



**VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL CONSEJERO D. JORGE FABRA UTRAY EN RELACIÓN CON EL
INFORME 1/2010 DE LA CNE AL ANTEPROYECTO DE LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE**

En relación con el Capítulo I del Título III del Anteproyecto de Ley, que lleva por título “Modelo Energético Sostenible”, el Consejero que emite el presente voto particular considera que tanto el texto del Anteproyecto como el informe de la CNE se desenvuelven en el terreno de los principios y de los objetivos de una economía sostenible y no condicionan las diferentes opciones regulatorias que pudieran ponerse en marcha para cumplir los objetivos dentro de los principios enunciados. Por consiguiente, no sólo no cabe objetar su contenido sino que además merece un juicio favorable, desde la opinión que aquí se manifiesta, en la medida que clarificando de manera suficiente los principios y objetivos de la política energética española en el marco de la Unión Europea, sienta las bases imprescindibles para que ulteriores normas regulatorias puedan prestarse a ser instrumentos eficientes y eficaces de la Política Energética y Medioambiental que en el Anteproyecto se formula.

Conviene, no obstante, señalar una cuestión no menor deslizada en los juicios realizados por la CNE en su informe que seguramente ha pasado inadvertida en las deliberaciones previas a su aprobación por el Consejo, y tal vez, al propio Consejero Ponente (y desde luego a quien suscribe este voto particular). Inserta en las observaciones al ARTÍCULO 98. PLANIFICACIÓN ENERGÉTICA INDICATIVA: GENERACIÓN, el informe de la CNE afirma con cierto énfasis lo siguiente: “*Si bien es incuestionable la plena libertad de instalación en lo que atañe a la actividad de generación*”... Cuando lo cierto es, por el contrario –y esto no es opinable– que la libertad de instalación en el segmento de generación de electricidad no sólo es cuestionable sino que es inexistente, entre otras, por estar vedada, por razones de diversa índole, (cuya explicación no viene ahora al caso) la libertad de instalación en los segmentos tecnológicos hidroeléctrico y nuclear. Ésta cuestión no es baladí porque determina irremediabilmente la existencia de un mix energético no óptimo que distorsiona los mecanismos de retribución existente. Y precisamente este es el fundamento del texto que en el Informe de la CNE sigue a la sorprendente afirmación antes citada: “*una parte significativa de los factores que influyen en la remuneración de esta actividad trascienden el estricto ámbito del mercado, siendo determinados en mayor o menor medida por las decisiones del Ejecutivo y la actuación de las Administraciones Públicas...*”

Sin embargo, las razones del presente voto particular se encuentran en el contenido del Capítulo II. Organismos Reguladores del Anteproyecto en relación con el cual la posición de este Consejero no es igualmente favorable aún reconociendo que se dan algunos pasos

importantes (no todos) que mejoran el estatus de independencia que deben tener los Organismos Reguladores.

Se centra este voto particular en las siguientes cuestiones no recogidas adecuadamente en el Informe de la CNE:

En relación con el gobierno de los Organismos Reguladores. Muy sucintamente cabe decir que, con independencia de todas las variantes que puedan ser objeto de construcción, existen dos modelos bien testados al respecto: el modelo cuasi unipersonal del Banco de España –un Gobernador más un Consejo- y el modelo de las actuales Comisiones Reguladores sectoriales cuya dirección es colegiada. No está demostrado qué modelo es más eficiente, si el *cuasi* unipersonal, tipo Banco de España, o el colegiado, pero lo que de ninguna manera se conoce son las bondades de un modelo que hibride los dos anteriores. Y la propuesta del Anteproyecto es un modelo híbrido.

Así, su **Artículo 12.3** establece que el Presidente determinará los asistentes a las deliberaciones y reuniones de los Consejos de Administración y no los que determine el Consejo. En determinadas circunstancias, esta potestad no colegiada del Presidente podría generar un ambiente poco propicio a la libertad de expresión de los Consejeros de cuyo debate depende la calidad y acierto de sus acuerdos, y más si a las reuniones del Consejo asiste con voz, como también lo establece el mismo Artículo, los directores de los servicios técnicos que constituyen el equipo del Presidente del Consejo (**Artículo 14, puntos e y f**), y no del Consejo.

En relación con la distribución de asuntos entre los Consejeros, el establecimiento de los criterios correspondientes debería corresponder a los Consejos de Administración de los Organismos Reguladores, y no, como establece el **Artículo 12.4 c**, a su Presidente. Es cuestión fundamental para el órgano colegiado establecer su organización y normas de funcionamiento interno. Además, no es coherente con el siguiente **Artículo 12.9** en el que se enumera entre las competencias de los Consejos de Administración el establecimiento de las normas de funcionamiento interno.

Si el Consejo fuera el instrumento de la **colegiación de los Organismos Reguladores**, tal y como establece el **Artículo 12.1** del Anteproyecto, tampoco la responsabilidad de adecuar sus actuaciones al ordenamiento jurídico debiera corresponder al Presidente (**Artículo 14.b**) sino al propio Consejo. Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad de su Secretario en relación con las objeciones de legalidad, tal y como está establecido en el **Artículo 12.8**.

Pero entre todas, la cuestión que más desnaturaliza el gobierno colegiado de los Organismos Reguladores pretendido por el Anteproyecto, es la contenida en su **Artículo 14, puntos e y f** que encomienda la jefatura y la evaluación de los servicios técnicos al Presidente de su Consejo. Siendo el Presidente un voto en las decisiones de los Consejos de Administración de

los Organismos Reguladores, su posición jerárquica sobre los directores y demás personal técnico, deja inermes al resto de los Consejeros cuyo equipo técnico y asesor para elaborar su propia posición en las decisiones colegiadas dependería, jerárquicamente, de uno de los miembros del Consejo y no del conjunto de los Consejeros. Ésta situación sólo puede conducir a los Consejeros a la incapacidad, a la impotencia, a la frustración, al desánimo y, finalmente, a la desgana, teniendo en cuenta que, al contrario de lo establecido para los Consejeros del BANCO DE ESPAÑA, su dedicación es completa y su incompatibilidad total.

Todo lo anterior, en definitiva, de no ser modificado en el sentido planteado, tiende a configurar un organismo híbrido (entre el modelo actual del Banco de España -de naturaleza esencialmente monocrática- y el modelo colegiado enunciado por el propio anteproyecto) que sería ineficiente en relación con los modelos que hibrida.

En relación con la independencia de los miembros de los O.R. el Artículo 13.2 del anteproyecto determina un mandato de 6 años no renovable para los Consejeros y el Presidente. La cuestión al respecto es que la no renovación implica, en el fondo, proclamar como prioritaria la independencia de los Consejeros frente al Gobierno por encima de la independencia respecto a las empresas del sector que sí tienen, en cualquier caso, capacidad de proveer continuidad profesional en el sector (o aledaños) a los reguladores una vez terminados estos su mandato (los Consejeros tendrán que atarse al mástil para resistir, como Ulises, a los cantos de... las empresas)

Los Consejeros deben ser independientes por propia ética de servicio público (atarse a un mástil como hizo Ulises), pero esta cuestión, que es exigible por encima de cualquier consideración, debiera estar adecuadamente acompañada por las normas que regulen los Organismos Reguladores.

En este punto conviene subrayar que si bien los Organismos Reguladores deben mantener su independencia frente al Gobierno –de otra manera sobrarían porque para una sola voz ya estaría el propio Gobierno- las razones de tal independencia no provienen de la existencia de un conflicto con el Gobierno sino que provienen de la conveniencia de que el Gobierno, los agentes sociales y la Sociedad en general, dispongan de un punto de vista objetivamente distanciado de la coyuntura y de la gestión política. Sin embargo, la independencia de los Organismo Reguladores frente a las empresas es una cuestión fundamental. Las empresas defienden un interés privado o particular –tal y como debe ser- mientras que los Organismos Reguladores tienen como misión la defensa del interés general. El conflicto de intereses entre las empresas y los Organismos Reguladores es, por consiguiente, un conflicto de naturaleza esencial no así con el Gobierno frente al cual pueden surgir, en un momento u otro, diferencias de criterios pero no conflicto alguno de intereses.

Por todo ello, la capacidad del Gobierno para decidir la renovación o no del mandato de los miembros de los Organismos Reguladores no debiera perderse (en contra de lo que determina el **Artículo 13.2**) de tal manera que siga persistiendo la evaluación sobre la idoneidad y el trabajo realizado por el miembro del Organismo Regulador cuyo mandato expire. Este sería el mayor incentivo para acompañar la independencia exigible a los reguladores. De otra forma, sin posibilidad de ser renovado, el trabajo de los reguladores quedaría sometido a una sola evaluación: la evaluación de las empresas. Inevitablemente, una evaluación desequilibrada y asimétrica en perjuicio del interés general.

En resumen, los mandatos deberían ser renovables, a decisión del Gobierno, al menos una vez. Así lo mantiene la UE en su reciente **Directiva 2009/72/CE de 13 de Julio de 2009** (Artículo 35.5.b) y es el caso de las agencias independientes de EE.UU, país que representa la mayor experiencia al respecto. Y, muy en concreto, es el caso de la abrumadora mayoría de los órganos reguladores existentes en el mundo. El Instituto Universitario Europeo de Florencia pone de manifiesto, en los resultados de una encuesta a escala mundial (Octubre 2009), que escudriñados 132 Órganos Reguladores sectoriales pertenecientes a 82 países, resulta que en 123 (93,1%) los consejeros pueden ver renovado su mandato al menos una vez, y de ellos 71 (57,7%), más de una vez.

Como conclusión, el presente voto particular considera que:

1- La LES debería optar entre un modelo de naturaleza monocrática tipo Banco de España (en el que el Presidente detenta la jefatura de los servicios técnicos y distribuye los asuntos entre los Consejeros y las diferentes direcciones del organismo) y un modelo colegiado (en el que el Presidente es, entre los miembros del Consejo, un *primus inter pares* que ostenta la representación institucional y legal en nombre del Consejo, con independencia de las delegaciones que el Consejo determine entre sus miembros para una mayor eficacia de su gestión). En la primera opción, el Presidente es ejecutivo, tiene los poderes fundamentales del Organismo que preside, no por delegación del Consejo sino por el propio estatuto del Organismo, y asume plenamente las responsabilidades de las decisiones. Por su parte, los Consejeros no tienen dedicación completa, no están sometidos a una incompatibilidad absoluta y pueden salvar su responsabilidad en aquellos temas en los que sean consultados. En la segunda opción, los Consejeros comparten la dirección y las decisiones del Organismo y tienen dedicación completa e incompatibilidad absoluta. Ambos modelos presentan ventajas e inconvenientes pero han sido testados y han demostrado sus virtudes. Un modelo que hibride ambos no es sostenible.

2- La LES debería recoger los preceptos del Capítulo IX, Artículo 35 de la **DIRECTIVA 2009/72/CE** del PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de julio de 2009, en relación con la independencia de los Organismos Reguladores, sustituyendo aquellos que no estuvieran en consonancia. Son los siguientes:

1- *Los Organismos Reguladores serán jurídicamente distintos y funcionalmente independientes de cualquier otra entidad pública o privada,*

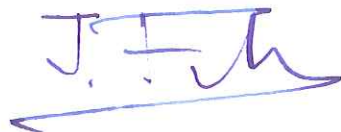
2- *Los servicios técnicos de los Organismos Reguladores, actuarán:*

- *con independencia de cualquier interés comercial, y*
- *no pedirán ni aceptarán instrucciones directas del Gobierno ni de ninguna otra entidad pública o privada para el desempeño de sus funciones reguladoras. Este requisito se entenderá sin perjuicio de una estrecha cooperación con el Gobierno y otros organismos públicos, cuando proceda, ni de las directrices de política general publicadas por el Gobierno que no guarden relación con las funciones reguladoras encomendadas a los Organismos Reguladores.*

3- *A fin de proteger la independencia de los Organismos Reguladores:*

- *los Organismos Reguladores tomarán decisiones autónomas, con independencia de cualquier órgano político y tendrán dotaciones presupuestarias anuales separadas con autonomía en la ejecución del presupuesto asignado, así como recursos humanos y financieros adecuados para el cumplimiento de sus obligaciones;*
- *los miembros del Consejo de los Organismos Reguladores se nombrarán para un mandato fijo de entre cinco y siete años, renovable una sola vez.*
- *Los miembros del Consejo solo podrán ser destituidos durante su mandato cuando hayan sido declarados culpables de falta con arreglo a Derecho.*

Madrid, 27 de Enero 2010



El Consejero de la CNE, Jorge Fabra Utray