

Organismos reguladores de los mercados y su gobernanza

6 de junio de 2017

Resumen y conclusiones

Club Español de la Energía (ENERCLUB)

Introducción y sesión inaugural con la intervención del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital

La regulación es el instrumento que sirve de conciliación entre las políticas y el libre funcionamiento de los mercados. Ambos deben considerarse como fuerzas complementarias, en lugar de opuestas, si bien equilibrar cada decisión de manera que se respete el ejercicio de potestades regulatorias con la libertad propia de los mercados en competencia no es tarea sencilla.

En este contexto, el papel del Regulador y el poder ejercer correctamente sus funciones resulta fundamental. Así se reconoce en las Directivas Europeas del Mercado Interior de la Energía de 2009, comúnmente conocidas como el Tercer Paquete.

España fue uno de los países pioneros en Europa en la implantación de órganos reguladores, a través de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (CNSE, 1994) y de la Comisión Nacional de Energía (CNE, 1998).

Posteriormente, con la Ley 3/2013, se creó la Comisión Nacional de los Mercados y la

Competencia (CNMC). A través de esta Ley, la CNE y varias autoridades de regulación sectorial, incluyendo la energética, quedaron integradas en una sola. Así, la CNMC quedó constituida como el organismo público con personalidad jurídica propia, independiente del Gobierno, encargado de velar por la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos.

Tres años después, el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad lanzó a consulta pública, hasta el 17 de marzo de 2017, el **Anteproyecto de Ley sobre Racionalización y Ordenación de los Organismos Supervisores de los Mercados y para la Mejora de su Gobernanza**. En un contexto de evolución permanente de los mercados, el objetivo de esta norma, de acuerdo con el propio Gobierno, es el de reordenar la arquitectura institucional de la defensa de la competencia y la supervisión en el ámbito económico y financiero en España, con el fin de mejorar el sistema de gobernanza económica.

La nueva norma plantea el cambio de la CNMC y la separación de las funciones de competencia de las de los sectores regula-

dos. En concreto, propone la creación de cuatro Autoridades Administrativas Independientes (AAI), como son las de Competencia; Supervisión y Regulación de los Mercados; Seguros y Planes de Pensiones; y Protección de los Usuarios de Servicios Financieros y de los Inversores Financieros.

De forma adicional, y entre otras medidas, se desarrollaría un nuevo mecanismo para el nombramiento de los órganos de gobierno de las entidades supervisoras, integraría al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y el Banco de España continuaría realizando su labor de supervisión de la solvencia de las entidades de crédito.

De acuerdo con la propia norma, las modificaciones propuestas pretenden así adaptarse a los evoluciones permanentes de la estructura de los mercados y las prácticas mercantiles, obteniendo el mejor modelo de gobierno posible en las instituciones encargadas de velar por el buen funcionamiento de los mercados, promover la existencia de competencia efectiva en los mismos y asegurar así la eficaz protección de los derechos de los consumidores y usuarios, sin olvidar la protección del medio ambiente.

Con la finalidad de contribuir al debate en torno a las posibles implicaciones de las medidas propuestas en el Anteproyecto de Ley, especialmente en lo que al sector energético se refiere, el Club Español de la Energía celebró una Jornada de mañana, con el patrocinio de Endesa, en el que algunos de los mayores expertos en la materia, tanto a nivel nacional como internacional, compartieron con los asistentes sus puntos de vista sobre la temática.

En la sesión inaugural del evento se tuvo el honor de contar con la intervención de **Álvaro Nadal Belda, Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital.**

El Ministro comenzó refiriéndose a la complejidad de la gobernanza y a la importancia del reparto de responsabilidades en una política tan fundamental y de tan largo plazo como es la energética. También se refirió, en sus primeras palabras, a la necesidad de la regulación para mitigar los fallos de los mercados pero también los del sector público, así como a la importancia de un sistema de control.

A continuación, hizo una reflexión sobre la larga historia de los organismos reguladores en España, y recordó que la CNMC se creó como un modelo integrado con el objetivo de que la visión de competencia siempre prevaleciese sobre la sectorial. El Gobierno propone ahora, por el consenso político que se ha establecido, una diferenciación total. En este sentido, aseguró que ningún modelo es perfecto, ya que todos tienen ventajas e inconvenientes y, en referencia a la CNMC, afirmó que "las decisiones tomadas por este organismo, han sido consideradas en general de un alto valor".

Según indicó el Ministro, en el debate sobre organismos reguladores tenemos que huir de posturas extremas. Además, es muy impor-

tante conjugar ideas políticas, administrativas y académicas, ya que "en el punto medio siempre está la virtud", sin olvidar la búsqueda de una visión global de la economía y que los diferentes actores cooperen entre sí.

Terminó su intervención afirmando que hay que desarrollar ideas y poderes que se compensen y contar con la capacidad de combinarlos para tomar la mejor decisión posible. Los reguladores deben tener la capacidad de diálogo y de toma de decisiones, pero no les podemos pedir que participen en el debate político. El organismo regulador tiene que ser el espejo del Gobierno y del Parlamento, y el Parlamento debe ser el gran controlador de los órganos reguladores. "De esta forma, contaremos con un modelo regulador exitoso".

A continuación, se incluye un resumen de los principales mensajes destacados en las diferentes sesiones de la Jornada.

Los organismos reguladores y las Directivas europeas

La normativa europea, desde las primeras directivas de liberalización hasta el Paquete de Invierno "Energía limpia para todos los europeos" publicado el 30 de noviembre de 2016 y actualmente en tramitación, establece la obligatoriedad de la existencia de organismos reguladores nacionales. La legislación, además, profundiza en la independencia y el fortalecimiento de sus competencias constituyéndose como un elemento imprescindible para alcanzar el Mercado Interior de la Energía (MIE).

Su existencia se justifica en la necesidad de separar la política de la regulación; proteger, por un lado, a los consumidores y, por otro, a los inversores; y reducir los costes de capital de las industrias reguladas mediante la reducción del riesgo regulatorio.

El citado Paquete de Invierno, que incluye un total de ocho propuestas legislativas y marca la necesidad de una adaptación institucional, abarca una gran variedad de materias. En particular, incluye la propuesta de Reglamento de Gobernanza de la Unión Energética que afecta a las Autoridades Nacionales Reguladoras (ANRs). En este ámbito, se podría considerar como un desarrollo del Tercer Paquete, donde se especificaban los objetivos y los principios básicos de un organismo regulador:

- Competencias: responsabilidades regulatorias completas.
- Poder de tomar decisiones finales que solo pueden ser objeto de revisión por los tribunales competentes.
- Tener suficientes recursos para llevar a cabo las competencias asignadas.
- Independencia de los poderes políticos (mandatos irrevocables), e independencia presupuestaria.
- Transparencia: control financiero independiente y publicación de las consultas públicas.

Estas competencias, se refuerzan con el Paquete de Invierno. En concreto las nuevas funciones que la propuesta de nuevo Reglamento asigna a las ANRs se resumen a continuación, destacando principalmente la fijación de tarifas, la mejora del funcionamiento de las interconexiones y las relacionadas con los consumidores.

Nuevas funciones:

- Serán responsables de aprobar las metodologías y las tarifas de redes de transporte y distribución.
- Deberán implementar las directrices comunitarias y códigos de red a nivel nacional o de manera coordinada en el ámbito regional o comunitario.
- Se les asigna la supervisión de los Centros Operativos Regionales en colaboración con ACER.

- Asegurarán el máximo uso de la capacidad disponible de las interconexiones.
- Desarrollarán los estándares de seguridad de suministro de manera transparente.
- Deben aprobar los pagos compensatorios entre agregadores y definir los requerimientos técnicos de la participación de la demanda.
- Supervisarán los TSOs y DSOs.

El reglamento, además, refuerza **la independencia** de las ANRs.

La propuesta **no se pronuncia**, sin embargo, **sobre el diseño institucional**, destacando que corresponde a los Estados miembros (EE.MM) determinar el modelo de organismo en función de su política legislativa nacional.

Diseño y funciones del regulador

Principios básicos y otras premisas

Cada uno de los modelos de Regulador existentes (Unisectorial; Multisectorial; o Convergente) tienen sus virtudes y aspectos mejorables.

En cualquier caso, lo importante no es sólo el modelo sino también para qué se va a utilizar (competencias), y que esté **bien diseñado** para conseguir los objetivos perseguidos. Cómo se configuran los organismos reguladores es muy importante porque determinan la calidad regulatoria de un país; ayudan a la seguridad jurídica, evitan el riesgo regulatorio y la judicialización de determinados aspectos.

En este sentido, cabe recordar los **siete principios desarrollados por la OCDE que pueden orientar en la mejora del diseño de los reguladores económicos**¹. Dichos principios se complementan y se refuerzan entre sí:

1. Papel del Regulador: claridad de objetivos y funciones.
2. Modelo de toma de decisiones.
3. Prevención de la influencia indebida y mantener la confianza en el ámbito regulatorio.
4. Rendición de cuentas y transparencia.
5. Implicación de las partes interesadas (*engagement*).
6. Financiación y recursos humanos.
7. Evaluación [*input-process-output-outcome*].

Además, para que los EE.MM puedan alcanzar sus objetivos de política energética de forma eficiente, según se puso de manifiesto durante la jornada, la estructura de una buena ANRs **necesitaría cumplir con los siguientes requerimientos:**

- Cooperar a nivel europeo (*task forces* de ACER & CEER, grupos de trabajo, ...).

- Estar en posición de negociar con homólogos a nivel europeo.
- Ser suficientemente rápido en la toma de decisiones y fijar las prioridades correctas. (Hay que tener en cuenta que una jerarquía con múltiples niveles, como es el caso en muchas autoridades multisectoriales, a menudo ralentiza la toma de decisiones).
- Tener el personal adecuado actuando a nivel europeo (buenos negociadores que sean capaces de posicionar los intereses nacionales).

Sobre la base de estos principios y premisas, los Gobiernos deben plantearse qué tipo de Regulador quieren dependiendo de sus especificidades nacionales, y teniendo en cuenta que cada Regulador tiene sus propias características. En la figura 1, se muestran a modo de ejemplos las diferentes características de un Regulador sectorial y una autoridad de competencia.

Figura 1: Características de las agencias: Regulador sectorial (ex ante) vs Autoridad de competencia (ex post).

Regulador sectorial	Autoridad de competencia
<ul style="list-style-type: none"> • Está sujeto a múltiples objetivos tanto de funcionamiento competitivo de los mercados como medioambientales y de seguridad de suministro. • Tiene personal especializado con conocimiento del diseño y las reglas de los distintos mercados de gas y electricidad. • Tiene contacto frecuente con las empresas del sector tanto en foros públicos como privados (reuniones bilaterales). • Es responsable de la regulación del acceso a los segmentos de la red que son monopolio natural (transmisión y distribución). • Interactúa con otros reguladores sectoriales como ACER y CEER. 	<ul style="list-style-type: none"> • Objetivo focalizado en asegurar el funcionamiento competitivo de todos los mercados en la economía. • Personal especializado con conocimientos de los procedimientos y la normativa de competencia. • No tiene contacto frecuente con ningún sector en particular. • No tiene responsabilidades de regulación en redes. • Interactúa con otras autoridades de competencia de la UE.

¹ "OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy: The Governance of Regulators" (2014). "The Governance of Regulators: Being an Independent Regulator" (2016). "The Governance of Regulators: Creating a culture of Independence" (2017).

Una autoridad común (sectorial y competencia) tiene pros y contras. Como ventajas, se podrían citar: la posibilidad de aprovechar las sinergias de una organización común (recursos humanos, informática, presupuesto, conocimientos y experiencia compartidos), así como una buena cooperación y equilibrio entre "reguladores" y "economistas de mercado". Como inconvenientes, se podría mencionar la implicación de mayores recursos dedicados a la decisión y costes de coordinación, y el hecho de que si una organización llega a hacerse demasiado grande/diversa puede llegar a dificultar el ejercicio de sus funciones.

Recomendaciones para el nuevo modelo

Partiendo del modelo planteado por el Gobierno, consistente, como se indica en el apartado introductorio, en la creación de cuatro Autoridades Administrativas Independientes (Competencia; Supervisión y Regulación de los Mercados; Seguros y Planes de Pensiones; y Protección de los Usuarios de Servicios Financieros y de los Inversores Financieros), durante la Jornada se destacó la importancia de hacer una reflexión profunda cuyo punto de referencia debería ser los paquetes de liberalización comunitarios y las especificidades de la regulación española.

Los debates giraron en torno a dos aspectos principalmente: por un lado, la **independencia del Regulador**, y por otro, la **coordinación entre la autoridad de competencia y la de mercados**.

Respecto al primero punto, se subrayó la necesidad de potenciar y garantizar la *independencia del Regulador*, tanto frente al Gobierno como al sector regulado (las empresas), así como desde el punto de vista financiero. Una independencia real y cualitativa depende de la capacidad de los miembros de las instituciones de serlo, de ahí la importancia

de la reputación profesional de las personas y de los sistemas de elección.

Sobre los nombramientos, se puntualizó la importancia de contar con un sistema que garantice la idoneidad, la competencia y solvencia de los miembros. Se considera indispensable que el perfil de los reguladores sea eminentemente técnico (con amplios conocimientos sobre la estructura, el diseño, el alcance del sector) y con capacidad de gestión, además de tener neutralidad de juicio.

También se hizo mención a aspectos organizativos internos, como la necesidad de contar con mayor flexibilidad en la gestión de los RRHH. En concreto, se indicó que la existencia de diferentes regímenes de personal (funcionarios, personal laboral) genera distorsiones, y la importancia de prestar especial atención al personal laboral que conforma los equipos técnicos.

En cuanto a la *coordinación competencia /mercados*, según se explicó, existen distintas y múltiples posibilidades (sistema de informes cruzados como existía antes en España, los sistemas de doble control en EE.UU), concluyendo en la relevancia de que se debata, se encuentre el mecanismo idóneo y se regule esta coordinación.

En concreto, se habló sobre la posibilidad de volver al sistema de informes cruzados citado, de disponer de un órgano mixto para la resolución de conflictos, o de explorar un mecanismo parecido al existente para la coordinación de la autoridad nacional de la defensa de la competencia y la autonómica.

Otro aspecto relevante sobre el que se debatió estaba relacionado con la idea de **ampliar y reforzar las funciones del Regulador**. A lo largo de la Jornada, muchos ponentes subrayaron la importancia de aprovechar la reforma para completar las competencias re-

gulatorias atribuidas, al menos en el ámbito de la energía, a la autoridad de regulación de los mercados. En este sentido, algunos ponentes en particular se refirieron a la fijación de tarifas.

También se trató el tema de la **coordinación a nivel europeo**. En este sentido, se recordó que el modelo europeo exige interlocución entre las ANRs para cumplir con sus objetivos, y que ello sólo se puede conseguir con organismos reguladores independientes y que tengan todas las funciones que dictan las directivas. El Paquete de Invierno genera una base jurídica uniforme que permite una cooperación regulatoria más estrecha entre las ANRs, desarrollar mejores prácticas y aprender unas de otras. Destaca en especial la labor de la *Agency for the Cooperation and Energy Regulators (ACER)*, así como del *Council of European Energy Regulators (CEER)*.

Se concluyó recordando que cualquier cambio de modelo debe tener en cuenta los costes de transición. Además, se remarcó la importancia de que, sea cual sea el modelo elegido, no se escatime ni en medios ni en recursos ya que la apuesta por instituciones es clave del bienestar, y la calidad de un país la marca la calidad de sus instituciones.

Modelos comparados de reguladores energéticos

Europa

Teniendo en cuenta que la comparativa de diferentes órganos reguladores no es fácil, porque aunque todos tienen en común las normas y directrices europeas, la arquitectura jurídica y administrativa de cada país es diferente, a continuación se incluye un análisis de ANR europeas respecto a las siguientes áreas:

- **Poderes:** En 5 de 29 países (UE 28 + Islandia), las decisiones de las NRAs es-

tán sujetas a la aprobación o pueden ser revocadas por el Ministerio.

- **Independencia:**
 - Las NRAs de 5/29 países todavía pueden recibir instrucciones externas sobre decisiones reglamentarias.
 - En 11 países, la NRA requiere la aprobación gubernamental del presupuesto o el gobierno puede limitar la tasa regulatoria.
- **Transparencia:**
 - Las cuentas de la mayoría de las NRAs están sometidas a control ex-post.
 - La mayoría también tiene claras normas para la consulta pública.
- **Competencias** (fijación de tarifas y capacidad normativa)
 - Solo 6 países tienen competencias para establecer la metodología de la estructura tarifaria y aprobar las tarifas.
 - 26 reguladores tienen competencias en la provisión de servicios de balance aunque la mayoría solo para la aprobación de la metodología.
 - Todos los reguladores excepto uno pueden modificar las condiciones de acceso a infraestructuras transfronterizas establecidas por el gestor de la red de transporte (TSO, *Transmission System Operator*)
 - En cuanto al grado de participación en el proceso legislativo parlamentario, la gran mayoría de las NRAs desempeña un papel en el proceso. La mayoría tienen un papel consultivo, pero 7 tienen también un derecho de iniciativa legislativa

Según se concluyó, en Europa existe un grupo de reguladores fuertes, que siguen el modelo canónico (cumpliendo los principios básicos indicados anteriormente) y que están asociados a los países que más han tenido que ver con la construcción del MIE; y por otro lado, también existe una serie de reguladores que tienen un modelo adaptativo con un diseño

específico dependiendo del país y que está presente mayoritariamente en los países de más reciente incorporación. Los países que tiene este último modelo, sin embargo, están en proceso de transformación y mejora.

A continuación, se detallan algunas de las características de los modelos alemán e italiano que fueron analizados en la Jornada:

Alemania

La autoridad regulatoria alemana se llama BNetzA, es una autoridad federal independiente en el ámbito de las competencias de Ministerio de Economía y Energía y el Ministerio de Transporte e Infraestructura Digital. Se trata de un Regulador específico del sector encargado de garantizar una competencia efectiva en los sectores de redes (telecomunicaciones y correos desde 1998, electricidad y gas desde 2005, y ferrocarriles desde 2006). Cuenta con un total de aproximadamente 3.000 empleados, de los cuales 500 corresponden al sector energético.

Aunque es un organismo independiente, el Ministerio puede darle directrices generales, que deben hacerse públicas, pero no interfiere. Las decisiones de BNetzA están sujetas a supervisión por parte de tribunales independientes. Además, debe hacer rendición de cuentas al Parlamento (*Beirat*) y coordinarse con la autoridad de competencia (*Cartel Office*).

Entre sus competencias, destacan las relacionadas con la competencia efectiva, el acceso no discriminatorio a la red y el control *ex ante* de las tarifas de la red. Estas competencias se ven ampliadas tras la transposición del Tercer Paquete de 2009, y la enmienda de la Ley de la industria de la energía de 2011, entre otros ámbitos, en el seguimiento de los mercados mayoristas y minoristas, en términos de independencia y mayor protección de los consumidores.

Italia

La Autoridad Reguladora Italiana de Electricidad, Gas y Agua (*Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico*), separada de la de competencia, es el organismo regulador independiente de los mercados energéticos y los servicios integrados de agua. Se creó en 1995, con el principal objetivo de proteger los intereses de los usuarios y consumidores, promover la competencia y garantizar servicios eficientes, competitivos y de calidad.

Las principales competencias normativas de la Autoridad se refieren a la definición y mantenimiento de un sistema tarifario fiable y transparente - conciliando los objetivos económicos de los operadores con los objetivos sociales generales, y promoviendo la protección ambiental y el uso eficiente de la energía -. Además, entre sus competencias destacan la definición de estándares de calidad del servicio y la definición de un marco destinado a la protección y el empoderamiento de los consumidores. Así mismo, el Regulador también proporciona asesoramiento e informes especializados al Gobierno y al Parlamento sobre los sectores regulados y formula recomendaciones para futuras políticas.

Consciente de los profundos cambios que afrontan los sectores regulados, así como de su impacto en la regulación, la Autoridad italiana ha trabajado - y sigue haciéndolo - adoptando un doble enfoque: por un lado, la identificación de proyectos piloto para probar las posibles consecuencias sobre la regulación de la introducción de nuevas tecnologías y, por otro, la implementación de cambios en la regulación utilizando los resultados de los proyectos mencionados, pero manteniendo el sistema regulatorio en sí mismo lo más estable posible. Todas las decisiones se toman después de un procedimiento de consulta pública.

Iberoamérica

En Iberoamérica, la Asociación Iberoamericana de Entidades Reguladoras de la Energía (ARIAE) que se constituyó formalmente el 17 de marzo de 2000 en la ciudad de Buenos Aires (Argentina), ha realizado un trabajo muy importante en el que el Regulador español ha tenido oportunidad de participar activamente. Sus principales objetivos son: Intercambio de experiencias y conocimientos en la regulación de los sectores de la energía; Formación y capacitación de personal en todos los niveles a través de cursos de regulación energética; y Cooperación en actividades de interés

común, incluso en los campos de investigación y desarrollo.

Existe un índice, denominado Gilardi, a través del que se puede medir el nivel de fortaleza institucional de las agencias reguladoras, tomando valores de 0 a 1. Se conforma de 21 indicadores agrupados en 5 categorías (estatus del jefe de la agencia, estatus de los miembros de la junta directiva, relación con el gobierno y el Parlamento, fortaleza financiera y organizacional y competencias regulatorias). De la lectura de este indicador aplicado a los reguladores nacionales iberoamericanos y de la documentación sobre el tema, se pueden sacar las siguientes conclusiones:

- No reproduce el modelo canónico de independencia de los NRAs a causa de la "adaptación" local, en algunos casos.
- No obstante, los valores obtenidos reflejan una mejora del grado de independencia.
- La difusión del modelo regulatorio a través de las plataformas supranacionales de NRAs es un instrumento que ha demostrado ser muy útil. Es importante que participen activamente las NRAs.
- La liberalización del sector y el respeto a una regulación *market approach* son elementos decisivos en la independencia de las NRAs. El caso de México es un excelente ejemplo de mejora regulatoria.

Conclusiones

A lo largo de la Jornada, se puso de manifiesto la importancia de los organismos reguladores como instituciones encargadas de velar por la convivencia de actividades reguladas y liberalizadas, el correcto funcionamiento de los mercados, garantizando la mínima distorsión de la competencia y asegurando la protección de los derechos del consumidor.

Contar con reguladores bien diseñados y de calidad es clave para el funcionamiento de los mercados, y el desarrollo de políticas energéticas y climáticas integradas. Además, su existencia es una necesidad ineludible de las Directivas europeas e imprescindibles para la consecución del Mercado Interior de la Energía.

En España nos encontramos en un momento de intensos debates en torno a la reforma de nuestro modelo de gobernanza regulatorio, en los que se está planteando el cambio de la CNMC y la diferenciación total entre las actividades de la defensa de la competencia y de regulación de los mercados.

Los debates están en gran medida centrados en la idoneidad para nuestro país del nuevo modelo planteado y en las múltiples posibilidades de coordinación entre las actividades de competencia y la de los mercados. No obstante, quedó patente, que cada modelo tiene sus virtudes y aspectos mejorables, siendo lo más importante no tanto el tipo de modelo si no para qué se va a utilizar (sus contenidos: competencias).

En este sentido, sería deseable que la reforma se aprovechara para profundizar en las funciones del Regulador, en base a las directrices europeas, las características de nuestros sistemas energéticos y nuestras necesidades industriales. Además, se hizo especial hincapié en la necesidad de potenciar y garantizar la independencia del Regulador y de velar para que éste ejerza sus competencias con imparcialidad y transparencia, destacando cómo la reputación profesional de las personas que lo componen es una de las principales características que definen esta independencia.

También se puso de manifiesto la nueva realidad del sector energético, donde se están produciendo grandes cambios (penetración cada vez mayor de energías renovables, nuevo papel del consumidor, nuevas tecnologías conectadas como el almacenamiento de electricidad, nuevos modelos de negocio), y donde los límites sectoriales se difuminan. En un mundo tan cambiante, diseñar la regulación para alcanzar los objetivos tradicionales (de sostenibilidad, seguridad y competitividad) y equilibrarlos con la protección del cliente, es una tarea tan apasionante como difícil. ■