Como ya sabemos, la independencia de la CNMC respecto del Gobierno y la Administración General del Estado elimina la posibilidad de formular recursos de alzada contra su actuación o recursos de reposición frente a los actos del presidente y el Consejo, contra los que sólo cabe el recurso contencioso-administrativo para la reconsideración de la legalidad de sus actos jurídicos. Este control, desde nuestro punto de vista, resulta insuficiente para la magnitud que conlleva la actuación de la CNMC y quizás debe plantearse una modificación del control jurisdiccional actual. Dicho esto, sigue existiendo la obligación de justificar técnicamente su actuación, que permite en cierta medida limitar el abuso de poder de la Comisión.

Las bases jurídicas de la independencia de la Comisión las encontramos en el artículo 2 y siguientes de la ley 1/2013 de creación de la CNMC. En primer lugar, el artículo 2 garantiza la independencia de la CNMC dotándola de personalidad jurídica propia, así como plena capacidad pública y privada y exigiendo que su actuación se rija por los principios de autonomía funcional e independencia plena. Más adelante, el artículo 3 ahonda en dicha autonomía, estableciendo que su actuación deberá ser contraria a cualquier interés empresarial, y sus miembros se deberán mantener al margen de cualquier orden o instrucción de cualquier entidad pública o privada. Esto último supone que la independencia del órgano regulador se aplicará tanto en sus relaciones con los operadores privados presentes en el mercado, como en sus interacciones con el Gobierno y la AGE⁹.

Por último, así como se exige plena autonomía respecto a la Administración estatal (con la excepción de los mecanismos de coordinación), en el ámbito de la Unión Europea ocurre todo lo contrario. Si atendemos al artículo 42 de la LCCNMC, observamos la exigencia de cooperación entre la CNMC y la Unión Europea. De hecho, este vínculo va más allá de una simple coordinación puesto que la Comisión Europea se reserva numerosas potestades respecto a la actuación de la propia CNMC, forzando una supeditación de la Comisión a la actuación europea.

⁹ Montero Pascual, J.J, *La CNMC entre la actividad administrativa de regulación y el derecho de la competencia*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Páginas 73-120.

ESTRUCTURA DE LA CNMC

La Comisión se estructura alrededor de sus órganos de Gobierno, los cuales se concretan en su presidente y su Consejo (presidido a su vez por éste). Además, cuenta con cuatro Direcciones de instrucción especializadas en un ámbito concreto: competencia, energía, telecomunicaciones y transporte y sector postal.

El Consejo, es un órgano colegiado y está formado por diez miembros como establece el artículo 14.2 LCCNMC: presidente y vicepresidente, y ocho consejeros. La colegialidad resulta de gran importancia debido al conocimiento exigido en un órgano multisectorial, y aunque pueda retrasar la toma de decisiones, conforma el modelo más fiable.

Puede actuar tanto en Pleno como en Salas. En el primer caso, estará formado por los diez miembros y su actuación irá dirigida a conocer las diferencias que puedan surgir entre ambas salas, así como al desempeño de las funciones indelegables del artículo 14 LCCNMC (como la potestad de dictar circulares o la aprobación del anteproyecto de presupuestos y planes de actuación del organismo). En este caso, las decisiones tendrán que ser tomadas por mayoría.

En el segundo caso actúa en dos salas, cada una formada por cinco miembros, una dedicada a la regulación de los sectores en red y otra dedicada al Derecho de la competencia. La primera estará presidida por el vicepresidente mientras que la sala de competencia estará presidida por el propio presidente. Existe la rotación de los miembros por lo que la asignación puntual a cada sala no está justificada por el conocimiento técnico concreto que pueda tener un miembro en concreto. Es importante tener en cuenta que el presidente tiene voto de calidad en caso de empate si se eleva cualquier cuestión al pleno, resultando aún más importante la rotación de los consejeros.

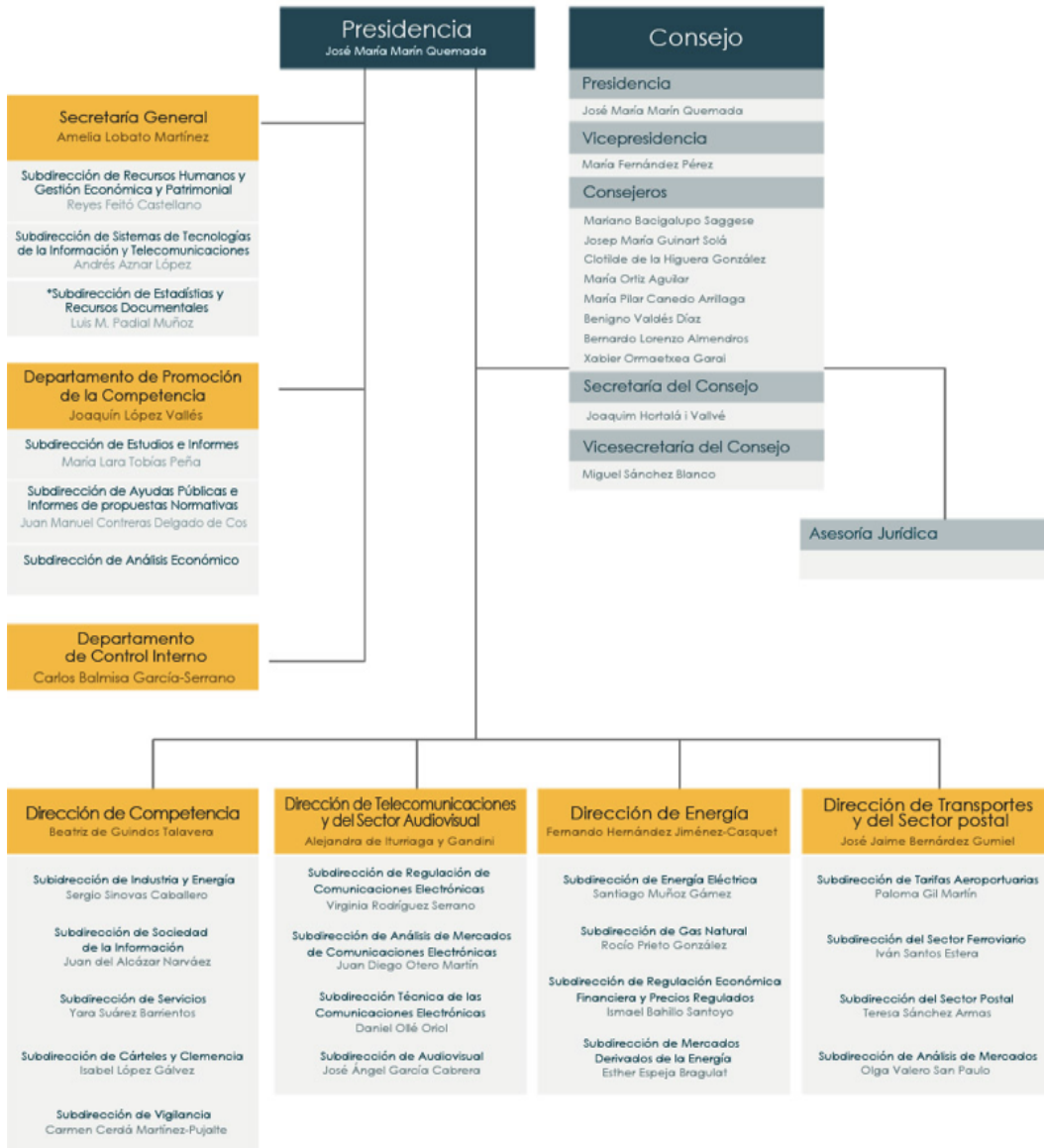
Para el nombramiento y cese de los consejeros, son nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Economía y mediante Real Decreto. No obstante, se incluyen ciertas garantías para salvaguardar la independencia de la Comisión, como el derecho de veto del Parlamento en el nombramiento de estos, la duración de seis años de los mandatos destinada a romper con el ciclo de legislaturas o la imposible reelección de los

consejeros¹⁰. En cuanto al cese, se prohíbe el cese por voluntad propia del Gobierno, y sólo podrá darse en casos de terminación del mandato, incompatibilidad sobrevenida, delito doloso o renuncia expresa aceptada por el Gobierno (entre otros).

Por último, nos encontramos con las Direcciones de instrucción que como ya dijimos anteriormente son cuatro: Energía, Competencia, Telecomunicaciones y Transporte y Sector Postal. Se recogen en el artículo 25 de la LCCNMC, donde se establece que deberán ejercer sus funciones de instrucción de manera independiente del Consejo de la Comisión, y será el propio Gobierno quien apruebe la organización y funciones de estas. Ahora bien, de nuevo podemos plantearnos si se trata de un modelo eficaz, puesto al separar el órgano de instrucción del órgano de toma de decisiones (el Consejo), este último no contará con toda la información necesaria para llevar a cabo su actuación, afectando el principio de inmediación.

En cuanto a las potestades de las que es titular el órgano regulador, la CNMC cuenta con diversas potestades que le permiten realizar sus funciones con garantías de éxito. Al sustituir a numerosas Administraciones independientes, la CNMC recoge muchas de sus potestades, desde la adopción de actos administrativos hasta potestades normativas y de resolución de conflictos. Además, debemos mencionar su capacidad sancionadora relacionada a los ilícitos administrativos como supuestos de hecho, ilícitos como la colusión o el abuso de posición de dominio. Por último, cuenta con una serie de potestades instrumentales o complementarias: adoptar medidas cautelares, requerimientos de información, inspecciones, multas coercitivas, etc.

¹⁰ Montero Pascual. J.J, *La CNMC entre la actividad administrativa de regulación y el derecho de la competencia*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Páginas 73-120.



*Aunque orgánicamente depende de la Secretaría General, funcionalmente dependes de la Dirección de Promoción de la Competencia

Ilustración 2 - Organigrama de la CNMC - (CNMC, 2019)

Sector energético y CNMC

La industria energética, y más concretamente el sector eléctrico, están altamente condicionados por la demanda de los consumidores al fluctuar diariamente y ser atendida en tiempo real. Esto se debe a la imposibilidad de almacenaje de la energía, que evita que pueda guardarse para satisfacer demandas futuras, así como su carácter de servicio esencial para la satisfacción del interés general. Por ello, son necesarias las redes de transporte y distribución, que ponen en contacto a los productores con los consumidores, satisfaciendo las necesidades energéticas que estos últimos puedan tener.

Históricamente, el sector ha estado poblado por empresas de carácter vertical, que desarrollaban todas las actividades del suministro energético: generación, transporte, distribución y comercialización. Esto daba como resultado la existencia de un mercado en el que unas pocas empresas controlaban todo el proceso energético. No obstante, la Unión Europea se opone a este modelo y aboga por un mercado eléctrico interior liberalizado, lo que ha producido una profunda evolución del sector nacional desde la década de los 90 hasta hoy¹¹.

No es hasta la década de los 80 cuando España ingresa en la Comunidad Europea, por lo que hasta el momento nuestra regulación era escasa y no preveía la liberalización del sector energético. Sin embargo, años más tarde con la aprobación de la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo, se produce un paso importante hacia la liberalización, buscando un mercado competitivo que rompiera con la presencia de las empresas verticales que dominaban el proceso energético y la inclusión del libre acceso a las redes de transporte peaje mediante, y la libre elección de suministrador eléctrico por parte del consumidor.

Más adelante, la Unión Europea introdujo el llamado “tercer paquete energético”, formado por la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento y el Consejo, el Reglamento (CE) nº 713/2009 y el Reglamento nº714/2009, ambos del Parlamento y el Consejo, de 13 de julio de 2009. Esta reforma introducía la diferenciación de las actividades del proceso energético en actividades reguladas (transporte y distribución), y actividades liberalizadas

¹¹ Montero Pascual. J.J, *La CNMC entre la actividad administrativa de regulación y el derecho de la competencia*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Páginas 183-215.

(generación y comercialización), con el objetivo de evitar monopolios de empresas verticales. Sin embargo, debido a la profunda crisis financiera del momento y al déficit tarifario presente en el sector, provocado por la diferencia entre lo recaudado a través de los peajes de acceso y los costes asociados a la actividad, obligaron a una nueva reforma del sector que garantizase su viabilidad económica.

Dicha reforma se vio reflejada en la Ley 24/2013, del 26 de diciembre, que también profundizaba en garantizar la separación de actividades reguladas y liberalizadas. De esta forma, el sector quedaba dividido en cuatro actividades esenciales:

- *Generación*: actividad que se desarrolla en régimen de libre competencia a través del mercado diario (compraventa de energía según la casación de ofertas), el mercado de ajustes (a petición del operador del sistema), y el mercado intradiario por el que se fija la programación horaria final.
- *Transporte y distribución*: ambas actividades reguladas con la única diferencia que el transporte es exclusivo de la REE y la distribución se realiza por los gestores de las redes de distribución.
- *Comercialización*: actividad realizada en régimen de libre competencia y elección de suministrador eléctrico por parte de los consumidores. Es importante destacar los muchos requisitos de calidad que debe cumplir el suministro y los derechos que ostentan los consumidores al respecto.

El ordenamiento español sobre el sector eléctrico habrá de ser próximamente modificado con la finalidad de incorporar las nuevas directivas europeas sobre energía aprobadas en 2019 en el marco del llamado “Paquete de Invierno” (Directiva 2019/944, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes del mercado interior de la electricidad y Directiva 2019/945, de 17 de abril de 2019, sobre normas comunes del mercado interior del gas natural).

EL SUMINISTRO ENERGÉTICO Y SU REGULACIÓN

Tras la modificación del modelo de intervención pública y el ímpetu liberalizador de la comunidad europea hacia un mercado energético interior basado en la libre competencia, el proceso energético deja de considerarse un servicio público y pasa a considerarse un

servicio de interés económico general. Esto supone que la Administración deja de participar activamente en el suministro energético y delega en operadores privados para realizar dichas tareas. Por su parte, pasa a un segundo plano y únicamente interviene de a través de su papel regulatorio. De igual manera, el sector eléctrico pasa de estar monopolizado por empresas verticales, a una separación efectiva de sus actividades principales, que conlleva la apertura del sector a nuevos operadores y el incremento de garantías a favor de los consumidores.

Por tanto, la Administración pasa a un segundo plano, de tal manera que sólo interviene si aquellos operadores en los que ha delegado no garantizan el servicio esencial que representa el suministro eléctrico y fallan en satisfacer el interés general. Además, regula el proceso energético de tal manera que las actividades de generación y comercialización se llevan a cabo mediante un régimen de libre competencia, mientras que el transporte y la distribución quedan sometidas a ciertas normas reglamentarias. De hecho, esta separación puede adjetivarse de patrimonial puesto tanto el dueño de la red de transporte (REE) como el que la gestiona pertenecen a empresas diferentes, cuyos intereses no coinciden con los intereses de aquellas empresas que participan en las actividades de comercialización y generación del suministro¹².

Por otro lado, el acceso a las redes de transporte y distribución se erige como punto esencial del suministro eléctrico al estar basado sobre un monopolio natural. Esto se debe a que las barreras de entrada para la creación de nuevas redes de transporte son absurdamente altas debido al elevado coste que tendría, además, sería poco eficiente para el propio sistema de suministro que se duplicasen las redes. Por tanto, se decide regular el transporte y la distribución para controlar el monopolio natural presente.

A raíz de la necesidad de regulación y de las altas barreras de entrada, se configura el derecho de terceros al acceso a las redes de transporte y distribución (art. 8.2 Ley 24/2013), de tal manera que cualquier empresa suministradora de energía podrá acceder a la red para el transporte de la energía sin necesidad de ostentar la titularidad sobre la red, a cambio de una comisión o peaje igual para todo el territorio nacional. Los gestores de las redes quedan obligados a permitir este acceso como medio de limitar el monopolio

¹² Montero Pascual. J.J, *La CNMC entre la actividad administrativa de regulación y el derecho de la competencia*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Páginas 183-215.

natural que representan. Por último, este acceso se realiza entorno a cuatro principios reguladores recogidos en el Real Decreto 1955/2000: publicidad de las tarifas y reglas de acceso, objetividad, no discriminación y precios razonables (basados en la metodología establecida por la CNMC).

Por tanto, el proceso energético queda dividido en cuatro actividades principales, dos liberalizadas (generación y comercialización) y dos reguladas (transporte y distribución). Por ello, creemos conveniente hacer una breve descripción del proceso al completo y de cada actividad en concreto.

El proceso del sector eléctrico comienza con la generación de la electricidad. Esta se puede generar de diversas formas, y debido al mix energético que caracteriza a nuestro país, los métodos más utilizados son el hidráulico, el nuclear, el carbón y el fuel/gas. Una vez se genera la electricidad, como no puede almacenarse, debe transportarse de los puntos generación (central nuclear, por ejemplo) hasta los puntos de conversión, donde se transforma la energía en electricidad con tensiones media o baja para su uso comercial. Este transporte se lleva a cabo en último término por la Red Eléctrica de España (REE) que es dueña y gestora de la red de transporte.

Realizada la conversión de la electricidad, esta debe distribuirse de los centros de conversión a los puntos de uso, como pueden ser los hogares de los consumidores. Esta tarea la llevan a cabo los distribuidores privados, dueños de las redes de distribución a nivel local. En España contamos con cinco principales distribuidores, cada uno con gran presencia en una zona concreta del territorio: Endesa (Cataluña, Aragón, Andalucía y Baleares), Iberdrola (Castilla y León, Valencia y País Vasco), Naturgy (Madrid y Galicia), EDP(Cantabria), y Viesgo (Asturias). Estas empresas se dedican por tanto a distribuir la energía de los centros de conversión a los consumidores.

Por último, llegamos a la comercialización. Con más de 40 comercializadoras en nuestro país, éstas se dedican a la compraventa de energía a través de la casación de las curvas de demanda y oferta del suministro. De esta forma, se calcula la oferta que puede producir el parque energético para el día siguiente, y la demanda que pueden tener las comercializadoras de sus consumidores para el mismo periodo, y se fija un precio para cada hora del día en concreto. Fijado el precio, las comercializadores compran sus paquetes energéticos en el Operador del Mercado Ibérico Española (OMIE) si se trata de

productos a corto plazo (día siguiente), o en el OMIP si se trata de productos a más largo plazo. Ambos mercados se engloban dentro del mismo mercado mayorista MIBEL, al estar España y Portugal en el mismo mercado eléctrico.

Por último, una vez que cada comercializadora ha adquirido su paquete energético, se dirige al mercado minorista donde cierra las contrataciones con sus consumidores, repercutiéndoles de manera proporcional en la tarifa dos conceptos clave: el coste de generación de la energía y los costes adicionales que conforman la tarifa de acceso, que van desde los costes de transporte y distribución hasta primas para fomentar el desarrollo de energías renovables.

INSTITUCIONES PRESENTES EN EL SECTOR ELÉCTRICO

Así como se ha estipulado que el suministro eléctrico pasa a desarrollarse por operadores privados, la Administración sigue interviniendo de manera pasiva en el sector a través de la regulación. Por un lado, en el ámbito energético el Ministerio competente es el Ministerio de Industria, que a su vez engloba la Secretaría de Estado de Energía, la Dirección General de Política Energética y Minas y la Subdirección de Relaciones Energéticas Internacionales. Su intervención se ampara en el artículo 97 de la Constitución que concede al Gobierno la capacidad de dirigir la política interior del Estado y ejerce su potestad con relación al sector eléctrico a través de las Órdenes ministeriales.

Además, se prevén competencias exclusivas del Estado para el sector energético en nuestra Constitución. Por un lado, tenemos el artículo 149.1.25 CE que otorga al Estado las competencias relativas a las bases del régimen energético, con el límite de que deben estar fijadas en nomas con rango de ley. No obstante, surge una excepción a este límite cuando de manera excepcional se permite que deban realizarse en normas inferiores al rango de ley a modo de complemento que garantice el cumplimiento de las bases (STC 197/1996). Por otro lado, el apartado 13 del mismo artículo otorga la competencia exclusiva al Estado para fijar la planificación general de la actividad económica. A priori puede parecer que no tenga mucha relación con el sector energético, pero como estableció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 18/2011, de 3 de marzo, estas competencias también tenían relación con el régimen jurídico del sector energético¹³. La razón detrás

¹³ STC 18/2011, de 3 de marzo.

de esta conexión es la importancia sistemática de este sector, pues al influir en gran medida en todos los sectores de la actividad económica del país se convierte en un servicio esencial para el correcto funcionamiento de la economía nacional y de la competitividad del país. Por tanto, la competencia atribuida por el artículo 149.1.13 CE se considera expansiva a todos los efectos, pudiendo llegar sin problemas, al régimen jurídico del sector energético.

Por otro lado, las instituciones europeas juegan un papel importante en el sector energético. Si bien la escasez de regulación se extendió hasta la década de los 90, el ímpetu liberalizador de la comunidad europea produjo grandes transformaciones en los mercados eléctricos nacionales de los Estados miembros. Para ello, la Unión Europea hacía uso de otras competencias que le permitía tener implicación directa en materias energéticas. Concretamente, la UE se apoyaba en la potestad relativa al mercado interior recogida en el artículo 95 del Tratado de la Comunidad Europea, que le permitía armonizar la legislación de los Estados miembro para obtener mercados liberalizados¹⁴.

Con la llegada del Tratado de Lisboa se reconoce la energía como una competencia compartida entre la UE y sus Estados miembro (artículo 4 del Tratado de Lisboa), otorgando a la Unión mayor margen de maniobra al respecto. Más allá, el artículo 194 del TFUE sienta las bases para dicha competencia energética de la Unión y dicta las bases que debe seguir: garantizar el funcionamiento del mercado energético, garantizar la seguridad del abastecimiento energético, fomentar la interconexión energética y fomentar el ahorro y desarrollo de nuevas fuentes de energía sostenible.

Por su parte, la Administración institucional también está presente en el sector. Los entes públicos que desempeñan actividades en el sector eléctrico son tres: Instituto para la Diversificación y Ahorro de Energía, el Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Para el presente trabajo nos centraremos solo en la CNMC debido a las nuevas competencias que ha recibido por parte del Gobierno a través del Real Decreto Ley 1/2019, del 11 de enero.

¹⁴ García-Manzano Jiménez de Andrade. P, *La potestad normativa de las administraciones independientes*. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 2015.

Dicho Real Decreto-Ley viene determinado por la necesidad de ajustar el ordenamiento español a las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE de la Comisión Europea, las cuales han sido nombradas en varias ocasiones a lo largo del trabajo.

Como se ha venido exponiendo, en el año 2013 se promulga en nuestro país la LCCNMC, creando un ente regulador de los sectores en red y otorgándole numerosas competencias para el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, debido al contexto de crisis financiera del momento, el Gobierno creyó conveniente atribuirse ciertas competencias en materia energética que en aquel momento se encontraban en manos de los organismos reguladores en virtud de lo exigido por las directivas europeas (singularmente, la metodología de cálculo de los peajes eléctricos y gasistas). En consecuencia, la Unión Europea amenazó con sancionar al Estado al respecto, dando lugar al ya nombrado Real Decreto Ley 1/2019, del 11 de enero, de medidas urgentes para adecuar las competencias de la CNMC a las exigencias derivadas al derecho comunitario. Con este Real Decreto se devuelve a la CNMC las competencias desprovistas.

En cuanto a términos económicos, el Real Decreto autoriza a la CNMC para aprobar la metodología, los valores y los estándares retributivos de los peajes y las actividades de transporte y distribución. Además, se autoriza a la Comisión para fijar los estándares de remuneración anual del transporte y la distribución y para fijar las cantidades que recibirán a modo de retribución los operadores presentes en el sector eléctrico y gasista.

En cuanto al libre acceso a las redes de distribución de aquellos operadores que no sean titulares de estas, se autoriza a la CNMC para fijar su metodología (peajes) y las condiciones relativas al acceso. Esta autorización se entiende en un plano general, de tal forma que la CNMC podrá aprobar los requisitos de transparencia de las redes, hasta las causas de denegación del libre acceso a las redes de distribución. No obstante, esta vis atractiva no se opone a que surja regulación gubernamental en aquellas materias que la propia Comisión haya dejado sin regulación.

También se otorga a la CNMC competencias sancionadoras y de inspección. La primera irá dirigida a sancionar aquellos ilícitos administrativos previstos como la colusión o el abuso de posición de dominio o aquellas acciones tipificadas como infracciones en la legislación previa como el incumplimiento de las obligaciones del sistema de peajes diseñado por la CNMC. Por último, se otorga a la CNMC la potestad normativa que como

ya sabemos la ejerce a través de sus Circulares de desarrollo y ejecución, y se justifica por su naturaleza de Administración independiente y el alto conocimiento especializado de sus miembros. Recordemos que su potestad reglamentaria nace de la discrecionalidad técnica, por lo que, si la propia Comisión falla a la hora de justificar adecuadamente su actuación a través de sus Memorias de Justificación, sus Circulares quedarán anuladas¹⁵.

POTESTAD REGLAMENTARIA Y SUS LÍMITES

Como hemos visto anteriormente, la potestad reglamentaria no es exclusiva de la CNMC, al ser reconocida con anterioridad a la CNMV y al Banco de España. Aunque el artículo 97 de la Constitución Española reconoce la potestad reglamentaria a favor del Gobierno, ya hemos observado como la Administración debe respetar el ámbito de autonomía de las Administraciones independientes en el ejercicio de sus funciones, por lo que la capacidad normativa de la Comisión sí tiene cabida.

Ahora bien, como toda capacidad normativa, debe tener un límite general. Parece lógico que dicho límite sea la reserva de ley, haciendo que las normas dictadas por la CNMC se supediten al poder legislativo. El problema surge cuando se trata de armonizar la potestad reglamentaria del Gobierno con la de las Administraciones independientes, puesto que, aunque se deba respetar los ámbitos de autonomía, el Gobierno sigue manteniendo muchas competencias en las industrias de red para el ejercicio de la política interior y exterior.

Cierta doctrina¹⁶, opina que esta potestad alcanza únicamente a la adopción de actos administrativos, mientras otros autores defienden una habilitación legal expresa para el su ámbito de autonomía en el ejercicio de sus funciones¹⁷. Por su parte, el Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad de este tipo de normas en relación con las

¹⁵ Montero Pascual, J.J., *La CNMC entre la actividad administrativa de regulación y el derecho de la competencia*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Páginas 183-215.

¹⁶ Martínez Vila, 1998, página 3.

¹⁷ García-Manzano Jiménez de Andrade, P., *La potestad normativa de las administraciones independientes*. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 2015. Martínez Vila, J.E., *Reflexiones sobre la capacidad normativa de la CMT*. La Ley, núm. 4683, 1998, página 1-3.

Circulares tanto del Banco de España como de la CNMV en sus Sentencias 135/1992 y 133/1997¹⁸.

Otra problemática al respecto es el modelo de los actos administrativos que llevan a cabo este tipo de Administraciones. La gran mayoría de su regulación engloba obligaciones dirigidas a los operadores del mercado, sin embargo, existen excepciones donde se complementa el proceso regulatorio con actos más generales cuya finalidad no es extinguirse con su aplicación, si no que su existencia es más dilatada en el tiempo. En este caso, es el Tribunal Supremo con su Sentencia de 1 de febrero de 2006, identifica los límites a estas intervenciones administrativas, que evidentemente se aplicarán a la actividad de la CNMC¹⁹:

- **Límite objetivo:** la Comisión sólo podrá actuar en sus sectores de aplicación, es decir, en su ámbito de autonomía. Por lo tanto, aquellas bases y términos más generales quedan relegados a la actuación de otras instituciones de carácter estatal.
- **Límite formal:** para incrementar el nivel de transparencia y adecuar la actuación de la CNMC al procedimiento administrativo común de la ley 39/2015, de tal manera que se requiere la publicación de los actos administrativos en el BOE, así como largos procesos de consulta previos a la adopción de cualquier Circular y otros requisitos de carácter formal. Este límite es la vía más utilizada para atacar las Circulares de la Comisión como veremos más adelante.
- **Límite subjetivo:** la actuación administrativa de la CNMC afectará a ciertos sujetos, es decir, a aquellos operadores presentes en el mercado. De esta forma, se evita que la Comisión se exceda en su actuación y que se politice su potestad reglamentaria para coaccionar a sujetos concretos.
- **Límite temporal:** por último, el límite temporal es crucial para las disposiciones de la CNMC. Los reguladores independientes, al tener amplias competencias en sus sectores de aplicación, deben estar al tanto de la evolución de sus mercados, permitiéndose una revisión periódica de sus disposiciones. Es por ello por lo que la actuación de la Comisión se revisa anualmente conforme a la situación del mercado y a la política energética que establezca el Estado.

¹⁸ STC 135/1992 y 133/1997

¹⁹ STS 1 de febrero de 2006.

Por último, debemos fijarnos en lo que establece la propia Ley de Creación de la CNMC. El artículo 30 reconoce la posibilidad para que la CNMC pueda dictar Circulares de desarrollo y ejecución de Decretos y Órdenes ministeriales relativas a su ámbito de supervisión, siguiendo el modelo aplicado para el Banco de España y la CNMV. Esta es la manera en la que la CNMC interviene en el mercado, con la finalidad de especificar las obligaciones generales que haya impuesto el Legislador. Sin embargo, no con obligaciones que se agotan con su cumplimiento, si no que su aplicación tiene vocación de permanencia y, por tanto, se refuerzan con su cumplimiento. Es por ello por lo que las Circulares de la CNMC adquieren naturaleza normativa²⁰.

Además, LCCNCM recoge una serie de límites y garantías a la hora de aprobar las Circulares que son de vital importancia. En primer lugar, otorga la capacidad de dictarlas únicamente al Consejo de la CNMC, capacidad que resulta además indelegable. En segundo lugar, se exige un trámite de audiencia de todos los titulares con intereses o derechos legítimos que puedan verse afectados por la circular. La ley no contempla el trámite de información pública para la elaboración, pero podría ser una buena innovación para mejorar la transparencia.

Igualmente, se exige la publicación de las Circulares en el BOE, a partir de la cual comenzarán a tener carácter vinculante. Por último, y quizás de más relevancia, se exige que la propia CNMC haya sido habilitada expresamente por la norma de cobertura para poder dictar Circulares, así como justificación técnica y económica a través de las memorias de justificación. Respecto a esto último, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha llegado a anular disposiciones por memorias de justificación incompletas o insuficientes.

Por todo lo dicho anteriormente, podemos determinar que la potestad reglamentaria de la CNMC sí tiene cabida en nuestro ordenamiento a través de las Circulares de desarrollo y ejecución de Decretos y Órdenes ministeriales. Sin embargo, esta potestad tiene ciertas peculiaridades que pasaremos a analizar más adelante a través de los Dictámenes del Consejo de Estado. Igualmente, debemos pararnos a analizar el Real Decreto 1/2019 ya que extiende y ahonda en la potestad reglamentaria de la Comisión.

²⁰ Montero Pascual. J.J, *La CNMC entre la actividad administrativa de regulación y el derecho de la competencia*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Páginas 183-215.

COMPETENCIAS ATRIBUIDAS POR EL REAL DECRETO 1/2019, DE 11 DE ENERO

A raíz de las exigencias europeas recogidas en las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE de la Comisión Europea, el Gobierno se vio obligado a promulgar dicho Real Decreto-ley. Con él se adecuan las competencias de la CNMC a las exigencias de las instituciones europeas, lo que no obsta que se hayan producido reacciones en contra de la nueva norma en nuestro país, tal y como se puede ver reflejado en las numerosas alegaciones procedimentales en contra de la CNMC. En este momento, pasaremos a analizar en más detalle las competencias más importantes que otorga a la Comisión.

En primer lugar, se autoriza a la CNMC la aprobación de la metodología de y la remuneración anual de las actividades de transporte y distribución del suministro eléctrico. Todo ello con previa adopción de la política energética por parte del Gobierno y con el límite máximo para la tasa de retribución financiera que establezca la ley para el ejercicio vigente. Por ello, vemos como aparece de nuevo la reserva de ley como límite de la potestad reglamentaria de la Comisión²¹.

Por otro lado, se autoriza a la CNMC para promulgar las circulares normativas que establezcan la metodología para el cálculo de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución. Esta potestad implica determinar los criterios económicos, las causas de denegación del acceso, el contenido de las solicitudes, así como los requisitos de transparencia y publicidad necesarios para la información relevante. No obstante, el Gobierno se reserva ciertas competencias, como la obligación de que los requisitos para las concesiones de acceso se adecuen a las orientaciones de la política energética.

Igualmente, se permite a la CNMC controlar los planes de inversión de los gestores de las redes de transporte, así como la retribución del operador del sistema eléctrico. Además, regulará las reglas de funcionamiento de los mercados organizados dentro de su ámbito de aplicación de acuerdo con las normas europeas.

²¹ Vázquez del Rey. F, *Novedades regulatorias del Real Decreto-ley 2019 y nuevas competencias de la CNMC*. PWC Periscopio Fiscal y Legal. 2019

No obstante, como podemos ver a lo largo de todas las competencias otorgadas, para la elaboración de las circulares normativas relativas a la retribución de las actividades reguladas, a la metodología para el cálculo de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución, a las condiciones para la concesión de acceso o a las reglas de funcionamiento de aquellos mercados bajo su ámbito de supervisión, deberá tener en cuenta las orientaciones de la política energética establecidas por el Gobierno²².

Por último, en línea con las nuevas competencias asumidas, se ha tenido que reformular el régimen sancionador y de inspecciones de tal manera que la CNMC pueda imponer sanciones respecto a aquellas infracciones relacionadas con sus nuevas competencias.

EL CONSEJO DE ESTADO Y LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LA CNMC

Aunque la delegación a la CNMC de las nuevas competencias es muy reciente, el Consejo de Estado se ha manifestado en diversas ocasiones al respecto, tratando de resolver los problemas que surgen en relación con el ejercicio de su potestad reglamentaria y las numerosas alegaciones procedimentales que han surgido en contra de sus Circulares. Por ello, nos parece conveniente estudiar con más detalle la opinión de este órgano consultivo, centrándonos en el dictamen que estudia el proyecto de Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica. Aunque se trata de un órgano consultivo cuyos dictámenes no son vinculantes, su doctrina es relevante puesto que el Gobierno suele usar de guía sus líneas de pensamiento.

En un primer lugar, el Dictamen establece como el Consejo de Estado remitió una consulta sobre el proyecto de Circular al Ministerio de Transición Ecológica con el fin de analizar si éste se ajustaba a las orientaciones de política energética establecidas por el Gobierno en la Orden TEC/406/2019. Esta adecuación tiene gran importancia como ya pudimos ver en el capítulo anterior.

²² Coello de Portugal Martínez del Peral. I, *Legislación de emergencia y CNMC (estudio del Real Decreto Ley 1/2019, de 11 de enero)*.

La respuesta tomó forma de informe de la Secretaría de Estado de Energía, estableciendo que el proyecto de Circular se ajustaba parcialmente a las orientaciones establecidas. No obstante, lo más destacable se encuentra en relación con la segunda orientación al establecer la Secretaría de Estado lo siguiente “en la medida en que su cumplimiento estaría vinculado a la regulación por parte de la CNMC de aspectos que, de acuerdo con la legislación sectorial, corresponde regular al Gobierno”. Más concretamente, se establece que viola el artículo 40.1.h de la Ley 24/2013, de 26 de noviembre, del Sector Eléctrico, al regular aspectos que corresponde regular al Gobierno, como es el caso del límite máximo para la inversión anual.

Este informe conllevaría la convocatoria de la Comisión de Cooperación entre la Secretaría de Estado de Energía y la propia CNMC, donde se acuerda que determinadas provisiones del proyecto de Circular contravenían el régimen competencial de la CNMC y por tanto debía suprimirse la Circular en todo aquello que lo contravenga. Esta comisión de cooperación estaba recogida en el mismo Real Decreto Ley 1/2019, de 11 de enero, y representa el vínculo formal que comentamos anteriormente y que busca armonizar las potestad normativas de la CNMC y el Gobierno.

Por todo lo anterior, podemos ver como la potestad reglamentaria de la CNMC encuentra ciertos límites que debe respetar. En este caso se trata de un límite objetivo representado por el régimen competencial, a través del cual la Comisión no tiene capacidad reglamentaria para actuar allí donde la propia norma no le haya autorizado al haber autorizado a una institución distinta.

Más adelante, el Dictamen se centra de lleno en el ejercicio de la potestad de la CNMC para aprobar circulares normativas. El primer análisis que realiza el Consejo de Estado es análogo al que ya hemos explicado nosotros a lo largo del presente trabajo. Por un lado, establece que la potestad reglamentaria de la CNMC se encuentra recogida tanto en el artículo 30 de la LCCNMC como en el artículo 129.4 de la Ley 39/2015, ya que existe la posibilidad de que se habilite directamente a las Administraciones independientes al desarrollo y ejecución de las propias leyes por medio de reglamentos, sin la necesidad que medien otras normas reglamentarias entre las leyes y las circulares. Por ello las Circulares de la CNMC adquieren naturaleza normativa.

No obstante, debemos recordar que esta potestad reglamentaria no es única y exclusiva de la CNMC, si no que nace a raíz de la delegación de la misma competencia en otras autoridades independientes como son la CNMV (STC133/1997) y el Banco de España (STC 135/1992). De igual manera, aunque el ejercicio de la potestad reglamentaria sea legítimo desde un punto de vista constitucional, creemos que no tiene el mismo alcance e intensidad que tiene la potestad normativa reconocida al Poder ejecutivo en el artículo 97 de la Constitución, puesto esta nace de la legitimación política y de la soberanía del pueblo español, mientras que la potestad de la CNMC nace de la justificación técnica y especialización de su actividad (Consejo de Estado dictamen nº 870/2012) y goza de un control parlamentario mucho más laxo.

Seguidamente, el dictamen lleva a cabo un análisis exhaustivo del artículo 30 de la LCCNMC, que como ya sabemos reconoce la potestad reglamentaria de la Comisión. De este análisis se pueden sacar varias conclusiones que nos ayudan a acotar el alcance de dicha potestad. En primer lugar, el órgano consultivo establece que se trata de una potestad que no es ni genérica ni uniforme en su aplicación. No es genérica puesto que no cuenta con una habilitación general para dictar circulares normativas, por el contrario, sólo tiene potestad allí donde una norma se lo reconoce expresamente, es decir, únicamente en su ámbito de supervisión y siguiendo un principio de atribución y no de generalidad. En cuanto a la uniformidad, se puede ver claramente que la potestad reglamentaria de la CNMC no es uniforme puesto que la potestad reconocida en los distintos sectores difiere en gran medida²³.

Como establece el propio dictamen, este reconocimiento a través del cual la Comisión puede dictar circulares en ciertos ámbitos materiales viene precedido por lo previsto en el derecho comunitario. Como ya hemos hablado varias veces, la Directiva 2009/72/CE exige la creación de una autoridad reguladora independiente en su artículo 35, y reconoce ciertas obligaciones y competencias para la misma en su artículo 37, entre las que se encuentra establecer la metodología para los peajes de acceso a las redes de transporte. Por tanto, el papel que juega el Derecho de la Unión Europea es muy relevante para interpretar el alcance de la potestad reglamentaria de la CNMC.

²³ Dictamen del Consejo de Estado nº 1080/2019

La limitación de la potestad reglamentaria continua con la supeditación de las circulares al resto de normas vigentes en el ordenamiento. Como se establece en su propia naturaleza, las circulares serán de ejecución y desarrollo de decretos y órdenes ministeriales por lo que lógicamente quedarán supeditadas a estas normas con rango jerárquico superior. De esta manera, aunque se produzca una habilitación expresa para ciertos ámbitos materiales, no quiere decir que el resto de las normas dejen de ser aplicables y sean derogadas por las Circulares, si no que se aplicarán en dichas materias según los términos que establecen la Constitución, las leyes y el Derecho comunitario. Por tanto, la habilitación material no se entenderá como exclusiva para la CNMC, a no ser que el Derecho comunitario dicte lo contrario para ciertas materias, debido a la potestad reglamentaria que también tiene reconocido el Gobierno para ejercer la política interior y exterior.

A este respecto, deben hacerse varias consideraciones. En primer lugar, las circulares normativas de la CNMC no derogarán las normas reglamentarias que hasta ahora regulaban aquellas materias que ahora son competencias de la Comisión. Por el contrario, devendrán inaplicables debido al ejercicio de la potestad reglamentaria nacido en el artículo 30 de la LCCNMC. Dicho esto, estas normas inaplicables ahora por el nuevo régimen competencial establecido por el Real Decreto Ley 1/2019, de 11 de enero, tendrán que ser derogadas, pero no por las circulares CNMC, si no por aquellas autoridades que las dictaron.

No obstante, el nuevo reparto de competencias no puede atentar contra la seguridad jurídica, que se recoge en el artículo 9 de la CE y debe ser respetada en el ejercicio de la potestad normativa, por lo que serán de gran importancia a los órganos de cooperación y coordinación que logren aclarar el marco normativo. De esta forma quedará claro que preceptos serán de aplicación, y que preceptos devienen inaplicables con la aprobación de la circular.

Otro ámbito de limitación que resulta relevante destacar es el respeto imperativo de ciertas reglas del proceso de elaboración de las circulares. En este sentido, y en relación con la STC 135/1992, la potestad normativa se legitima por su especialización técnica, es decir, parece razonable confiar dicha potestad a una administración independiente con

especialización técnica en un sector concreto. Por tanto, resulta muy relevante la memoria de justificación técnica, ya que al recoger las circulares medidas susceptibles de afectar los derechos y obligaciones de los operadores del mercado, deben llevar una justificación técnica adecuada, que expliquen las razones detrás de las medidas y soluciones adoptadas.

Esta limitación cobra mayor importancia si se tiene en cuenta que se delegan competencias de materia pública, y, por tanto, deben ir acompañadas de mecanismos de responsabilidad coherentes con la naturaleza de las potestades adquiridas. Esto se debe al control parlamentario que tiene la CNMC, que no se asemeja al control estricto que soporta el Poder ejecutivo.

Por todo lo dicho anteriormente, podemos ver como la CNMC tiene capacidad suficiente para ejercer la potestad reglamentaria a través de la aprobación de circulares normativas, como reconoce tanto nuestro ordenamiento jurídico, como el Derecho comunitario. No obstante, se trata de una potestad especialmente limitada en su ejercicio y ámbito de aplicación, por lo que los órganos de cooperación juegan un papel muy importante en el esclarecimiento del marco normativo y de la salvaguardia de la seguridad jurídica.

EXIGENCIAS PROCEDIMENTALES

La CNMC debe cumplir con ciertas exigencias en el procedimiento de elaboración de las circulares, sin embargo, su propia ley de creación (LCCNMC) es escasa en contenido al respecto. Las únicas disposiciones que encontramos se recogen en el artículo 30.1 LCCNMC en referencia al trámite de audiencia para los titulares de los intereses legítimos afectados por las circulares, así como en el artículo 30 del Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC que regula el procedimiento para la elaboración de circulares. No obstante, lo realmente importante en el ámbito de las exigencias procesales es la posible aplicación de otras reglas de carácter general como la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, o la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común para las Administraciones Públicas.

En lo que respecta a Ley 50/1997, del Gobierno, no es aplicable de forma directa como dicta su título V donde se hace referencia a la iniciativa legislativa y potestad

reglamentaria del Gobierno y sus miembros, pero no se trata la potestad reglamentaria de las Administraciones independientes como el Banco de España o la CNMC para dictar circulares normativas. Dicho esto, es cierto que existen casos en los que la no aplicación de esta norma puede provocar vacíos normativos que atentan contra la seguridad jurídica, como es el caso de la Memoria del análisis del impacto normativo.

En lo que hace a la Ley 39/2015, son reseñables los principios de buena regulación recogidos en el artículo 129.1, que como establece el Consejo de Estado *“no plantea dudas (...) la aplicabilidad de estos principios a la iniciativa normativa que parta de la CNMC”*. De hecho, la propia LCCNMC en su artículo 2.2 prevé la aplicación supletoria de la ley 30/1992, referencia que actualmente se entiende hecha a la Ley 39/2015 y Ley 40/2015. Por tanto, la CNMC actuará de acuerdo con los siguientes principios del citado artículo: eficacia, necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

En virtud de los principios de eficacia y necesidad, la circular aprobada por la CNMC deberá estar justificada por una razón de interés general, de tal manera que los fines perseguidos queden claramente identificados, siendo la circular el mejor método para conseguir tales objetivos. De igual manera, la iniciativa reglamentaria de la CNMC deberá contener toda la regulación necesaria para atender las necesidades cubiertas, habiendo hecho un juicio previo entre las distintas alternativas, de tal manera que se escoja aquella que logre cumplir los objetivos de la forma menos restrictiva. Este juicio de valor deberá realizarse en virtud del principio de proporcionalidad.

Por otro lado, el principio de transparencia exige que la CNMC posibilite el acceso universal y actualizado a su regulación vigente, de tal forma que cualquiera pueda acceder y estar al tanto de la normativa en vigor y de los documentos incluidos en el proceso de elaboración. Estas exigencias se recogen en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. De esta forma, la CNMC debe permitir la participación de los interesados en la elaboración de las normas a través de instrumentos como el trámite de consulta previa o el trámite de audiencia, así como definir claramente los objetivos de su iniciativa legislativa y justificar en gran medida las razones de su actuación y las medidas y soluciones escogidas.

En lo que hace en particular al trámite de audiencia, la observancia de este trámite es de obligado cumplimiento por el artículo 30.1 de la LCCNMC y el artículo 105 CE. De igual manera, el trámite de consulta previa también resulta sustancial para el procedimiento de la iniciativa normativa de la CNMC y se recoge en el artículo 133.1 de la Ley 39/2015. No obstante, el Consejo de Estado nos remite a la Sentencia del Tribunal Supremo 1250/2018, de 17 de julio, en la cual se establece que debe hacerse *“una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales para la elaboración de disposiciones generales, que se justifican no por el puro formalismo de su realización si no por la finalidad a que responden, como señala la STS de 15 de diciembre de 1997”*.

Por tanto, atendiendo a la doctrina del Tribunal Supremo no se trata de observar el puro formalismo de trámites y exigencias procesales, si no que debe atenderse a la finalidad que responden y a su realización material²⁴. En este sentido, el propio Consejo de Estado en el dictamen estudiado a lo largo del presente epígrafe, establece que las circunstancias relativas a la circular se deben tener en cuenta, y que habiendo conocido con antelación suficiente y con posibilidad de realizar las alegaciones pertinentes la circular a aprobar, el proceso se considera garantista con su derecho de audiencia. En conclusión, lo importante no es el cumplimiento exacto de las formalidades exigidas, si no otorgar la posibilidad suficiente a los interesados para ejercer sus derechos relativos a la participación en el proceso de elaboración normativo.

En cuanto al principio de eficiencia la CNMC deberá actuar de manera que evada cargas y retrasos administrativos innecesarios, tratando de racionalizar la utilización de recursos públicos. En este sentido, se deberá cuantificar los gastos y repercusiones del uso de fondos públicos, de tal manera que concuerden con los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

En lo que hace al principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa deberá realizarse de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional vigente, así como en concordancia con el Derecho comunitario. Con esta medida se logra producir un marco normativo estable y claro que permite a los titulares de los derechos e intereses afectados conocer la norma aplicable y tomar las decisiones pertinentes en base a ella. Ahondando en esta idea, no

²⁴ STS de 15 de diciembre de 1997

debemos olvidarnos de que el principio de seguridad jurídica está constitucionalmente reconocido en el artículo 9 CE, y no sólo busca un ordenamiento claro y una adecuación de la iniciativa legislativa al derecho nacional y comunitario, si no también jerárquicamente ordenado.

Por tanto, resulta adecuado la elaboración de un documento técnico que analice las causas, el contenido, la justificación y las medidas tomadas, así como los posibles impactos que puedan tener en los titulares de intereses afectados. Este documento no es otro que la ya conocida memoria de justificación técnica de la actuación de la CNMC. Como podemos ver, este documento es altamente importante para el ejercicio reglamentario de las Administraciones independientes, puesto que como ya sabemos, su potestad nace de la discrecionalidad y especialización técnica²⁵, y de la adecuación a las exigencias del Derecho de la Unión Europea. Por ello, nace la exigencia de extremar el cuidado en la elaboración de este tipo de memorias que justifican, desde un punto de vista técnico, las soluciones adoptadas y los costes que estas suponen en industrias tan importantes para el interés general como las industrias en red.

A todo lo anterior, cabe añadir otra exigencia procedimental de la cual ya hemos hablado anteriormente y que queda recogida en el artículo 1.4 del Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero. En esta norma se prevé la exigencia de la aprobación de un informe previo por parte de el Ministerio de Transición Ecológica, que analice la adecuación de la iniciativa normativa de la CNMC a las orientaciones de política energética aprobadas por el Gobierno. En caso de haber discrepancias, se suspenderá la aplicación de las circulares en todo aquello que no se adecue a las orientaciones, y se aprobará la convocatoria de una Comisión de Cooperación. A priori, este instrumento parece atentar contra la independencia característica y exigida por la Unión Europea de las autoridades reguladoras independientes, no obstante, resulta obvio que la CNMC y el Gobierno se insertan en un mismo sistema jurídico. Además, el propio Gobierno tiene reconocida la potestad reglamentaria general por el artículo 97 CE, por lo que la existencia de normas relativas al ámbito de aplicación de la CNMC es frecuente. En este sentido, la Comisión de Cooperación es crucial para la elaboración de un marco jurídico coherente que permita

²⁵ STC 135/1992

ver con facilidad el régimen competencial vigente, y delimite el alcance de la potestad reglamentaria de la CNMC.

Por todo lo dicho anteriormente, la CNMC debe actuar siguiendo una serie de principios procesales, consagrados por la Ley 39/2015 y la propia Constitución española, y que abogan por una mejor regulación en relación con la corriente legislativa de la *Better Regulation*. De esta manera, se consigue un ordenamiento jurídico coherente y jerarquizado, con un régimen competencial claro, y con la seguridad de que se ha realizado un proceso objetivo racional por el que se ha llegado a la opción más adecuada. Igualmente, se logra conservar el principio de seguridad jurídica, a través de la justificación profunda y técnica de las iniciativas normativas de aquellas Administraciones independientes con menos control parlamentario como el caso de la CNMC, a la vez que se conserva la independencia de estas autoridades reguladoras exigida por la Unión Europea.

Por último, la observancia de los trámites procesales es igual de importante para salvaguardar la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento, sin embargo, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, debemos realizar una interpretación funcional de dichas garantías procesales ya que la potestad reglamentaria se justifica por las necesidades a las que responde no por las formalidades que deben observarse para su realización.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos podido analizar con detalle la situación actual de la legislación administrativa, constitucional y europea referente a la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia, delimitando su régimen competencial vigente y analizando las carencias del modelo normativo actual. Gracias a ello, hemos obtenido varias conclusiones donde expondremos nuestra valoración personal del modelo actual, así como soluciones de posible aplicación para la mejora de éste.

Ha quedado debidamente explicado como las Administraciones independientes tienen cabida en nuestro marco constitucional, tanto por la falta de prohibición al respecto por parte de la Constitución y el nuevo modelo de intervención pública, como por las exigencias europeas a través de las Directivas europeas. A ello se suma un reconocimiento expreso y la existencia de un régimen jurídico general recogido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

De hecho, la constitución de estas autoridades reguladoras independientes se ha convertido en un modelo de gran aplicación en nuestro territorio, como demuestra la existencia del Banco de España, de la CNMV y de la propia CNMC. Respecto de ésta última, creemos que el modelo actual carece de ciertas garantías tanto en el ámbito de la independencia de la Comisión, como respecto a su potestad reglamentaria y el régimen competencial vigente.

Aunque la independencia de la CNMC, como organismo regulador en materia energética, viene impuesta por la Unión Europea y es condición indispensable para su existencia como viene recogido en las Directivas 2009/72/C and 2009/73/CE, observamos que se producen ciertas incoherencias en la práctica. Por un lado, el sistema de nombramiento de sus miembros podría ser modificado para evitar su politización, ya que hasta el momento es el Poder ejecutivo el que propone a los candidatos, existiendo únicamente derecho de veto a favor del Parlamento si obtiene unanimidad de la comisión. Por tanto, una modificación que otorgue más poder al Parlamento a la hora de elegir a los futuros miembros de la Comisión podría reducir el riesgo de politización y de captura. Incluso,

sería interesante introducir nuevos requisitos para la elección de los candidatos, con el fin de garantizar que se ha escogido a aquellos mejor preparados para el puesto.

Dicho esto, opinamos que las memorias de justificación nos parecen un filtro sólido para la actuación de la CNMC ya que garantiza que se ha intervenido tras haber realizado una valoración técnica y económica de la situación que ha dado lugar en la elección de las soluciones más adecuadas y menos lesivas para los afectados por el proceso, al estilo del *Better Regulation* británico. Además, aunque el control judicial de las circulares normativas se limita a analizar si se han realizado conforme a derecho y al cumplimiento de las formalidades, creemos que lo realmente importante es analizar el contexto en el que se aprueban las circulares, ya que no son las formalidades las que motivan la intervención de la Comisión, si no el ámbito material que trasciende a la situación concreta.

Por otro lado, el ámbito de autonomía de la CNMC resulta interesante respecto al control parlamentario que soporta, en comparación con otras instituciones como el Gobierno. En este sentido, opinamos que el control actual es mínimo, limitado a comparecencias anuales del presidente ante el Parlamento, y que dado la importancia de las competencias públicas que se le otorgan a la Comisión, el régimen de responsabilidad debe ser más estricto. Aunque el régimen de independencia viene impuesto por las autoridades europeas, tenemos la oportunidad de trasponer las Directivas de una forma menos lesiva para nuestro ordenamiento, y un mayor control de la actuación de la CNMC permitirá incrementar la transparencia y la seguridad jurídica.

En lo que hace a la potestad reglamentaria de la CNMC, nos surgen varias dudas entorno a la idoneidad del modelo actual para garantizar el respeto a la seguridad jurídica y a los intereses de los titulares afectados. Su legitimidad ha quedado más que demostrada, sin embargo, el régimen competencial vigente no es nada claro y puesto que el Gobierno sigue ostentando potestades en ámbitos de aplicación de la CNMC, el principio de coherencia luce por su ausencia. En este sentido, la creación de una tabla de vigencias al estilo de lo propuesto por el propio Consejo de Estado en sus dictámenes respecto a las circulares de la Comisión ayudaría al esclarecimiento de la situación y abogaría por un ordenamiento basado en la corriente de la *Better regulation*, donde se busca un marco

normativo estable y coherente donde los interesados puedan acceder a las normas fácilmente para poder realizar las alegaciones pertinentes.

Por último, la existencia de Administraciones independientes como la CNMC plantea una doble problemática por la cual debemos escoger entre el respeto a la supeditación de nuestro ordenamiento al Derecho europeo y la salvaguarda de los principios de seguridad jurídica y transparencia. Desde nuestro punto de vista, si bien debemos seguir respetando las exigencias de la comunidad europea, creemos que una regulación más concreta del ámbito de autonomía de la CNMC y sobre todo con el régimen competencial que comparte con el Gobierno sí es posible, y que por el hecho de que nos sean impuestas ciertas condiciones no supone que no podamos actuar al respecto dentro del margen de maniobra que nos otorguen. Por tanto, aunque respetamos y reconocemos el poder de intervención público de la CNMC, creemos que el control de su actividad debe de estar a la altura de la importancia de las competencias atribuidas.

REFERENCIAS

OBRAS

1. Baiges i Pla. E, *Better Regulation: una estrategia ineludible*. ESADE-IDGP, núm.2, 2009. Páginas 9-29. Recuperado de <https://www.esade.edu/itemsweb/idgp/relato2.pdf>.
2. Brokelmann. H, *La sentencia del TJUE sobre el modelo de la CNMC y el requisito de independencia de sus consejeros*. Mlab- Abogados, núm. 79. 2016. Páginas 5-23. Recuperado de <https://www.mlab-abogados.com/wp-content/uploads/2016/11/Articulo-HB-CEFI-STJUE-CNMC.pdf>.
3. Coello de Portugal Martínez del Peral. I, *Legislación de emergencia y CNMC (estudio del Real Decreto Ley 1/2019, de 11 de enero)*. Publicación independiente del autor en Amazon. 11 de noviembre de 2019. Páginas 80-105.
4. García-Manzano Jiménez de Andrade. P, *La potestad normativa de las administraciones independientes*. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 2015.
5. Magide Herrero. M, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Instituto Nacional de la Administración Pública. Madrid. 2000.
6. Magide. M, *La nueva Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*. Actualidad jurídica Uría Menéndez. Núm. 35. 2013. Páginas 1-4.
7. Martínez Vila, J.E. , *Reflexiones sobre la capacidad normativa de la CMT*. La Ley, núm. 4683, 1998, páginas 1-3.
8. Montero Pascual. J.J, *La CNMC entre la actividad administrativa de regulación y el derecho de la competencia*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Capítulo 1 (21-70); Capítulo 2 (73-120); Capítulo 4 (183-215).
9. Rallo Lombarte. A, *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: los reparos de las instituciones europeas sobre la independencia del regulador*. UNED. Teoría Realidad Constitucional, núm.34, 2014, páginas 193-234. Recuperado de <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/14084/12662>
10. Rallo Lombarte. A, *La constitucionalidad de las Administraciones Independientes*. Tecnos, Grupo Anaya. Madrid, 2002.
11. Vázquez del Rey. F, *Novedades regulatorias del Real Decreto-ley 2019 y nuevas competencias de la CNMC*. PWC Periscopio Fiscal y Legal. 2019. Recuperado de

<https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/novedades-regulatorias-del-real-decreto-ley-1-2019-y-nuevas-competencias-de-la-cnmc/>

JURISPRUDENCIA

1. Dictamen del Consejo de Estado nº 1080/2019
2. Dictamen del Consejo de Estado nº 870/2012.
3. Sentencia del Tribunal Constitucional 135/1992, de 5 de octubre.
4. Sentencia del Tribunal Constitucional 135/1992, de 5 de octubre.
5. Sentencia del Tribunal Constitucional 18/2011, de 3 de marzo.
6. Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre.
7. Sentencia del Tribunal Supremo 1250/2018, de 17 de julio.
8. Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2006.
9. Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre de 1997.
10. Sentencias del Tribunal Constitucional 133/1997, de 16 de julio.

LEGISLACIÓN

1. Constitución española
2. Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural.
3. Ley de Autonomía del Banco de España
4. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
5. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
6. Ley 24/2013, del 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.
7. Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno
8. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común.
9. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
10. Orden TEC/406/2019, de 5 de abril, por la que se establecen orientaciones de política energética a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
11. Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la CNMC

12. Real Decreto Ley 1/2019 de 11 de enero, de medidas urgentes para adecuar las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a las exigencias derivadas del derecho comunitario en relación con las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural.