

# LA AGENCIA DE COOPERACIÓN DE REGULADORES DE LA ENERGÍA: ¿AUTORIDAD EUROPEA DE REGULACIÓN O INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN DE LOS REGULADORES NACIONALES?

ELISENDA MALARET I GARCÍA

Catedrática de Derecho Administrativo, Universitat de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS FUNDAMENTOS DE LA CREACIÓN DE LA ACRE Y DE SU ESPECIAL POSICIÓN INSTITUCIONAL. III. SUS FUNCIONES: UN ÁMBITO COMPETENCIAL ESTRICTAMENTE DELIMITADO, UNAS FUNCIONES ENCUADRADAS POR LOS PODERES NORMATIVOS DE LA COMISIÓN. IV. LA ARQUITECTURA INTERNA: UNA ESTRUCTURA ORGÁNICA QUE PLASMA UN NUEVO EQUILIBRIO INSTITUCIONAL: 1. Una arquitectura administrativa original y novedosa. 2. La centralidad de la transparencia: tanto en la vertiente orgánica como en el procedimiento de toma de decisiones. A modo de conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

El funcionamiento eficiente de los mercados requiere necesariamente de un marco jurídico y un andamiaje institucional; estos elementos son condición necesaria, pero ciertamente insuficiente. Sin reglas jurídicas e instituciones de garantía no hay mercado, por ello el derecho cumple un papel fundamental. Sin reglas claras, sin reglas objetivas, sin reglas que aporten seguridad, difícilmente se adoptarán decisiones sobre inversiones sostenibles. Así podemos constatar como en el Derecho comunitario y en las reglas internacionales sobre distintos sectores de la economía –partiendo de los acuerdos sobre comercio mundial– emerge con fuerza el principio de reglamentación de los mercados. Una reglamentación que debe cumplir determinadas condiciones:

las reglas deben ser no discriminatorias, imparciales y objetivas<sup>1</sup>. Para garantizar este objetivo se crean instituciones que cumplan esta finalidad, tanto en el momento de la elaboración y aprobación de las reglas, como posteriormente en el de su aplicación.

En este contexto cobra todo su significado el nuevo «paquete» legislativo de la Unión Europea en materia de energía<sup>2</sup>. Un amplio conjunto de disposiciones de una notable complejidad, necesario para completar y reforzar el mercado interior de la energía.

Este trabajo examina una organización muy reciente puesto que en mayo de 2010 se tomaron las primeras decisiones para crearla efectivamente y se ha puesto en marcha en marzo de 2011, con sede en Ljubijana. Por ello el análisis se efectúa partiendo de los datos que suministra: i) el reglamento de creación de la nueva Agencia europea –Reglamento 713/2009 del Parlamento y del Consejo de 13 de julio de 2009–, ii) los distintos reglamentos y directivas en materia de gas y electricidad que constituyen el marco legal que deberá aplicar –Reglamentos 714/2009 y 715/2009 del Parlamento y del Consejo, de 13 de julio sobre las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y gas respectivamente y Directivas 2009/72 y 2009/73 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y el gas respectivamente– y iii) las normas que podemos inferir de un análisis sistemático al tomar en consideración el contexto del derecho europeo en el que ya disponemos de algunos precedentes puesto que existen otras agencias, si bien presentan notables diferencias.

Nos centraremos única y exclusivamente en la Agencia Europea de Reguladores de la Energía (en adelante ACRE); examinaremos este organismo *ad hoc* pues tiene unas determinadas y precisas competencias, un elenco de cometidos que suponen una de las innovaciones más significativas del nuevo paquete legislativo.

La ACRE es pues una de las grandes novedades, una de las innovaciones más relevantes de la reforma del marco europeo de la energía. Pero es una novedad relativa si se sitúa en un contexto más amplio. Así, desde una perspectiva sectorial, tiene un antecedente inmediato en el órgano que ya se había creado en el ámbito del anterior marco legal de la energía, «el Grupo de reguladores europeo del Gas y la electricidad» que reunía a los reguladores nacionales en sede europea<sup>3</sup>; y desde

---

<sup>1</sup> Este texto tiene su origen en la ponencia presentada en las II Jornadas Pedro Meroño sobre cuestiones actuales del Derecho de la Energía organizadas por la Comisión Nacional de la Energía celebradas en Madrid (5 de mayo de 2010).

Debe señalarse como en muchos textos de derecho derivado europeo se utiliza en las versiones en francés o italiano la noción de «objetividad» y en cambio la versión en lengua castellana opera una mutación puesto que encontramos una noción muy distinta «reglada», *vid.* por ejemplo

<sup>2</sup> *Vid.* sobre este paquete legislativo de la UE, M. BACIGALUPO: «La Unión Europea y las Autoridades reguladoras del energía», *RDUE*, 2009, 16 y también de mismo autor, Los reguladores nacionales de la energía en las nuevas directivas del tercer paquete energético de la Unión Europea: independencia y funciones, *RCD*, 2010, 6.

<sup>3</sup> Sobre los antecedentes de esta instancia. *Vid.* F. SCUTO: «Governance e mercato único dell'energia: il network delle autorità nazionale», en L. AMMANNATI/P. BILANCIA: *Governance multi-nivello, regolazione e reti*, ed. Giuffrè, Milano, 2008, pp. 86 a 90.

una perspectiva organizativa, tiene precedentes en cuanto a la personificación<sup>4 5</sup> ya que esta misma condición se da en las otras agencias europeas. Como veremos más adelante, existen aspectos comunes<sup>6</sup> pero también, y muy significativos elementos diferenciales. Sin embargo, si bien es cierto que existen otras agencias europeas y que la política de agencialización<sup>7</sup> –o en términos más próximos al derecho español, de creación de organismos dotados de personalidad jurídica propia y de una cierta autonomía funcional– lleva ya muchos años de desarrollo en Europa, constituyendo un elemento significativo del paisaje institucional comunitario<sup>8</sup>, también es cierto que la ACRE presenta unas singularidades notables. Tanto es así que algunos autores especializados en el análisis de las agencias europeas ponen de relieve cómo se ha producido una inflexión con esta agencia<sup>9</sup>. En efecto, por primera vez aparece a nivel europeo, a nivel supranacional, una autoridad independiente de regulación.

Hasta ahora todas las agencias que se habían ido creando gozaban de una cierta autonomía. Incluso en algunos supuestos se ha utilizado la expresión de «independencia», como ha ocurrido con una de las más recientes, la Agencia para la seguridad de las redes de comunicaciones electrónicas. Sin embargo, cabe señalar, que en este último supuesto esta independencia deriva de un factor específico pues su proceder se basa y se guía por razones exclusivamente científicas. La independencia es corolario de su cometido y de su proceder basado en el saber científico. No se trata de una independencia fundada en el estatus jurídico, en su posición institucional. Esta es una diferencia notable en relación a la ACRE puesto que ésta es independiente no sólo del poder político, sean éstas las instancias europeas o las nacionales sino, básica y necesariamente de los operadores de mercado, por lo tanto, para actuar correctamente requiere disponer de una independencia sustancial y fundamental

---

<sup>4</sup> La atribución de personalidad jurídica a las Autoridades de regulación independientes ha suscitado una controversia en la literatura francesa pues en el modelo inicial de las Autoridades administrativas independientes esta cualidad no estaba presente; por ello en los últimos tiempos se distingue entre Autoridades administrativas independientes y autoridades públicas independientes, sólo las últimas reúnen la condición de disponer de la personalidad jurídica propia. *Vid.* M. DEGOFF: «Les autorités publiques indépendantes», *AJDA*, 2008, p. 622 y ss.

<sup>5</sup> Un dato que ha estado siempre presente en el Derecho administrativo español, desde los primeros momentos iniciales de creación de estos organismos. *Vid.* E. MALARET: «La Comisión nacional del mercado de valores (Una aproximación a su configuración institucional)», *REDA*, 1992, 76.

<sup>6</sup> El diseño institucional de esta agencia parte de la práctica y los estándares comunes a las agencias y comités europeos; en relación a estos modelos de cooperación, *vid.* M. SAVINO: *I comitati dell'Unione Europea –la collegialità amministrativa negli ordinamenti composti*, ed. Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>7</sup> *Vid.* especialmente, E. CHITI: *Le agenzie europee. Unita e decentramento nella amministrazione comunitaria*, Padoa, 2002.

<sup>8</sup> *Vid.*, por todos, el *Rapport d'information* del Senado francés sobre la evaluación de las agencias europeas, de 7 de octubre de 2009.

<sup>9</sup> E. CHITI: «Le trasformazioni delle Agenzie Europee, *RtrimDP*».

determinada en la configuración de su estatus, en la delimitación de su posición jurídica en relación a la esfera de lo público y de lo privado.

Además de tener esa posición institucional única en relación a la Comisión y de gozar de un estatus de independencia muy fuerte, es también, en mi opinión, la Agencia europea que tiene un poder sobre los operadores del mercado más significativo. Hasta ahora no encontrábamos agencias a nivel europeo que tuvieran poderes directos sobre los operadores de mercado, hasta este momento no existían organismos europeos que pudieran adoptar decisiones vinculantes, en este caso sobre la Red Europea de Gestores de Redes de Transporte de electricidad y su equivalente en relación al gas (en adelante, REGRTE y REGRTG). Se trata pues de la primera agencia que a nivel europeo aparece dotada de atribuciones específicas en relación a los operadores privados, ostenta poder regulatorio, como veremos, sobre los agentes que están en el mercado<sup>10</sup>. Las anteriores agencias no tenían en ningún caso cometidos destinados a garantizar el correcto funcionamiento del mercado y el acceso a determinadas infraestructuras esenciales como ocurre ahora, en cambio, con la ACRE. Por ello es fundamental reseñar los elementos en común que tiene con otras agencias, algunos elementos de continuidad como la creación de un ente dotado de personalidad jurídica, pero, siendo importante este elemento, no es la cuestión más relevante, sino, el tipo de cometidos que se le asigna y la posición que se le atribuye en relación a la Comisión y a las autoridades nacionales de regulación. En definitiva, la singularidad del diseño institucional de lo que podríamos convenir en denominar ahora ya el sistema de reguladores de la energía europea.

La nueva agencia –la ACRE– configura con los reguladores nacionales un sistema y al mismo tiempo se sitúa en una encrucijada entre una instancia supranacional –la Comisión– y las autoridades nacionales de regulación; en esta posición adquiere entidad propia y articula mediante su arquitectura interna esta complejidad de relaciones y poderes. El diseño institucional del sistema de reguladores de la energía europea evidencia, con toda la prudencia necesaria, algunos elementos comunes con otra instancia muy típica del modelo europeo de integración política y económica, el sistema europeo de bancos centrales; estructurado sobre la base del Banco Central Europeo y de los bancos centrales nacionales, así, en los órganos de la institución europea se establece un mecanismo de interconexión entre los dos niveles, una articulación entre la doble instancia. Si se examina la composición de determinados órganos del Banco Central, se observa como en estos órganos están presentes los gobernadores de los bancos centrales nacionales<sup>11</sup>. Es esta interconexión de órganos y de personas que pertenecen a una y otra instancia la que también nos permi-

---

<sup>10</sup> Distinguiendo entre el poder reglamentario, escaso en este supuesto, y el poder regulatorio que supone no solo la adopción de decisiones de carácter general sino sobre todo la adopción de decisiones de carácter individual y de medidas que no tienen carácter vinculante pero que constituyen un instrumento esencial en relación a determinados mercados y muy especialmente en relación a la garantía de la posición de determinados agentes.

<sup>11</sup> Nombrados por los órganos nacionales pero respetando unas reglas establecidas a nivel comunitario.

te entender la exigencia fuerte de independencia que imponen las nuevas directivas y los nuevos reglamentos a las autoridades nacionales de regulación de la energía. Respetando el principio de autonomía organizativa y procedimental de los Estados miembros, el derecho europeo exige un alto nivel de independencia a una autoridad nacional en la medida en que un representante de esta autoridad nacional va a ser luego miembro de un organismo europeo, por tanto, hay un *feed-back* entre organismos supranacionales y organismos nacionales, una interconexión que nos explica estas exigencias fuertes, estas condiciones que impone las directivas a las autoridades nacionales. El derecho europeo de la energía refuerza los poderes de regulación de las autoridades nacionales y acentúa su independencia<sup>12</sup>. El reglamento de creación de la ACRE establece la prohibición de pedir o de recibir instrucciones, otro elemento en común con el sistema europeo de bancos centrales. Esta prohibición, una de las señas de identidad de la Comisión Europea pretende operar a modo de cortafuegos para los intereses nacionales en la toma de decisión de las instancias supranacionales. Esta regla apareció en el Tratado constitutivo de la CEE como garantía de la independencia de los miembros de la Comisión frente a las autoridades nacionales y posteriormente reapareció en el diseño institucional del sistema europeo de bancos centrales y ahora, por primera vez aparece en un organismo de regulación europeo, en una agencia europea, la ACRE.

Si bien, a pesar de estas similitudes institucionales entre el sistema europeo de bancos centrales y el sistema europeo de reguladores de la energía la proximidad se agota en este elemento orgánico. Los distintos cometidos y funciones de una y otra red condicionan fuertemente la naturaleza del derecho que las rige en uno y otro supuesto. En primer lugar, la base jurídica es muy distinta. En el primer caso, la base jurídica es el propio Tratado de funcionamiento de la UE; el fundamento reside directamente en el derecho originario por la naturaleza de la materia, pues se sustrae a los gobiernos nacionales una política como la monetaria y sólo el TUE podía hacer una operación de corte constitucional, podía sustraer a un gobierno una política determinada, un cometido de carácter regaliano, una capacidad de formular una política esencial y que como tal normalmente las constituciones atribuyen a los respectivos gobiernos. Una operación que pone de relieve la naturaleza constitucional que tienen los tratados europeos, más allá de su denominación formal. Por el contrario la base jurídica de la independencia de la ACRE se encuentra en una disposición de derecho derivado, en un reglamento emanado de las instituciones europeas.

Si tan relevante es ubicar en el contexto institucional y en las políticas de las instituciones europeas la creación de la ACRE, también es necesario situar su creación en el nuevo marco legal de los mercados energéticos, en el nuevo derecho de la energía. En efecto, la creación de la ACRE es una pieza esencial en la aceleración del proceso de creación del mercado interior de la electricidad y el gas, un mercado que se ha ido implantando de manera muy gradual, muy paulatina, desde el año 1999. La creación de la ACRE supone una respuesta a las insuficiencias del marco

---

<sup>12</sup> F. SCUTO, *op. cit.*

legal anterior, unas carencias que ya fueron puestas de manifiesto y señaladas de manera muy clara en las Comunicaciones de la Comisión de 2007. Unas debilidades del ordenamiento anterior que ahora se intentan resolver y para ello es pertinente identificar brevemente cuatro aspectos de estas insuficiencias que nos explican seguramente el tipo de diseño, la arquitectura institucional de la ACRE y la tipología de cometidos asignada

Las Comunicaciones de 2007 enfatizaban que: i) no existe competencia significativa –nótese que los adjetivos son pertinentes– en muchos Estados miembros, ii) los clientes no tienen la posibilidad real de optar por un suministrador, iii) los interesados no tienen un alto grado de confianza en el mercado interior de la energía, iv) la Unión Europea todavía está lejos de alcanzar el objetivo de un auténtico mercado interior de la energía. Ello significa que no hay posibilidad real de optar entre operadores, lo que supone que no exista un alto grado de confianza y en definitiva que no exista un auténtico mercado. Por ello, la Comisión consideraba fundamental introducir cambios en el mercado legal vigente y unos cambios orientados a suplir la falta de confianza en el funcionamiento correcto del mercado, unas reformas destinadas a dotar de mayor credibilidad a las autoridades nacionales de regulación. La credibilidad de las autoridades es un factor generador de confianza y el diseño institucional de las autoridades de regulación constituye uno de los aspectos que la aportan en mayores dosis<sup>13</sup>. En esta dirección se introducen medidas destinadas a afianzar y a reforzar la independencia orgánica y funcional de las autoridades de regulación nacional, y luego, en segundo lugar, se establece la creación de una autoridad europea.

Recordemos brevemente el conjunto de elementos que diseñan la nueva configuración de las autoridades nacionales; un rediseño institucional que deberá responder a las siguientes exigencias y condiciones: i) garantía de una actuación independiente de cualquier interés comercial –una exigencia ya presente en la normativa anterior pero que ahora se refuerza con medidas puntuales–, ii) en función de las cuales se deberá establecer expresamente la prohibición de solicitar o aceptar instrucciones de cualquier gobierno o de cualquier entidad pública o privada –la dualidad o doble dirección de la prohibición es un elemento característico de este tipo de instituciones–, iii) atribución de potestad decisoria propia<sup>14</sup>, y iv) dotación de recursos económicos y personales adecuados. Vemos pues como se establecen condiciones para que la independencia sea real y sustancial. Así, la dotación suficiente de recursos pretende evitar mecanismos de distorsión de la independencia en el ejercicio de las tareas legalmente asignadas; una exigencia de independencia que se afirma como condi-

<sup>13</sup> Vid. Dos aproximaciones distintas, E. MALARET: «Un ensayo de caracterización jurídica de una nueva tarea pública: la regulación económica», *Diritto Pubblico*, 2008, 2, p. 535 y ss y F. BECKER ZUAZUA: *Calidad institucional y regulación económica*, F. BECKER ZUAZUA, L.M<sup>a</sup>. CAZORLA, J. MARTINEZ-SIMANCAS, J.M. SALA ARQUER (coords.): *Tratado de regulación del sector eléctrico* (II), ed. Thomson/Aranzadi, Madrid, 2009.

<sup>14</sup> Lo que cuestiona la existencia de todo mecanismo de control o revisión por parte del Gobierno, como el recurso administrativo.

ción necesaria para el desarrollo objetivo y neutral de sus cometidos. Finalmente, el mandato de sus miembros o de su personal tendrá que ser fijo y por un período que suponga estabilidad –más allá de las cadencias electorales–, y en coherencia con esta delimitación del mandato también se establece un límite a la renovación, sólo cabe una única renovación.

El otro gran eje de los cambios propuestos, junto a la mejora de la credibilidad de las autoridades de regulación, gira en torno a la necesidad de garantizar el acceso no discriminatorio a las redes, y en directa conexión con los aspectos centrales de las reformas propuestas podemos encontrar la propuesta de creación de una agencia de cooperación de reguladores de la energía. Este organismo nace precisamente para suplir las carencias que presentaba hasta ahora el acceso a las redes, el acceso de terceros a un determinado tipo de redes que quedaban en un espacio de débil regulación, como las redes transfronterizas. Se crea para resolver este problema de acceso a las redes y para dotar de mayores poderes a las autoridades de regulación nacional que ahora van a poder actuar conjuntamente. Lo que sucede es que este actuar conjuntamente, cooperativamente transforma la naturaleza de la actuación porque ésta se vuelve europea, supranacional.

En todo caso, recordemos que la creación de este organismo, de esta autoridad de regulación se inserta en una política europea de creación de organizaciones funcionales con cometidos sectorialmente limitados y tiene un precedente inmediato en el grupo de organismos reguladores europeos creados por la decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 2003. La decisión de crear este grupo de reguladores tenía una base todavía más débil pues se adoptó mediante una decisión de la Comisión, no era una disposición de carácter general; este órgano tenía unas funciones muy limitadas, sólo tenía carácter consultivo, asesor, de asistencia y apoyo a la Comisión.

Sintetizando, la creación de la ACRE supone una aceleración del proceso de creación del mercado interior de la electricidad y el gas. Es una decisión que se integra en una política de construcción del mercado interior que afecta a un sector muy transversal y forma parte de un proceso paulatino de asunción de competencias a nivel supranacional, a nivel europeo, en el que las instituciones comunitarias y señaladamente la que es su aparato más ejecutivo, la Comisión, adquiere progresivamente no sólo competencias relativas a la garantía de las disposiciones del tratado y al control de la aplicación del derecho derivado, sino que poco a poco va adquiriendo competencias de carácter ejecutivo. En este proceso de mayor integración, de atribución de competencias de carácter ejecutivo se está también dando voz a instancias supranacionales que reúnen a las autoridades nacionales; con la especificidad en este ámbito de que no es la autoridad administrativa tradicional sino que es una autoridad independiente. Un proceso de europeización de cometidos –no limitado solo a la determinación de un marco legal común– que generalmente acaba revirtiendo en una intergubernamentalización de la toma de decisiones, es decir, que se elevan las decisiones a nivel supranacional pero, al mismo tiempo, se apela a los gobiernos nacionales para que participen de manera mucho más decidida y de manera mucho más fuerte en la toma de decisiones. Así, en los otros consejos de otras agencias te-

nían una presencia clara y determinante los gobiernos nacionales, en cambio, esto no sucede en este caso. Hasta este momento, generalmente la creación de agencias ha supuesto, a pesar, de su carácter europeo, supranacional, una intergubernamentalización de ámbitos que hasta aquel momento a lo mejor eran puramente comunitarios. Veremos cómo la arquitectura institucional que se ha diseñado para la ACRE es un poco distinta; a diferencia de otras organizaciones anteriores, esta vez no se ha producido una intergubernamentalización de la toma de decisiones. Sin embargo, aparece un elemento común a otros ámbitos de la política europea, la europeización de las reglas relativas a la estructura y cometidos de las autoridades nacionales de regulación.

Veamos ahora, pues, las razones jurídicas, las razones que justifican la creación de la agencia, su posición institucional, sus cometidos, su arquitectura interna y algunas referencias al procedimiento de toma de decisiones, por lo menos aquellos aspectos más significativos o relevantes.

## II. LOS FUNDAMENTOS DE LA CREACIÓN DE LA ACRE Y DE SU ESPECIAL POSICIÓN INSTITUCIONAL

Nos hemos referido ya a la justificación fundamental, la necesidad de afianzar la construcción del mercado interior de la energía y en este propósito la mejora de la calidad de la regulación es esencial. La calidad de la regulación es todavía más necesaria cuando se está construyendo el mercado. Cuando el mercado existe quizás no sea pertinente construir una autoridad *ad hoc*, la autoridad horizontal tradicional –la autoridad de competencia– es suficiente; cuando, en cambio, se está en un proceso de construcción de un mercado y en éste el peso del anterior monopolio puede ser relevante, la necesidad de contar con una autoridad específica, una autoridad sectorial no ofrece ninguna duda. En el mercado interior de la energía, como bien sabemos, se produce un aspecto específico o diferencial, y es el papel relevante, el papel crucial que ocupan ciertos tipos de redes que por su significación física y técnica en el sistema de transporte y distribución tienen una gran centralidad. Una cuestión que introduce una mayor dificultad en la reglamentación del acceso a estas redes.

Esta relevancia de las redes transfronterizas deriva del hecho de que en el sector de la energía los mercados son todavía básicamente nacionales; como señalaba la Comunicación un «auténtico mercado interior» era todavía una realidad lejana<sup>15</sup>. Por ello será necesario crear dos piezas que se complementan mutuamente y que van a estar en diálogo permanente: por una parte, la red europea de gestores de redes de transporte de electricidad (y la equivalente del gas), y en correspondencia a la emergencia de estos operadores de mercado, una agencia de reguladores de la energía.

<sup>15</sup> El objetivo de los Reglamentos 714/2009 y 715/2009 es «establecer las condiciones necesarias para la creación de capacidades de interconexión para lograr el objetivo de un mercado interior eficiente y abierto que funcione adecuadamente» (ap. 4), «establecer normas equitativas para el comercio transfronterizo» (arts. 1 de ambos reglamentos).

Una cooperación obligatoria e institucionalizada a nivel comunitario entre gestores de redes de transporte<sup>16</sup> –unos operadores con poder relevante en el mercado– y correlativamente, una cooperación obligatoria e institucionalizada a nivel comunitario entre los reguladores nacionales. Existe una clara simetría entre el ámbito de actuación de los operadores y el ámbito competencial de la ACRE. Los poderes de la agencia están ordenados fundamentalmente en relación a esta red de operadores.

En definitiva, la especificidad del mercado de la energía, la necesidad de superar los mercados aislados, la necesidad de garantizar condiciones para que se creen capacidades de interconexión y la necesidad de garantizar un nivel igualmente efectivo de supervisión reguladora en cada Estado miembro, ha llevado a crear esta agencia tan singular en el panorama de las agencias europeas. Una singularidad que la aparta del modelo de agencia<sup>17</sup> y la sitúa en la órbita de las Autoridades independientes de regulación

Una agencia que es singular por su posición institucional, es una instancia europea, es una estructura supranacional para la cooperación de los reguladores nacionales. Hasta hace muy poco tiempo era voluntaria y progresivamente se ha institucionalizado, especialmente a partir de la creación del Grupo<sup>18</sup> y finalmente, dando un paso más, se ha formalizado, se ha estructurado, se ha reforzado. Incluso en determinados supuestos esta cooperación dejará de ser voluntaria para convertirse en obligatoria. Cuando se cumplan determinadas condiciones la intervención de la ACRE dejará de ser facultativa para las autoridades nacionales y se convertirá en necesaria y como tal deberán respetarla estas autoridades. Esta nueva Autoridad de regulación europea continuará prestando y suministrando ayuda y apoyo a las autoridades nacionales cuando éstas lo soliciten, intervendrá a voluntad de las autoridades nacionales; pero en otros supuestos, nos encontraremos con una cooperación forzada, o bien a instancia de la Comisión o porque dadas ciertas circunstancias se produce un desapoderamiento de las autoridades nacionales.

Es un organismo creado directamente por un reglamento, tiene poderes decisivos, tiene poderes fuertes y atribuidos directamente por el reglamento y en tanto que tales tasados, si bien la Comisión le puede delegar también determinados cometi-

---

<sup>16</sup> *Vid.*, arts 4 y ss. del Reglamento 714/2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y los arts. 4 y ss del Reglamento 715/2009, en relación a las redes de gas natural. En los respectivos arts. 4 se establece que «*todos* los gestores de redes cooperarán».

<sup>17</sup> Un modelo de organización que recordemos se sitúa en el contexto de la administración instrumental, si bien las relaciones con la administración matriz discurren por un cauce más formalizado y estructurado, una estructura de relaciones fundada en la distinción entre política y gestión. Así la determinación de los objetivos y los medios o recurso pertinentes corresponde al Ministro –o instancia política equivalente– y la ejecución a la Agencia que dispone para ello de un ámbito de decisión organizativo; unas relaciones que se instrumentan mediante la técnica de los contratos programa o documentos equivalentes.

<sup>18</sup> La creación del Grupo de organismos reguladores europeos de la electricidad y el gas se establece mediante Decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 2003.

dos. Es una agencia que provee apoyo técnico, saber hacer, aporta conocimiento a la Comisión. Suministra precisamente este saber especializado, este saber técnico tanto a la Comisión, como a la Red europea de gestores de las redes de transporte de electricidad (y la correspondiente de gas), como a las autoridades nacionales, en la medida en que ella aporta el saber que deriva del conocimiento preciso y riguroso de estas redes transfronterizas.

En este contexto examinaremos cuáles son los cometidos o funciones, cuál es el ámbito competencial estrictamente delimitado y encuadrado tanto por el reglamento de creación como luego por los poderes normativos de la Comisión.

### III. SUS FUNCIONES: UN ÁMBITO COMPETENCIAL ESTRICTAMENTE DELIMITADO, UNAS FUNCIONES ENCUADRADAS POR LOS PODERES NORMATIVOS DE LA COMISIÓN

Se pueden apreciar cuatro tipos de cometidos o de funciones atribuidas a esta agencia de reguladores; unas funciones por lo demás típicas de una autoridad de regulación y que evidencian la radical diferencia de esta organización –la ACRE– con las agencias ejecutivas creadas anteriormente en el sistema europeo. Así, aparecen poderes de orden reglamentario, poderes de adjudicación –de emanación de actos unilaterales de contenido individual–, poderes de supervisión de mercados y finalmente poderes de control de la REGRTE (y la REDRTG); un conjunto de potestades que configuran el elenco más típico de las funciones propias e inherentes a las tareas de regulación<sup>19</sup>.

En primer lugar, un **poder reglamentario**. Una atribución de un poder compartido, la ACRE participa activamente en la elaboración de disposiciones de carácter general. Un poder normativo en un ámbito equivalente al de las normas técnicas y en consecuencia un poder que se ejerce reconociendo un papel relevante a los actores privados<sup>20</sup>. Una potestad normativa que cuando tiene un carácter más general –directrices marco– deberíamos matizarlo caracterizándolo de *soft law* en la medida en –en principio– se trata de producir recomendaciones o normas de carácter no vinculante<sup>21</sup>. Un poder en el ámbito de la reglamentación, pero un poder limitado y que se ciñe estrictamente al ámbito técnico. Elabora y aprueba las denominadas

<sup>19</sup> Sobre la especificidad de la regulación en el ámbito de las funciones públicas y su novedad y especificidad en relación a las actividades más tradicionales de policía, servicio público o fomento, E. MALARET: *op. cit.*, *Diritto pubblico*.

<sup>20</sup> *Vid.* Sobre las normas técnicas y su singularidad en la articulación de cometidos ente los poderes públicos y los actores privados, M. TARRÉS: *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

<sup>21</sup> Para la caracterización del *soft law*, *vid.* especialmente D. SARMIENTO: *El soft law administrativo. Un estudio de las normas no vinculantes de la Administración*, ed. Civitas, Madrid, 2008.

«directrices marco no vinculantes» y participa en la elaboración de los «códigos de red»<sup>22</sup>.

En relación con las denominadas en los textos de derecho positivo «directrices marco no vinculantes» se impone una observación para delimitar mejor su naturaleza puesto que la expresión que califica las directrices marco como «no vinculantes» puede generar confusión acerca de su naturaleza real y efectiva. Es cierto que formalmente no son vinculantes en la medida en que carecen de valor preceptivo por ellas mismas, pero esta ausencia de fuerza no es suficiente para caracterizar su valor jurídico puesto que no puede desconocerse que condicionan otros instrumentos jurídicos. Esas directrices deben establecer los principios claros y objetivos que luego deberán<sup>23</sup> concretarse en los códigos de red; unos principios que deberán garantizar la no discriminación en el acceso a las redes, la competencia efectiva y el funcionamiento eficaz del mercado. Así, si bien no existen mecanismos que permitan imponer coactivamente lo establecido en las directrices marco –obviamente no están previstas sanciones ni órdenes ejecutivas–, sí debemos tomar en consideración que existen formas alternativas que pueden tener un gran valor, quizás equivalente en términos reales a una sanción pecuniaria, medidas de la ACRE que por su efecto en el mercado suponen consecuencias indirectas para los operadores como por ejemplo el suministro de información relevante y muy minuciosa sobre determinados incumplimientos<sup>24</sup>.

La ACRE tiene en relación a las «directrices marco no vinculantes» y a los códigos de red un poder de instrucción y de elaboración de decisiones que entiendo es determinante<sup>25</sup>, aunque no tenga el poder resolutorio final. La atribución de estos cometidos no tiene que considerarse como mero trámite puesto que su configuración como instancia técnica, dotada de un saber reforzado<sup>26</sup> adquiere toda su significación cuando de la preparación y elaboración de normas técnicas se trata. Es precisamente en este ámbito cuando la ACRE se configura claramente como soporte técnico,

---

<sup>22</sup> Arts. 3 del Reglamento 713/2009, de creación de la ACRE, 6, 7 del Reglamento 714/2009, 6 y 7 del reglamento 715/2009.

<sup>23</sup> Art. 6.3 Reglamento 713/2009.

<sup>24</sup> Por ejemplo, la referencia expresa a la capacidad de formular públicamente la posición de la ACRE prevista en el reglamento de su creación, «Basándose en elementos de hecho, la Agencia presentará un dictamen debidamente motivado y recomendaciones a la REGRTE y a la REGRTG, al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión cuando considere que el proyecto de programa de trabajo anual o el proyecto de plan de desarrollo de la red de ámbito comunitario no contribuyen a la no discriminación, la competencia efectiva y el funcionamiento eficiente del mercado o un nivel efectivo de interconexión transfronteriza abierta al acceso de terceros...» (art. 6.4).

<sup>25</sup> Emitirá un dictamen a las RGRTE (y a la REGRTG) sobre los códigos de red y luego participará en su desarrollo (art. 3 del Reglamento 713/2009).

<sup>26</sup> Típico de las Autoridades Independientes, *vid.* E. MALARET: «Justicia administrativa y Autoridades Independientes», *La justicia administrativa, Libro homenaje al Profesor Rafael Entrena Cuesta*, ed Atelier, Barcelona, 2003.

como instancia institucionalizada de apoyo de la Comisión mediante el suministro de conocimiento, de un criterio, de una opinión basadas en una información muy precisa, exhaustiva y depurada. El carácter y contenido de estas medidas las diferencia de otros instrumentos que hasta la fecha se consideraban propios del *soft law*, pues ahora el factor más relevante no es tanto su ausencia de obligatoriedad como su carácter técnico, lo fundamental es que para que sean eficaces, para que sean aplicados y respetados más allá de su naturaleza formal las directrices marco y los códigos de red deberán estar basados en un conocimiento muy exhaustivo de las deficiencias que plantea en un determinado momento y en un determinado territorio el acceso a las redes, deberán evidenciar una apreciación del contexto de aplicación basada en una percepción de los hechos determinantes convincente y no cuestionable fácilmente. Los principios propuestos, las medidas establecidas deberán fundarse en una certera identificación de la problemática existente, deberán responder a necesidades operativas y tecnológicas de las redes<sup>27</sup>. Este aspecto es tan crucial que nos permite entender la complejidad del procedimiento de aprobación de los códigos de red y el papel relevante que tiene en su elaboración la correspondiente REGRTE (o REGRTG)<sup>28</sup>.

El segundo ámbito de tareas se incardina en lo que podemos denominar propiamente **poderes de regulación** puesto que cubre una gama de potestades típica de las Autoridades regulación de carácter sectorial, incidiendo sobre el acceso al mercado y las condiciones de eficiencia y no discriminación. Los reglamentos europeos han delimitado estrictamente el ámbito de estos instrumentos y las materias objeto de los mismos; estos se estructuran en relación al acceso a las infraestructuras transfronterizas, a las redes y a la seguridad de las redes<sup>29</sup>. En relación a este ámbito material tienen un ámbito funcional específico. En este campo la peculiaridad de los cometidos de la ACRE aparece claramente y permite captar nítidamente su razón de ser. En efecto, el ámbito funcional se expresa apelando directamente a «todas las cuestiones regulatorias que se inscriban en el ámbito de competencias de las autoridades de regulación nacional». Vemos de nuevo la interrelación entre las tareas propias de las autoridades de regulación nacional y la ACRE, las sinergias entre los distintos nodos de la red de reguladores. Todas las cuestiones regulatorias que se inscriban en el ámbito de competencias de las autoridades de regulación nacional son susceptible de entrar en la órbita de competencias de la ACRE; el elenco de funciones regulatorias no está previamente tasado o delimitado estrictamente sino que se define por remisión. La clave estriba en las condiciones de ejercicio de estas funciones regulatorias, pues éstas sí que están configuradas legalmente. El hecho determinante del ejercicio de los poderes de la ACRE opera en unos términos que podemos definir como de subsidiariedad reforzada. Sólo se puede intervenir en el ámbito material

---

<sup>27</sup> El contenido de los códigos de red se establece en los arts.8.3 de los Reglamentos 714/2009 y 715/2009, respectivamente.

<sup>28</sup> Arts 6 de los Reglamentos 714/2009 y 715/2009, respectivamente.

<sup>29</sup> Art. 8 Reglamento 713/2009.

de acceso a las redes en dos supuestos: i) incapacidad de las autoridades nacionales para ponerse de acuerdo, cuando no han podido decidir en un determinado tiempo, entonces intervendrá por propia decisión la agencia y ii) en un supuesto distinto, pero que también tiene la misma connotación, a petición conjunta de las autoridades de regulación nacionales, es decir, cuando las propias autoridades sean conscientes de que no van a ponerse de acuerdo o que la actuación por separado no es eficaz, por lo tanto, que es necesario una actuación conjunta a nivel supranacional.

La ACRE es un exponente típico de la cooperación, del actuar conjuntamente cuando separadamente no se obtienen los resultados óptimos y por ello interviene sustituyendo a las autoridades llamadas a resolver en un primer momento. El contenido de estas decisiones, de estas cuestiones regulatorias que deberán resolverse por la ACRE puede abarcar todas las cuestiones relativas a las condiciones de acceso a las redes: procedimientos de asignación de capacidad, plazos de asignación, reparto de costes de congestión, cobro de cánones a los usuarios. Todo el abanico de cuestiones que son objeto de intervención por parte de las autoridades nacionales. Por lo tanto, cuando éstas no sean capaces, o por su propia apreciación o porque ha transcurrido un plazo y no se han mostrado capaces, entonces interviene la ACRE con poderes decisorios, con las potestades ejecutivas que le ha atribuido el derecho europeo de la energía<sup>30</sup>.

En el procedimiento de toma de estas decisiones<sup>31</sup> necesariamente deberá consultar a las autoridades nacionales de regulación y a los gestores de red de transporte interesados. Esta tipología de potestades es la gran novedad en el proceso de agencialización europeo, puesto que son poderes regulatorios, poderes sobre agentes del mercado. Estos poderes no sólo son más incisivos que los que podía adoptar anteriormente el Grupo de reguladores europeos para la electricidad y el gas, sino que en la medida en que permiten la adopción de decisiones individuales y vinculantes sobre cuestiones técnicas<sup>32</sup> –verdaderos actos administrativos– requieren de una delimitación legal precisa para no cuestionar el orden institucional europeo.

En la relevancia de las facultades asignadas a la ACRE reside el fundamento de la atribución a la Comisión de la potestad de encuadrarlos mediante la aprobación de directrices<sup>33</sup>. En efecto, desde la sentencia *Meroni* del entonces TJCEE (1958), a los organismos comunitarios no previstos en el Tratado no se les puede atribuir tareas que supongan el ejercicio discrecional de los poderes; una limitación que se entiende como corolario del principio de equilibrio institucional que constituye uno de los pilares del sistema comunitario. Sobre la base de esta regla a partir de entonces se entiende que la creación de nuevos organismos europeos puede considerarse legítima sólo si resulta necesaria para la realización de los objetivos que los pode-

<sup>30</sup> Art. 8.1 Reglamento 713/2009.

<sup>31</sup> *Vid.* art. 7.7 Reglamento 713/2009.

<sup>32</sup> *Vid.* E. CHITI: *Le trasformazione... op. cit.*

<sup>33</sup> Art. 8.4 del Reglamento 713/2009.

res atribuidos a la Comunidad pretende realizar y si no se le delegan poderes que comporten un margen real apreciación<sup>34</sup>. Los límites a la delegación son los que se intentan arbitrar mediante, primero, la atribución de unos poderes muy tasados, muy limitados, circunscritos a cuestiones de índole técnica y, en segundo lugar se atribuyen condicionados al cumplimiento de unas circunstancias precisas, pues el ejercicio de los poderes corresponde en un primer momento a las autoridades nacionales y sólo si estas deciden o no pueden actuar entonces interviene la ACRE.

En la adopción de estas decisiones no hay espacio para la libre apreciación del interés general comunitario porque la libre apreciación del interés general comunitario es una competencia que sólo y necesariamente puede tener la Comisión; por eso la Comisión se reserva este poder de orientar y delimitar. Se ha articulado un equilibrio entre un poder que sólo puede ser técnico, como el Reglamento de creación de la agencia establece claramente al consignar de manera reiterada que la decisión sólo puede estar basada en hechos. Quizás este Reglamento es la disposición en la que más veces aparece la idea de que cualquiera de los instrumentos adoptados (recomendaciones, dictámenes, decisiones) deberá estar fundamentada en hechos, deberá tener un soporte fáctico.

Avanzando en la caracterización de los cometidos asignados a la ACRE encontramos un tercer tipo de competencias, las de **supervisión de los mercados**. El instrumento de la agencia será una herramienta muy característica de las autoridades de regulación, la elaboración y publicación de Informes. Recordemos que la primera autoridad de regulación conocida, la Comisión de Comisarios de los Ferrocarriles de Massachusetts<sup>35</sup>, sólo tenía la facultad de dar a conocer sus análisis, su apreciación de las circunstancias que determinaban un supuesto de hecho, en aquel caso cómo se formaban los precios del ferrocarril para ver si estos respondían a una determinada posición de dominio o monopolio en el mercado. Asimismo, en el modelo de regulación de Suecia, las autoridades de regulación generalmente no han dispuesto de poder decisorio, se han limitado a iluminar, a ilustrar a los operadores de mercado y a los consumidores, pero sin decidir, sin resolver. En esta concepción lo importante es suministrar datos, aportar elementos, explicar cómo se han formados los precios, los factores que intervienen. También es cierto que tanto Massachusetts –a primeros del siglo XX– como Suecia más tarde son países con unas características peculiares, en las que la libertad de información cumple una función esencial en la configuración del debate público y como corolario en la determinación de la agenda pública. La prensa en Massachusetts y en Suecia se hacía y se hace eco de los distintos informes y quizás no debemos ignorar que el presidente de la Comisión del Ferrocarril era, por cierto, periodista y conocía los resortes del oficio. Del mismo modo no puede dejarse de lado la centralidad que la publicidad y la transparencia desarrollan en el quehacer de los poderes públicos suecos.

---

<sup>34</sup> Vid. Por todos, K. LENAERTS: «Regulating the Regulatory Process: “Delegation of Powers” in the European Community», *ELR*, 1993.

<sup>35</sup> C. HENRY: *Enjeux et formes de régulation des services publics dans l'Union Européenne*, en C. HENRY/E. QUINTET (dirs.): *Concurrence et service public*, ed. L'Harmattan, Paris, 2003.

Así, el informe anual es el instrumento esencial para garantizar el cumplimiento de la misión de supervisión de los mercados; un informe anual mediante el que también la agencia rinde cuentas ante el Parlamento Europeo, la Comisión y ante la sociedad en general. Este Informe puede ir acompañado de la identificación de los obstáculos que impiden el mercado y además de una propuesta de medidas para eliminar los obstáculos, una propuesta de medidas que claramente se presentará ante el Parlamento y la Comisión para que ellos lo traduzcan, en su caso, en un nuevo marco legal. En esta tarea de supervisión de los mercados en general deberá también verificarse cómo desarrollan las tareas de aplicación del marco legal comunitario las autoridades nacionales de regulación, cómo éstas garantizan la eficiencia de estos mercados y el cumplimiento de las reglas establecidas, con el valor añadido que supone la explicitación de que se podrán identificar cualquier obstáculo a la realización del mercado interior de la energía y proponer paralelamente un dictamen sobre las medidas que puedan adoptarse para superar los obstáculos<sup>36</sup>.

Y finalmente un cuarto ámbito de tareas, el **control específico de la Red Europea de Gestores de Redes de Transporte de la Electricidad** y su homónima en el gas. Un control que se inicia desde el primer momento de la constitución de estas organizaciones sectoriales, mediante un dictamen para la Comisión sobre el proyecto de sus estatutos<sup>37</sup> y que se desarrolla posteriormente sobre diversos aspectos relativos a la operativa de esta red. Un control que se traduce en el examen y la supervisión de la aplicación de los códigos de red y de la ejecución de los planes de desarrollo de la red; ello supone un control de cómo se llevan a cabo las inversiones necesarias para garantizar la conexión de los mercados y el acceso de terceros, puesto que este es el objetivo central de la reglamentación y regulación específica de estas redes transfronterizas.

La ACRE dispone de unos poderes de supervisión fuertes porque puede informar, hacer recomendaciones, explicar qué está sucediendo. Explicar cómo se ejecutan las inversiones, como se desarrollan los proyectos concretos es muy importante en este campo porque quiere decir sustraer de la opacidad propia de las empresas todo un proceso. Hacer pública una información relevante, ilustrar cómo se están desarrollando las redes y los mercados permite indirectamente influir sobre estos procesos; esta publicidad de los datos significativos introduce un factor de regulación, fomenta la autorregulación por los propios operadores y por el mercado. Como establece expresamente el Reglamento la ACRE «podrá investigar las incoherencias entre el plan y su ejecución», e investigar las incoherencias supone disponer de una información muy precisa, requiere conocer de manera pormenorizada qué está sucediendo. Y finalmente, como consecuencia de todo eso, formular recomendaciones a los gestores de redes de transporte o a las autoridades nacionales con el objeto de ejecutar las inversiones. En este diseño las inversiones relativas al desarrollo de la red están sometidas a un escrutinio fuerte, a un análisis intenso y denso por parte

---

<sup>36</sup> Art. 11 del Reglamento 713/2009.

<sup>37</sup> Art. 5 del Reglamento 714/2009 y 715/2009.

de esta autoridad, que supervisará también la cooperación regional de los gestores de redes de transporte. Interesa señalar que este examen pormenorizado, este conocimiento que permite sacar del interior de los gestores de la red lo que está sucediendo, desmenuzar los datos va a permitir a las autoridades nacionales, en su caso, actuar sus poderes regulatorios.

Finalmente, este abanico amplio de facultades se traduce en la atribución a la ACRE del poder de emitir dictámenes, recomendaciones y decisiones. Dictámenes y recomendaciones cuando no decide en última instancia, cuando propone tanto a autoridades nacionales o europeas como a operadores que tomen determinadas decisiones, pero sólo formula la propuesta, y decisiones cuando resuelve por ella misma<sup>38</sup>.

#### IV. LA ARQUITECTURA INTERNA: UNA ESTRUCTURA ORGÁNICA QUE PLASMA UN NUEVO EQUILIBRIO INSTITUCIONAL

##### 1. Una arquitectura administrativa original y novedosa

En el diseño de la estructura orgánica se ha buscado un nuevo equilibrio institucional entre Estados miembros e instituciones europeas y entre las distintas instituciones europeas. Es la organización (una agencia siguiendo la concepción comunitaria) que presenta una mayor complejidad en el diseño institucional pues tiene un consejo de administración, un consejo de reguladores, un director y una sala de recurso –un ámbito en el que se van a resolver las controversias–. Cuatro órganos con una composición muy distinta y con unos cometidos, obviamente, diferentes: es preciso examinar la composición, cómo se forman estos cuatro órganos.

El **consejo de administración** es el órgano de gobierno en una administración. Presenta algunos elementos novedosos. Para ello debemos analizar cómo se nombra y se compone, pues sigue un proceso radicalmente distinto de lo que ha sido hasta ahora el diseño de las agencias. Así, sus nueve miembros son nombrados única y exclusivamente por las instituciones europeas, en principio los gobiernos nacionales no participan en el proceso, a diferencia de supuestos anteriores. Responde a la idea que la creación de una agencia europea no supone la «recuperación» de ciertos cometidos por parte de las autoridades nacionales que la integran. En este supuesto no se produce una intergubernamentalización de las tareas. Es una diferencia en relación a los otros consejos de administración de las demás agencias dónde están presentes de manera directa los gobiernos nacionales; éste se integra mediante la designación de nueve miembros, nombrados, dos por la Comisión, dos por el Parlamento y cinco por el Consejo –donde dada la composición de esta institución europea los intereses nacionales son tomados en consideración–. Si tenemos en cuenta el método de designación de las Autoridades Independientes de regulación en Francia

---

<sup>38</sup> Art. 4 del Reglamento 713/2009.

encontraremos una fuerte similitud, pues generalmente los consejos están formados por miembros designados por el presidente de la República, el presidente del Senado y el presidente de la Cámara de Diputados; en Italia encontraremos también modelos equivalentes. Esta es una novedad, una singularidad desde el punto de vista del diseño institucional que tiene mucho que ver con la especificidad de sus poderes decisorios.

La forma de nombramiento no es ajena a la especial posición institucional de la ACRE, es un modelo directamente inspirado en los procedimientos de designación de los órganos decisorios de las instituciones que deben actuar de manera independiente. Precisamente la independencia del consejo de administración se refuerza mediante distintas reglas. No sólo con la expresa prohibición de solicitar o recibir instrucciones, sino también con la exigencia de que los miembros de este consejo de administración deban hacer una declaración de compromiso y una declaración de intereses; unas declaraciones objeto de publicación y de actualización anual<sup>39</sup>. Unas declaraciones sometidas a escrutinio público y por lo tanto fuertemente controladas. Especial novedad supone la obligación de formalización personal del compromiso, su publicidad y su revisión periódica, lo que supone una mayor garantía para la efectividad de su cumplimiento. La declaración de intereses plasma la prohibición de tener intereses en el sector, una nota típica del estatuto personal de los miembros de las autoridades de regulación, es un rasgo esencial, pero la novedad en este caso estriba en su publicación y en su revisión anual. El mandato de este consejo de administración es un mandato predeterminado y limitado, cuatro años, renovables sólo por una sola vez. Y finalmente, también en orden a la garantía de su independencia se exige un quórum reforzado en sus decisiones, la mayoría de dos tercios de los miembros presentes.

Las competencias de este órgano están funcionalizadas y son corolario del cometido que expresa los términos de su designación semántica. La más relevante seguramente es el nombramiento del director, previo informe favorable del consejo de reguladores. Tiene pues la capacidad de nombrar al director, aprueba el programa de trabajo anual preparado por el director y aprueba y publica el informe anual<sup>40</sup>, basándose en el proyecto elaborado por el director. Este informe anual tiene como pieza separada el informe que elabora el consejo de reguladores. En este diseño institucional la atribución de cometidos caracteriza los distintos órganos, la gestión de los recursos se asigna a órganos distintos de los que son competentes en materia regulatoria.

Veamos la segunda pieza esencial, el órgano que concentra el poder decisorio significativo: **el consejo de reguladores**. Es un órgano que reúne a la vez funciones de carácter consultivo y decisorio, depende de los supuestos. Se trata de un órgano

---

<sup>39</sup> Una regla que seguramente habría que introducir a escala nacional, en línea de principio con los requerimientos establecidos por la Ley de Economía Sostenible.

<sup>40</sup> La publicación del programa de trabajo anual constituye una práctica que se expande en el entorno de las autoridades de regulación, *vid.* por ejemplo la Ley de Economía sostenible.

que requiere de otros órganos para garantizar la eficacia y eficiencia de sus decisiones, sean vinculantes o no. Los otros órganos están dispuestos para garantizar que éste pueda realizar su cometido y lo pueda hacer sin interferencias operativas. La distribución de tareas realizada supone que siempre necesita el apoyo técnico o el soporte formal del director, éste debe aprobar necesariamente determinadas decisiones y publicarlas (luego veremos que supone esta función de aprobación).

Este consejo de reguladores es la voz de los reguladores nacionales a nivel europeo. Supone compartir el poder de decisión con la Comisión mediante un actuar mancomunado de los reguladores nacionales, constituye un salto cualitativo en relación con la estructura anterior<sup>41</sup>. Sus acuerdos, sus informes, en determinados supuestos, son vinculantes y sus decisiones –en sentido estricto– son vinculantes siempre puesto que operan en ámbitos muy precisos y en supuestos tasados. Supone un ejercicio conjunto de los poderes de regulación, una puesta en común a nivel europeo. Esta forma de compartir el poder explica que su composición responda a una doble legitimidad, nacional y europea, pero con distinta significación. Una composición particular. Así, expresa y formalmente el reglamento establece que se compone de representantes de alto rango de las autoridades reguladoras y un sustituto<sup>42</sup>. Fíjense que se utiliza la categoría «representación», es decir, no actúan a título propio, actúan como representantes, y esto es algo fundamental porque, en cambio, los miembros del consejo de administración actúan a título propio una vez nombrados, y por ello también en este caso es concebible la existencia de un sustituto. Y luego, en el consejo de reguladores estará un representante de la Comisión –de nuevo la idea de representación–, sin derecho de voto pero con voz. Esta dualidad la vemos luego reiterada expresamente –quizás para evidenciar la singularidad de este consejo de reguladores– en las reglas que disciplinan el quehacer del órgano colegiado; sus miembros actúan en nombre de sus respectivas autoridades reguladoras, según se establece expresamente<sup>43</sup>, esta posición individual está claramente delimitada. Pero, en cambio, como órgano colegiado actúa con total y absoluta independencia y sin pedir ni reclamar ninguna instrucción, por tanto, una dualidad de posiciones. Los miembros actúan como representantes pero, en cambio, como colegio actúan ya con independencia. Es en tanto que órgano colegiado que representa el interés europeo, aunque sea limitado, un interés acotado a garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

Todas las competencias relevantes y significativas, todos los poderes de la organización están atribuidos al consejo de reguladores. En el consejo de reguladores residen todas las competencias de orden consultivo, de apoyo y asesoramiento a la

---

<sup>41</sup> Sobre la necesidad de un regulador a escala europea *vid.* J.M. SALA ARQUER: *La evolución del Derecho Comunitario de la energía: hacia la creación del mercado europeo de la energía. La falta de un regulador europeo y sus consecuencias*, en F. BECKER ZUAZUA, L. M<sup>a</sup>. CAZORLA, J. MARTINEZ-SIMANCAS, J. M. SALA ARQUER (coords.): *Tratado... (I)*, *op. cit.*

<sup>42</sup> Art. 14 del Reglamento 713/2009.

<sup>43</sup> Art. 14.5 del Reglamento 713/2009.

Comisión y a las autoridades nacionales, todos los poderes propositivos y de consulta e informe sobre las directrices marco y los códigos de red, y las decisiones relativas al control de las redes de transporte y a la garantía del acceso a la red.

La afirmación de la centralidad del consejo de reguladores en la arquitectura decisional de la ACRE no es cuestionada por la literalidad de los preceptos que a continuación se indican por las razones que se expresarán. Así, si bien el Reglamento 713/2009 establece que «el consejo de reguladores emitirá al director dictamen sobre los dictámenes, recomendaciones y decisiones»<sup>44</sup> y posteriormente añade que «el director *aprobará* y publicará los dictámenes, recomendaciones y decisiones que hayan recibido el *dictamen favorable* del consejo de reguladores»<sup>45</sup>, debe entenderse que la aprobación del Director es un acto debido, que no puede alterar el contenido del pronunciamiento realizado por el consejo de reguladores y que esta posición le vincula. En este esquema el consejo de reguladores tiene el monopolio de la capacidad de propuesta y de fijación de la posición sustancial, el director se limita con el acto de aprobación a dar forma y a publicar los dictámenes, recomendaciones y decisiones adoptadas por el consejo de reguladores. Un acto de aprobación formal necesario para poner fin al procedimiento decisorio y poder ordenar la publicación; así la decisión se configura como tal y adquiere su validez y eficacia.

Los cometidos más relevantes del consejo de reguladores son los siguientes. Emite dictamen sobre el proyecto de los estatutos, la lista de miembros y el proyecto de reglamento interno de la REGRTE y la REGRTG. No es un trámite formal puesto que en este dictamen se trata de verificar la viabilidad y la adecuación a los fines y objetivos que la reglamentación de la electricidad y del gas imponen a estas redes de gestores. Emite, también el dictamen en relación a los códigos de red, sobre el programa de trabajo anual de la REGRTE y la REGRTG, sobre el proyecto de plan de desarrollo de redes de ámbito comunitario. Recordemos la relevancia práctica de los cometidos de supervisión de la ACRE en relación al plan de inversiones y de desarrollo de las redes de su competencia –aquellas cuyo desarrollo debe garantizar la efectividad del mercado interior–. Por ello, «basándose en elementos de hecho, presentará un dictamen debidamente motivado y recomendaciones a la REGRTE y a la REGRTG cuando considere que los proyectos que están desarrollando no contribuyen a la no discriminación, a la competencia efectiva y al funcionamiento eficiente del mercado o un nivel suficiente de interconexión transfronteriza abierta al acceso a terceros»<sup>46</sup>. Desarrolla también cometidos de suministro de parecer, de apoyo a las autoridades de regulación nacionales, aportando conocimiento e información en relación, por ejemplo, a la solicitud de exención presentada por los nuevos interconectores directos de corriente continua: la ACRE podrá «presentar un dictamen consultivo a esas autoridades reguladoras que *les pueda servir de base para la*

<sup>44</sup> Art.15.1 del Reglamento 713/2009.

<sup>45</sup> Art. 17.3.

<sup>46</sup> Sobre la supervisión de las inversiones, *vid.* arts. 6 apdos. 3 y 4 del Reglamento 713/2009.

*toma de decisiones*»<sup>47</sup>. También tiene poderes propositivos. Así, formula la propuesta a la Comisión de una directriz marco no vinculante, eso sí, previa petición de la Comisión; una directriz que constituye el marco necesario y el límite del contenido de los códigos de red mediante la determinación de los principios y objetivos que deben cumplir las dos redes de gestores de redes de transporte de energía institucionalizadas. El consejo participa también en el desarrollo de los códigos de red; verificando, entre otros extremos, la adecuación del proyecto de código a la directriz marco y proponiendo, en su caso, su adopción o elaborándolo inicialmente cuando las redes de gestores de redes de transporte no lo hayan hecho.

Estas facultades pueden parecer sólo de propuesta o de examen y en esta medida podrían ser consideradas como irrelevantes pues no suponen la adopción de decisiones vinculantes. Pero, son, en cambio, fundamentales para el correcto funcionamiento de los mercados porque de esta información se pueden inferir decisiones de otros operadores o de otros agentes que ayuden a configurar de manera distinta el mercado. Estas facultades son importantes pues aportan un criterio cualificado técnicamente, lo que supone una gran dificultad para apartarse de sus propuestas y recomendaciones; suministran un sólido contraste de pareceres con los operadores e ilustran a terceros y, en última instancia, a los consumidores.

Tercer órgano importante, el órgano ejecutivo: el **director**. El director es el representante legal y órgano de gestión de la ACRE. Se nombra por el consejo de administración previo dictamen favorable del consejo de reguladores, pero se selecciona, y esto es fundamental, según el principio de mérito, atendiendo a criterios de cualificación y experiencia pertinente en el sector de la energía, después de un procedimiento competitivo y público. En garantía de estos principios se establece expresamente que el nombramiento se deberá realizar a partir de «una lista de al menos tres candidatos propuestos por la Comisión»<sup>48</sup>. Es fundamental para que la decisión sea pertinente valorar los méritos de manera comparativa y ello requiere que en el procedimiento haya más de un candidato y para que realmente haya competencia tiene que haber convocatoria pública de las manifestaciones de interés. Antes del nombramiento cabe un examen parlamentario con declaración y preguntas formuladas por los diputados, como expresamente establece el Reglamento; una llamada para que la intervención parlamentaria no se convierta en un trámite puramente formal, en línea con lo que la Ley 5/2006, de regulación de los Conflictos de Intereses señala al establecer de manera expresa que se «examinará al candidato». Los nombramientos de los miembros de las Autoridades independientes de regulación deben responder a criterios de profesionalidad y ello requiere adoptar un procedimiento adecuado en el que la transparencia juega un papel esencial; en este contexto el examen parlamentario supone apostar decididamente por una comprobación del historial, capacidades y habilidades de los candidatos, garantiza que se puede hacer preguntas, que habrá respuestas, que habrá debate y que habrá diálogo, que no será

---

<sup>47</sup> Arts. 17 de los Reglamentos 714/2009 y 715/2009, respectivamente.

<sup>48</sup> Art. 17.2 del Reglamento 713/2009.

meramente una comparecencia formal y ritual<sup>49</sup>. En esta dirección las comparecencias de los candidatos a comisarios europeos, con un procedimiento que incluye una primera fase de preguntas por escrito y, una segunda fase, cuando ya se dispone de las respuestas, en la que se procede a una sesión pública con preguntas y respuestas constituye un ejemplo de buenas prácticas<sup>50</sup>.

El status personal del director se completa con la regla del mandato limitado –cinco años–<sup>51</sup>. La competencia más relevante, más allá de la gestión, es la de aprobar y publicar los acuerdos tomados por el consejo de reguladores; esta potestad debe entenderse como un requisito de validez del acto, un elemento que puede vincularse a su función de representación, lo que supone como ya hemos indicado anteriormente que no podrá en ningún momento sustituir o no aprobar lo que adopta el consejo de reguladores.

Finalmente, el cuarto órgano fundamental de esta agencia: **la sala de recurso**. Es un órgano con funciones cuasi judiciales o de resolución de controversias; funciona a modo de un recurso administrativo previo, antes de acudir al Tribunal de Primera Instancia o al Tribunal de Justicia. Los elementos de composición más significativos son los siguientes<sup>52</sup>. El procedimiento de nombramiento y la función asignada a cada una de las instancias que intervienen son coherentes con la arquitectura interna de la ACRE y con los equilibrios institucionales europeos. Su designación corresponde al consejo de administración, a propuesta de la Comisión previa convocatoria pública, tras una consulta con el consejo de reguladores. De nuevo, vemos un proceso público, abierto y transparente. El mandato de los miembros es de cinco años, renovable. El reglamento insiste en la necesaria separación con los otros órganos y se explicita que no podrá desarrollar ninguna otra tarea en la agencia. Puede recurrir ante este órgano cualquier persona física o jurídica y las autoridades de regulación nacionales. Es importante señalar la doble situación en la que se encuentran las autoridades nacionales, tienen un representante miembro del consejo de reguladores pero, al mismo tiempo, y por ello anteriormente se ha puesto de relieve la dualidad con la que opera el consejo de reguladores, éste tiene legitimidad para recurrir –habrá que examinar si más adelante se exige que su representante no haya votado a favor–. Finalmente, en cuanto al alcance o carácter de las resoluciones de esta sala de recurso: sus decisiones serán vinculantes para los otros órganos de la ACRE y podrá adoptar todas aquellas medidas que entren dentro del abanico de instrumentos de la agencia y/o remitir el asunto al órgano competente. Se produce una especie de anulación sin que formalmente se exprese como tal porque si puede remitir el asunto

<sup>49</sup> E. MALARET: *op. cit.*, *Diritto Pubblico*, 2008, 2.

<sup>50</sup> Podemos recordar que un candidato se retiró después de poner en evidencia su gran incompetencia, su desconocimiento del sector correspondiente a la cartera que se le pensaba encomendar, precisamente la de energía.

<sup>51</sup> Prorrogable excepcionalmente después de una evaluación, art. 17.3 del Reglamento 713/2009.

<sup>52</sup> Son seis miembros, con seis suplentes.

a otra instancia es porque previamente habrá decidido que la decisión presenta determinadas carencias –sustanciales o formales– o es ilegal y, por lo tanto, procederá a anularla.

## **2. La centralidad de la transparencia: tanto en la vertiente orgánica como en el procedimiento de toma de decisiones**

Como es bien conocido, la credibilidad de las instancias de regulación constituye en la actualidad una preocupación esencial puesto que es una garantía para la efectividad de las medidas adoptadas. En este contexto la publicidad y la transparencia en el quehacer de estas instancias aparece especialmente reforzada y ello es perceptible en el diseño de la estructura de la ACRE y en el régimen de toma de decisiones.

Señalemos, aunque sea de manera muy sumaria, cómo la transparencia opera en la determinación de la composición de los órganos –como hemos visto anteriormente–, en las condiciones de ejercicio de la actividad de los miembros –publicidad de las declaraciones, publicidad del programa bianual de trabajo–, publicidad de las actas de las sesiones.

En relación al régimen de decisiones, interesa solamente señalar algo fundamental, la centralidad que tiene la transparencia en el régimen jurídico de toma de decisiones. Una publicidad que se plasma en la exigencia –en todos los procesos de formulación de recomendaciones, dictámenes o decisiones– de la necesaria consulta con los agentes de mercado, con los operadores de red, una interlocución que debe ser permanente. Y finalmente, cabe recordar la centralidad que ha adquirido en el Derecho comunitario la motivación de los actos<sup>53</sup>, una exigencia que permite luego un control judicial más refinado y depurado, evitando extralimitaciones.

## **A MODO DE CONCLUSIÓN**

Con la ACRE nace una nueva estructura europea, con competencias claras y con la facultad de adoptar decisiones regulatorias en determinados y concretos supuestos. Va más allá de la idea de un marco de cooperación de los reguladores nacionales puesto que es una cooperación institucionalizada y además obligatoria en determinados supuestos, cuando se den determinadas condiciones –cuando no consiguen intervenir los reguladores nacionales o cuando estos lo solicitan–.

Su diseño institucional refleja bien el complicado equilibrio entre autoridades nacionales e instituciones europeas –consejo de administración vs. consejo de reguladores–, entre órganos de determinación del interés general en la esfera de la política y las instancias de garantía del correcto funcionamiento del mercado sectorial, la esfera de la técnica, y finalmente entre eficacia y eficiencia, con la posición y come-

---

<sup>53</sup> Sobre el régimen de los actos administrativos comunitarios, *vid.* por todos, X. AROZ SANTISTEBAN: *Concepto y régimen del acto administrativo comunitario*, ed. IVAP, Oñati, 1998.

tidos del director por un lado y la responsabilidad y control democrático mediante la rendición de cuentas por el otro.

La creación de la primera Autoridad independiente de regulación se produce en un sector estratégico para la integración económica europea. Un sector en el que el proceso de construcción del mercado interior presenta especial complejidad por razones institucionales, económicas y técnicas; unas dificultades que se concretan en el cuello de botella que supone la necesidad de desarrollar redes transfronterizas y garantizar de manera eficiente el acceso de terceros. Instrumento de garantía del mercado interior. En este intersticio, un nudo central de las interconexiones entre redes de transporte de energía de carácter transfronterizo despliega sus cometidos este nuevo planeta de la galaxia que es en la actualidad el sistema europeo, en este ámbito crucial despliega sus competencias esta nueva institución de regulación, la «Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía». Una nueva organización pública que, a pesar de la terminología utilizada para su denominación, se configura como una Autoridad independiente de regulación y no como una Agencia ejecutiva.

El nuevo marco legal de la energía ha intensificado la europeización de las reglas y ha reforzado la europeización de su garantía mediante la institucionalización de la cooperación entre reguladores nacionales. Una fórmula que supone una radical novedad puesto que este avance en la integración no se produce mediante un instrumento que propicie la intergubernamentalidad del proceso de decisiones. No se acrecienta el poder de los Estados miembros frente a las instituciones comunitarias, no se produce una comunitarización del proceso decisorio. La creación de una Autoridad independiente permite ensayar formas nuevas de articulación de los poderes públicos en Europa.

**RESUMEN:** El artículo analiza la naturaleza y cometidos de la Agencia de Cooperación de Reguladores de la Energía (ACRE) creada en el contexto del nuevo derecho de la energía europeo; un nuevo marco legal que tiene como finalidad impulsar y reforzar el mercado interior de la energía. Se examinan los elementos organizativos que muestran los rasgos innovadores que esta organización presenta en el entramado institucional comunitario, sus diferencias con las Agencias creadas anteriormente, así como los elementos en común. El diseño meticuloso y equilibrado de las funciones de esta Agencia, así como su arquitectura orgánica responde a la necesidad de resolver las ineficiencias generadas por las distintas regulaciones de ámbito nacional, pero sin sustituir a los reguladores nacionales. La creación de la ACRE va más allá de la actuación en red de las autoridades nacionales pues europeiza un ámbito de decisión al mismo tiempo que da voz a los reguladores nacionales; así mismo, supone un refuerzo de la capacitación técnica, con su saber hacer refuerza e ilumina la toma de decisiones de la Comisión. La ACRE constituye un delicado equilibrio entre la europeización de la regulación de la energía y el respeto a las instancias nacionales de regulación.

**PALABRAS CLAVES:** Energía, redes transfronterizas, autoridad independiente de regulación, administraciones independientes, agencias europeas.

**ABSTRACT:** This article examines the nature and missions of the Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACRE), created in the context of the new European energy law; a new legal framework that has as a main aim to push and reinforce the electricity internal market. We study the organizational elements that show the innovative features that this organization have in the Community institutional framework, its differences with other agencies and their common elements. The detailed and balanced design of the functions of this Agency, as well as its institutional architecture answers to the need to solve the inefficiencies generated by the different national regulations, but without substituting the national regulators. The creation of the ACRE goes beyond the networked action of the national authorities so it Europeanizes a decision area at the same time as it gives voice to the national regulators and reinforces and clarifies the Commission decision making. The ACRE represents a delicate balance between the Europeanization of the energy regulation and the respect to the national level of regulation.

**KEYWORDS:** Energy, Cross-border networks, Independent regulation authority, independent administrations, European agencies