

PILAR NAVARRO RODRÍGUEZ

LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA

Naturaleza, Funciones y Régimen Jurídico

Epílogo, sobre la Función 14.ª de la CNE,
por Gaspar Ariño Ortiz e Íñigo del Guayo Castiella

FUNDACIÓN EL MONTE

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2008

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
NOTA DE LA AUTORA	17
ABREVIATURAS	19
INTRODUCCIÓN	23

PRIMERA PARTE

LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA ENERGÍA COMO ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES EN EL DERECHO COMPARADO Y EN ESPAÑA

CAPÍTULO 1

ORIGEN HISTÓRICO Y DESARROLLO DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES

I. EN EL DERECHO COMPARADO	36
1. Estados Unidos	38
2. Iberoamérica; en especial, Argentina	43
II. EN ESPAÑA	44

CAPÍTULO 2

ORGANISMOS REGULADORES EN MATERIA DE ENERGÍA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

I. CONSEJO EUROPEO DE REGULADORES DE ENERGÍA O «COUNCIL OF EUROPEAN ENERGY REGULATORS»(CEER).	56
--	----

	<u>Pág.</u>
II. GRUPO DE ORGANISMOS REGULADORES EUROPEOS DE LA ELECTRICIDAD Y DEL GAS (ERREG).....	58
III. FORO DE ELECTRICIDAD DE FLORENCIA	61
IV. FORO DEL GAS DE MADRID	61

SEGUNDA PARTE

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E HISTORIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA

CAPÍTULO 3

EL MARCO CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE ENERGÍA; PLURALIDAD DE ADMINISTRACIONES COMPETENTES

I. PRECISIONES RESPECTO A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	67
II. PRECISIONES RESPECTO AL SECTOR ENERGÉTICO EN ESPAÑA	70

CAPÍTULO 4

PROCESO DE CONFIGURACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA

I. BREVE CRONOLOGÍA HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN ELÉCTRICA EN ESPAÑA	77
II. LEY DE ORDENACIÓN DEL SISTEMA ELÉCTRICO NACIONAL (CSEN)	84
III. LEY DEL SECTOR ELÉCTRICO (CNSE)	89
IV. LEY DEL SECTOR DE HIDROCARBUROS (CNE)	95

TERCERA PARTE

LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA

CAPÍTULO 5

OBJETO Y FUNCIONES DE LA CNE

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA CNE	101
II. APROXIMACIÓN GENERAL A LAS FUNCIONES DE LA CNE ...	107
III. FUNCIÓN DE DESARROLLO NORMATIVO O POTESTAD NORMATIVA	110
1. Planteamiento	110
2. El reconocimiento jurisprudencial: Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2001	114

	<u>Pág.</u>
A) Antecedentes	115
B) Fundamentos de Derecho: un tipo singular de reglamentos que la ley puede habilitar en Organismos independientes del Gobierno	115
C) Y la eterna cuestión de si tales reglamentos afectan a la reserva de la potestad reglamentaria del Gobierno, <i>ex art.</i> 97 de la Constitución.....	117
3. La habilitación legal	119
4. Los sucesivos eslabones de habilitaciones	121
5. Las normas de concreción de la dirección política	123
6. Los poderes implícitos y los ordenamientos sectoriales	124
7. Procedimiento de elaboración de las Circulares de la CNE	124
A) Estudios, trabajos e informes previos	125
B) Aprobación y publicación	126
C) Notificación	127
8. Potestad de dictar instrucciones internas	128
9. Consideraciones finales; aplicación de la doctrina de los elementos normativos desgajados	128
IV. FUNCIÓN CONSULTIVA O DE PROPUESTA E INFORME	130
1. Planteamiento.....	130
2. Intervención en los casos de participaciones públicas en el sector energético.....	135
3. Autorización de instalaciones de transporte de energía eléctrica ...	136
4. Expedientes informativos en procedimientos sancionadores	136
5. El informe anual a las Cortes Generales	139
V. FUNCIÓN DE AUTORIZACIÓN O «SUPERVISORA»	139
1. Delimitación conceptual.....	140
A) Potestad de supervisión	143
B) Potestad de autorización.....	145
2. Modulación de la Potestad de autorización en un sector regulado como el energético.....	146
3. Clases de autorizaciones en materia energética	148
VI. FIJACIÓN DE PRECIOS Y TARIFAS.....	151
1. Antecedentes.....	151
2. Situación actual	152
3. La necesaria revisión del modelo actual	155
A) La desaparición del carácter «único» de las tarifas	155
B) La revisión de las tarifas integrales	157
4. La necesaria reforma institucional	158

	<u>Pág.</u>
VII. LIQUIDACIÓN DE COSTES	160
1. Introducción.....	160
2. Liquidaciones realizadas por la CNE.....	161
VIII. POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN Y POTESTAD RECAUDATORIA	162
1. Potestad de autoorganización	162
2. Potestad recaudatoria.....	162
IX. FUNCIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	164
1. Introducción.....	164
A) Características particulares de la competencia efectiva en sectores neorregulados	165
a) Por la historia: son mercados en transición.....	165
b) Por sus características técnico-económicas y tendencias de reestructuración: globalización de los mercados, concentración empresarial, integración de servicios.....	167
c) Por la integración de los servicios. Los nuevos mercados tecnológicos	167
B) Características del sistema español de Defensa de la Competencia	168
2. Reparto de competencias entre la CNE y los organismos de Defensa de la Competencia.....	172
3. Función de Defensa de la Competencia de carácter general.....	178
4. Limitaciones a la participación en más de un operador principal (art. 34 del Real Decreto-Ley 6/2000) y sus implicaciones.....	178
A) El concepto de mercado o sector	180
B) Concepto de operador principal.....	182
C) Concepto de posesión o adquisición.....	185
D) La autorización excepcional	186
5. Otras medidas liberalizadoras introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2000, en relación con la CNE	189
A) Limitaciones a la ampliación del accionariado de CLH	189
B) En relación con los Contratos de Acceso	190
6. Autorización de participaciones cuando se ponga en peligro el Servicio Público.....	191
7. El mercado energético, la competencia y las concentraciones empresariales. La Función 14. ^a de la LH	196
A) El caso de Unión FENOSA-Hidrocarbónico.....	200
B) El caso Endesa-Iberdrola	200
C) El caso Gas Natural-Iberdrola	202

	<u>Pág.</u>
8. Denegación de la OPA de Gas Natural sobre Iberdrola	202
A) Antecedentes	203
B) Régimen jurídico aplicable	204
a) Sobre la no aplicabilidad del art. 34 del Real Decreto-Ley 6/2000.....	204
b) Competencia e integración de GN en Iberdrola.....	205
c) El régimen de separación de actividades y la OPA.....	207
d) Garantía del cumplimiento de las inversiones derivadas de la planificación vinculante	207
C) Pronunciamiento de la CNE	208
9. Conclusiones; propuestas para mejorar la defensa de la competencia en el Sector Energético	211
X. FUNCIÓN ARBITRAL.....	216
1. Introducción.....	216
2. Arbitraje de la CNE.....	220
A) Órgano competente	220
B) Sujetos legitimados para solicitar el arbitraje.....	221
C) Iniciación.....	222
D) Potestad de dictar medidas cautelares	222
E) Contestación.....	222
F) Oposición al arbitraje.....	222
G) Colaboración de la Administración General del Estado.....	223
H) Práctica de la prueba	223
I) Conclusiones	224
J) Laudo Arbitral	224
XI. FUNCIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	225
1. Fundamento y contenido del ATR.....	226
2. Regulación actual	227
3. Procedimiento.....	229
4. Contratos forzosos	230
5. Intervenciones de la Comisión	232
6. Conclusiones.....	233
XII. POTESTAD DE INSPECCIÓN	236
1. Delimitación conceptual.....	237
2. Requerimientos de información	237
3. Circulares de solicitud de información	239
4. Otras actuaciones inspectoras.....	241
5. Recapitulación	241
XIII. POTESTAD SANCIONADORA O DISCIPLINARIA	242
1. Delimitación conceptual.....	242
2. Distribución de competencias	242

	<i>Pág.</i>
3. Personas o entidades sujetas a la potestad disciplinaria	244
4. Principios de legalidad y tipicidad	244
5. Principio « <i>ne bis in idem</i> »	245
6. Infracciones sancionables.....	246
7. Tipos de sanciones.....	249
8. Procedimiento sancionador	250
9. Prescripción de las infracciones y de las sanciones	251
10. Conclusiones	251
XIV. FUNCIONES DE LA COMISIÓN EN RELACIÓN CON LA GESTIÓN TÉCNICA DE LOS SISTEMAS	253
XV. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS FUNCIONES DE LA COMISIÓN Y LAS FUNCIONES EXIGIDAS POR LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE 2003 A LOS ORGANISMOS REGULADORES EN MATERIA DE ENERGÍA.....	254

CAPÍTULO 6

NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CNE

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES EN GENERAL.....	259
II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CNE.....	261
1. Modulación respecto a las características generales de las Administraciones independientes.....	261
2. Especificaciones	262
III. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA CNE.....	264
1. Régimen de revisión de los actos de la Comisión	265
A) La impugnación de la actuación de la Comisión.....	266
B) Control judicial de las decisiones del Gobierno	268
2. Régimen patrimonial	270
3. Régimen presupuestario y control económico y financiero.....	271
4. Régimen de Contratación y de personal.....	272
5. Responsabilidad.....	275
IV. ORGANIZACIÓN DE LA CNE	277
1. Consejo de Administración	278
A) Régimen de funcionamiento	280
B) Presidente	282
C) Vicepresidente.....	284
D) Secretario	284
2. Consejos Consultivos	285
3. Otros órganos internos.....	290
A) Comité de investigación.....	290
B) Comité de estudios y formación	291

CAPÍTULO 7**SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LA CNE**

I. GARANTÍAS ORGÁNICAS O PERSONALES.....	294
1. El carácter colegial	295
2. Nombramiento	296
3. Duración del mandato de los miembros de la CNE	298
4. Incompatibilidades y deber de secreto	299
5. Retribución	301
6. Deber de abstención	302
7. Cese.....	302
II. GARANTÍAS FUNCIONALES DE LA CNE.....	303
III. GARANTÍAS NORMATIVAS	306
IV. ELEMENTO FINANCIERO	307
V. ELEMENTO RELACIONAL.....	308
VI. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA INDEPENDENCIA DE LA CNE	310
1. Independencia de las Administraciones independientes en general.....	310
2. Posibles elementos de autonomía o independencia de la CNE	313

REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Primera	323
Segunda	324
Tercera	324
Cuarta	325
Quinta	326
Sexta	326
Séptima	327
A) Ente regulador independiente	328
B) Control Judicial	332
C) Órganos de Defensa de la Competencia.....	332
Octava. Recapitulación	333

EPÍLOGO

**LA AUTORIZACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL
DE ENERGÍA PARA LA TOMA DE PARTICIPACIONES
DE SOCIEDADES REGULADAS O EN SOCIEDADES
REGULADAS (LA FUNCIÓN DECIMOCUARTA)**

I. ORIGEN HISTÓRICO DE LA FUNCIÓN 14.ª DE LA CNE	335
II. LA FUNCIÓN 14.ª EN LA LEY DE HIDROCARBUROS DE 1998...	336

	<u>Pág.</u>
III. LA FUNCIÓN 14. ^a TRAS LA REFORMA DEL DECRETO-LEY 4/2006	338
IV. DESPLIEGUE DE LA LÓGICA DE LA VERSIÓN ORIGINAL DE LA FUNCIÓN 14. ^a	340
V. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO LA FUNCIÓN 14. ^a	342
VI. EN PARTICULAR, LA AMPLIACIÓN DE LAS CAUSAS DE DENEGACIÓN	348
VII. LA REFERENCIA A LOS ALMACENAMIENTOS	353
VIII. LA FUNCIÓN 14. ^a DE LA CNE Y EL DERECHO COMUNITARIO ...	354
IX. AUTORIZACIÓN Y MOTIVACIONES ESPECÍFICAS	357
X. JUICIO DE COMISIÓN EUROPEA SOBRE EL NUEVO RDL	362
XI. UNA VALORACIÓN DE LA VIGENTE FUNCIÓN 14. ^a DE LA CNE.....	363
XII. EN PARTICULAR, EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN 14. ^a EN EL ASUNTO ENEL/ACCIONA/ENDESA	367
1. La autorización condicionada de la CNE, para la entrada de Enel en el capital de Endesa	367
2. La Resolución del recurso de alzada interpuesto por Endesa, frente a la autorización, condicionada, de la CNE	368
3. La OPA de Acciona y Enel sobre Endesa.....	369
4. La autorización de la Comisión Europea	369
5. La autorización, condicionada, de la CNE.....	370
6. Las condiciones subsistentes, tras la resolución del recurso de alzada, interpuesto ante el Ministro	370
7. La reacción de la Comisión Europea frente a la autorización condicionada, impuesta a Enel y Acciona.....	372
8. La valoración de las condiciones por la Comisión Europea	373
9. Una primera valoración del conflicto.....	375
XIII. EL FUTURO DE LA FUNCIÓN 14. ^a	376
BIBLIOGRAFÍA.....	379

NOTA DE LA AUTORA

El presente libro es una versión resumida de mi tesis doctoral, que defendí el 27 de julio de 2005 en la Universidad de Almería y que obtuvo la calificación de sobresaliente *cum laude*, concedida por unanimidad por un Tribunal compuesto por el Prof. Dr. D. Eduardo Roca Roca, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada y Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada (que lo presidió); el Prof. Dr. D. Luciano Parejo Alfonso, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III y Rector de la Universidad Int. Menéndez Pelayo; el Prof. Dr. D. Ángel Menéndez Rexach, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid; el Prof. Dr. D. Ángel Sánchez Blanco, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga, y el Prof. Dr. D. Javier de Quinto Romero, Catedrático de Economía de la Universidad San Pablo-CEU de Madrid y Director Adjunto de Red Eléctrica de España.

A todos ellos quiero agradecerles sus valiosos consejos y sugerencias, que sin duda he tenido en cuenta no sólo para completar la investigación origen de la tesis, sino también para la publicación de la misma.

Además de lo anterior, debo reconocer que si este libro ha visto finalmente la luz, no ha sido sólo por el esfuerzo de la que suscribe estas líneas, sino que a ello han contribuido muchas personas que, con su aliento, han hecho más llevadero el arduo camino de su elaboración.

En primer lugar quisiera agradecer al Prof. Dr. D. Íñigo del Guayo Castiella la dirección de esta investigación. Ha sabido contagiarme su pasión por el Derecho de la energía, de forma que su ilusión por el trabajo sobre esta materia y su apoyo constante y decidido, han convertido en una enorme satisfacción académica y personal el poder trabajar con él.

Gracias a los Profs. Ariño Ortiz y Del Guayo Castiella, por incluir, como epílogo de esta publicación, un amplio estudio de la Función 14.^a de la CNE, lo cual me eximió de la tarea de actualizar el trabajo, en lo que a esa función se refiere.

Estas palabras de agradecimiento también van dirigidas al personal de la Comisión Nacional de Energía, siempre dispuestos a facilitarme toda la información que les he solicitado, así como a «discutir» conmigo las cuestiones más problemáticas de mi investigación, destacando especialmente las contribuciones de Dolores Barahona, Subdirectora de Inspección; Marina Serrano, antes Directora Adjunta a Presidencia y ahora Secretaria del Consejo de Administración; y Rafael Durbán, Director de Relaciones Externas y Documentación.

También debo mostrar mi más sincero agradecimiento a la Prof. Dra. D.^a Aileen McHarg, *Senior Lecturer in Public Law* y directora del Centre for Regulatory Studies de la Universidad de Glasgow, por haber posibilitado mi estancia investigadora en dicho centro durante tres meses, en los que pude investigar de forma amplia los nuevos marcos reguladores de la electricidad y el gas en el Reino Unido, así como el funcionamiento de las *Agencies and Public Bodies* británicas.

Por último, pero no por ello menos importante, mis palabras de agradecimiento van dirigidas a toda mi familia, y en especial a mi madre Pilar y mis dos hermanos, Clara Isabel y José Servando, porque han tenido gran paciencia y comprensión hacia mí durante todos estos años que he dedicado a la elaboración de esta investigación. A mi abuelo Servando, porque sé que aunque no se encuentre físicamente con nosotros, seguro que estará orgulloso de su nieta. Y a mi novio David y a su familia, por confiar siempre en mí y animarme en los momentos difíciles.

INTRODUCCIÓN

El objeto de este libro no es otro que tratar de analizar la naturaleza, régimen jurídico y funciones de la Comisión Nacional de Energía (en adelante, «CNE»), como supuesto de ente previsto en la Disposición Adicional Décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril¹, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, (en adelante, «LOFAGE»), ya que tradicionalmente se la incluye entre las denominadas «Administraciones independientes».

La finalidad última que perseguimos es conseguir dar una respuesta adecuada a la pregunta de si es realmente la CNE un ejemplo de autoridad administrativa independiente, con todo lo que esto conlleva. Es decir, tratar de profundizar en su auténtica naturaleza jurídica, más allá de las meras declaraciones legales.

Y la referida solución al interrogante propuesto no puede surgir sino tras la realización de un estudio en profundidad de la Comisión, sus funciones, sus actuaciones, organización y régimen jurídico. De ahí la sistemática que hemos utilizado: una vez conocido el marco constitucional de distribución de competencias en materia de energía y la pluralidad de administraciones competentes en ese ámbito, así como el proceso de configuración de la actual CNE, procedemos a analizar, por su importancia y singularidad, el objeto y las funciones de la Comisión, centrándonos con posterioridad en las importantes especialidades que en ella se pueden apreciar, relativas al régimen jurídico de la actuación de la CNE así como a su organización, descubriendo en último lugar la respuesta al enigma de si la Comisión es o no, a nuestro entender, una autoridad administrativa inde-

¹ BOE núm. 90, de 15 de abril de 1997.

pendiente y, en caso negativo, qué elementos o requisitos le faltarían para serlo realmente.

Pero antes de abordar todo lo anterior, resulta conveniente detenernos con carácter previo en el origen histórico de las Administraciones independientes, tanto en el Derecho comparado como en España.

Esta sistemática que hemos seguido es la que justifica la estructuración del presente libro en tres partes, una primera parte dedicada a los organismos reguladores de la energía como Administraciones independientes en el Derecho comparado y en España, una segunda parte relativa al fundamento constitucional e historia de la CNE, y una tercera parte centrada ya en la propia Comisión. Esta última parte consta a su vez de tres capítulos de gran importancia, como son los relativos al objeto y funciones, la naturaleza y régimen jurídico y la independencia de la CNE. En relación con ello debemos aclarar que, aunque a primera vista pudiera parecer más lógico seguir una sistemática en la que lo primero a estudiar fuese el régimen jurídico y la naturaleza de la Comisión, para centrarnos después en el objeto y las funciones que tiene encomendadas la misma, sin embargo, hemos entendido que los singulares fines que se encomiendan a la CNE y que justifican el reconocimiento de especiales funciones y potestades son, a nuestro juicio², elementos trascendentales que deben ser estudiados con carácter previo para descubrir después la naturaleza jurídica de este ente especial, más que la imprecisa definición legal o las escasas líneas que sobre su régimen jurídico contiene su normativa reguladora. Dicho de otro modo, entendemos que el objeto, las funciones y las potestades que el legislador ha impuesto a la CNE determinan el sentido de este ente y su naturaleza jurídica, y nos ocuparemos, por tanto, primero de la delimitación del objeto de la CNE y el alcance de las funciones que se le atribuyen, para abordar en el siguiente capítulo su naturaleza jurídica, que podría concentrarse en la opción de aceptar o rechazar la calificación de «Administración independiente», noción que tampoco está definida pacíficamente por la doctrina, siendo así que su atribución depende de lo que se entienda por esta categoría.

Por todo lo anterior, es necesario que dejemos bien claro desde este momento inicial cuál es el *concepto de Administración independiente* que vamos a seguir, o lo que es lo mismo, qué entendemos por Administración independiente. Aunque son muchos y muy diversos los conceptos dados por

² Todo ello siguiendo la opinión expresada en el mismo sentido en relación con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por M. FUERTES LÓPEZ, en *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Valladolid, Lex Nova, 1994, p. 43, y en relación con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por A. MARTÍ DEL MORAL, en *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Madrid, INAP, 2000, p. 77.

la doctrina administrativista española para estos Entes, Agencias, Comisiones, Institutos, o como se quieran llamar, a las que se califica normalmente de «Administraciones independientes», estimamos que el que más parece acercarse a la esencia última de los mismos es el concepto según el cual las Administraciones independientes son «aquellas organizaciones administrativas de carácter institucional, no representativas, que desarrollan funciones propias de la Administración activa, y que están configuradas legalmente de forma que el Gobierno y el resto de la Administración gubernativa carecen de las facultades de dirección que configuran típicamente su relación con la Administración institucional instrumental, y ello con la finalidad de neutralizar políticamente una actividad integrada en la órbita del Poder Ejecutivo»³.

En esta definición se acotan o tienen en cuenta las dos partes de la relación jurídico-pública, esto es, desde el punto de vista de la propia Administración independiente, y desde el punto de vista del Gobierno.

En la misma se utiliza de forma deliberada una expresión tan amplia como la de «organizaciones administrativas» debido a que estimamos que dentro del fenómeno de las Administraciones independientes se deben incluir con pleno derecho, tanto órganos administrativos sin personalidad jurídica propia (como es el caso del Tribunal de Defensa de la Competencia), como entidades dotadas de personalidad jurídica propia, que es el supuesto más habitual⁴. Por tanto, queda en evidencia la relatividad del dato de la atribución formal de personalidad jurídico-pública en el ámbito de la Administración institucional, sobre la que insistió el Prof. ARIÑO ORTIZ hace ya décadas⁵. Abonaría a esta misma tesis el hecho cierto de que en el Derecho comparado se incluyen con total normalidad dentro de las categorías equivalentes a la de nuestras Administraciones independientes, organizaciones sin personalidad jurídica, lo que contribuye a demostrar que la independencia, núcleo de esta categoría administrativa, puede subsistir sin necesidad de personificación⁶.

³ Vid. M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, 2000, Colección Estudios, Serie Administración General, p. 33.

⁴ En contra, *cfr.* L. A. POMED SÁNCHEZ, «Fundamento y naturaleza de las Administraciones independientes», *RAP*, núm. 132, 1993, y E. MARALET I GARCÍA, «La Comisión Nacional del Mercado de Valores (una aproximación a su configuración institucional)», *REDA*, núm. 76, 1992, p. 567.

⁵ Vid. G. ARIÑO ORTIZ, *La Administración institucional (bases de su régimen jurídico)*, 2.ª ed., IEA, 1974.

⁶ En Francia, la doctrina considera como una de las características de las *autorités administratives indépendantes* su carencia de personalidad jurídica. *Vid.*, por ejemplo, F. GAZIER e Y. CAN-NAC, «Étude sur les autorités administratives indépendantes», *Etudes et documents de Conseil d'Etat*, núm. 35, 1983-1984, p. 14. En Italia, V. CERULLI IRELLI, afirma que las organizaciones que se incluyen entre las *amministrazioni indipendenti* no siempre están dotadas de personalidad jurídica, en «Premesse problematiche allo Studio delle amministrazioni indipendenti», en *Mercati e amministrazioni indipendenti*, F. BASSI y F. MERCURI, Milano, Giuffrè, 1993, p. 7.

Además de lo anterior, la definición establece que las Administraciones independientes son «de carácter institucional», entendiendo a la Administración de carácter institucional como «el conjunto de las numerosas organizaciones de que se sirven las Entidades territoriales para cumplir concretas funciones de servicio público o intervención administrativa, teniendo como características principales la especialidad en sus fines y la dependencia de un Ente territorial»⁷. Y a esa característica se añade que son «no representativas» con lo que se deja fuera de la categoría, *i*) a la Administración corporativa, como implícita o explícitamente hace la generalidad de la doctrina, y *ii*) a las Entidades que, sin ser corporativas, mantienen una separación respecto de la Administración gubernativa que responde más a la clave de la autonomía de las Corporaciones que a la idea de independencia. Se trata de organizaciones administrativas a las que no queda más remedio que incluir en la categoría de Administración institucional (pues su base la constituye una *universitas rerum*) pero que, sin embargo, se configuran alrededor de unos intereses colectivos a los que se reconoce (a través de la conformación de sus órganos rectores), una cierta sustantividad, con lo que se aproximan a la noción de las Corporaciones. Este subtipo de Administración institucional en el que sólo se integran actualmente con propiedad las Universidades públicas, puede calificarse como Administración institucional representativa. Y a ello se añade que «desarrollan funciones propias de la Administración activa», esto es, que dictan actos administrativos o emiten disposiciones generales que inciden de manera directa y primaria en la esfera jurídica de los particulares, sin perjuicio de que puedan desarrollar también, como de hecho lo hacen, funciones consultivas o de control.

Por otro lado, desde el punto de vista de la otra parte de la relación jurídica, en la que se encuentran el Gobierno y el resto de la Administración gubernativa, hay que decir que, dejando un poco de lado la polémica sobre la consideración o no del Gobierno como parte integrante de la Administración, lo que ahora importa resaltar es el hecho de que el peculiar estatuto jurídico de las Administraciones independientes les garantiza (al menos en teoría) una especial posición frente al complejo organizativo que forman el Gobierno y la Administración departamentalmente organizada, que le está directamente sometida.

En efecto, el régimen jurídico de las Administraciones independientes se cimienta sobre las conocidas como garantías o elementos de la independencia, que bloquean los instrumentos de los que normalmente se vale la Administración gubernativa para la dirección de la Administración institucional instrumental.

⁷ Vid. J. R. PARADA VÁZQUEZ, que en su manual *Derecho administrativo*, vol. 2, 15.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 239 y ss, define de ese modo a la Administración institucional.

Este elemento es importante, y concurre en todas las Administraciones independientes, pero no es suficiente como elemento distintivo por sí mismo de este tipo de Administraciones, ya que existen Administraciones públicas cuya situación respecto del Gobierno y la Administración General del Estado es semejante a la de las Administraciones independientes propiamente dichas, sin que por ello merezcan ser incluidas en esta categoría ⁸.

Por ello, es necesario profundizar más en este análisis, y centrarnos en tratar de encontrar cuál es el elemento distintivo de las Administraciones independientes, elemento que suponga una singularidad suficiente como para construir en torno a ella una nueva categoría de Administraciones públicas.

De ahí que hayamos caracterizado a las Administraciones independientes como Administraciones institucionales no representativas *que desarrollan funciones propias de la Administración activa en la órbita del Poder Ejecutivo*. Sólo la protección contra la influencia del Gobierno de este tipo de organizaciones responde de manera directa e inmediata al *telos* que subyace en la categoría de las Administraciones independientes ⁹, esto es, «la neutralización política de ciertas actuaciones» de la Administración, que tradicionalmente se habían realizado bajo la dependencia y dirección del Gobierno.

Pues bien, una vez realizada una breve conceptualización de las Administraciones independientes, volvemos al objeto último de esta publicación, que no es otro que tratar de resolver la cuestión de si es realmente la CNE una Administración independiente que cumple con todos los requisitos o características que acabamos de describir. En relación con esta cuestión, sobre la que profundizaremos de forma amplia durante el texto, podemos adelantar una de las conclusiones a la que llegaremos al final del libro, que es la siguiente: hoy por hoy, se puede decir que, a pesar de que la CNE es uno de los Organismos incluidos en la Disposición Adicional 10.^a de la LOFAGE, que la Ley núm. 34/1998, de 7 de octubre ¹⁰, del Sector de Hidrocarburos, (en adelante, «LH») la define como «ente regulador de los sistemas energéticos», y de que ciertos elementos de su regulación legal recuerdan, a primera vista, a los que son propios de la catego-

⁸ Ya J. M. SALA ARQUER, en «El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones Independientes», *REDA*, núm. 42, 1984, p. 402, insistía en la necesidad de proceder a una depuración conceptual de la categoría, que impidiese que el término se convirtiera en «una especie de cajón de sastre, en el que se da entrada a una abigarrada tipología de entes, cuya supuesta independencia obedece a motivos esencialmente diversos».

⁹ *Vid.* J. M. SALA ARQUER, en «El Estado neutral ...», *op. cit.*

¹⁰ *BOE* núm. 241, de 8 de octubre de 1998 (corrección de errores en *BOE* de 3 de febrero de 1993).

ría de las Administraciones independientes, consideraciones funcionales y relativas a la escasa independencia personal de sus miembros impiden considerar a la CNE como una Administración realmente independiente del Gobierno.

Las funciones verdaderamente decisorias de la Comisión son relativamente reducidas, y buena parte de sus actuaciones se integran sin carácter vinculante en procedimientos que concluyen con decisiones de la Administración gubernativa (Disposición Adicional 11.^a, Tercero, 1 a 3, de la LH). De todos modos, lo decisivo es el hecho de que contra sus resoluciones y actos de trámite cualificados está previsto, con muy contadas excepciones, un recurso administrativo ante el Ministerio de Industria, lo que descarta la independencia funcional de la Comisión (DA 11.^a, Tercero, 5, de la LH). En este mismo sentido, la LH atribuye al Ministerio de Industria un control de eficacia sobre la actuación del Organismo (DA 11.^a Primero, 2, de la LH).

Por otro lado, y aunque el apdo. primero, 5, de la DA 11.^a de la LH regula las posibles causas de remoción de los miembros del Consejo de Administración de la Comisión de un modo que recuerda, a primera vista, al que es característico de las Administraciones independientes, sin embargo, tras enumerar como motivos de remoción la expiración del mandato, la renuncia, la incapacidad permanente, la incompatibilidad sobrevenida, y la condena por delito doloso, la citada disposición se refiere, como un último modo de poner fin al mandato de los miembros del Consejo, al «cese por el Gobierno, a propuesta motivada del Ministro de Industria». Con esta última previsión, las que parecían causas tasadas de remoción quedan como meros ejemplos de posibles motivos para el cese, junto a los que cabe pensar en otros que otorgan al Gobierno de turno un amplio margen de decisión, como es el del ineficaz desempeño de sus funciones por parte del Consejo, habida cuenta de que la Ley atribuye al Ministro competente (hoy, el de Industria) el control de eficacia sobre la actividad de la Comisión. Quedan así en nada las aparentes garantías personales de independencia de los miembros del Consejo de Administración de la CNE, que son un elemento esencial del *status* independiente de los organismos denominados Administraciones independientes.

Hay que resaltar la importancia de la cuestión de la independencia del regulador frente al Gobierno, ya que lejos de ser una cuestión meramente dogmática, la existencia de un ente regulador realmente independiente de las empresas y del poder político es una *condicio sine qua non* para la creación de auténticos mercados energéticos, y para el funcionamiento del sistema.

Pero la investigación contenida en este libro es más ambiciosa, ya que no pretende quedarse en una mera descripción de la situación actual de la

CNE, sino que una vez diagnosticada con el suficiente detalle la situación actual, esto es, la ausencia de independencia real de la CNE respecto del Gobierno, intentaremos describir los elementos o requisitos que se precisarían para conseguir que la Comisión sea una verdadera Administración independiente, y ello en función de experiencias de reguladores independientes de países de nuestro entorno y de los que existen en nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad, y sin perder de vista en ningún momento que no es conveniente asumir de manera acrítica experiencias ajenas sin comprobar antes cuáles son sus propias características y si son exportables a nuestro sistema energético.